

# LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR EN LA INVESTIGACIÓN ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC ROL 8798)

RAÚL BERTELSEN REPETTO<sup>1</sup>

**RESUMEN.** El Tribunal Constitucional ha reafirmado en 2020 el cambio introducido en 2019 a la línea jurisprudencial que mantuvo desde 2010 y conforme a la cual rechazaba los requerimientos de inaplicabilidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal, que faculta al fiscal para declarar el cierre de la investigación y comunicar en audiencia celebrada ante el juez de garantía la decisión de no perseverar en ella. De acuerdo con la nueva línea jurisprudencial, el Tribunal declara, ahora, la inaplicabilidad del artículo 248, letra c), y también del artículo 259, inciso 3º, del Código Procesal Penal, por estimar que vulneran el derecho de la víctima a la acción penal que la reconoce el artículo 83, inciso 2º, de la Constitución Política. La sentencia 8798 del Tribunal Constitucional, objeto de este comentario, es una manifestación de su nueva línea jurisprudencial.

**PALABRAS CLAVE.** Decisión de no perseverar, forzamiento de la acusación, investigación no formalizada, derecho de la víctima a la acción penal, carácter concreto de la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal.

**SUMARIO.** 1. Antecedentes. 2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 3. Conclusiones.

## 1. ANTECEDENTES

Durante diez años, desde 2010 hasta 2019, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) mantuvo una línea jurisprudencial conforme a la cual rechazaba los requerimientos de inaplicabilidad interpuestos contra el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, disposición esta que trata del cierre de la investigación y que faculta al fiscal para declarar el cierre de la misma y en audiencia celebrada ante el juez de garantía, *[c]omunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.*

<sup>1</sup> Abogado Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho Universidad de Navarra.

Desde fines de 2019, el TC cambió su jurisprudencia <sup>2</sup> y ahora acoge los requerimientos de inaplicabilidad interpuestos contra el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, declaración de inaplicabilidad que suele ir acompañada de la del artículo 259, inciso 3º, del mismo Código, que dispone que *[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica* <sup>3</sup>.

La declaración de inaplicabilidad del artículo 248, letra c), especialmente si va acompañada de la del artículo 259, inciso 3º, permite al querellante particular ejercer la acción penal en aquellos casos en que el Ministerio Público hubiese llevado adelante una investigación no formalizada, lo que no resulta posible en caso de aplicarse los preceptos legales impugnados en los requerimientos de inaplicabilidad.

En efecto, tratándose de una investigación de no formalizada, en virtud del artículo 248, letra c), la decisión de no perseverar del Ministerio Público es únicamente comunicada sin que sea necesaria la aprobación del juez de garantía, la cual, en cambio, es exigida por el Código para los casos de sobreseimiento, sea el mismo definitivo o temporal, en que el fiscal lo solicita (artículo 248, letra a), y el juez de garantía lo decreta (artículos 250, para el sobreseimiento definitivo, y 252, para el temporal). Incluso, conforme al artículo 253, el sobreseimiento decretado es impugnabile ante la Corte de Apelaciones respectiva mediante el recurso de apelación.

De ahí, entonces, que siendo la decisión del fiscal de no perseverar en la investigación inatacable, únicamente le queda al querellante particular obtener del juez de garantía, conforme al artículo 258 *Forzamiento de la acusación*, que lo faculte para formular la acusación. En tal caso, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 259, inciso 3º, la acusación únicamente puede referirse a los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación.

---

<sup>2</sup> He examinado la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en mi colaboración al Libro Homenaje a Juan Colombo Campbell centrado en el Derecho Procesal Constitucional, la que lleva por título *Un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la declaración de inaplicabilidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal*. El Libro Homenaje aún no se publica.

<sup>3</sup> Incluso en alguna ocasión, STC 7237, se declaró inaplicable el artículo 261, letra a), en parte de esta que resalto en negrita en la cita que hago a continuación del precepto legal impugnado: Art. 261. Actuación del querellante. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá: a) Adherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación.

Resulta, entonces, conforme a lo dispuesto en los artículos mencionados, que la autorización para formular la acusación al querellante solo produce efecto si la investigación ha sido formalizada, porque si ello no hubiera ocurrido y el juez de garantía autorizare al querellante para formular la acusación, esta no podría satisfacer la exigencia de referirse solo a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación desde el momento que esta no se ha efectuado.

