



En lo principal: interpone requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; **en el primer otrosí**: acompaña documentos; **en el segundo otrosí**: solicita suspensión del procedimiento; **en el tercer otrosí**: acompaña mandato judicial; **en el cuarto otrosí**: patrocinio y poder; **en el quinto otrosí**: propone forma de notificación; **en el sexto otrosí**: solicita que se provea con urgencia

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MARCOS GABRIEL CONTRERAS ENOS, abogado, en representación –según se acreditará en el tercer otrosí– de la **ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ**, domiciliado para estos efectos en Magdalena 140, piso 23 norte, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, a S.S. Excm. respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República, **interpongo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del inciso final del artículo 6° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 28 de julio de 1993 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado** (en adelante, “**LOCDE**”), pues la aplicación de dicho precepto legal en la **gestión pendiente, correspondiente al recurso de apelación ROL 378-2024 tramitado ante la Iltma. Corte de Apelaciones d**

e Santiago, infringe lo dispuesto en los artículos 83 inciso segundo y 19 numerales 2°, 3°, 6° y 26° de la Constitución Política de la República (en adelante, “**CPR**”). Solicito desde ya a S.S. Excelentísima tener por interpuesto el presente requerimiento, admitirlo a tramitación y declarar, en definitiva, **que el inciso final del artículo 6 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado no será aplicable en la gestión pendiente antes individualizada.**

El presente requerimiento se basa en los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que serán expuestos a continuación.

CONTENIDO

BREVE RESUMEN DEL CASO Y LA GESTIÓN PENDIENTE	3
---	---



a.	La investigación por fraude al fisco seguida en contra de la imputada Cathy Barriga Guerra y su círculo más cercano	3
b.	La audiencia de formalización de la investigación y el incidente de exclusión.....	4
c.	La gestión pendiente propiamente tal.....	4
II.	PRECEPTO CUYA APLICACIÓN SE IMPUGNA Y CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIÓN A TRÁMITE Y ADMISIBILIDAD	4
a.	Precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita.....	5
b.	Norma de rango legal.....	5
c.	Carácter decisivo del precepto legal impugnado	6
d.	El precepto legal cuestionado no ha sido declarado conforme a la Constitución	7
III.	INFRACCIONES CONSTITUCIONALES.....	8
a.	Infracción al artículo 83 inciso segundo y artículo 19 N° 3 incisos primero, tercero y sexto de la CPR. Imposibilidad del ejercicio de la acción penal por parte del ofendido del delito	9
i.	Imposibilidad del ejercicio de la acción en su sentido <i>amplio</i> por la víctima.....	12
ii.	Limitación del ejercicio de la acción penal en sentido <i>estricto</i>	16
b.	Infracción al artículo 19 N° 26 en relación al artículo 19 N° 3 incisos primero, segundo, tercero y sexto de la CPR. Limitación del contenido esencial del derecho a defensa jurídica de la víctima por norma de rango legal.....	19
i.	El derecho fundamental de la víctima de un delito a su defensa jurídica.	20
ii.	El contenido esencial del derecho a defensa jurídica de la víctima y la forma que en la norma impugnada impide su libre ejercicio en el caso concreto.	23
c.	Infracción al artículo 19 N° 2 de la CPR. Discriminación arbitraria en la intervención del procedimiento respecto de otros intervinientes.....	27
i.	La norma impugnada establece una diferenciación de trato arbitraria entre intervinientes de una misma categoría	29
ii.	La diferencia de trato no es proporcional al grado de afectación de los derechos conculcados	
1.	Adecuación o idoneidad.....	33
2.	Necesidad.	34
3.	Proporcionalidad en sentido estricto.....	35
IV.	COMPETENCIA CONSTITUCIONAL.....	36
V.	CONCLUSIONES.	36

I. BREVE RESUMEN DEL CASO Y LA GESTIÓN PENDIENTE

a. La investigación por fraude al fisco seguida en contra de la imputada Cathy Barriga Guerra y su círculo más cercano

Bajo el RUC N° 2110056705-6 se investigan una serie de conductas de corrupción pública cometidas durante la gestión alcaldía de la imputada Cathy Barriga Guerra y su círculo de confianza más cercano entre 2016-2021. El correlato judicial de dicha investigación es la causa **RIT 9218-2021** del 9° Juzgado de Garantía de Santiago.

Inicialmente, la causa judicial comenzó con fecha 16 de marzo de 2021 mediante la presentación de querrela criminal de un grupo de vecinos de la comuna de Maipú, amparados en la legitimación activa amplia del artículo 111 del Código Procesal Penal (en adelante e indistintamente “CPP”). Pero dicha intervención no pasó más allá de la mera denuncia de los hechos. No fue sino hasta el 08 de diciembre de 2021 que mi representada, **la ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ, decidió también interponer querrela criminal por el delito de fraude al fisco (art. 239 CP), en contra de la exalcaldesa Barriga** y, con ello, conseguir la intervención de un querellante activo que colaborara e impulsara el avance efectivo de la investigación. El libelo presentado en dicha oportunidad dice relación con la sobreestimación de ingresos y subestimación de gastos por medio de la adulteración fraudulenta de certificados de disponibilidad presupuestaria, gestión fraudulenta que causó un déficit en las arcas municipales del cual las administraciones posteriores tendrían que hacerse cargo y cuya entidad sería posteriormente precisada por la Contraloría General de la República en \$30.622.935.000.635 de pesos.

Posteriormente, mi representada presentaría dos ampliaciones de querrela. La primera, con fecha 22 de diciembre de 2022, denunció la contratación, renovación y pago fraudulento de honorarios de la imputada Andrea Monsalve, a pesar de no prestar efectivamente funciones y con el solo propósito de conseguir su silencio. Dicha conducta, constitutiva del delito de fraude al fisco, causó un perjuicio

al erario municipal ascendente a lo menos a \$95.760.368. La segunda ampliación, interpuesta con fecha 21 de noviembre de 2023, lo fue por el delito de falsificación de instrumento público. Lo anterior, por cuanto en su última cuenta pública la querellada Barriga informó como balance presupuestario la existencia de un falso superávit a pesar de que a esa fecha ella tenía pleno conocimiento de que el déficit presupuestario provocado por su gestión fraudulenta alcanzaba ya la cifra de -\$14.794.828.372.

b. La audiencia de formalización de la investigación y el incidente de exclusión

Tras más de 2 años de investigación y una vasta carpeta investigativa, el Ministerio Público se encontraba en condiciones de formalizar la investigación en contra de una serie de imputados. Esto se concretó en la audiencia de fecha 16 de enero de 2024. Sin embargo, antes de comenzar la lectura de los hechos materia de investigación, la defensa de la imputada Barriga formuló un incidente de previo y especial pronunciamiento solicitando la exclusión de mi representada del procedimiento en virtud de lo dispuesto por el artículo 6 de la LOCDE, atendido que tan solo cinco días antes el Consejo de Defensa del Estado (en adelante “CDE”) interpuso querrela criminal.

La solicitud fue acogida por el tribunal, decretándose el cese de la representación de la ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ en la causa RIT N° 9218-2021.

c. La gestión pendiente propiamente tal

Contra esta resolución, con fecha 22 de enero de 2024 mi representada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido al día siguiente, con fecha 23 de enero del mismo año. El libelo ingresó a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago con Rol N° 379-2024, el cual, luego con fecha 25 de enero, se acumularía al **Rol N° 378-2024**. Es este último Rol ante el tribunal de alzada de Santiago el correspondiente a la gestión pendiente donde la aplicación del precepto impugnado en esta presentación producirá efectos contrarios a Constitución.

II. PRECEPTO CUYA APLICACIÓN SE IMPUGNA Y CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIÓN A TRÁMITE Y ADMISIBILIDAD

a. Precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita

Como fue adelantado, solicitamos a S.S. Excelentísima que declare la inaplicabilidad por inconstitucional del **artículo 6° inciso final de la LOCDE** (DFL N°1 del Ministerio de Hacienda, de 28 de julio de 1993, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado), el cual se transcribe a continuación:

Art. 6°.- Si alguno de los delitos a que se refiere el artículo 3°, N° 4, afectare a organismos del Estado, a los gobiernos regionales, a las municipalidades, a las instituciones o servicios descentralizados funcional o territorialmente, o a las entidades de derecho privado a las que el Estado o sus instituciones hagan aportes o subvenciones o en las cuales tengan participación mayoritaria o igualitaria, el Consejo de Defensa del Estado acordará el ejercicio de la acción siempre que, en su concepto, haya especial conveniencia en ello.

El Consejo de Defensa del Estado sólo podrá interponer querrela respecto de hechos constitutivos de delitos en que las leyes requieren denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos, cuando así lo solicite este Servicio.

En ese caso, y en todos aquellos en que el Consejo de Defensa del Estado ejerza la acción penal que también corresponda a otros órganos distintos del Ministerio Público, cesará la facultad de representación de éstos en el respectivo procedimiento.

Como podrá percatarse S.S. Excelentísima., la norma impugnada establece que, una vez que el CDE ejerza la acción penal a través de la interposición de la querrela respectiva, los demás organismos distintos al Ministerio Público (en el caso, LA ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ) cesarán en su facultad de representación en el respectivo procedimiento penal.

b. Norma de rango legal

Respecto del precepto antes transcrito, no cabe duda alguna que se trata de una norma jurídica de rango legal, al estar consagrada en un Decreto con Fuerza de Ley que viene a fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de una Ley Orgánica. En términos generales, los Decretos con Fuerza de Ley son disposiciones dictadas por el Presidente de la República en virtud de una ley autorizante por parte del Congreso Nacional para que regule precisamente materias que corresponden al dominio de la ley (artículo 64 CPR).

