

IMPOSIBILIDAD DE FORZAR LA ACUSACIÓN EN INVESTIGACIONES NO FORMALIZADAS

PABLO CASTILLO M.

RESUMEN: Estableciendo un quiebre con la línea jurisprudencial que venía desarrollando desde el año 2010, el Tribunal Constitucional declaró la inaplicabilidad de los artículos 248 c) y 259 inciso 3º del Código Procesal Penal, que impiden que la parte querellante de una investigación no formalizada solicite el forzamiento de la acusación frente a una decisión de no perseverar del Ministerio Público, ya que vulnerarían el derecho de la víctima a accionar penalmente consagrado en el artículo 83 inc. 2º de la Constitución.

El comentario sintetiza y analiza críticamente este cambio jurisprudencial, conforme al cual la Constitución exige que el querellante siempre tenga la posibilidad de solicitar el forzamiento de la acusación.

PALABRAS CLAVES: Decisión de no perseverar, forzamiento de la acusación, derecho de la víctima a la acción penal, exclusividad de la investigación penal.

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Decisión del Tribunal Constitucional. 3. Voto disidente y sus antecedentes en la jurisprudencia del tribunal. 4. Comentarios. 5. Conclusiones.

1. ANTECEDENTES

1.1. Antecedentes del recurso

La acción penal que dio origen al recurso se dirige en contra de una mujer y su abogado, quienes habrían solicitado al querellante 170 millones de pesos –correspondientes a los gastos de mantención y crianza hasta los 25 años de edad del hijo en común que tuvo con la imputada– habiéndole dado a entender que, de lo contrario, se ejercería una acción de filiación que necesariamente revelaría el hecho a su cónyuge.

Posteriormente, un receptor judicial notificó la demanda de filiación, siendo recibida por la cónyuge del querellante, pese a que a los imputados les habría constado que él ya había sido notificado en el tribunal.

A juicio del querellante, “emplear el sistema judicial para que la cónyuge de mi representado tomase conocimiento de la infidelidad producida, a menos que accediera a una transacción con objeto ilícito, como es el pago único y anticipado de pensiones de alimentos” sería constitutivo de delito¹.

En mayo de 2019, dos años luego de la presentación de la querella, el Ministerio Público comunicó en audiencia su decisión de no perseverar en la investigación conforme al artículo 248, inciso 1º, letra c) CPP, frente a lo cual el querellante solicitó el forzamiento de la acusación. El juez rechazó la solicitud del querellante, ya que no estando formalizada la investigación, no podría existir acusación, porque el artículo 259 inciso 3º CPP restringe su objeto exclusivamente a “hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”².

1.2. Fundamentos del recurso

A juicio de la parte querellante, la decisión del fiscal de no perseverar en la causa, sumado a la limitación prevista en el artículo 259 inciso 3º CPP en cuanto a que “la acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación” –lo que en una investigación no formalizada conduce a la imposibilidad de solicitar el forzamiento de la acusación– le impediría el ejercicio de la acción penal para solicitar tutela judicial efectiva de sus derechos conforme a los artículos 19 N° 3 y 83 inciso 2º de la Constitución Política de la República (en adelante “CPR”).

El recurso no menciona que la decisión de no perseverar haya sido arbitraria, sino que impugna el diseño del proceso penal, el cual sería “un callejón sin salida para el querellante: no puede obligar al Ministerio Público a formalizar; no podría impedir que dicte una decisión de no perseverar pese a no haber formalización; y, finalmente, no podría forzar la acusación precisamente por no haber formalización”³.

¹ Requerimiento, p. 2.

² Requerimiento, p. 3.

³ Requerimiento, p. 5.

El recurrente sostuvo que, pese a no existir una formalización de la investigación en la que pueda basarse la acusación, sería posible el forzamiento de la acusación, ya que los hechos y personas contenidos en la querrella suplirían los de la formalización.

Igualmente, explicó que la formalización no sería imprescindible para la acusación, como lo demostraría el procedimiento simplificado, ya que en ese caso “no existe formalización y el procedimiento se inicia derechamente con el requerimiento por parte del Ministerio Público”⁴.

1.3. Traslado del Ministerio Público y del querellante

El Ministerio Público solicitó que se declarara inadmisibile el recurso, ya que la aplicación de ambas normas habría sido previamente considerada ajustada a la Constitución por el tribunal (art. 84 N° 2 LOC TC⁵), y, además, carecería de fundamento plausible (artículo 84 N° 6 LOC TC).

Luego, se hizo presente que la investigación de los hechos que motivaron la querrella fue efectivamente llevada a cabo y, una vez agotada, el fiscal procedió a su cierre, comunicando en audiencia su decisión de no perseverar⁶. Por su parte, el querellante –alegando la inadmisibilidad por similares motivos a los de la fiscalía– agregó que la facultad de no perseverar del Ministerio Público deriva de su potestad constitucional exclusiva para dirigir la investigación establecida en el primer inciso del artículo 83 CPR, la cual es inherente a nuestro sistema acusatorio orientado a la separación de funciones administrativas de investigación y funciones jurisdiccionales. Adicionalmente, recalcó que la decisión de no perseverar no es una facultad arbitraria del fiscal, sino que presupone necesariamente que durante la investigación –la cual se encuentra subordinada al principio de objetividad⁷– no se hayan reunido antecedentes sufi-

⁴ Requerimiento, p. 10.