Esta imposibilidad del ofendido y querellante de ejercer la acción penal, derecho que le otorga el artículo 83, inciso 2º, de la Constitución, es resultado de la aplicación, en el caso concreto de las investigaciones no formalizadas, de los artículos 248, letra c), y 259, inciso 3º, del Código Procesal Penal, preceptos legales que de suyo no son inconstitucionales y que, caso de corresponder aplicarlos en investigaciones formalizadas, no merecen reproche alguno, lo que no ocurre, sin embargo, en las investigaciones no formalizadas en que su aplicación sí resulta contraria a la Constitución, y es este agravio el que permite ser reparado a través de las correspondientes sentencias de inaplicabilidad pronunciadas por el Tribunal Constitucional.

## 2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tal como señalé al inicio de este comentario, desde fines de 2019 el TC cambió su jurisprudencia en torno al artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, y ahora declara su inaplicabilidad, la que frecuentemente es acompañada por la declaración de inaplicabilidad del artículo 259, inciso 3º, del mismo Código<sup>4</sup>.

Esta nueva línea jurisprudencial que surge en 2019 en la Sentencia Tribunal Constitucional (en adelante STC) 5653 y en la STC 6718, ha sido continuada en diversas sentencias pronunciadas en 2020<sup>5</sup>. Interesa, entonces, examinar la doctrina que desarrolla el TC, la que puede, a la fecha, considerarse como una jurisprudencia consolidada.

El TC, como es usual en sus sentencias de inaplicabilidad, antes de entrar al razonamiento que le llevará a acoger o rechazar el requerimiento, se refiere tanto a los hechos fundamentales de la gestión judicial pendiente ante otro tribunal que permite la interposición del recurso de inaplicabilidad, como a los pronunciamientos anteriores sobre la materia.

---

<sup>4</sup> CASTILLO (2020) analiza más bien críticamente este cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

<sup>5</sup> STC 7237, STC 8060, STC 8161, STC 8142, STC 8798, entre otras, que son similares. Cito por el texto de la STC 8798 que utilicé en un curso del Programa de Doctorado en Derecho que dictara en la Universidad de los Andes.

Respecto a las circunstancias del caso, el Tribunal precisa que *la gestión pendiente consiste en un proceso penal en que el requirente detenta la calidad de querrelante*, y luego añade que *[e]l Ministerio Público no formalizó la investigación –siendo este elemento de hecho trascendente, como se dirá– y comunicó su decisión de no perseverar en el procedimiento, posibilidad que le es reconocida por el artículo 248, letra c), al persecutor estatal. Se tuvo por comunicada tal decisión, y se negó a la requirente la posibilidad de acusar particularmente, mediante resolución judicial, la que fue apelada, recurso cuya resolución se encuentra pendiente* <sup>6</sup>.

El motivo principal por el que el Tribunal Constitucional acogió la inaplicabilidad es la vulneración del derecho a la acción penal que tiene el ofendido por el delito, conforme al art. 83, inciso 2º, de la Constitución, y consecuencialmente, la infracción al derecho a un procedimiento racional y justo, garantizado en el art. 19, N° 3, inciso 6º, de la Constitución.

La argumentación del Tribunal se desarrolla en tres apartados en los que se refiere, sucesivamente, a la acción penal que le reconoce la Constitución al ofendido, el agravio que causa a éste en su derecho el Ministerio Público cuando ejerce la facultad de no perseverar en la investigación, y la insuficiencia de los resguardos procesales que contempla la legislación para evitar una actuación arbitraria del Ministerio Público.

Los examinaré por separado:

## 2.1. Titularidad del ofendido por el delito del derecho a la acción penal

El Tribunal fundamenta en primer lugar la titularidad del ofendido por el delito, o víctima, de su derecho a la acción penal, en el artículo 83, inciso 2º, de la Constitución, que establece que tanto *el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal* <sup>7</sup> (énfasis agregado en la sentencia). Este precepto, conviene recordarlo, forma parte del título dedicado al Ministerio Público en la Constitución desde la reforma constitucional de 1997 que lo creó, y en ella, como es sabido, se asignó al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública.