El hecho que sea un Decreto con Fuerza de Ley en modo alguno es óbice a estimarlo como una norma de rango legal –para los efectos de lo previsto en el artículo 93 N°6 CPR y en el artículo 84 N°4 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante, “LOCTC”)–, toda vez existen una serie normas de rango constitucional de las que se desprende que los DFL son normas legales, principalmente el **artículo 64 inciso final CPR** que dispone que “[l]os decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley”. Esto implica que estos DFL deben publicarse en el Diario Oficial para su entrada en vigencia, por regla general, produciendo los mismos efectos que una ley ordinaria. Así, se ha señalado expresamente que los DFL “[s]on normas legales, aun cuando no son leyes en sentido formal. Regulan materias propias del dominio legal. Su contenido preceptivo es de jerarquía legal, pero su estructura formal es decretal”.¹

Asimismo, si bien se ha solicitado la inaplicabilidad de un inciso específico de un artículo determinado, aquello tampoco es obstáculo para la declaración de inaplicabilidad, pues se trata de una parte de un enunciado normativo que, sin duda, constituye en sí mismo un precepto, en el sentido de ser una unidad de lenguaje. En esa línea, según han señalado S.S. Excelentísima, “una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución. De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa, sino que se baste a sí misma”².

Lo anterior sin duda concurre respecto de la norma impugnada en este requerimiento, toda vez que el inciso final del artículo 6° LOCDE conforma una unidad lingüística que, a nivel normativo, se compone de un supuesto de hecho (que el CDE ejerza la acción penal en determinados casos) y su correlativo efecto a nivel jurídico (la cesación de la facultad de representación de otros organismos distintos al Ministerio Público), el cual, como se desarrollará en este requerimiento, tiene la aptitud de producir efectos contrarios a la Constitución en la gestión pendiente individualizada.

c. **Carácter decisivo del precepto legal impugnado**

¹ MOLINA GUAITA, Hernán. (2001). “Los Decretos con Fuerza de Ley en la Constitución de 1980”. *Ius et Praxis*, vol. 7, no. 2, Talca, pp. 87-103.

² STC Rol N°1254-08.

Por otra parte, el artículo 81 de la LOCTC, en relación con el artículo 85 N°5 de la misma ley, admite la interposición del requerimiento cuando, respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, *“se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución”*.

Respecto de este requisito en particular, S.S. Excelentísima ha sostenido que “para la procedencia de un recurso de inaplicabilidad es suficiente la posibilidad y no la certeza plena de que el precepto legal impugnado sea aplicable en la gestión judicial con ocasión de la cual se ha presentado”³.

Este requisito se cumple en el presente requerimiento de inaplicabilidad, toda vez que la discusión de la gestión versa única y exclusivamente sobre la aplicación del inciso final del artículo 6° LOCDE y sus efectos, específicamente, en la cesación total de la facultad de representación de la ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ en virtud de dicha norma. Esta afirmación no es especulativa, puesto que en la referida audiencia de 16 de enero de 2024 ante el 9° Juzgado de Garantía de Santiago en la causa RIT 9812-2021, lo nuclear de la discusión de la incidencia promovida por la defensa de la imputada Barriga fue precisamente la aplicación del precepto impugnado. De confirmarse lo resuelto por el 9° Juzgado de Garantía de Santiago, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago haría suyo este razonamiento cuyos efectos, en el caso concreto, vulneran una serie de preceptos constitucionales, tal como se detallará en lo sucesivo.

d. El precepto legal cuestionado no ha sido declarado conforme a la Constitución

Finalmente, se hace presente que –para los efectos del artículo 84 N°2 de la LOCTC– esta norma no ha sido declarada conforme a la CPR por este Excelentísimo Tribunal Constitucional, ya sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad.

A continuación, se desarrollan las infracciones constitucionales alegadas por este requirente, así como la manera en la que la aplicación del artículo 6° inciso final de la LOCDE en el caso concreto vulnera cada una de estas garantías.

³ STC Rol N° 1254-08, de 29 de julio de 2009.

III. INFRACCIONES CONSTITUCIONALES

Las infracciones a disposiciones constitucionales que desarrollarán en este capítulo se circunscriben ineludiblemente bajo la noción de debido proceso. Si bien este concepto no encuentra consagración constitucional expresa en tales términos, ni tampoco en la nomenclatura moderna de *tutela judicial efectiva* empleada por el artículo 24 de la Constitución española, este Excelentísimo Tribunal ha dado cuenta en su doctrina de la íntima relación existente entre ambos conceptos y su consagración en nuestra CPR, precisamente, a la luz de una de las normas constitucionales que se alega infringida en este requerimiento, el artículo 19 N° 3 de la CPR:

“El art. 19, N° 3, comprende el derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3 del art. 19 CPR, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la CPR se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. (STC 792, c. 8) (En el mismo sentido STC 815, c. 10, STC 946, cc. 28 a 33, STC 1046, c. 20, STC 1061, c. 15, STC 1332, c. 9, STC 1356, c. 9, STC 1382, c. 9, STC 1391, c. 9, STC 1418, c. 9, STC 1470, c. 9, STC 1502, cc. 8 y 9, STC 1535, cc. 18 y 25, STC 2042, c. 29, STC 2438, c. 11, STC 2688, c. 5)

[...]

Relación entre el debido proceso y tutela judicial efectiva. El art. 19, N° 3, inc. 5° [actualmente inc. 6°], CPR establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva. (STC 1130, c. 6) (En el mismo sentido STC 2371, c. 6, STC 2372, c. 6)⁴ [énfasis agregado].

⁴ NAVARRO, E. y CARMONA, C (ed.) (2015). *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, n°59, pp. 125 y 145.

Más allá de si asimilamos o no el debido proceso con la tutela judicial efectiva, la doctrina nacional más autorizada sobre el tema ha definido el primero como “un metaderecho referido a un conjunto de derechos procesales mínimos, más o menos detallados en la Constitución o en tratados internacionales sobre derechos humanos, pero también funciona como un principio de carácter constitucional que deberá ser precisado o colmado por los órganos a los que el sistema jurídico permitirá una expansión de las garantías mínimas reconocidas en la Constitución o los tratados internacionales”⁵.

Como el mismo autor citado reconoce, dichos contornos mínimos no se encuentran únicamente en la Constitución, sino también en los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales dotan de contenido este conjunto de garantías procesales en virtud de la remisión consagrada en el **artículo 5 inciso 2° CPR**, norma constitucional de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde cobran particular relevancia a este respecto los **artículos 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** (en adelante, “CADH” o “Pacto San José”) y **14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (en adelante, “PIDCP”).

Lo dicho hasta aquí no es baladí, pues si bien en los apartados que siguen se abordarán las disposiciones constitucionales que se entienden infringidas a mi representada por la aplicación del artículo 6 de la LOCDE en la gestión pendiente, no puede perderse de vista el contexto del debido proceso como meta-garantía procesal y su consagración constitucional en el artículo 19 N° 3 inciso sexto, tal como se ha planteado. Desde este punto de vista, cada una de las infracciones que a continuación se detallan lo son también respecto de esta norma. Se trata de transgresiones omnicompreensiva. Una vez transgredida una de las garantías específicas que comprenden esta meta-garantía, consecuentemente se vulnera también aquella más amplia que las engloba a todas: el debido proceso.

- a. **Infracción al artículo 83 inciso segundo y artículo 19 N° 3 incisos primero, tercero y sexto de la CPR. Imposibilidad del ejercicio de la acción penal por parte del ofendido del delito**

⁵ BORDALÍ, Andrés (2023). *Debido proceso*. DER Ediciones, Santiago, p. 12.

Como primera infracción específica a los preceptos constitucionales se expondrá cómo la aplicación del artículo 6 de la LOCDE en el caso concreto infringe el derecho al ejercicio de la acción penal por parte de la víctima, derecho que se encuentra reconocido en el artículo 83 inciso segundo de la Constitución Política del Estado. Este precepto dispone:

“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.”

Tal como se puede extraer de la lectura del citado precepto, nuestra Carta Magna reconoce como titular de la acción a las víctimas al señalar que *“tanto el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley **podrán ejercer igualmente la acción penal**”*. Cabe decir que esta no es la única disposición que reconoce la titularidad del derecho de las víctimas a ejercer la acción penal. Es el caso del artículo 19 N° 3 inciso tercero de la CPR:

*[...] 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 delito dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuita, **a efectos de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.** [...]*

Así, la propia CPR reconoce la existencia de este derecho al hablar directamente de su propio ejercicio lo que lógicamente presupone su titularidad. Debemos tener presente que esta disposición fue modificada el 11 de julio de 2011 para asegurar materialmente dicho derecho con respecto a las víctimas, según consta en la discusión de la propia ley, la que enfatizó que “[l]a ubicación de esta propuesta en el capítulo III disiparía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente”⁶.

⁶ Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Informe de la Comisión de Constitución p. 13.

De manera acertada, la Corte Suprema ha pronunciado que el derecho a la acción se les garantiza a las víctimas en la ÇPR aludiendo a los citados preceptos, como se expone a continuación:

“[l]a posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental por la Ley N° 20.516”⁷.

En igual sentido, el reconocimiento de la titularidad de la acción penal a la víctima no ha sido ajeno a este Excelentísimo Tribunal, quien se ha pronunciado a favor de su existencia de manera explícita:

“[d]e la correlación de antecedentes señalados en el considerando precedente, resulta claro que el ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público, está garantizado por la Constitución **tanto** en su artículo 19, N° 3°, inciso sexto, **como** en el artículo 83, inciso segundo.”⁸

Los profesores María Inez Horvitz y Julián López indican que esto se debe justamente a una tendencia de nuestro legislador de reconocerle a la víctima un rol fundamental en el desarrollo del proceso penal. En tal sentido y refiriéndose a la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519 indican que “[c]on ello se confiere a la víctima la calidad de titular del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal en los mismos términos que el ministerio público, equiparación que como veremos, no ha recibido el aplauso unánime de la doctrina”⁹.