⁵ “Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”.

⁶ Traslado del Ministerio Público, p. 5.

⁷ Conforme al artículo 3 de la LOC del Ministerio Público “(...) fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta

cientes para fundar una acusación, según lo exige la letra b) del inciso primero del artículo 248 CPP⁸.

2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional resolvió que la consecuencia que la restricción del objeto de la acusación genera para el querellante en una investigación no formalizada, consistente en la imposibilidad de solicitar el forzamiento de la acusación frente a la decisión del Ministerio Público de no perseverar, lesiona el derecho constitucional de la víctima a ejercer la acción penal, consagrado en el inciso segundo del artículo 83 CPR, relacionado con el derecho a un procedimiento racional y justo establecido en el inciso sexto del artículo 19 N° 3⁹.

2.1. El derecho de la víctima frente a la potestad constitucional del Ministerio Público

El tribunal comienza su análisis citando el art. 83 inciso 2° CPR, conforme al cual “tanto el ofendido por el delito y las demás personas que determina la ley podrán **ejercer igualmente la acción penal**” (énfasis del tribunal), mencionando que su ejercicio se encuentra asegurado por el inciso tercero del artículo 19 N° 3 CPR, conforme al cual “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”¹⁰.

Luego, establece el alcance de la potestad constitucional del Ministerio Público para dirigir en forma exclusiva la investigación establecida en el inciso primero del artículo 83 CPR. El tribunal afirma que ella solamente abarca “la labor investigativa propiamente tal”, mientras que la decisión sobre el mérito de los antecedentes para

aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”.

⁸ Traslado del imputado, p. 3 ss.

⁹ Considerando 6°.

¹⁰ Considerandos 7° y 8°.

fundamentar una acusación conllevaría la resolución del conflicto, por lo que tendrían una naturaleza jurisdiccional¹¹.

En consecuencia, la dirección exclusiva de la investigación no implicaría la “facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas para desvanecer o no la presunción de inocencia del investigado o del imputado”¹², ya que el derecho constitucional de la víctima obliga al legislador a contemplar “un derecho a que, mediando un debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal”¹³.

2.2. El derecho de la víctima a “ejercer igualmente la acción penal”

A continuación, el Tribunal Constitucional precisa el alcance del derecho de la víctima a “ejercer igualmente la acción penal”, entendiendo que el empleo del adverbio “igualmente” se referiría a una suerte de equivalencia con las posibilidades de acción del Ministerio Público, concluyendo que “la Constitución le exige al legislador (...) contemplar modalidades para que la víctima acuse o pueda participar de la acusación penal...”¹⁴, así como que “la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación (...) no puede dejarse sin efecto, en términos teóricos ni prácticos, por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente”¹⁵, mencionando a modo ejemplar el sobreseimiento temporal y definitivo, que requieren de pronunciamiento del juez¹⁶.

El tribunal entiende que el Ministerio Público carece de “una posición prevalente respecto del (...) querellante privado en el ejercicio de la acción penal”¹⁷, de forma tal que la Constitución exigiría que el diseño del proceso penal “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”¹⁸. De lo contrario, “la posibilidad de

¹¹ Considerando 9°.

¹² Considerando 9°.

¹³ Considerando 9°.

¹⁴ Considerando 13°.

¹⁵ Considerando 11°.

¹⁶ Considerando 15°.

¹⁷ Considerando 13°.

¹⁸ Considerando 13°.

acusar del querellante devendría en enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal” (énfasis del autor)¹⁹.

En conclusión, la “exclusividad” de la potestad del Ministerio Público “no puede significar la ausencia –aun parcial– de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva”²⁰.

El derecho a la acción penal encerraría la exigencia constitucional categórica de que el proceso penal contemple instancias de control judicial de toda decisión del Ministerio Público que dispongan o hagan cesar por completo la persecución²¹.

2.3. Efecto inconstitucional de la decisión de no perseverar en investigaciones no formalizadas

Luego –en contradicción con lo previamente establecido en cuanto a la naturaleza de la decisión de no perseverar– el tribunal la define como “una *decisión administrativa* del Ministerio Público” (énfasis del autor) que “hace cesar la posibilidad de accionar penalmente, impidiendo a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional”²².

La decisión de no perseverar, sumada a la exigencia del artículo 259 inciso 3º CPP de que la acusación se refiera a la formalización, lesionaría el derecho de la víctima en los casos en que no se ha formalizado la investigación, dado que “una querrela interpuesta por la víctima del delito no podrá jamás llegar a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente”²³.

2.4. Infraprotección de la víctima en el diseño actual del proceso penal

Por último, el tribunal afirma que el ordenamiento jurídico, pese a establecer resguardos para la víctima frente a un actuar arbitrario

¹⁹ Considerando 13º.

²⁰ Considerando 12º.

²¹ Considerandos 14º, 15º y 16º.