Pero, aparte de la citada disposición constitucional del artículo 83, inciso 2º, el Tribunal refuerza su argumentación recordando que *[e]n consonancia con lo anterior, y con la finalidad de asegurar materialmente dicho derecho, el artículo 19, N° 3, inciso tercero, de la Constitución –modificado por la reforma*

<sup>6</sup> STC 8798. Considerando 3º. Énfasis agregado por mí.

<sup>7</sup> Considerando 7º.

*constitucional de fecha 11 de julio de 2011- establece 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”* (Énfasis agregado en la sentencia) <sup>8</sup>.

Naturalmente, el reconocimiento al ofendido del derecho a la acción penal no significa que tenga asegurado un resultado favorable a su pretensión consistente en lograr la condena del supuesto culpable. El Tribunal lo precisa en su sentencia, al decir que *[e]l derecho del querellante –ofendido por el delito- es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En este sentido, implica la posibilidad de perseverar en la pretensión punitiva –por la vía de la acusación adhesiva o autónoma- con independencia de la decisión unilateral del Ministerio Público. Lo anterior, obviamente, sin perjuicio de las determinaciones jurisdiccionales que respecto de la pretensión penal ejercida adopten los jueces y tribunales de justicia* <sup>9</sup>.

Tampoco significa el derecho a la acción penal del ofendido que este pueda intervenir en el proceso penal en la misma forma que lo hace el Ministerio Público. Este, conforme al artículo 83, inciso 1º, de la Constitución, tiene la potestad de dirigir en forma exclusiva la investigación, pero ello no significa que puedan quedar sin tutela judicial los derechos del ofendido que aspira a perseverar en su pretensión punitiva. De ahí lo que se afirma en la sentencia al decir que *[e]ste Tribunal no cuestiona la constitucionalidad de que el Ministerio Público pueda disponer de la pretensión punitiva en virtud del principio de oportunidad, pero sí de que éste se ejerza al margen de la intervención tutelar controladora del Poder Judicial* <sup>10</sup>.

De lo dicho resulta que si bien corresponde al Ministerio Público la dirección de la investigación, la actuación del órgano persecutor tendrá siempre como límite el reconocimiento del derecho a la acción penal del que la víctima es titular. *Lo anterior –señala el TC- exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado* <sup>11</sup>. Y ese límite no existe para el ejercicio de la facultad de no perseverar, pues, a diferencia de lo que el mismo artículo 248

<sup>8</sup> Considerando 7º. El Tribunal recuerda en este mismo considerando, que en la discusión de la reforma constitucional que introdujo el precepto, en la Cámara de Diputados se hizo hincapié en que la ubicación de esta propuesta en el capítulo III disiparía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente.

Asimismo, el Tribunal indica que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido a la víctima la posibilidad de ejercitar la acción penal que es un derecho que se le reconoce en la Constitución.

<sup>9</sup> Considerando 10º.

<sup>10</sup> Considerando 12º.

<sup>11</sup> Considerando 13º.

del Código Procesal Penal contempla para el sobreseimiento definitivo y el sobreseimiento temporal, que son solicitados por el fiscal y decretados por el juez de garantía, la decisión del Ministerio Público de no perseverar en la investigación no requiere aprobación judicial.

Es interesante resaltar que la aplicación del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, resulta contraria a la Constitución cuando la investigación no se ha formalizado, al paso que se ajusta a ella si la formalización ha tenido lugar.

En efecto, en este último supuesto, el Ministerio Público, en virtud del principio de oportunidad que la ley le otorga y que el TC no objeta, posee la facultad de disponer de la pretensión punitiva. Si así lo hace, y decide *no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una investigación*<sup>12</sup>, tal decisión no acaba con el derecho a la acción penal de la víctima por lo que no infringe la Constitución. Y ello ocurre, porque tratándose de una investigación formalizada, el juez de garantía, conforme a lo dispuesto en el artículo 258, incisos 3º y 4º del Código Procesal Penal, si el querellante se lo solicita puede disponer que la acusación sea formulada por el querellante, y si este formula la acusación no hay obstáculo –porque ha existido formalización de la investigación– para que cumpla la exigencia del artículo 259, inciso 3º, cuando señala que *[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica*.