De lo expuesto hasta ahora, puede afirmarse categóricamente que nuestra Carta Fundamental reconoce a la víctima el derecho al ejercicio a la acción penal. Despejado este obstáculo, resta preguntarse ¿a qué nos referimos con el ejercicio de la acción penal?

⁷ Corte Suprema. Rol N° 12.908-14, de 12.08.2014

⁸ STC 8925-20, c. 8.

⁹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 289.

En una primera aproximación a la pregunta planteada, resulta pertinente destacar que la doctrina ha reconocido dos concepciones respecto al ejercicio de la acción penal: un sentido *amplio* y un sentido *estricto*. Independientemente de la conceptualización que se adopte, se evidenciará que, de aplicarse el artículo 6 de la LOCDE al caso concreto el derecho a la acción se vería vulnerado tanto en su sentido amplio como estricto.

i. Imposibilidad del ejercicio de la acción en su sentido *amplio* por la víctima

Siguiendo a los profesores José Vicente Gimeno Sendra y Manuel Díaz Martínez, quienes profesan una postura que es recogida de manera minoritaria en Chile, debe estimarse que la acción penal se ejercita en el acto de iniciación del proceso penal, de lo cual se sigue la concatenación de actos que forman parte del proceso penal que desembocan en una resolución judicial.¹⁰

Tras esta concepción y el tenor del artículo 172 del CPP citado a continuación, podría concluirse que, en sentido *amplio*, el ejercicio de la acción penal se manifiesta en las formas en que inicia la investigación penal. De este precepto puede concluirse rápidamente que no todas las formas de inicio de la investigación significan el ejercicio de la acción penal, pues, todas revisten características propias que las diferencian las unas de las otras, de lo cual no puede afirmarse *a priori* una equiparación entre éstas.

Así, y concentrándonos en las posibilidades que tiene la víctima para dar inicio a la investigación, saltan a la luz claramente dos. La primera, la denuncia, que siguiendo el tenor del artículo 173 del CPP, dispone que “[c]ualquier persona podrá comunicar directamente al ministerio público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito [...]”.

Ahora bien, del tenor de esta disposición y de las que le siguen, no puede afirmarse que la denuncia constituya una forma de ejercicio de la acción penal, al menos, respecto de la víctima. La razón que sustenta esta afirmación se encuentra en las propias características de esta forma de inicio del procedimiento. Así y de la lectura de la primera parte del artículo 173 del CPP se afirma que

¹⁰ GIMENO S., V., MORENO C., V., CORTÉS D., V. (1999). *Derecho Procesal Penal*, 3a ed., Colex, Madrid, p. 161.

cualquier persona puede dar noticia del conocimiento de la ejecución de hechos que considerare constitutivos de delito. Sentado este punto ¿acaso todas las personas que potencialmente pueden denunciar tienen la titularidad de la acción penal? La respuesta obvia es que no. Lógicamente un transeúnte que observa la comisión de un delito —del que pueda denunciarse— no tendrá derecho a la acción penal de la víctima.

Por su parte, la segunda opción de la víctima para iniciar la investigación es la presentación de una querrela. Así lo reconoce el propio artículo 109 del CPP, que establece en su letra b) el derecho a la víctima de “[p]resentar querrela”. Esta institución regulada en el Párrafo 7º del Título IV del Libro I del mismo cuerpo legal, contiene una serie de particularidades que la distinguen de la denuncia como son sus requisitos que exigen una prolijidad mayor para el querellante, a saber, la designación del tribunal ante el cual se entabla, la individualización del querellante y querellado si supiere, la expresión de diligencias solicitadas al Ministerio Público, entre otras, considerando además la existencia de un pronunciamiento del respectivo Juez de Garantía en orden a declarar su admisibilidad o no.

Considerando lo expuesto al comienzo de este apartado podría afirmarse que la presentación de la querrela consiste entonces en el ejercicio de la acción penal por parte de la víctima, ante lo cual nos preguntamos ¿Basta entonces la sola presentación para entenderse satisfecho el ejercicio de ese derecho? Nuevamente se responde que no, pues el ejercicio satisfactorio de la acción penal en sentido *amplio* debe entenderse como el derecho a presentar querrela y a *sostenerla* durante la tramitación del proceso penal.

Lo anterior, se explica fundamentalmente por los derechos que otorga la ley al querellante, a saber, intervenir en el proceso mediante solicitudes de diligencias precisas de investigación, hacer presentaciones ante el Juez de Garantía, solicitar medidas cautelares para el imputado, entre ellas, la prisión preventiva, apelar de la resolución que niega u modifique dicha medida cautelar, apelar de la resolución que decreta el sobreseimiento definitivo del imputado, adherir a la acusación, forzar esta última, entre muchas otras más.

Este punto es claramente compartido por la jurisprudencia de este Excelentísimo Tribunal, quien ha declarado lo siguiente:

“La querrella, el ejercicio de la acción y **todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso penal han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio del derecho a la tutela efectiva en el proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal.** Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias”¹¹

Teniendo en cuenta aquello ¿se transgrede entonces el derecho al ejercicio de la acción penal de la víctima en este caso concreto? Recordando el precepto impugnado en esta presentación: el **artículo 6º inciso final de la LOCDE** que ordena el *cese de la facultad de representación* de todo órgano distinto del Ministerio Público, una vez producida la intervención del CDE mediante el ejercicio de su correspondiente acción penal, debemos afirmar que sí.

La razón se encuentra en que mediante la aplicación el inciso final del artículo 6º de la LOCDE se imposibilita a la víctima el ejercicio de los derechos que comprende justamente la titularidad de la acción penal como es, por ejemplo, en palabras de este Excelentísimo Tribunal, “el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida” del considerando citado anteriormente.

De esta forma, resulta claro que el efecto del precepto impugnado imposibilita de manera absoluta el ejercicio de la garantía fundamental consagrada en el artículo 83 inciso segundo de la CPR, que se encuentra consagrada en favor de mi representada la ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ. Lo anterior es justamente reforzado por la jurisprudencia de este Tribunal al reconocer la querrella solo como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, subrayando la importancia de la participación activa de la víctima en el proceso penal como parte integral del derecho al ejercicio de la acción penal.

Como consecuencia inmediata de esta transgresión, y tomando la concepción del Debido Proceso como un “Metaderecho” en los términos que fue presentado anteriormente, se afecta

¹¹ STC Rol N° 1535, c. 17.

irremediamente la garantía establecida en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de nuestra Carta Fundamental. En tal sentido, S.S. Excelentísima se ha pronunciado de la siguiente manera:

“El art. 19, N° 3, inc. 5° —actualmente el inciso sexto—, CPR establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, **que se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva**”.¹²

Sobre este punto, se encuentra intrínsecamente relacionada la garantía contenida en el artículo 19 N° 3 inciso primero, que asegura a todas las personas “[l]a igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, la cual se ve afectada de igual manera que los preceptos constitucionales infringidos, pues de una interpretación armónica del mismo numeral citado debe entenderse que el igual ejercicio de los derechos de las personas presupone, necesariamente, el derecho a la tutela judicial efectiva la que garantiza cierta igualdad en aquellos derechos de índole procesal contemplados en todo proceso. Esto no debiera resultar ajeno a S.S. Excelentísima, quien se ha pronunciado de manera reiterada en el mismo sentido, a saber:

“El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3 del art. 19 CPR, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la CPR se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente.”¹³

¹² STC 1130, c. 6. En el mismo sentido STC 2371, c. 6, STC 2372, c. 6. Énfasis añadido.

¹³ STC N° 792, c. 8. En el mismo sentido STC 815, c. 10, STC 946, cc. 28 a 33, STC 1046, c. 20, STC 1061, c. 15, STC 1332, c. 9, STC 1356, c. 9, STC 1382, c. 9, STC 1391, c. 9, STC 1418, c. 9, STC 1470, c. 9, STC 1502, cc. 8 y 9, STC 1535, cc. 18 y 25, STC 2042, c. 29, STC 2438, c. 11, STC 2688, c. 5.

De lo expuesto en el presente apartado, debe concluirse necesariamente que se infringen de manera ilegítima –mediante la aplicación al caso concreto del artículo 6 de la LOCDE– las distintas normas de rango constitucional recién expuestas, mediante la imposibilidad del ejercicio de la acción penal en sentido *amplio* asegurado para la víctima de un delito. Consecuencia de aquello son las afectaciones propias de las garantías aseguradas por el derecho de toda persona al debido proceso y la igualdad en su ejercicio, todo garantizado por nuestra Carta Fundamental, en el entendido que el acceso a la justicia se encuentra contenido en ambos.

Volviendo sobre la distinción hecha al comienzo de este apartado, como sabemos, la separación entre denuncia y querrela reviste claras diferencias en el sistema procesal chileno, ya que cada una de estas instituciones produce efectos jurídicos propios. La querrela se construye a partir de la manifestación de la voluntad de las personas habilitadas por ley para querrellarse de una manera más formalizada y activa en favor del inicio del proceso penal —no exclusivamente—, mientras que la denuncia puede tener su origen en cualquier persona, incluso en la ausencia de la voluntad de la víctima.