²² Considerando 18º.

²³ Considerando 21º.

del Ministerio Público, no protege suficientemente el interés de la víctima en la acción penal frente a la decisión de no perseverar, puesto que “se encuentra exenta de un control judicial efectivo”²⁴.

Por una parte, descarta que el régimen de responsabilidades previsto en los artículos 5²⁵, 7²⁶ y 32 b)²⁷ de la Ley Orgánica del Ministerio Público proteja suficientemente el interés de la víctima, ya que las normas no permiten al querellante “continuar ejerciendo su acción penal independientemente, en la condición de igualdad que establece el artículo 83, inciso segundo de la Constitución”²⁸.

Lo mismo asevera el tribunal respecto de las posibilidades que el Código Procesal Penal contempla para que el querellante, luego del cierre de la investigación, pueda solicitar su reapertura para la práctica de diligencias conforme al art. 257 CPP²⁹, así como el forzamiento de la acusación conforme al artículo 258 CPP, ya que no permiten al querellante de una investigación no formalizada continuar con el ejercicio de la acción penal. Además, dado que la decisión de formalizar la investigación es discrecional del Ministerio Público, la posibilidad del querellante de solicitar el forzamiento –que presupone formalización–, quedaría bajo decisión del Ministerio Público.

2.5. Decisión del tribunal

El tribunal concluye que la aplicación de ambas normas en el procedimiento impide al querellante el acceso a un proceso racional y

²⁴ Considerando 22° y 23°.

²⁵ Artículo 5° inciso 1 LOC MP. “El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público”.

²⁶ Artículo 7° inc. 1 LOC MP. “Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia”.

²⁷ Art. 32 LOC MP. “Corresponderá al Fiscal Regional: b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formule respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo”.

²⁸ Considerandos 26° a 28°.

²⁹ Art. 257 CPP. Reapertura de la investigación. “Dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado”.

justo, vulnerando el derecho de la víctima a ejercer la acción penal consagrado en el artículo 83 inciso 2° CPR³⁰.

3. VOTO DISIDENTE Y SUS ANTECEDENTES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

La argumentación desarrollada en el voto disidente reproduce, resumidamente³¹, la línea argumentativa sostenida por el tribunal desde el año 2010 en asuntos relativos a la “tensión entre las facultades del Ministerio Público y los derechos de la víctima en el proceso penal”³², que sirvió de base al tribunal para afirmar, en varias ocasiones³³, que la imposibilidad de solicitar el forzamiento de la acusación que genera la decisión de no perseverar del Ministerio Público, cuando la investigación no se encuentra formalizada, no lesiona el derecho constitucional de la víctima a ejercer la acción penal.

Esta jurisprudencia tiene la virtud de abordar el problema desde una perspectiva amplia y sistémica, que considera y armoniza los diversos intereses que confluyen en la actividad persecutoria al interior de un Estado que se reserva el monopolio de la actividad punitiva (sustantiva y procesal)³⁴ y separa orgánicamente la función jurisdiccional de la función de investigación, con el fin de garantizar la imparcialidad frente al imputado³⁵.

Según esta postura, la exclusividad que le confía la Constitución al Ministerio Público en cuanto a la dirección de la investigación es consecuencia ineludible del carácter esencialmente público de la persecución penal³⁶, la cual, además, requiere de un empleo racional y eficiente de los recursos³⁷, lo que explica que el Ministerio Público goce de ciertas facultades discrecionales en la toma de algunas decisiones que requieren la consideración de múltiples factores (dentro de los cuales se encuentran los intereses de la víctima) pero

³⁰ Considerando 35°.

³¹ Dado que el voto disidente resume la postura desarrollada latamente en la primera sentencia sobre la materia (STC Rol N° 1.341), se hará referencia exclusivamente a ella.

³² STC Rol N° 1.341. Considerando 10°.

³³ STC Rol N° 1.394; Rol N° 1.404; Rol N° 2.561; Rol N° 2.680; Rol N° 2.858.

³⁴ STC Rol N° 1.341. Considerando 18°.

³⁵ STC Rol N° 1.341. Considerandos 21° a 25°.

³⁶ STC Rol N° 1.341. Considerandos 32° y 33°.

³⁷ STC Rol N° 1.341. Considerando 29°.

que, en definitiva, miran al beneficio general del sistema de persecución penal³⁸.

En dicho esquema, se justifica que el interés (estrictamente colaborativo y contralor³⁹) de la víctima se encuentre subordinado a las decisiones del Ministerio Público, puesto que solo él posee la perspectiva necesaria para armonizarlo con los legítimos intereses del imputado y el interés general en el correcto funcionamiento del sistema de persecución penal⁴⁰.

En este contexto, la facultad de no perseverar no puede ser entendida como una potestad arbitraria, ya que su ejercicio presupone, en primer lugar, que se haya realizado una investigación –durante la cual el querellante puede solicitar al fiscal la práctica de diligencias específicas (y, frente a una negativa, reclamar ante las autoridades del Ministerio Público) y estar presente en ellas⁴¹– y, en segundo lugar, que sus resultados no permitan, a juicio del fiscal, fundar una acusación⁴².