En cambio, si no ha habido formalización previa, la autorización judicial para que el querellante formule la acusación es imposible de ejercitar conforme a lo dispuesto en el artículo 259, inciso 3º, del Código Procesal Penal, que acabo de citar. La exigencia que este precepto contiene, explica que muchas veces los requerimientos de inaplicabilidad impugnan tanto el artículo 248, letra c), y el artículo 259, inciso 3º, del Código, pues no es suficiente la no aplicación del primero para que el querellante pueda ejercer la acción penal si así lo autoriza el juez de garantía. Así lo hizo ver el voto disidente en las primeras sentencias del TC sobre la materia<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Artículo 248, letra c, del Código Procesal Penal.

<sup>13</sup> Son la STC 1341, la STC 1404 y la STC 1394. Así en la STC 1404, leemos en el motivo 9º que tratándose de una investigación no formalizada, la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, misma que no requiere de aprobación judicial como se ha indicado, trae como consecuencia la imposibilidad para el querellante de ejercer de modo útil la acción penal y obtener la tutela efectiva de sus derechos, pues aunque el juez de garantía le autorizara a formular la acusación, [...] no podría cumplir con todas las exigencias del artículo 259 del Código Procesal Penal.

## 2.2. El agravio que causa al querellante el Ministerio Público cuando ejerce la facultad de no perseverar en la investigación

La sentencia, como he señalado anteriormente, examina de qué forma el ejercicio de la facultad de no perseverar repercute negativamente en el derecho del querellante a la acción penal, y lo hace en forma más bien breve en los considerandos 17° a 21° de la misma.

Advierte el Tribunal, en esta parte de la sentencia, cómo la decisión del Ministerio Público de no perseverar en la investigación *no es inocua para el ofendido por el delito y su derecho a ejercer igualmente la acción penal*, y ello ocurre porque ***hace cesar la posibilidad de accionar penalmente***, impidiendo a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución <sup>14</sup>.

Refuerza el Tribunal su argumentación recordando que el sistema procesal penal no permite tampoco a los otros intervinientes objetar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en la investigación, la que no está sujeta a control judicial y únicamente se comunica al juez de garantía. Acota, además, el TC, que la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público puede imponerse, incluso, a la convicción del juez de garantía de que no procede declarar el sobreseimiento de la causa –solicitado por la defensa del imputado– respecto del delito en cuestión <sup>15</sup>.

Como conclusión a los efectos inconstitucionales que produce la aplicación del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, el TC expresa que *[d]e las anteriores consideraciones fluye, en definitiva, que no se satisface el mandato constitucional del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público puede –sin mediar control judicial de fondo– decidir el término de la acción penal, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura* <sup>16</sup>.

Añade, además, el TC en esta parte de la sentencia, refiriéndose al artículo 259, inciso 3°, del Código Procesal Penal, que también *constituye un óbice para la interposición de una acusación por parte del querellante*, pues, atendida la exigencia contenida en el mismo que, en virtud del principio de congruencia prescribe que *[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la*

<sup>14</sup> Considerando 18°. Lo resaltado se contiene en la sentencia.

<sup>15</sup> Considerando 18°.

<sup>16</sup> Considerando 19°.

*formalización de la investigación, al no haber formalización previa, una querrela interpuesta por la víctima del delito no podrá jamás llegar a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente. Y concluye: [s]iendo así, la situación que produce la aplicación del precepto vulnera el derecho al ejercicio de la acción penal, asegurado por la Constitución en su artículo 83*<sup>17</sup>.

### **2.3. Insuficiencia de los resguardos procesales que contempla la legislación para evitar una actuación arbitraria del Ministerio Público**

La STC que es objeto de este comentario contiene en los considerandos 22° a 34ª -agrupados en el epígrafe **No hay resguardos procesales suficientes y compatibles con el ejercicio del derecho a la acción por parte del querellante**- un conjunto de referencias *a algunos preceptos a los que en sentencias desestimatorias previas se les ha atribuido la condición de constituir resguardos para la víctima, para evitar un actuar arbitrario del Ministerio Público que le perjudique*<sup>18</sup>.

La STC menciona tres disposiciones de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público (en adelante LOCMP) y tres artículos del Código Procesal Penal, que en anteriores sentencias o votos disidentes por rechazar, fueron considerados resguardos suficientes que tendría la víctima cara a un actuar arbitrario del Ministerio Público.