Teniendo esto en consideración, la aplicación de los efectos del artículo 6° de la LOCDE en este caso termina también por eliminar las diferencias que el propio legislador ha establecido para ambas instituciones, al reducir la intervención de la víctima al solo derecho de presentar la querrela. Esta afectación termina afectando a su vez la propia coherencia de nuestro sistema procesal penal mediante un efecto distorsionador de sus instituciones que desdibuja sus finalidades y características propias que el legislador quiso conferir a cada una de ellas.

ii. Limitación del ejercicio de la acción penal en sentido *estricto*

La postura mayoritaria de nuestra doctrina nacional sostiene que el ejercicio de la acción penal se manifiesta de manera *estricta* en la acusación. En tal sentido, los profesores María Inez Horvitz y Julián López, sin tapujos señalan: “[e]jercer la acción penal, *strictu sensu*, significa formular la acusación”¹⁴. A

¹⁴ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, Op. Cit., p. 147.

igual entender el profesor Andrés Bordalí, quien limita la “[a]cción penal a la fase de acusación del proceso penal”¹⁵.

Tras esta concepción del ejercicio de la acción penal, debemos necesariamente remitirnos al CPP, el cual regula las maneras en que se ejerce la acusación para la víctima en cuanto querellante. Así, el artículo 261 de dicho cuerpo normativo dispone en su letra a) que el querellante podrá “[a]dherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente[...]”. A su vez, y en aquellos casos en que el ministerio público no formule acusación, se permitirá a la víctima en cuanto querellante el derecho al forzamiento de la acusación en los términos que plantea el artículo 257 del CPP. De esta forma, serían tres las posibilidades para la víctima para ejercer su derecho a la acción penal: (i) adherir a la acusación que formule el ministerio público; (ii) acusar particularmente y; (iii) forzar la acusación, garantía esencial asegurada por la CPR según se observará.

Detrás de estos preceptos legales se encuentra nada más ni nada menos que la garantía asegurada en el artículo 83 inciso segundo de la CPR que, como ya quedo demostrado, reconoce a las víctimas la titularidad sobre la acción penal. Entonces ¿de qué manera impide la aplicación del artículo 6 de la LOCDE el ejercicio de este derecho en este caso? Para dar una respuesta a esta interrogante es necesario recordar que dicha disposición dispone que “cesará la facultad de representación” de todo otro organismo distinto al Ministerio Público, una vez que el CDE ejerza la acción penal o cuando se querelle, produciendo el efecto de excluir totalmente a un interviniente sin ulteriores requisitos o exigencias, en este caso, al ofendido por el delito, la ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ.

Anticipo entonces que la aplicación de esta norma privaría a mi representada de ejercer la acción penal en una etapa posterior del procedimiento, específicamente cuando el Ministerio Público decida si formulará acusación o adoptará otra facultad contemplada para dicho órgano según el artículo 248 del CPP. ¿Y cómo la cercena en este caso particular? Sencillamente, privando a este interviniente, mediante la aplicación del precepto impugnado, de forzar la acusación en un escenario en que el Ministerio Público decida no acusar.

¹⁵ BORDALÍ, Andrés (2011). “La acción penal y la víctima en el Derecho chileno”. *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXVII, pp. 530 y 539-543.

Esta afirmación guarda estrecha relación con aquellos casos en los que el Ministerio Público ha decidido no perseverar en la investigación sin formalizar previamente. Ante la situación antedicha, muchos querellantes han requerido ante este Excelentísimo Tribunal para que se declare inaplicable el artículo 248 letra c) del CPP, disposición que regula el cierre de la investigación, en concreto, la posibilidad del ministerio público de no perseverar en ella. En estos casos ha existido una evolución notable de este Excelentísimo Tribunal en el tratamiento de estos supuestos.

Esta evolución obedece al reconocimiento –acertado– que ha hecho este Excelentísimo Tribunal Constitucional a la vulneración del derecho al ejercicio de la acción penal que tiene la víctima, conforme al artículo 83 inciso segundo de la Carta Fundamental y su consecuencial infracción al derecho a un racional y justo procedimiento, garantizado en el artículo 19 N° 3, de la CPR, producto de la aplicación del artículo 248 letra c) del CPP, que tenía como consecuencia la anomalía de imposibilitar el ejercicio de la víctima de formular acusación ante una investigación desformalizada en que el Ministerio Público comunicare su decisión de no perseverar¹⁶.

Es más, en estos casos este Tribunal se ha pronunciado enfatizando que la posibilidad de forzar la acusación constituye parte esencial de esta garantía fundamental, así:

“[Q]ue, en vista a las consideraciones formuladas previamente, este Tribunal considera que **la posibilidad que contempla el Código Procesal Penal de que el querellante pueda forzar la acusación es realmente una exigencia constitucional** que se desprende de la facultad conferida al ofendido para ejercer igualmente la acción penal”.¹⁷

Tal como en estos casos, puede concluirse que en el presente se vulneran las garantías fundamentales antedichas en los mismos términos de aquellos quienes requirieron de inaplicabilidad ante este Tribunal de la norma contenida en el artículo 248 letra c) del CPP.

¹⁶ BERTELSEN, Raúl (2020). “La decisión de no perseverar en la investigación ante el Tribunal Constitucional”. *Sentencias Destacadas 2020*, p. 118.

¹⁷ STC 5653, c. 15.

No cabe más que ratificar tal afirmación, ya que al comparar ambos escenarios se constata que el efecto de la aplicación del artículo 6 de la LOCDE en este caso particular es idéntico al que se produce en aquellos casos en que se aplica el artículo 248 letra c, del CPP en investigaciones desformalizadas: privar al querellante del forzamiento de la acusación y con ello el ejercicio de la acción penal. En igual sentido se ha pronunciado S.S. Excelentísima, quien ha comprendido el ejercicio de la acción como algo incorruptible:

“La querrela y el ejercicio de la acción por parte de la víctima son manifestaciones del legítimo ejercicio del derecho al proceso. La querrela y el ejercicio de la acción por parte de la víctima han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio de dicho derecho al proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal. (STC 478, cc. 12 a 14 y 22) (En el mismo sentido STC 529, cc. 12 a 14 y 22, STC 533, cc. 12 a 14 y 22, STC 806, c. 20, STC 815, c. 19, STC 2159, c. 17)¹⁸

En síntesis, sea que adopte cualquiera de las dos formas en que se entiende que se ejercita la acción penal en nuestro ordenamiento jurídico, la aplicación del artículo 6 de la LOCDE produce una vulneración ineludible: la afectación neutralización del derecho al ejercicio de la acción penal garantizada en el artículo 83 inciso segundo, en íntima relación con el artículo 19 N° 3 incisos primero, tercero y sexto, todos de la CPR

b. Infracción al artículo 19 N° 26 en relación al artículo 19 N° 3 incisos primero, segundo, tercero y sexto de la CPR. Limitación del contenido esencial del derecho a defensa jurídica de la víctima por norma de rango legal.

En el presente acápite pasamos a desarrollar, como segunda infracción de preceptos constitucionales, la limitación del contenido esencial del derecho a defensa de este requirente por la aplicación en el caso concreto del artículo 6° de la LOCDE. Este derecho, que pasaremos a desarrollar en lo sucesivo, se encuentra consagrado expresamente en la Constitución en el **artículo 19 N°3 incisos primero, segundo, tercero y sexto**, de la siguiente manera:

Artículo 19°.- *La Constitución asegura a todas las personas:*

[...]

¹⁸ NAVARRO y CARMONA. *Op. cit.*, p. 126 y 127.

3º.- *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 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. [...]

Como se puede apreciar de la lectura de la norma transcrita, existe una clara remisión a las demás normas de rango legal a efectos de determinar el alcance, concreción y ejercicio de los derechos que enuncia. Por dicha razón, es también necesario tener a la vista la cortapisa que el **mismo artículo 19, ahora en su numeral 26**, establece respecto de las normas legales llamadas a regular y complementar los derechos constitucionales, en el siguiente sentido:

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

A continuación, se pasará a desarrollar el contenido y alcance de este derecho constitucional a la defensa, específicamente respecto de la víctima como interviniente en el proceso penal.

i. El derecho fundamental de la víctima de un delito a su defensa jurídica.

Si bien usualmente el derecho a la defensa en el proceso penal se suele abordar desde la perspectiva del imputado como sujeto de derecho, la literalidad del artículo 19 N°3 inciso segundo es clara al señalar que “[*toda persona tiene derecho a defensa jurídica*”, lo cual es enteramente consistente con lo establecido por el inciso primero del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución.

Así lo ha entendido también este Excelentísimo Tribunal al dictaminar que “el derecho que esta última norma [inciso segundo del artículo 19 N°3] reconoce tiene una relación sustancial con aquel contemplado en el inciso primero del precepto, en términos tales que viene a precisar el sentido y alcance de la protección que el legislador debe otorgar al ejercicio de los derechos de las personas

referida al ámbito específico de la defensa jurídica de ellas ante la autoridad correspondiente” (STC Rol N°1001-2007, de 29 de enero de 2008, considerando décimo noveno).

Lo anterior, es particularmente relevante a la luz del **derecho que le asiste a la víctima (y a toda persona) a designar un abogado de su confianza**. En este sentido, de entenderse que los intereses de la víctima, la Ilustre Municipalidad de Maipú, estarían siendo representados a través de los abogados del Consejo de Defensa del Estado, ello no podría sino implicar una restricción o perturbación a la debida intervención del letrado de confianza de la víctima, restricción claramente contraria al inciso segundo del artículo 19 N°3 CPR en tanto señala que *“ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”*.

Por lo demás –y en la misma línea– es preciso considerar la reforma constitucional del año 2011, llevada a cabo por la **Ley N°20.516, que vino a incorporar el actual inciso tercero del artículo 19 N°3 CPR** en el sentido de establecer la obligación del Estado de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas.