Asimismo, el tribunal niega tanto que la decisión del fiscal impida el ejercicio del derecho de la víctima, como también que el derecho del querellante no se encuentre suficientemente resguardado, puesto que la decisión de no perseverar, por una parte, no perjudica la posibilidad de que, frente a nuevos antecedentes, pueda reactivarse la investigación, formalizarse y posteriormente acusar. Por otra parte, deja a salvo la posibilidad de que el querellante reclame

³⁸ STC Rol N° 1.341. Considerando 33°.

³⁹ STC Rol N° 1.341. Considerando 73°. “El que se querella no está pidiendo tutela para un interés propio, sino que está colaborando o bien supliendo una negligente o arbitraria actuación fiscal en el estatal ejercicio del *ius perseguendi*”.

⁴⁰ STC Rol N° 1.341. Considerando 33° “En el nuevo modelo diseñado por la Reforma Procesal Penal, se ha justificado abundantemente la necesidad de que el Ministerio Público pueda actuar con discrecionalidad, ya que con ello se beneficia al sistema de manera completa e íntegra. Ello no obsta, como se analizará más adelante, a que también se reconozcan derechos a la víctima dentro del proceso y a que exista control sobre su actuación”.

⁴¹ STC Rol N° 1.341. Considerando 66°.

⁴² STC Rol N° 1.341. Considerando 52° “Que, en efecto, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina, la decisión de no perseverar debe fundarse ‘en la no existencia de un mínimo de pruebas idóneas, las cuales por su vaguedad o ineficacia hagan presumible la inutilidad de llevar el caso al juicio oral, al llevar al investigador a una duda razonable de que aquellas no podrán completarse o consolidarse, ni servir como germen o fuente de otras probanzas idóneas que puedan dar al tribunal oral en lo penal la certeza que la ley exige para poder condenar”.

frente a un uso indebido o arbitrario ante las autoridades del Ministerio Público⁴³.

4. COMENTARIOS

4.1. Supuesta naturaleza jurisdiccional de la decisión de no perseverar

La separación que realiza el tribunal entre “labor investigativa” y la decisión de no perseverar –con el fin de excluirla del ámbito conferido por la Constitución al Ministerio Público– es contradictoria e incorrecta.

Es contradictoria, porque, según el tribunal, la labor investigativa solamente “dice relación con la determinación de la orientación de la investigación”, y eso es precisamente lo que hace la decisión de no perseverar, ya que paraliza la investigación, mientras no surjan nuevos antecedentes⁴⁴ (más sobre este punto, *infra*).

Por otra parte, es incorrecta, porque la decisión de no perseverar no tiene, en ningún caso, naturaleza jurisdiccional, ya que el pronunciamiento del fiscal no se refiere a la tipicidad y antijuridicidad de una conducta realizada por una persona que ha actuado culpablemente, sino solamente a la insuficiencia de antecedentes para plantear siquiera la existencia de un conflicto penal ante la jurisdicción⁴⁵.

Por último, considerar la decisión de no perseverar como un acto de jurisdicción, implicaría que la institución sería *per se* inconstitucional, ya que la parte final del inciso primero del artículo 83 CPR, expresamente establece que el Ministerio Público “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

Ahora bien, todo lo anterior pareciera tener su raíz en la concepción errada que tiene el tribunal respecto de la naturaleza y efectos de la facultad de no perseverar. El tribunal entiende que ella es una manifestación del principio de oportunidad⁴⁶ e insiste en que su

⁴³ STC Rol N° 1.341. Considerando 79°.

⁴⁴ PIEDRABUENA (2011), p. 124.

⁴⁵ Amplias referencias al respecto CORREA (2020), p. 166 s.; MATURANA y MONTERO (2017 b), p. 898.

⁴⁶ En sentido estricto, el principio de oportunidad, regulado en el art. 170 CPP, se refiere a la facultad del fiscal para no perseguir hechos que no comprometan gravemente

acción “impide el ejercicio de la acción penal”⁴⁷. Sin embargo, la facultad de no perseverar no guarda relación alguna con el principio de oportunidad, ya que no obedece a consideraciones estratégicas de persecución, sino que a la imposibilidad de recabar mayores antecedentes⁴⁸, ni tampoco impide el ejercicio de la acción, sino que solamente produce los efectos mencionados expresamente en el artículo 248 inciso 2° CPP⁴⁹.

Además, consta en la historia de la ley⁵⁰, y a la misma conclusión llega la doctrina, que la decisión del fiscal no pone término al procedimiento, ni genera efecto de cosa juzgada⁵¹, sino solamente detiene la investigación hasta que surjan nuevos antecedentes⁵², lo cual (si bien escasamente) ocurre en la práctica⁵³.

En consecuencia, la investigación solamente termina luego de transcurrir el plazo de prescripción o cuando aparecen antecedentes que establezcan claramente la inocencia del imputado, debiendo decretarse el sobreseimiento definitivo⁵⁴.