Estos preceptos legales son, en la LOCMP los artículos 5°, 7° y 32 b), y en el Código Procesal Penal, los artículos 257, 258 y 186. La argumentación de la STC analiza uno a uno tales preceptos y concluye que *resultan insuficientes para asegurar el derecho de la víctima a una acción penal. Lo anterior, ya sea por su improcedencia o bien pues resguardan intereses distintos de la acción penal*<sup>19</sup>. Para no alargar este comentario me referiré a ellos con brevedad.

Respecto al artículo 5° de la LOCMP, que hace al Estado responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público, el TC acota que *no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima en hacer*

<sup>17</sup> Considerando 21°.

<sup>18</sup> Considerando 23°. En este considerando, la sentencia enumera cuáles han sido estos casos anteriores. En mi trabajo *Un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la declaración de inaplicabilidad del artículo 248, letra c, del Código Procesal Penal*, a publicarse en el Libro *Homenaje a Juan Colombo Campbell*, señalo los diferentes ministros redactores de las sentencias del TC que, primero rechazaran la inaplicabilidad del art. 248, letra c), y luego, al comenzar a acogerse la inaplicabilidad del mismo, han redactado de los votos disidentes. A ellos se ha añadido ahora el Ministro Rodrigo Pica Flores, redactor de la disidencia en la STC 8798 que analizo en este comentario.

<sup>19</sup> Considerando 25°.

*efectiva la responsabilidad penal del imputado*<sup>20</sup> y que a lo más le serviría a la víctima para obtener un resarcimiento patrimonial del Estado por la conducta negligente del Ministerio Público.

Igualmente insuficiente para asegurar el ejercicio de la acción penal de la víctima resulta el artículo 7° de la LOCMP que contempla la responsabilidad disciplinaria en que puede incurrir el fiscal a cargo del caso en que decidió no perseverar en la investigación, responsabilidad que, en el supuesto de hacerse efectiva, no sirve para reparar la pérdida de la acción penal de la víctima.

Y en cuanto al artículo 32 b), de la LOCMP, que otorga competencia al Fiscal Regional para conocer y resolver las reclamaciones que cualquier interviniente formule contra un fiscal adjunto por alguna actuación de este último, tampoco constituye un resguardo frente al ejercicio de la facultad de no perseverar en la investigación que corresponde al fiscal que lleva la investigación, ya que incluso le corresponde al Fiscal Regional aprobarla previamente.

Ocurre, sobre el particular, que conforme al Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre *Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal*, citada por la sentencia en el considerando 28°, ella *obliga a que cada ejercicio de la facultad de no perseverar sea consultado y aprobado previamente por el Fiscal Regional*.

Esta doble conformidad, aunque reduzca la arbitrariedad –como lo reconoce el TC- en la aplicación de la facultad de no perseverar, de igual modo impide a la víctima que ejerza la acción penal que le confiere el artículo 83 de la Constitución.

Veamos, ahora, los tres artículos del Código Procesal Penal citados en alguna sentencia o voto disidente, como resguardos frente a actuaciones lesivas del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal de la víctima de un delito.

El primero de estos artículos es el artículo 257 del Código Procesal Penal relativo a la reapertura de la investigación y que faculta a todo interviniente -entre los cuales, conforme al artículo 12 del mismo Código, se cuenta el querellante- para reiterar antes o durante la audiencia en que el fiscal comunique la decisión de no perseverar en la investigación, la realización de diligencias precisas de investigación, formuladas oportunamente y que el ministerio público hubiese rechazado. Acogida la solicitud por el juez de garantía, ordenará al fiscal reabrir la investigación y cumplir las diligencias en el plazo que le fije.

---

<sup>20</sup> Considerando 26°.

El TC rechazó la eficacia de esta disposición como resguardo para el ejercicio de la acción penal de la víctima sin mayor fundamentación <sup>21</sup>.

Mayor interés reviste la sentencia en lo relativo al tratamiento del forzamiento de la acusación a que se refiere el artículo 258 del Código Procesal Penal. Este precepto –recordémoslo– faculta al querellante para solicitar al juez de garantía que le permita ejercer la acción penal en el caso de que el fiscal hubiese comunicado la decisión de no perseverar en la investigación.

De la sola lectura del precepto legal mencionado cabe entender que, efectivamente, el mismo constituye un resguardo eficaz para que la víctima que se ha querellado ejerza la acción penal que la Constitución le reconoce como un derecho.