Si bien dicha reforma se limita a la defensa gratuita de personas naturales víctimas de delito, la relevancia que cobra el mentado inciso 3° viene dado por el hecho de despejar de toda duda en torno a la cuestión de si la Constitución consagra o no un derecho a la defensa jurídica de la víctima. Previo a la reforma constitucional referida, dicha duda era planteada razonablemente por algunos autores, antes de la reforma constitucional referida, ante la suspicacia de extender el alcance del inciso 2° del artículo 19 N°3 antes referido¹⁹.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, **una lectura conjunta de los incisos 2° y 3° del artículo 19 N°3 CPR, atendida la amplitud del primero y la especificidad del segundo, hace ineludible concluir que a nivel constitucional se consagra de forma expresa el derecho a la defensa jurídica de las víctimas**.

¹⁹ Así, por ejemplo, BORDALÍ, Andrés. “La acción penal y la víctima en el derecho chileno”. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. XXXVII, segundo semestre, 2011.

Es más, lo anterior ya había sido afirmado por este Excelentísimo Tribunal aún antes de la reforma constitucional referida, en una conocida sentencia en la que, a propósito del derecho a la acción y a la tutela judicial efectiva, se determinó que “la propia Constitución ha contemplado el derecho a defensa jurídica, que debe ser entendido en sentido amplio, no sólo para el imputado sino también para el ofendido, ya que al ser conceptuado como garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos, debe entenderse como defensa de todo interés reclamable ante el órgano jurisdiccional por los intervinientes, como única forma de dar eficacia a dicha igualdad en su ejercicio” (STC Rol N°815-077-INA, de fecha 19 de agosto de 2008, considerando undécimo).

Lo anterior no puede sino derivar del rol que juega el derecho a defensa, precisamente en el contexto de la garantía dentro del debido proceso y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, tal cual ha sido asentado como doctrina por este Excelentísimo Tribunal a propósito del artículo 19 N°3 inciso sexto:

“Elementos que componen la garantía del debido proceso (2). El legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad. (STC 1411, c. 7) (En el mismo sentido STC 1429, c. 7, STC 1437, c. 7, STC 1438, c. 7, STC 1449, c. 7, STC 1473, c. 7, STC 1535, c. 18, STC 1994, c. 24, STC 2053, c. 22, STC 2166, c. 22, STC 2546, c. 7, STC 2628, c. 6)²⁰ [énfasis añadido].

Así también lo ha entendido doctrina más reciente, precisamente a propósito del alcance de la reforma constitucional en el ámbito de la defensa jurídica, en el sentido de que:

“[L]a víctima o parte agraviada posee un derecho a defensa jurídica que se concreta en dos aspectos que le entregan contenido. El primer aspecto, en sentido positivo se refiere al derecho a ser oído, explicado precedentemente. El segundo aspecto, en sentido negativo es la prohibición de indefensión que parafraseando a Montero Aroca posee tres elementos;

1. infracción a la norma procedimental impuesta por el legislador
2. infracción al contenido constitucional del derecho

²⁰ NAVARRO y CARMONA. *Op. cit.*, p. 144.

3. infracción de la ley penal.”²¹

Solo a mayor abundamiento, y con el objetivo de circunscribir este planteamiento en el contexto de nuestro sistema procesal penal actual, basta hacer referencia al Mensaje del Código Procesal Penal, de fecha 9 de junio de 1995, tal cual lo hacen Horvitz y López al sostener que “uno de los principales objetivos político-criminales del nuevo sistema de justicia criminal, declarado reiteradamente en el Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal, es la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos”²².

Así, por ejemplo, al abordar los principios básicos del sistema, el expresidente Frei Ruiz-Tagle da cuenta de la introducción al sistema de un principio de **“promoción de los intereses concretos de las víctimas”**, a través de las prerrogativas “que le otorgan a la víctima el carácter de sujeto procesal aun en el caso de que no intervenga como querellante, reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación”, agregando que “se plantea la mantención de la posibilidad de la querrela como modo de intervención formal en el procedimiento, considerándose adicionalmente la posibilidad de que el querellante pueda incluso forzar una acusación, contra la opinión del fiscal”. Lo mismo se ve reflejado a nivel de salidas alternativas en el procedimiento e instituciones como el procedimiento abreviado, pues, por ejemplo, los acuerdos reparatorios “buscan reconocer el interés preponderante de la víctimas”.²³

Determinada la existencia de un derecho a la defensa jurídica de la víctima en nuestro proceso penal, cabe ahora abordar la determinación de su contenido esencial y cómo este resulta afectado por la aplicación del artículo 6° inciso final de la LOCDE en el caso concreto.

ii. El contenido esencial del derecho a defensa jurídica de la víctima y la forma que en la norma impugnada impide su libre ejercicio en el caso concreto.

²¹ PEREDO, Marcela. “La constitucionalización del derecho a defensa jurídica de las víctimas en Chile”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasilia, vol. 10, n°1, 2020, p. 292.

²² HORVITZ y LÓPEZ. *Op. cit.*, p.281

²³ Mensaje Ejecutivo del Código Procesal Penal, de fecha 9 de junio de 1995, pp. 10-14.

Como se señaló previamente, los preceptos del artículo 19 N°3 CPR relativos al derecho a defensa tienden dejar al legislador de rango legal la tarea de determinar el alcance y contenido concreto de las garantías enunciadas en dicho numeral, cuestión conocida como la “reserva legal” del ejercicio de los derechos fundamentales. Pues bien, como **el mismo artículo lo establece en su numeral 26 final**, esta remisión al rango legal no puede, bajo ningún pretexto, desnaturalizar las garantías constitucionales en él establecidas o, más expresamente, “*no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”.

Lo anterior cobra especial relevancia atendido el precepto impugnado en el presente requerimiento: el **artículo 6° inciso final de la LOCDE** que regula el *cese de la facultad de representación* de todo órgano distinto del Ministerio Público, una vez producida la intervención del CDE mediante el ejercicio de su correspondiente acción penal.

Sobre lo anterior, cabe formular **dos consideraciones preliminares**. En primer lugar, dicha ley orgánica (coordinada y sistematizada mediante Decreto con Fuerza de Ley) tiene simple rango legal, pues, más allá de la importancia que pueda revestir en nuestro ordenamiento el CDE, de la simple lectura del texto constitucional se evidencia que dicho órgano no tiene rango constitucional y, por tanto, su regulación a nivel legal no tiene el carácter de Ley Orgánica Constitucional. En segundo lugar, la institución específica impugnada, conocida también simplemente como una incidencia de “exclusión”, no es una institución propiamente reconocida por nuestro Código Procesal Penal, y así lo han entendido algunos tribunales superiores de justicia²⁴.

Dicho lo anterior, cabe ahora determinar en qué sentido la aplicación del artículo 6° LOCDE en el caso concreto afecta el contenido esencial del derecho a defensa de la víctima en el sentido expuesto en subapartado anterior.

Como se adelantó precedentemente, **el contenido del derecho a defensa jurídica se compone de dos elementos o facetas**: una *positiva o formal*, como derecho a ser oído o concretización del principio de contradicción que informa el debido proceso, tanto a nivel de alegaciones como de

²⁴ SCA de Santiago, Rol N°626-2018, de fecha 7 de febrero de 2018, que expresamente señala que “*dicha exclusión de una parte a la cual ya fue acogida a tramitación su querrela, no existe en el Código Procesal Penal*”.

prueba²⁵; y otra *negativa o sustantiva*, como prohibición de la indefensión de una de las partes en el proceso²⁶. Lo anterior es también refrendado por la jurisprudencia constitucional al señalar que “[e]l núcleo del derecho a defensa jurídica es un derecho fundamental de naturaleza procesal, que se proyecta, sustantivamente, como interdicción de la indefensión y, formalmente, como principio de contradicción de los actos procesales” (STC Rol N°2029-11-INA, de fecha 8 de enero de 2013, considerando trigésimo segundo; en un sentido similar, STC Rol N°3649-17-INA, de 6 de marzo de 2019 y STC Rol N°3682-17-INA, de 16 de abril de 2019).

Sentado lo anterior, es necesario distinguir entre la afectación del derecho y el impedimento a su libre ejercicio, en los términos del artículo 19 N°26, a efectos de determinar los contornos del contenido esencial de dicho derecho. En este sentido, la doctrina asentada por este Excelentísimo Tribunal establece los siguientes criterios:

“Distinción entre afectación de un derecho en su esencia y lo que constituye un impedimento para su libre ejercicio. Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible. Y se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo priven de tutela jurídica. (STC 43, c. 21) (En el mismo sentido STC 200, c. 4, STC 226, c. 38, STC 280, cc. 13 y 29, STC 541, c. 14, STC 1046, c. 23, STC 1345, c. 10, STC 2381, c. 39, STC 2475, c. 20, STC 2643, c. 18, STC 2644, c. 18)

Factores en la determinación del contenido esencial de un derecho. El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. La determinación del contenido esencial debe tener en consideración dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho y, luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación. (STC 792, c. 13)”²⁷

De esta manera, en el caso concreto, en la medida que la aplicación del artículo 6° inciso final LOCDE dispone que “cesará la facultad de representación” de todo otro

²⁵ Véase, respecto del principio de contradictorio, STC Rol N°1718-10-INA, de fecha 14 de junio de 2011, considerando décimo; y STC Rol N°2921-15-INA, de fecha 13 de octubre de 2016, considerando trigésimo segundo.

²⁶ PEREDO. *Op. cit.*, pp. 291 y 292.

²⁷ NAVARRO y CARMONA. *Op. cit.*, p. 349.

organismo distinto al Ministerio Público, una vez que el CDE ejerza la acción penal, produce el efecto de excluir totalmente a un interviniente sin ulteriores requisitos o exigencias.

De lo anterior, resulta palmario que estamos frente a una **afectación directa del derecho a defensa jurídica en su esencia**, el que se ve cercenado completamente por la aplicación de la norma impugnada, en el caso concreto, respecto de la Ilustre Municipalidad de Maipú, toda vez que es también víctima de los delitos investigados en la causa de referencia, ya que el perjuicio irrogado mediante fraude se radicó, no sólo en el patrimonio público genéricamente conceptualizado, sino que directamente en el patrimonio municipal en cuestión.