En suma, la decisión de no perseverar opera exclusivamente en casos en que los antecedentes de investigación recabados no permitan al fiscal fundamentar la inocencia del imputado y, subsiguientemente, solicitar el sobreseimiento definitivo, ni fundamentar seriamente la acusación⁵⁵.

el interés público, siempre que su ejercicio se ajuste a los criterios de política criminal establecidos por el Ministerio Público. En sentido amplio, se mencionan también el archivo provisional (art. 167 CPP) y la facultad de no iniciar la investigación (art. 168 CPP), facultades que responden a criterios de selección que facilitan la descongestión del sistema. Véase MATURANA y MONTERO (2017 b), p. 784 s.

⁴⁷ En el considerando 15° afirma que hace “cesar por completo la persecución punitiva”, y en el considerando 18° entiende que “hace cesar la posibilidad de accionar penalmente, impidiendo a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo (...)”.

⁴⁸ MATURANA y MONTERO (2017 b), p. 903.

⁴⁹ Art. 248 inc. 2° CPP. “La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido”.

⁵⁰ ORELLANA (2009), p. 61.

⁵¹ CORREA (2020), p. 167 y 173; ORELLANA, p. 61.

⁵² CORREA (2020), p. 174; MATURANA y MONTERO (2017 b), p. 899 ss.

⁵³ CORREA (2020), p. 167.

⁵⁴ CORREA (2020), p. 175.

⁵⁵ CORREA (2020), p. 164 ss.

4.2. Sentido del adverbio “igualmente” empleado en el artículo 83 inciso 2º CPR

El tribunal entiende que la Constitución al establecer que la víctima puede “ejercer igualmente la acción penal” asegura a la víctima un derecho equivalente a la potestad del Ministerio Público a “ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma –o también adhesiva–, que no puede dejarse sin efecto (ni en términos teóricos ni prácticos), por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente”.

El problema que presenta esta interpretación del inciso segundo es que el adverbio “igualmente” tiene dos acepciones⁵⁶. La primera significa “de manera igual”, lo que apoyaría la lectura que hace el tribunal, pero su segunda acepción significa “también”, lo que no prejuzgaría en absoluto la forma y medida en que el derecho de la víctima deba consagrarse legalmente.

El tribunal no problematiza el sentido que le da al adverbio, pese a que la ubicación del derecho de la víctima en un inciso siguiente al que establece la exclusividad del Ministerio Público en la dirección de la investigación sugiere que, además del Ministerio Público, el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer la acción penal.

Esta interpretación se condice igualmente con la historia de la ley que creó el Ministerio Público⁵⁷, y también con la forma en que se

⁵⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014).

⁵⁷ Historia de la Ley N° 19.519, p. 34. “Otra diferencia importante radica en que el Mensaje reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. La indicación, como se dijo, deja abierta también la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad con la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal”. Historia de la Ley N° 19.519, p. 220 ss. Frente a una indicación que proponía eliminar el inciso en cuestión, ya que no sería materia constitucional se dijo: [El legislador] “podría eliminar la acción penal pública y dejarla reservada en forma exclusiva al Ministerio Público. Precisamente para evitar eso, para que por ninguna ley pueda quitar a las personas el derecho a ejercer la acción, se incluyó el inciso en referencia. Y la única razón para incorporar esta norma –exigencia hecha al comienzo por el Senador que habla– fue el propósito de cautelar el derecho del ofendido por el delito a ejercer igualmente la acción penal. Y, cuando el Honorable señor Díez presentó su indicación en la Comisión, la acogimos, sobre la base de que no solo

plasmó la relación entre Ministerio Público y víctima en materia de acción penal en el artículo 53 CPP, el cual establece que “la acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. Podrá ser ejercida, *además*, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código” (énfasis del autor).

4.3. Relación entre Ministerio Público y víctima en el ejercicio de la acción penal

Dado que el adverbio “igualmente” no se refiere a un derecho equivalente a la potestad del Ministerio Público, la conclusión que extrae el tribunal consistente en que el Ministerio Público carece de una posición prevalente en relación al querellante en cuanto al accionar penal es errada.

Así lo demuestra, por una parte, la breve mención del querellante en el mensaje de la ley que creó el Ministerio Público:

“La reforma procesal penal entrega la función de investigar a un órgano nuevo denominado Ministerio Público, encargado, por ende de la persecución penal pública, que deberá a estos efectos, conducir y dirigir la investigación penal, dirigir y coordinar la labor de los organismos policiales y posteriormente formular y sustentar la acusación ante los tribunales del crimen, representando los intereses de la comunidad en la persecución de los delitos [...] De esta forma se tendrá, por una parte, al Ministerio Público en representación de los intereses de la comunidad en la persecución del delito que litigará a través de los fiscales y que representará asimismo los derechos de la víctima del delito. *Eventualmente podrá haber asimismo un abogado querellante representando los intereses de la víctima*”⁵⁸ (énfasis del autor).

el directamente ofendido podría ejercer la acción penal, sino que, conforme al Código de Procedimiento Penal, otras personas podrían ejercerla igualmente. Y, por tanto, se hace referencia a la ley, con lo cual, obviamente, se hace referencia al Código de Procedimiento Penal, que es la normativa legal que nos rige hoy día”. Historia de la Ley N° 19.519, p. 257. “El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no priva al ofendido y a las demás personas que determine la ley para ejercer igualmente la acción penal, en alguna de las formas que el Código del ramo determine”.