Ya sabemos, sin embargo, que el forzamiento de la acusación no produce efectos útiles si la investigación no se ha formalizado, pues, en tal caso y conforme al artículo 259, inciso 3º, del Código Procesal Penal, el querellante no podrá referirse en la acusación a hechos y personas incluidos en la formalización.

El TC así lo estima en su sentencia y no deja de recordar que el factor que lo impide, y que no es otro que la falta de formalización depende de la sola voluntad del Ministerio Público, el cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 230 del Código Procesal Penal, está autorizado para formalizar cuando lo estime oportuno <sup>22</sup>.

Por último, la STC se refiere al control judicial anterior a la formalización de la investigación contemplado en el artículo 186 del Código Procesal Penal.

Esta disposición, se refiere a *[c]ualquier persona afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente*, pero como lo recuerda el TC citando jurisprudencia emanada de juzgados penales y de cortes de apelaciones, como también el parecer del ex Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena, se ha entendido que se refiere únicamente al imputado y no al querellante. No es posible, entonces, que el querellante utilice la vía del artículo 186 del Código Procesal Penal, conforme al cual el juez de garantía puede fijar un plazo al fiscal para que formalice la investigación <sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Considerando 29º.

<sup>22</sup> La STC recuerda en su considerando 31º, que al tramitarse la reforma constitucional que modificó el artículo 19 N° 3 de la Constitución, el entonces diputado Pedro Araya expresó que no sacamos nada con que las víctimas tengan un abogado pagado por el Estado [...] si el Ministerio Público sigue teniendo el control de la investigación en forma absoluta. Si durante una investigación dicho ministerio decide no formalizar a un sujeto que presumiblemente cometió un delito, ahí termina la investigación.

<sup>23</sup> Considerando 33º.

La argumentación del TC concluye afirmando *[q]ue, en razón de lo argumentado a lo largo de la presente sentencia, la aplicación de los artículos 248, letra c; y 259, inciso final, ambos del Código Procesal Penal, impide a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, motivo por el cual habrán de ser inaplicados*<sup>24</sup>.

### 3. CONCLUSIONES

Quisiera, al terminar el comentario a la STC 8798, sentencia que es representativa de la nueva línea jurisprudencial del TC respecto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, y también ahora del artículo 259, inciso 3º, del mismo Código, formular tres observaciones en torno a esta debatida cuestión constitucional.

La primer se refiere a la tutela del derecho a la acción penal de la víctima. La lectura y el análisis de la sentencia muestran la importancia que para el TC reviste la existencia de un derecho, reconocido explícitamente en el texto de la Constitución, que en este caso es el derecho de la víctima de un delito al ejercicio de la acción penal, y que como todo derecho de rango constitucional debe ser respetado y promovido por los órganos del Estado conforme a lo dispuesto en el artículo 5º, inciso 2º, de la Carta Fundamental<sup>25</sup>.

El derecho a la acción en general no gozaba en el texto original de la Constitución de 1980 de un reconocimiento explícito, aunque puede sostenerse que implícitamente lo estaba en la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19, N° 3) de la Constitución y en el principio de inexcusabilidad que guía la actuación de los tribunales conforme a lo dispuesto en el artículo 76, inciso 2º, de la misma.

En la actualidad y tal como lo ha recordado la sentencia objeto de este comentario, el derecho a la acción penal de la víctima está expresamente reconocido en los artículos 19, N° 3, inciso 3º, y 83, inciso 2º, de la Constitución, preceptos en que la STC ha fundamentado su declaración de inaplicabilidad.

---

<sup>24</sup> Considerando 36º.

<sup>25</sup> Artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución Política: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Conviene reiterar que este derecho a la acción penal no significa que se asegure a la víctima la condena del imputado, pero –como lo dijera hace años el TC– sí incluye *el acceso efectivo a la jurisdicción, que se manifiesta en la exigibilidad de la apertura y, consecuentemente, de la sustanciación del proceso*<sup>26</sup>.

La segunda observación se refiere al carácter concreto del control de constitucionalidad que reviste en la Constitución la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal.

Esto significa no solo que la sentencia del TC que así lo decide tiene un efecto relativo puesto que únicamente afecta a la gestión judicial pendiente, sino que lo que el Tribunal examina en las causas de inaplicabilidad no es la conformidad en abstracto con la Constitución del precepto o preceptos legales impugnados, sino los efectos que produce su aplicación en la gestión judicial con ocasión de la cual se interpuso el requerimiento, y de ahí la importancia que reviste para el fallo del TC los hechos y circunstancias del caso.