En este punto, cabe destacar que, la Ilustre Municipalidad de Maipú, si bien es representada por el CDE, **en los hechos** no puede comparecer por sí misma al procedimiento, cercenando o afectando en su esencia el derecho a defensa que le cabe como víctima en los hechos investigados. Esta es la afectación que, en el caso concreto, la aplicación del artículo 6° LOCDE genera en la esencia de este derecho a defensa, sin perjuicio de que se le pueda conceptualizar también como un impedimento a su libre ejercicio como se señala a continuación.

Así, inclusive de estimarse de que estamos frente a un **impedimento al libre ejercicio** de este derecho, de todas maneras, se logra evidenciar la infracción a los preceptos constitucionales aludidos, desde el punto de vista de la técnica legislativa empleada por la norma impugnada, que, cabe recordar, es anterior a las reformas constitucionales referidas en los apartados anteriores y al mismo Código Procesal Penal. Para ello, cabe remitirnos a los criterios de *determinación y especificidad* que han sido asentados en la jurisprudencia constitucional como criterios de restricción de derechos, de la siguiente manera:

“Criterios para restricción de derechos fundamentales. Siguiendo nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la CPR; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas. El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se

convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación. (STC 226, c. 47) (En el mismo sentido STC 280, c. 29, STC 2475, cc. 6 y 20)²⁸ [énfasis agregado].

En el caso concreto, aun suponiendo que la limitación al derecho a defensa jurídica de la víctima se encuentra constitucionalmente consagrada en respeto al principio de igualdad (cuestión que, como se verá, no es el caso), de todos modos dicha limitación no cumple con la determinación y especificidad necesaria para su validez, sobre todo si se contextualiza la situación en concreto en el carácter evolutivo que ha tenido el derecho a la defensa jurídica de la víctima en el estado actual de nuestra sociedad democrática, donde los fraudes municipales se han puesto en la palestra como uno de los casos más graves y, lamentablemente, recurrentes de corrupción en la actualidad.

Ahora bien, sin perjuicio de ser desarrollado más adelante, cabe anunciar desde ya que, para efectos de determinar la infracción de las disposiciones de rango constitucional hasta acá señaladas, sobre todo en cuanto al contenido esencial de las mismas, resultan particularmente relevantes los lineamientos que impone el principio o test de proporcionalidad en el caso concreto.

Así, de lo expuesto en el presente apartado, no cabe duda de que se infringieron ilegítimamente las distintas normas de rango constitucional que consagran el derecho a la defensa jurídica de la víctima, en tanto existió una afectación o limitación al contenido esencial del mismo, circunscrito en el debido proceso, por la aplicación en el caso concreto de la regla de “exclusión” establecida en el inciso final del artículo 6° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.

c. Infracción al artículo 19 N° 2 de la CPR. Discriminación arbitraria en la intervención del procedimiento respecto de otros intervinientes.

²⁸ NAVARRO y CARMONA. *Op. cit.*, p. 350.

En los apartados anteriores se ha sostenido que la norma impugnada anula el derecho de la víctima de un delito a ejercer la acción penal y afecta el contenido esencial de su derecho a defensa jurídica en el caso concreto. Todo lo anterior, bajo una infracción simultánea a la tutela judicial efectiva o debido proceso que le asiste a toda persona. Ocurre, sin embargo, que tales transgresiones constituyen además una discriminación arbitraria que la aplicación de la norma impugnada produce. Dicha diferenciación redundante en la exclusión, bajo criterios arbitrarios e incoherentes con el resto del ordenamiento jurídico, de ciertos –y no todos– los querellantes del procedimiento donde el CDE opta por intervenir. En el caso concreto, de la ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ. Se transgrede así la garantía constitucional de igualdad ante la ley contenida en el artículo 19 N° 2 de la CPR. Esta última establece:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: [...]

2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”

Conforme a la norma citada, no toda diferenciación es contraria a la igualdad ante la ley. Se pueden establecer diferencias, pero la igualdad es transgredida siempre que “el criterio elegido por el legislador [para hacerlo] sea arbitrario, irracional o caprichoso”²⁹. Ese es el mandato o límite que la Constitución impone al legislador, un mandato de razonabilidad. En el mismo sentido, este Excelentísimo Tribunal ha sostenido reiteradamente que:

“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. (...) La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o desigualdad”³⁰.

Para evaluar si en el caso concreto se satisface o no la igualdad ante la ley bajo dichos parámetros, esta Magistratura ha precisado un análisis de dos pasos³¹. En primer lugar, se debe determinar “si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar”. Una vez establecido lo anterior, se debe proceder, en segundo

²⁹ STC rol N° 2482-13, c. 19°.

³⁰ STC rol 13.913 c. 48° y STC rol 784 c. 19°. En el mismo sentido, STC roles 3.063 c. 32°, 7.217 c. 24°, 7.203 c. 28°, 7.181 c. 24°, 7.972 c. 40°, entre otras. Énfasis añadido.

³¹ STC con roles 13.914 c. 48°, 784 c. 19°, 1138 c. 24°, 1138 c. 19° y 1340 c. 30° entre otras.

lugar, a “examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria [...] debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido a la vista el legislador”.

Precisando la forma en que este Excelentísimo Tribunal ha aplicado en la práctica estos dos pasos, la profesora Íñiguez distingue tres métodos hermenéuticos, a saber, el método “fundado en el sinónimo”, el método “fundado en las circunstancias” y el “principio de proporcionalidad”³². Si aplicamos estos dos últimos test (porque el primero se encuentra en cierta medida comprendido por los otros dos), obtenemos como resultado que el artículo 6 LOCDE contraviene la igualdad ante la ley:

- i. La norma impugnada establece una diferenciación de trato arbitraria entre intervinientes de una misma categoría

El “método basado en las circunstancias” consiste en que la ley debe dar igual trato a quienes se encuentran en iguales circunstancias³³, de modo tal que la infracción se verifica cuando el legislador “introduce una diferencia entre la misma categoría de personas”³⁴. Es un criterio bastante simple, pero efectivo: si encontrándose dos o más persona en una misma categoría, calidad o condición el legislador insiste en pasar por alto dicha similitud diferenciando el trato respecto de solo una de ellas, entonces el criterio subyacente debe ser *arbitrario*.

Este es precisamente el caso de la norma impugnada. El artículo 6 de la LOCDE no excluye *a todos* los querellantes ante la intervención del CDE en un proceso criminal, sino sólo a *algunos* querellantes. Cuando el CDE interviene, cesa la representación de las municipalidades, pero no cesa la representación de quienes interpusieron querrela amparados en el artículo 111 inciso 2° del CPP. Tampoco cesa la representación de otros querellantes institucionales, como el Servicio de Impuestos Internos³⁵ o la Fiscalía Nacional Económica³⁶, en su caso, ni de otros quienes puedan ostentar la calidad de víctima u ofendido de conformidad a las normas generales. Bajo el tenor del artículo 6 de la LOCDE, todas estas personas o instituciones puede mantener su calidad de querellantes en el

³² ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea (2014). “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de derecho*, Valparaíso, n° 43, p. 505.

³³ Ídem, pp. 506 y ss.

³⁴ STC rol 1340 c. 31.

³⁵ Facultad establecida en el artículo 162 del Código Tributario.

³⁶ Facultad contenida en el artículo 39 letra r) del Decreto Ley N° 211.

procedimiento luego de la intervención del CDE, pero no así las municipalidades, cuya representación, conforme a la norma impugnada, debe cesar. Se establece, de esta forma, una diferencia arbitraria entre querellantes: aquellos que pueden permanecer dentro del procedimiento, y aquellos otros que no. Y ello a pesar de que en todos los casos estamos hablando de la misma categoría de sujetos procesales: querellantes.

Esta diferenciación ya arbitraria a nivel abstracto puede apreciarse también a nivel concreto en el procedimiento que dio lugar a la gestión pendiente de estos autos. La resolución cuya impugnación se conoce ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones excluyó a la ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ como querellante de la causa RIT 9218-2021 del 9º Juzgado de Garantía de Santiago fundado en el tenor literal del artículo 6 de la LOCDE. Sin embargo, no excluyó a *todos* los querellantes, sino sólo a mi representada. Y si se observa el certificado de gestión pendiente acompañado en el primer otrosí de esta presentación, S.S. Excelentísima podrá notar que figuran aún como querellantes un grupo de ocho vecinos de la comuna de Maipú que interpusieron querrela criminal con base al artículo 111 inciso 2º del CPP³⁷. Tras la intervención del CDE, su calidad de querellantes subsiste. El artículo 6 LOCDE no mandata su exclusión, como sí ocurre con mi representada y ello a pesar de que no han intervenido activamente en la investigación o siquiera comparecido a la audiencia de formalización de la investigación!

¿Qué podría justificar una diferenciación como esa? Al momento de resolver, la resolución objeto de revisión en la gestión pendiente razonó en torno a los que, se supone, serían los fines perseguidos por el legislador al establecer la norma impugnada:

“Comparto también que habría un **exceso de representación** al tener a los abogados del Ministerio Público, a todos los abogados del Consejo de Defensa del Estado, y a todos los abogados de la Municipalidad y de la Corporación en contra de los imputados [...] **la intervención de tantos abogados implica una sobrerrepresentación** [...]”

El problema S.S. Excelentísima, es que esta justificación no alcanza a dotar de razonabilidad la técnica legislativa empleada. Si el objetivo buscado efectivamente fuera evitar el “exceso de representación” o “la intervención de tantos abogados” en estrados, entonces forzosamente habría que concluir que la norma impugnada debería excluir también la representación de otros querellantes

³⁷ Se trata de Alejandra Bustamante Neira, Leslie Encina Tapia, Jorge Moreno Frías, José Palma Vidal, Mauricio Pérez Lucero, Magdalena Arias Andrade, Manuel Valencia Chacón y Víctor Orellana Tapia; todos ellos vecinos de la comuna de Maipú representados por los abogados Felipe Olivares González y Ricardo Martínez Valencia.

institucionales o de aquellos amparados en el artículo 111 inciso 2° del CPP. En este último caso el absurdo de la técnica legislativa es palmario: teóricamente podrían querellarse todos los habitantes de la provincia donde se cometió el delito. ¿Cabe alguna duda que en un caso como ese existiría una evidente “sobrerrepresentación” o “intervención de tantos abogados”? Y, sin embargo, frente a tal hipótesis el artículo 6 de la LOCDE no excluiría la intervención de ninguno de ellos.

Así, la falta de conexión entre los fines –supuestamente– perseguidos por el legislador y los medios empleados para conseguirlo es evidente. La norma impugnada no mantiene coherencia interna, discriminando sólo a algunos querellantes en favor de otros, aun cuando un mínimo de consistencia con los fines perseguidos debería conducir a la exclusión de querellantes actualmente no-excluidos por la norma impugnada. La falta de un criterio uniforme demuestra que el criterio es en realidad antojadizo; en definitiva, que carece de razonabilidad. El criterio, en este caso, es la ausencia de criterio.

La discriminación arbitraria entre intervinientes del proceso penal no es un problema nuevo para esta Magistratura. Anteriormente S.S. Excelentísima conoció de una impugnación al artículo 111 del CPP, norma que, se estimó, discriminaba arbitrariamente entre las distintas víctimas de un delito, habilitando sólo a algunas y no a todas para interponer querrela criminal³⁸. Tal como en ese caso se impugnó una norma que *otorgaba* legitimación activa bajo criterios arbitrarios, en el caso de marras la norma impugnada hace *cesar* esa misma legitimación activa, también bajo criterios arbitrarios. En un caso distinto, S.S. Excelentísima ha declarado que produce efectos contrarios a la CPR la discriminación que el legislador efectúa al permitir únicamente al Ministerio Público apelar el auto de apertura de juicio oral y no a los demás intervinientes, precisamente por la desconexión entre los fines buscados por el legislador y los medios empleados para conseguirlos³⁹. La situación que hoy se

³⁸ STC Rol N° 2.203-2012, c. 9, 11, 12: “NOVENO. Que, en la gestión que antecede a esta cuestión de inaplicabilidad, los requirentes son los parientes más próximos de la víctima del homicidio investigado y herederos abintestato por representación. **Sin embargo, no son considerados víctimas en la enumeración anteriormente citada y tampoco pueden querellarse**, atendido que la disposición del artículo 111, inciso primero, del código procesal penal habilita la acción sólo al heredero testamentario; (...)

DECIMOPRIMERO. Que la distinción efectuada por el legislador carece de razonabilidad y no se encuentra vinculada a algún fin lícito que la justifique, **constituyéndose en una diferencia arbitraria que contraría el principio de igualdad ante la ley y que restringe severamente el ejercicio de la acción penal a quien naturalmente le es atribuible;**

DECIMOSEGUNDO. Que **la condición de querellante no es intrascendente para el pleno ejercicio de la acción criminal**. Así, no sólo colabora con la investigación, mediante la expresión de las diligencias cuya práctica solicita, sino que puede forzar la acusación e, incluso, acusar particularmente, variando la calificación de los hechos, la participación del acusado o la pena solicitada. **La intervención del querellante en el proceso no es secundaria, accidental o subordinada. representa el interés de la víctima directa o del ofendido, que debe ser protegido y no limitado**”. Énfasis añadido.

³⁹ STC Rol N° 14.017-2023, c. 27: “(...) se estableció en favor del Ministerio Público solamente, **aduciendo como justificación, según se ha visto expuesto, el supuesto riesgo de paralización del proceso.**

presenta para el conocimiento de S.S. Excelentísima no es distinta: la exclusión de los querellantes enumerados en el artículo 6 de la LOCDE simplemente no garantiza la “sobrerrepresentación” en un procedimiento penal.

- ii. La diferencia de trato no es proporcional al grado de afectación de los derechos conculcados

Aun de aceptarse que el fin buscado por el legislador fuera legítimo, e incluso aceptando que el mecanismo empleado por el artículo 6 de LOCDE fuera efectivo para conseguirlo –cuestión que no compartimos–, para concluir que dicha norma no vulnera el principio de igualdad restaría evaluar si el resultado de su aplicación guarda *proporción* con las consecuencias jurídicas producidas.

El principio de proporcionalidad se encuentra implícito en nuestra CPR⁴⁰, y el test de proporcionalidad en sentido amplio ha sido frecuentemente empleado por la jurisprudencia de este Excelentísimo Tribunal⁴¹. Y es que si bien a S.S. Excelentísima “no le corresponde evaluar el mérito de las decisiones legislativas, la restricción de derechos debe satisfacer un mínimo test de proporcionalidad, sobre todo cuando ello importa establecer un tratamiento diferenciado”⁴². Tal es el caso de marras. Y por ello es que, en cuanto criterio control de las diferencias, corresponde su análisis bajo este acápite.

Dicho fundamento no justifica razonablemente la diferencia consagrada. (...)

A mayor abundamiento, como se expuso también en la STC Rol N°5666, considerando 35°, “el hacer descansar la posibilidad de revisión judicial (caso del recurso de nulidad) sólo una vez que el juicio ha concluido (mucho tiempo después) y no en una etapa procesal preliminar como lo es el auto de apertura del juicio oral (sólo disponible para el Ministerio Público) **se corre el riesgo, incluso, que haya mayor demora. Tal situación ocurriría si la Corte Suprema ordena la nulidad del auto de apertura del juicio oral en lo penal y la realización de un nuevo juicio, con inclusión de la prueba que se había excluido**” (STC Rol N°5666, considerando 35°).

Constatación esta última que refuerza, por cierto, la **ausencia de racionalidad de la norma** que limita la recurribilidad subjetiva del auto de apertura del juicio oral”.

⁴⁰ ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José Ignacio; ZÚÑIGA URBINA, Francisco. (2012. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Estudios constitucionales*, 2012, vol. 10, no 1, p. 87.

⁴¹ Ibidem, p. 88.

⁴² STC N° 1.463-2009, c. 22°.

El test de proporcionalidad se compone de tres pasos o subprincipios: adecuación o idoneidad, necesidad y finalmente proporcionalidad en sentido estricto⁴³. Explicados en palabras de S.S. Excelentísima:

“Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario es si tiene o no fundamentación de algún tipo. Luego corresponde calificar la legitimidad de la causa de la diferencia de trato y la legitimidad de la finalidad perseguida; para posteriormente llegar a la coherencia de ellas con los medios utilizados, y finalmente arribar al resultado buscado por el legislador.”⁴⁴

Si bien la aplicación de estos pasos es sucesiva⁴⁵, de modo que no superando la norma impugnada el primero basta para afirmar la desproporcionalidad de la diferencia de trato introducida por ella, a continuación se someterá la norma impugnada a cada uno de los pasos por separado, a pesar de que, según se verá, la norma impugnada no resiste análisis bajo ninguno de ellos.

1. Adecuación o idoneidad.

El análisis de adecuación o idoneidad es un escrutinio de la legitimidad en los fines perseguidos por el legislador y si estos guardan coherencia con los medios empleados para hacerlo:

“[l]a idoneidad es la relación de causalidad de medio a fin, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador. En el caso del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, **el escrutinio consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado establecido en el precepto legal por el legislador conduce a la obtención del fin constitucionalmente legítimo. En caso que no sea idóneo para lograrlo, el medio legislativo empleado será inconstitucional.**”⁴⁶

⁴³ “La igualdad ante la ley no es un derecho absoluto, queda sujeto a la posibilidad de diferenciaciones razonables entre quienes no se encuentra en una misma condición. Estas distinciones no podrán ser arbitrarias ni indebidas, por lo que deben fundamentarse en presupuestos razonables y objetivos y su finalidad como sus consecuencias deben ser adecuadas, necesarias, proporcionadas”. STC N° 1469, c. 12 a 15.

⁴⁴ STC N° 986, c. 33.

⁴⁵ NOGUEIRA, Humberto (2006): “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, en: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 10, 2006, p. 814: “Los tres subprincipios deben aplicarse sucesivamente, primero, el subprincipio de adecuación, si la medida no es idónea o adecuada, la medida será inconstitucional y allí terminará el escrutinio, sólo si la medida es idónea, se pasa al escrutinio del subprincipio de necesidad, si la medida supera este escrutinio, pasará a ser analizada finalmente, bajo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto”.

⁴⁶ NOGUEIRA, Humberto (2006): “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, en: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 10, 2006, p. 814.

Según se ha explicado en el apartado III.c.i, existe entre la norma impugnada y los fines – supuestamente– perseguidos por ella una total desconexión con los medios empleados. Perfectamente pueden excluirse a los organismos enumerados por el artículo 6 de la LOCDE y aun así existir “sobrerrepresentación” o la “intervención de tantos abogados” en estrados.

2. Necesidad.

De acuerdo a esta Magistratura, el análisis de necesidad consiste en un examen de “si la norma impugnada es necesaria, o sea, si no hay otra manera, menos lesiva, de alcanzar el objetivo perseguido por el legislador”⁴⁷. Se trata de un escrutinio de medio-medio que exige al legislador emplear, entre todos los medios disponibles, aquel menos lesivo para otros derechos fundamentales o intereses legítimos, de manera que “[s]i del análisis resulta que hay al menos un medio idóneo que no interviene en la prohibición de discriminación, o que, interviniendo en ella, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, la ley será inconstitucional por infracción del principio de igualdad”⁴⁸.