⁵⁸ Historia de la Ley N° 19.519, p. 5 s.

Lo mismo puede concluirse a partir del objetivo de la reforma procesal penal en relación con la víctima, que buscaba su resarcimiento, protección y participación en el proceso penal⁵⁹, pero en un rol cooperador y contralor de la actividad del Ministerio Público, funcional a la investigación, y no como “titular del conflicto penal”⁶⁰ como sugiere la interpretación del derecho de la víctima que hace el Tribunal Constitucional⁶¹.

Quien ve sus intereses menoscabados solamente es “víctima de un delito” cuando ha existido un proceso institucional previo de criminalización de la conducta que ha establecido la relevancia supra individual de la situación. La víctima no es titular de la acción penal, en el sentido de que sea “suya”, ya que el conflicto penal es esencialmente público y el reconocimiento de posibilidades de intervención de la víctima tiene que conciliarse con una serie de intereses, que es lo que precisamente hace el Código Procesal Penal.

Por último, cabe mencionar que el artículo 3 CPP, al referirse a la exclusividad de la investigación penal, no menciona siquiera a la víctima⁶².

Con todo esto, pierde en gran parte sustento la conclusión del tribunal de que el derecho constitucional de la víctima exige que la ley siempre “contemple las medidas de control judicial que [...] hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado”, restando solamente el análisis de la afirmación que sin control judicial “la posibilidad de acusar del querellante devendría en enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal”.

Para el tribunal, la decisión de no perseverar no es *per se* inconstitucional, sino solamente la ausencia de su control judicial⁶³, ya que

⁵⁹ RIEGO (2014), p. 670.

⁶⁰ Sobre el monopolio estatal de la acción penal pública HORVITZ y LÓPEZ (2003), pp. 146.

⁶¹ HORVITZ y LÓPEZ (2003), pp. 284, 291 s.

⁶² Art. 3 CPP. “El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley”.

⁶³ Considerando 12º. “Este tribunal no cuestiona la constitucionalidad de que el Ministerio Público pueda disponer de la pretensión punitiva... pero sí de que este se ejerza al margen de la intervención tutela contralora del Poder Judicial”.

ello implicaría, en investigaciones no formalizadas, que el Ministerio Público dispondría arbitrariamente de la acción penal⁶⁴.

Lo anterior, sumado a la aplicación del artículo 259 inciso 3º, dejaría al querellante imposibilitado de proseguir con la acción penal, lo que infringiría el artículo 83 inciso 2º CPR, ya que “forzar la acusación es realmente una exigencia constitucional”⁶⁵. Sin embargo, en el requerimiento no se menciona siquiera un actuar arbitrario del fiscal de la causa, sino que solamente se objeta la imposibilidad institucional de forzar la acusación cuando la investigación no ha sido formalizada. Pese a esto, el tribunal insiste en que el control judicial es necesario para limitar “un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público [...] (haciendo) factible la interposición de una acusación por parte del querellado”⁶⁶.

Lo anterior fuerza a concluir que, para el tribunal, o bien toda decisión de no perseverar es arbitraria, o bien, no es necesario que se demuestre su arbitrariedad.

En el concepto del tribunal, el derecho de la víctima sería absolutamente categórico, de forma que basta la decisión de no perseverar en una investigación no formalizada para afirmar su vulneración⁶⁷.

Frente a semejante interpretación del derecho de la víctima, es evidente que ninguna medida que no sea la posibilidad de forzar la acusación va a ser considerada suficiente, como lo demuestran los argumentos que entrega el tribunal en su análisis. Pero lo cierto es que, además de la posibilidad de reclamar ante la autoridad del Ministerio Público, que en sí constituye una medida de resguardo, existe un importante mecanismo de control en el ejercicio de la decisión de no perseverar que se encuentra en la Instrucción General del Fiscal Nacional Oficio N° 060/2014, que hace muy difícil hablar de una insuficiente consideración de los derechos del querellante.

En dicha instrucción, se establece un claro estándar para adoptar la decisión de no perseverar: debe basarse “estrictamente en el mérito

⁶⁴ Considerando 12º.

⁶⁵ Considerando 15º.

⁶⁶ Considerando 13º.

⁶⁷ Considerando 21º “De no haber formalización previa, una querrela... no podrá jamás llegar a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente... lo que “vulnera el derecho al ejercicio de la acción penal”.

de la investigación”, la cual, por su parte, “deberá haberse llevado de modo prolijo y acusioso y que, no obstante, por razones ajenas a la voluntad del fiscal a cargo, no ha generado buenas expectativas de éxito”, exigiéndose que “se encuentre bien fundada”⁶⁸. Además, la decisión debe ser aprobada por el Fiscal Jefe y, en caso de delitos que tengan asignada pena afflictiva, deben ser revisadas por la Unidad de Asesoría Jurídica Regional y aprobadas por el Fiscal Regional⁶⁹.