Esta característica de control concreto de constitucionalidad que reviste actualmente en Chile la inaplicabilidad es la que explica la importancia de haberse o no formalizado la investigación en las causas en que se solicita la inaplicabilidad de los artículos 248, letra c), y 250, inciso 3º, del Código Procesal Penal.

En efecto, en caso de existir formalización, el fiscal, en presencia del juez de garantía, ha comunicado al imputado que se sigue actualmente en su contra una investigación respecto de uno o más delitos determinados, por lo cual, en el supuesto que más adelante el fiscal declare cerrada la investigación y comunique la decisión del ministerio público de no perseverar (artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal), el ofendido querellante podrá obtener del juez de garantía que le autorice a formular la acusación, en la que no habrá inconveniente en cumplir con la exigencia del artículo 259, inciso 3º, de referirse sólo a los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación.

Se aprecia, por consiguiente, en el supuesto examinado, que el derecho a la acción penal de la víctima queda resguardado, pues su ejercicio no depende de la declaración unilateral del ministerio público, sino de la decisión que adopte el órgano jurisdiccional en conocimiento de los antecedentes del caso.

En cambio, si no ha existido formalización de la investigación, el derecho a la acción penal de la víctima queda –como se ha visto– sin resguardo ni control judicial, lo que justifica la declaración de inaplicabilidad de los preceptos le-

---

<sup>26</sup> STC 815. Considerando 11º. La sentencia fue redactada por el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, Ministro Juan Colombo Campbell, y en la misma se declaró la inaplicabilidad parcial del artículo 230 del Código Procesal Penal relativo a la oportunidad de la formalización de la investigación.

gales que al aplicarse en el caso concreto que tiene a su vista el TC, resultan contrarios a la Constitución.

La tercera observación se refiere a la reticencia, incomprensible a mi juicio y que se observa en el ministerio público cuando no formaliza la investigación en los casos en que la víctima ha presentado querrela y en esta se individualiza al o los querrellados, relatando circunstanciadamente los hechos que les imputa (artículo 113 del Código Procesal Penal). En este caso, la formalización puede perfectamente efectuarse con los datos presentados por el querellante atendido lo dispuesto en el artículo 229 del Código Procesal Penal, que la describe como *la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados*, lo que no ocurre, en cambio, cuando la querrela no ha señalado la identidad del querrellado en que no hay a quien formalizar todavía.

Termino este comentario con una inquietud. ¿Qué ha pasado en las gestiones judiciales en que se ha declarado la inaplicabilidad de los artículos 248, letra c), y 259, inciso 3º, del Código Procesal Penal? ¿Han podido las víctimas ejercitar la acción penal formulando la correspondiente acusación? Y si lo han hecho, ¿se ha obtenido la condena de los querrellados? Vale la pena estudiarlo para apreciar, con la realidad de lo ocurrido a la vista, si las declaraciones de inaplicabilidad del TC adquieren relevancia o son inocuas.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERTELSEN R., Raúl (inédito): Un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la declaración de inaplicabilidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Libro Homenaje al Profesor Juan Colombo Campbell.

CASTILLO M., Pablo (2020): Imposibilidad de forzar la acusación en investigaciones no formalizadas. Sentencias Destacadas 2019. Ediciones Libertad y Desarrollo, pp. 283-301.

CÓDIGO PROCESAL PENAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE

DURÁN TORRES, Celeste: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 248, letra c), y 259, inciso final, del Código Procesal Penal. Tribunal Constitucional, 8 de septiembre de 2020, rol 8798.

LEY N° 19.640 Establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, 15 de octubre de 1999.

MENESES FRÍAS, Patricio Rodrigo: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 230, inciso primero, del Código Procesal Penal. Tribunal Constitucional 19 de agosto de 2008, rol 815.

RODRÍGUEZ ROSAS, Christian: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 248; 259, inciso final, y 261, letra a), del Código Procesal Penal. Tribunal Constitucional 3 de marzo de 2020, rol 7237.

WAMES, PETER: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Tribunal Constitucional 18 de mayo de 2010, rol 1404.