Suponiendo la legitimidad del fin buscado de evitar “sobrerrepresentación” o un exceso en la “intervención de tantos abogados”, y que existiera alguna conexión entre ese fin buscado y el método empleado por el artículo 6 de la LOCDE –cuestión que aquí no se comparte–, cabría preguntarse ¿existían otras técnicas legislativas menos lesivas que propendieran a ese mismo resultado?

Y la respuesta es afirmativa. De hecho, llama profundamente la atención la incoherencia del legislador, puesto que para la supuesta finalidad buscada por el artículo 6 de la LOCDE existe ya en nuestro ordenamiento jurídico una institución procesal suficientemente adecuada: la del procurador común. Dispone el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil (en adelante “CPC”):

“Art. 19 (20). Si son dos o más las partes que entablan una demanda o gestión judicial y deducen las mismas acciones, deberán obrar todas conjuntamente, constituyendo un solo mandatario.

La misma regla se aplicará a los demandados cuando sean dos o más y opongan idénticas excepciones o defensas.”

⁴⁷ Rol STC N° 1414-2009, c. 20°.

⁴⁸ NOGUEIRA (2006), p. 814.

A diferencia del artículo 6 de la LOCDE, el artículo 19 del CPC no sólo evita efectivamente “la intervención de tantos abogados” en un procedimiento, sino que también procura no lesionar el derecho a una tutela judicial efectiva de los demás intervinientes. En efecto, en lugar de establecer la exclusión de intervinientes en base a un orden de prelación, el artículo 19 CPC conserva la representación de todos ellos, simplemente disponiendo que en lo sucesivo ellos deban obrar bajo un mandatario común. No se lesionan, como sí lo hace el artículo 6 de la LOCDE, los derechos fundamentales tratados en los acápites anteriores. Y lo más sorprendente: se trata de una norma aplicable al proceso penal en virtud de la remisión del artículo 52 del CPP. Existe, por tanto, una alternativa legislativa –inclusive de *lege lata!*– menos lesiva que la norma impugnada⁴⁹. El artículo 6 de la LOCDE no supera el test de necesidad y, consiguientemente, su aplicación resulta desproporcionada y contraria a la garantía de igualdad ante la ley en la exclusión de mi representada de la gestión pendiente.

3. Proporcionalidad en sentido estricto.

Este subprincipio exige al legislador “ponderar en forma adecuada la intensidad del daño o lesión que la medida legislativa causa a los derechos e intereses de las personas, y el beneficio que la medida significa en relación al bien común”⁵⁰. Como contrapartida, es un mandato al legislador a “evitar los medios legislativos que generen afectación de derechos e intereses desmedidos o excesivamente gravosos”⁵¹. En una sentencia de reciente data, S.S. Excelentísima explicó el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto del siguiente modo:

“Que, finalmente, conforme principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, la doctrina ha sostenido que **“la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”** (Bernal Pulido, Carlos, 2007, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 42).”⁵²

⁴⁹ Dicho en términos de esta Magistratura: “la intervención que efectúa la norma cuestionada no resulta necesaria, ante la existencia de medios menos lesivos y compatibles con la interdicción de la arbitrariedad”. STC Rol N° 13.913-2022 c. 39°.

⁵⁰ NOGUEIRA (2006), p. 814.

⁵¹ Ídem.

⁵² STC Rol N° 13.913-2022, c. 42°.

Según se ha explicado en los apartados III.a y III.b de esta presentación, las infracciones a derechos fundamentales producidas por la aplicación del artículo 6 de la LOCDE en el caso concreto distinta de ser “leves”. Ellas conculcan el contenido esencial del derecho acción y a defensa jurídica que asiste a la víctima de un delito, menoscabando, al mismo tiempo, el derecho a un debido proceso y tutela judicial efectiva que asiste a toda persona. Por más legítimo que pudiera ser el pretendido fin de evitar “sobrerrepresentación” o “la intervención de tantos abogados”, tal fin —que la norma impugnada ni siquiera consigue y respecto del cual existen instituciones más eficientes para lograrlo— no se equipara ni puede compensar la anulación de los derechos mencionados. La colisión que se presenta ni siquiera lo es entre derechos fundamentales, es la economía procesal frente al derecho a la tutela judicial efectiva. No puede la primera prevalecer sobre la segunda.

IV. COMPETENCIA CONSTITUCIONAL.

Finalmente, hacemos presente, como ha sido sostenido por S.S. Excma. en sentencia Rol 541-06:

“[q]ue, si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación. La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común.”

Por consiguiente, S.S. Excma. está facultada para resolver si los preceptos impugnados se ajustan a los límites constitucionales establecidos por la Constitución Política de la República.

V. CONCLUSIONES.

La deficiente técnica legislativa de la norma impugnada se ha hecho evidente. Ella infringe, en el caso concreto, los artículos 83 inciso segundo y 19 N° 3 incisos primero, segundo, tercero y sexto, todos de la CPR. Es decir, se vulnera el derecho al ejercicio a la acción penal y a defensa jurídica que le asiste a la víctima de un delito, en este caso, mi representada. No contento con ello, el precepto impugnado discrimina arbitrariamente quiénes serán objeto de dicha vulneración, infringiendo a la postre el artículo 19 N° 2 de la CPR.

Lo anterior, redundante en que, de aplicarse el precepto impugnado en la gestión pendiente, mi representada será excluida del procedimiento penal donde justamente se conocen los delitos cometidos contra ella.

POR TANTO, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente, especialmente conforme lo dispuesto en los artículos 1, 5 inciso segundo, 19 N°s 2 y 3, y 92 y siguientes de la Constitución Política de la República; así como en los artículos 1.1. y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y demás normas pertinentes,

A S.S. EXCMA. PIDO: Tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con la gestión pendiente del recurso de apelación Rol 378-2023, tramitado ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, admitirlo a tramitación y declarar, en definitiva, que el inciso final del artículo 6 de la LOCDE no será aplicable en la gestión pendiente mencionada, pues su aplicación en el caso concreto infringe lo dispuesto en los artículos 83 inciso segundo y 19 numerales 2°, 3°, 6° y 26° de la CPR.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a S.S. Excelentísima tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Certificado de gestión pendiente de la causa ROL número 378-2024 emitido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.
2. Acta de audiencia de formalización de la investigación de fecha 16 de enero de 2024 de la causa RIT 9218-2021 emitida por el noveno Juzgado de Garantía de Santiago, en el que

consta la resolución que tuvo por excluir la representación de la Ilustre Municipalidad de Maipú.

3. Recurso de apelación interpuesto en la causa RIT 9218-2021 del noveno Juzgado de Garantía de Santiago, en contra de la resolución dictada en audiencia de formalización de la investigación de fecha 16 de enero de 2024.
4. Resolución de fecha 23 de enero de 2024 pronunciada por el noveno Juzgado de Garantía de Santiago en causa RIT 9218-2021, que tiene por interpuesto el recurso de apelación deducido con fecha 22 de enero de 2024.
5. Transcripción de la resolución de fecha 16 de enero de 2024 que tiene por acoger la incidencia promovida por la defensa excluyendo la representación de la Ilustre Municipalidad de Maipú.
6. Resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 25 de enero de 2024 que tiene por acumulada al Rol 378-2024 la causa Rol 379-2024.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política de la República y en el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, y siendo inminente la posibilidad que la causa se agregue a la tabla ordinaria penal, **y a fin de no hacer ilusoria la pretensión de inaplicabilidad en esa gestión, solicito a S.S. Excma. decretar la suspensión del procedimiento penal en el que incide el presente requerimiento.**

TERCER OTROSÍ: Para acreditar la representación que invisto, acompaño copia autorizada del mandato judicial que me habilita para representar judicialmente a la **Ilustre Municipalidad de Maipú**, mediante escritura pública de fecha 2 de diciembre de 2021, otorgada ante el Notario Público Titular de la Primera Notaría de Maipú-Santiago, don Abner Bernabé Poza Matus, anotada bajo el repertorio número 3371-2021.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase S.S. Excelentísima tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y de conformidad al mandato judicial que acompaño en el tercer otrosí de esta presentación, asumo personalmente el patrocinio y poder de esta causa. Asimismo,

y sin perjuicio de retomarlo en cualquier momento, delego poder en los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, don **Sebastián Alejandro Venegas Villegas** y don **Benjamín Ignacio Vukovic Cavada**, todos domiciliados en calle Magdalena 140, piso 23 Norte, comuna de las Condes y ciudad de Santiago, quienes podrán actuar en forma conjunta o separada, indistintamente en autos y que firman en señal de aceptación.

QUINTO OTROSÍ: Solicito a S.S. Excelentísima notificar a esta parte de todas las resoluciones que se dicten en este procedimiento a través de correo electrónico, conjuntamente, a las siguientes direcciones: mcontreras@bacs.cl, jpsilva@bacs.cl, svenegas@bacs.cl, bvukovic@bacs.cl, notificaciones@bacs.cl.

SEXTO OTROSÍ: Dado que es inminente la vista de la causa del recurso de apelación que he interpuesto ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de ingreso número 379-2024, actualmente acumulado al Rol de ingreso número 378-2024, solicito a S.S. Excelentísima se sirva proveer esta presentación con suma urgencia, a efectos de evitar la perniciosa situación de que la causa sea agregada a la tabla ordinaria penal antes de que se resuelva la solicitud del segundo otrosí de esta presentación, consistente en la suspensión de la tramitación de la causa ante la Ilustrísima Corte ya indicada bajo el Rol de ingreso número 378-2024.