4.4. Comentarios

La argumentación del tribunal adopta exclusivamente la perspectiva del querellante, lo que inevitablemente conduce a una interpretación desmesurada del artículo 83 inciso 2º CPR, que ve en toda restricción al ejercicio de la acción penal una afectación injustificada. Sin embargo, para que el diseño del código pueda ser considerado como una afectación injustificada del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal, el tribunal debiera, al menos, constatar que la decisión particular del fiscal haya sido arbitraria en el caso concreto.

Empero, si se tiene en cuenta que se trata de la persecución penal de una persona, lo sospechoso constitucionalmente no es la imposibilidad de forzar de la acusación sin formalización, sino la posibilidad de forzar la acusación en contra de la decisión de un fiscal, corroborada por su superior jerárquico (ambos dedicados a la tarea investigativa y persecutoria bajo la subordinación del principio de objetividad). Todo esto, además, sin un criterio que oriente la decisión del juez de garantía en este sentido, ya que el artículo 258 simplemente establece que el juez (quien no ha dirigido la investigación), “podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante”⁷⁰.

La pregunta que debió hacerse el tribunal es si acaso existen razones que justifiquen, de cara al querellante, un trato diferente respecto a la posibilidad de solicitar el forzamiento de la acusación en el caso de que la investigación no se encuentre formalizada, y la respuesta es afirmativa, ya que la formalización es una garantía del imputado sin

⁶⁸ Oficio Fiscalía Nacional 060/2014, p. 75 s.

⁶⁹ Oficio Fiscalía Nacional 060/2014, p. 75 s.

⁷⁰ Véanse los comentarios al respecto en Historia de la Ley N° 19.696, pp. 882 ss.

la cual no puede existir una acusación⁷¹, ni puede ser reemplazada por la imputación (necesariamente parcial) que realice el querellante.

Esta nueva interpretación del tribunal abre la posibilidad de que personas sean sorprendidas con una acusación para cuya defensa no se encuentran preparadas (porque ni siquiera ha existido formalización de una investigación), lo que contradice el debido proceso que inspira al sistema procesal penal.

5. CONCLUSIONES

- 5.1. La facultad de no perseverar es una decisión administrativa del Ministerio Público que presupone la realización de una investigación y que su resultado no permita fundamentar una acusación. Ella no pone fin al procedimiento, sino que produce exclusivamente los efectos señalados en el artículo 248 inciso 2º CPP, por lo que no puede atribuírsele, en ningún caso, naturaleza jurisdiccional.
- 5.2. Si bien la víctima es titular de un derecho constitucionalmente reconocido, este no es un irrestricto, de forma que las restricciones legales de su ejercicio no pueden considerarse *eo ipso* inconstitucionales. Lo anterior, pues la mera frustración –vale decir, sin que sea producto de una decisión arbitraria– de la expectativa de la víctima de que “su autor” sea juzgado por un tribunal, no puede ser entendido como lesión de un derecho constitucional a ejercer la acción penal, puesto que dicho derecho consiste en activar la investigación y participar en ella para asegurar su conformidad a derecho, en interés del sistema de justicia penal. Ahora bien, frente a una decisión arbitraria, existen mecanismos de control que si bien no permiten al querellante forzar la acusación, sí son suficientes para desincentivar una mala práctica a nivel general.
- 5.3. Adicionalmente, la formalización de la investigación es una garantía de los derechos del imputado, de forma que la imposibilidad de forzar la acusación cuando ella no ha tenido lugar goza de un fundamento plausible que justificaría un tratamien-

⁷¹ ORELLANA (2009), p. 65; CORREA (2020), p. 171; MATURANA y MONTERO (2017 b), p. 905 y 791.

to diferenciado respecto de la posibilidad de forzar la acusación en las investigaciones formalizadas.

- 5.4. Finalmente, la institución de la decisión de no perseverar se ajusta a la Constitución. Frente a un abuso de dicha facultad, los querellantes, además de denunciar por vía administrativa, debiesen intentar un recurso de protección alegando un trato diferenciado injustificado (art. 19 N° 2 CPR) para que, una vez constatada la arbitrariedad, se les permita continuar con el ejercicio de la acción penal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CORREA ROBLES, Carlos (2020): *Uso y abuso de la decisión de no perseverar en el procedimiento penal*. Revista Chilena de Derecho, [S.l.], v. 47, N° 1, p. 159-185, jun. 2020.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno. Tomo I*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2017a): *Derecho Procesal Penal. Tomo I*, 3ª Ed, Librotecnia, Santiago.
- MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2017b): *Derecho Procesal Penal. Tomo II*, 3ª Ed., Librotecnia, Santiago.
- ORELLANA SOLARI, Nicolás (2009): *Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del ministerio público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del código procesal penal chileno*, ARS BONI ET AEQUINÚM. 5 (2009), pp. 59-81.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo (2011): *La formalización de la investigación, la decisión de no perseverar y el forzamiento de la acusación, en relación a los derechos de la víctima querellante*, Revista de Derecho, N° 26, 2011. pp. 109-136.
- RIEGO, Cristián (2014): *La expansión de las facultades de la víctima en la Reforma Procesal Penal y con posterioridad a ella*, Polít. crim. Vol. 9, N° 18 (Diciembre 2014), Art. 11, pp. 668-690.

OTROS

HISTORIA DE LA LEY N° 19.519. CREA EL MINISTERIO PÚBLICO (16 de septiembre, 1997) <https://www.bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/6695/> (Último acceso: 16.06.20)

HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. ESTABLECE CÓDIGO PROCESAL PENAL (12 de octubre, 2000) <https://www.bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/6631/> (Último acceso: 16.6.20)

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014), *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed.

BIOGRAFÍA EDITORES

1. JOSÉ MIGUEL ALDUNATE HUIDOBRO

Abogado y Licenciado en Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Teoría Política y del Derecho del University College of London. Desde diciembre de 2016 es el Director Ejecutivo del Observatorio Judicial. Anteriormente se desempeñó en la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y en la Unidad de Análisis de Fondo del Consejo para la Transparencia.

2. MILENKO BERTRAND-GALINDO ARRIAGADA

Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M. de Harvard Law School. Experto en derecho internacional y derecho internacional de los derechos humanos. Ha sido profesor de la cátedra de Derecho Internacional Privado en la Pontificia Universidad Católica de Chile y ha realizado asimismo docencia en la Academia Diplomática de Chile, la Academia Judicial de Chile, la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y ha sido investigador visitante en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Fue parte del equipo jurídico de Chile ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya en el caso por la Disputa Marítima con Bolivia y actualmente es miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos. Es miembro de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional Público y de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional Privado.

3. PABLO CASTILLO MONTT

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Adolfo Ibáñez. Trabajó como abogado en asuntos civiles y penales, para luego obtener un LL.M. en la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo, Alemania y después un doctorado en la misma universidad. En 2019 publicó *El tratamiento jurídico penal de la muerte asistida en el Derecho alemán y chileno* con la editorial Duncker & Humblot. Actualmente se desempeña como profesor de Derecho

Penal e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

4. CRISTÓBAL CAVIEDES PAUL

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Master of Laws (LLM) del University College of London y Magíster en Derecho con mención en Derecho Público de la Universidad de Chile. Además es PhD in Law por la Queen's University de Canadá. Hoy se desempeña como Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte (Antofagasta).

5. LUCIANO CRUZ MORANDÉ

Abogado de la Pontificia Universidad Católica, Master of Law (LL.M.) de la Universidad de Duke. Es socio del estudio jurídico Arteaga Gorziglia.

6. CAROLINA HELFMANN MARTINI

Magíster en Derecho de la Universidad de Cambridge y Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es autora y co-autora de diversas publicaciones en materia de Derecho Administrativo, entre ellas, del *Libro Repertorio de la Ley de Procedimiento Administrativo: Jurisprudencia, Comentarios, Concordancias e Historia de la Ley*, cuya segunda edición fue publicada en enero de 2016 por la Editorial Thomson Reuters. Actualmente cursa el Doctorado en Derecho en la Universidad de los Andes.

7. MARÍA FRANCISCA LABBÉ FIGUEROA

Abogado de la Pontificia Universidad Católica. LLM en Derecho Internacional, Comercio y Arbitraje de la Universidad de Heidelberg y la Universidad de Chile y Magíster en Dirección y Gestión Tributaria de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actualmente se desempeña como profesora de la cátedra de Regulación Económica y profesora investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

8. DIEGO LIZAMA CASTRO

Abogado de la Universidad de Chile y estudiante de Magíster de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Chile.

9. LUIS LIZAMA PORTAL

Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad de Chile. Es Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile.

10. CRISTIÁN CARLOS OLAVARRÍA RODRÍGUEZ

Abogado de la Universidad de Chile y Máster en Derecho Público con mención en Derecho del Trabajo de la Universidad de Los Andes. Es profesor de estudios de Postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes desde el año 2012 y socio fundador del estudio de abogados Munita & Olavarría.

11. CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN

Profesor de Derecho administrativo, Derecho de aguas y Derecho del medioambiente en la Universidad Adolfo Ibáñez. Doctor en Derecho y Magíster en Ciencia Jurídica de la P. Universidad Católica de Chile y Licenciado en Ciencias Jurídicas de la U. de Valparaíso. Además es Investigador asociado del Grupo de Regulación de Riesgos y Sectores Estratégicos (GRRISE) de la Universidad de Barcelona.

12. LUCAS SIERRA IRIBARREN

Abogado de la Universidad de Chile. Master en Derecho (LL.M.), de la Universidad de Yale, Estados Unidos. Doctor (Ph.D.) en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad de Cambridge, Inglaterra. Es profesor asociado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Fue miembro del grupo de trabajo “Legislación e Institucionalidad” de la Comisión Gubernamental de “Verdad histórica y nuevo trato” sobre política indígena, integrante de la Comisión Asesora Presidencial sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech) e integrante del Consejo Asesor Presidencial contra Conflictos de Interés, Tráfico de Influencias y Corrupción (Comisión Engel). Durante 2018 integró la Mesa Interinstitucional sobre Nombramiento de Jueces, convocada por el Ministerio de Justicia. Además es árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM).