

Santiago, veinte de agosto de dos mil nueve.

VISTOS:

Con fecha veinticinco de febrero de dos mil nueve, el abogado Ernesto Olivares Rodríguez, en representación de Raúl Antonio Arriagada Gutiérrez, ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal, en la causa criminal RIT N° 1997-2007, RUC N° 0710007486-3, seguida ante el Juzgado de Garantía de Graneros, por el delito de estafa.

Señala que las disposiciones impugnadas vulneran los artículos 1°, 5°, 6°, 7°, 19, N°s. 3 y 26, y 83 de la Constitución Política, ya que atentan contra la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos asegurados a la víctima y querellante, haciendo ilusorio el derecho a la tutela judicial efectiva.

Las normas impugnadas disponen:

“Artículo 230.- Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley.”

“Artículo 186.- Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez

fijarle un plazo para que formalice la investigación.

Indica el requirente que en abril de 2007, como víctima del delito de estafa, interpuso una querrela criminal ante el Juzgado de Garantía de San Fernando, en contra de los que resultaren responsables de aquél, la que fue declarada admisible, remitiéndose al Ministerio Público para acreditar el delito. En el curso de la investigación se realizaron diversas diligencias destinadas a comprobar cada uno de los elementos típicos del delito de estafa y, finalmente, tras la práctica de una orden de investigar por la Brigada de Delitos Económicos de la Policía de Investigaciones de Chile, en su parte conclusiva se acreditó la existencia del delito investigado, tras tomar declaración a diferentes personas relacionadas directa e indirectamente con los hechos. Posteriormente, el Ministerio Público dispuso la elaboración de un Informe Pericial Contable a cargo del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, para determinar la existencia o no de un perjuicio patrimonial para la víctima del delito y así establecer la relación causal entre todos los elementos del delito de estafa, determinándose que el perjuicio sufrido ascendía a una suma superior a \$ 23.000.000. Dado lo anterior, en diversas oportunidades se hizo presente al Ministerio Público la necesidad de formalizar la investigación. En este contexto, en enero de 2009 se solicitó por el querellante al Juzgado de Garantía de Graneros que fijara audiencia para la formalización de la investigación, ya que en la especie se daban los presupuestos del artículo 231 del Código Procesal Penal, pero no se accedió a lo solicitado por estimarlo improcedente y, en cambio, a instancia del Ministerio Público, se fijó audiencia de sobreseimiento definitivo y reapertura de la investigación. Debido a que la formalización es indispensable para dar curso al proceso, el requirente solicitó al Juez de Garantía que

fijara al Ministerio Público un plazo para formalizar la investigación, lo que no fue aceptado.

Expresa el requirente que la Constitución asegura a toda víctima el derecho a ejercer la acción penal, lo que implica el derecho a provocar la apertura del proceso y a hacer exigible su tramitación y sustanciación, como resulta inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución. Además, el artículo 19, N° 3, inciso primero, de la Carta asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, lo que se garantiza por un procedimiento e investigación racionales y justos. Es racional y justo que la víctima de un delito que ha formulado una querrela pueda proseguir y sustanciar el proceso criminal hasta su efectiva terminación, sin condicionamientos arbitrarios. El Código Procesal Penal también le asegura al ofendido por el delito derechos elementales: protección a la víctima; la vigencia de los derechos; el estatuto legal de la víctima; derechos del querellante, entre otros.

Lo resuelto por el Juez de Garantía se funda en la ley procesal sobre formalización de la investigación, en la oportunidad para solicitarla, en el interviniente legitimado para establecer dicha oportunidad y en la situación de la víctima. Las consecuencias de lo anterior son las siguientes: el Ministerio Público es el único interviniente válido para ejercer la acción penal, reservándose a la víctima la mera facultad de dar inicio al proceso; se condiciona el íntegro ejercicio de la acción penal de la víctima al acto de un órgano del Estado; se priva a la víctima de su derecho a que se investigue a cabalidad el hecho materia de la querrela; los efectos del artículo 233 del Código Procesal Penal se sujetan a la voluntad de un organismo que sólo debe investigar; se hace ilusorio el ejercicio de otros derechos (artículo 258) y, finalmente, se torna imposible a la víctima acceder a la jurisdicción.

Los capítulos de inaplicabilidad planteados son los siguientes:

De acuerdo al artículo 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal, el derecho a una tutela judicial efectiva es ilusorio ya que el ejercicio de la acción penal por la víctima se hace depender de la mera discrecionalidad del Ministerio Público, encargado de investigar. La ley no entrega mecanismos a la víctima para provocar o solicitar que la investigación se formalice. De esta forma, las normas impugnadas violan los siguientes artículos de la Constitución:

i) **Artículo 83, inciso segundo:**

La Constitución ha encargado en forma exclusiva y excluyente al Ministerio Público la dirección de la investigación. En la causa sub lite, el ejercicio igualitario de la acción penal y el derecho del ofendido a que se resuelva por la jurisdicción su pretensión penal, consagrados en esta norma constitucional, resultan desvirtuados por las normas impugnadas.

ii) **Artículo 19, N° 3, inciso primero:**

Las normas impugnadas subordinan el efectivo ejercicio de la acción penal de la víctima a una decisión discrecional del Ministerio Público. Lo que la ley asegura a la víctima de un delito que ha presentado querrela es la posibilidad de provocar la apertura del proceso penal, sin embargo la facultad de hacer exigible la prosecución del proceso a través de la formalización depende de que el Ministerio Público lo considere oportuno, por lo que de esta forma ejerce funciones netamente jurisdiccionales. Además, su inactividad determina el curso de la prescripción penal del delito, pese a la voluntad manifestada por la querrela. (El delito fue cometido en 2004). La aplicación de las normas objetadas importa negar toda posibilidad de ejercer efectivamente el derecho a accionar, no sólo a presentar querrelas sino a darle curso progresivo al proceso.

iii) **Artículo 19, N° 3, inciso quinto:**

Expone el requirente que no es racional ni justo que el derecho de la víctima se encuentre subordinado a la voluntad del órgano encargado sólo de investigar. Condicionar uno de los elementos procesales más importantes a la decisión discrecional del Ministerio Público importa privar a la víctima de su derecho fundamental al proceso y de la garantía de racionalidad y justicia.

iv) **Artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19 N° 26:**

El Ministerio Público, como órgano del Estado, debe adecuar su funcionamiento a lo dispuesto en la Constitución. Las normas impugnadas condicionan los derechos de la víctima a la mera voluntad del órgano investigador.

Con fecha tres de marzo de dos mil nueve la Segunda Sala declaró la admisibilidad del requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los antecedentes al Presidente del Tribunal para que les diera curso progresivo.

Haciendo uso del traslado que se le confiriera, mediante presentación de fecha 20 de marzo, el Fiscal Nacional del Ministerio Público formuló sus observaciones al requerimiento, instando por su rechazo. Al respecto expresa que, en cuanto al artículo 230, inciso primero, del Código Procesal Penal, tal norma no es decisiva en la resolución de la causa pendiente, puesto que la exclusividad del Ministerio Público para llevar a cabo el acto de formalización no se desprende de esta disposición sino del artículo 229 del mismo Código, que establece el concepto de formalización, precepto este último que no fue objetado por el requirente; además, en el caso de autos la formalización seguirá siendo una actuación propia y exclusiva del Fiscal. Añade que la formalización de la investigación, como la define el citado artículo 229, es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra.

Así, si formalizar es comunicar que se desarrolla una investigación y el artículo 83 de la Constitución entrega en forma exclusiva al Ministerio Público la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, debe concluirse que es el Ministerio Público quien exclusivamente puede formalizar.

Invocando jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, expresa el Ministerio Público que el tratamiento dado a la formalización corresponde al de un acto oficial y a una facultad del órgano persecutor, evidenciando que dicho trámite juega un claro rol de garantía, pues en su virtud queda el imputado con facultades de reclamar ante las autoridades del Ministerio Público si la investigación ha sido arbitraria. La formalización, en consecuencia, es un acto encomendado exclusivamente a los fiscales, quienes tienen responsabilidad civil, disciplinaria y penal, de acuerdo al artículo 45 de la Ley N° 19.640, comprometiendo con sus actos, cuando son injustificadamente erróneos o arbitrarios, la responsabilidad del Estado.

Respecto del artículo 186 del Código Procesal Penal, el Fiscal Nacional señala que el requerimiento se dirige contra la interpretación que se ha dado a la norma, atribuyéndola a la doctrina. Sin embargo, esta sede no tiene por finalidad modificar una determinada interpretación, sino que impedir la aplicación de la norma cuando provoque un efecto contrario a la Constitución. Además, indica que el requirente pretende que la norma impugnada sea interpretada a su favor; sin embargo, ello no se condice con la competencia de este Tribunal ante una acción de inaplicabilidad. Expresa que esta norma permite a cualquier persona que se considere afectada por una investigación no formalizada ocurrir ante el juez con el propósito que señala la misma disposición, por lo que no se logra ver un efecto contrario a la Constitución. Es una norma de control del ejercicio de la potestad pública de investigación

criminal, orientada a asegurar su ejercicio justo y racional. Añade el Fiscal Nacional que de accederse a la declaración de inaplicabilidad, el mismo requirente no podrá ejercer el mecanismo establecido en el artículo 186, proscribiéndolo para todos los demás intervinientes.

En cuanto a la investigación justa y racional, expone que en este caso la investigación realizada por el Ministerio Público no es objeto de reproche por el requirente, por lo que el organismo ha ejercido efectivamente la potestad pública que se le ha confiado, sin objetarse su racionalidad ni justicia. El Ministerio Público ha solicitado audiencia para discutir el sobreseimiento definitivo, procurando el término del procedimiento por un medio establecido en la ley, por lo que no se ha dejado de ejercer la facultad de investigar y tampoco ha dejado de procurarse la culminación legal de la misma.

Respecto del ejercicio de la acción penal, sostiene el mencionado organismo que, en opinión del requirente, las normas impugnadas impedirían al querellante la sustanciación del proceso criminal incoado. Por su parte, la Fiscalía Nacional recuerda que la dirección de la investigación de los delitos corresponde, por mandato constitucional, al Ministerio Público en forma exclusiva, exigiéndosele averiguar los hechos constitutivos del delito, la determinación de la participación punible de los presuntos hechores y también de los hechos que acrediten su inocencia. Añade la Constitución que al ofendido por el delito le corresponde, en su caso, el ejercicio de la acción penal, en la forma prevista por la ley. De esta forma, eximir el ejercicio de la acción penal por el ofendido de las condicionantes constitucionales de "en su caso" y "en la forma prevista por la ley" supondría su ejercicio a todo evento, admitiendo siempre la apertura de un juicio oral, al que inexorablemente se verá sometido el querellado, lo que no

se ajusta a los parámetros de justicia y racionalidad que establece la Constitución.

Con fecha quince de abril se ordenó traer los autos en relación y el día dos de julio de 2009 se efectuó la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados Ernesto Olivares Rodríguez, en representación del requirente, y Hernán Ferrara Leiva, en representación del Ministerio Público.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 93, N° 6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

SEGUNDO: Que la misma norma constitucional dispone, en su inciso undécimo, que, en este caso, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y añade que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

TERCERO: Que, tal como se ha reseñado en la parte expositiva de esta sentencia, en la especie la gestión pendiente es el proceso criminal que se ventila ante el Juzgado de Garantía de Graneros RIT 1997-2007, RUC N° 0710007486-3, por delito de estafa, con ocasión del cual el requirente (que es querellante en dicha causa) ha deducido la presente acción de inaplicabilidad respecto

de los artículos 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal, aduciendo que su aplicación vulneraría diversos preceptos constitucionales, entre los cuales el más relevante para el caso es el artículo 83 de la Carta Fundamental (cuya aplicación subsume la de todos los demás que se invocan como trasgredidos). La citada norma suprema dispone en sus dos primeros incisos (que son los que resultan atingentes a la situación planteada):

“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.”;

CUARTO: Que, según lo pretendido por el actor de esta causa, la aplicación de los artículos reprochados del Código Procesal Penal vulneraría el derecho que el precepto constitucional recién transcrito le confiere para ejercer la acción penal en su calidad de ofendido por el delito (y simultáneamente entraría en contradicción con las demás disposiciones constitucionales que señala), al supeditar a la voluntad discrecional del fiscal del Ministerio Público la formalización de la investigación pertinente, trámite esencial e ineludible para avanzar a las siguientes etapas del proceso penal.

En lo que sigue, y para una adecuada ordenación de esta sentencia, se examinará por separado la objeción de constitucionalidad que se hace a los dos preceptos legales impugnados;

I. Artículo 230, inciso primero, del Código Procesal Penal.

QUINTO: Que el concebir, en la forma que lo hace esta norma, la formalización de la investigación y la determinación de su oportunidad como una prerrogativa propia del fiscal del Ministerio Público, no es sino el corolario de lo dispuesto por el artículo 229 del mismo Código, que define dicho trámite 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”;

SEXTO: Que, en consecuencia, nada tiene de extraño ni entra en colisión con la preceptiva constitucional que se pretende transgredida el que la formalización de la investigación sólo pueda realizarla el fiscal y en el momento en que lo juzgue adecuado, conforme al mérito y al avance de las pesquisas que dirige. Sin embargo, esto no priva al querellante de la posibilidad de obtener, a través del juez de garantía, que el fiscal que no ha formalizado justifique debidamente su proceder, tal como se argumenta en el apartado que sigue;

II. Artículo 186 del Código Procesal Penal.

SÉPTIMO: Que, contra lo que pretende el peticionario, este precepto legal, correctamente interpretado, es el que precisamente impide que la aplicación de las normas alusivas a la facultad privativa del fiscal para formalizar dé como resultado la conculcación del derecho de la víctima y querellante para impulsar el desarrollo del proceso penal, cuando la negativa del fiscal o su simple omisión carezca de fundamento plausible.

En efecto, es este artículo 186, cuyo texto se transcribió en la parte expositiva, el que permite al querellante, que también puede ser (y de hecho lo es en

este caso) una persona a quien afecte la no formalización judicial de la investigación, pedir al juez de garantía que ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de la querrela e, incluso, fijarle un plazo para que formalice la investigación;

OCTAVO: Que el requirente ha aducido, en respaldo de su pretensión, que la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales de justicia ha entendido la facultad contemplada en el artículo aludido como circunscrita únicamente al imputado respecto de una investigación no formalizada, pero, en estricto rigor y aplicando la regla hermenéutica según la cual donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, nada se opone a que el juez de la causa haga aplicación de este precepto, en cuyo caso dicha aplicación no sólo no infringiría la Constitución sino que, por el contrario, permitiría respetar cabalmente la letra y el espíritu del inciso segundo del artículo 83 constitucional;

NOVENO: Que, según lo ha declarado más de una vez esta Magistratura, no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma (en la especie, por la inaplicabilidad de ella) si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental, como es la que respecto del artículo 186 del Código Procesal Penal se hace en el considerando séptimo de este fallo;

DÉCIMO: Que, por lo que se refiere a las demás normas constitucionales que el actor dice transgredidas por la aplicación de los dos preceptos legales objetados, no se hará cargo esta sentencia de su análisis, toda vez que han sido invocadas como complemento o refuerzo de la impugnación principal y, en el hecho, constituyen simple derivación de lo en ella argumentado. Por lo demás, el criterio con que se resuelve la acción deducida hace innecesario ocuparse de esas alegaciones.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 83 y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA: Que se rechaza el requerimiento de fojas 1, dejándose sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, para cuyo efecto deberá oficiarse al tribunal respectivo.

Se previene que los Ministros señor José Luis Cea Egaña, señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán concurren a los fundamentos y a la decisión de la sentencia de autos, teniendo presente, además lo siguiente:

1°.- Que la razón por la cual no se puede restringir la interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal entendiendo que las facultades que él concede corresponden exclusivamente al imputado no sólo se basa en que el intérprete no puede distinguir cuando la ley no lo ha hecho -como razona el considerando octavo de la sentencia- sino que, además, en que debe considerarse la responsabilidad que el propio Código Procesal Penal asigna al tribunal en orden a garantizar, conforme a ley, la protección de los derechos de la víctima durante el procedimiento penal;

2°.- Que, en efecto, el artículo 6° del Código Procesal Penal indica, en su inciso primero, que: *"El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento."*;

3°.- Que la discusión sostenida en el Senado, respecto de la norma en comento, indica que se razonó a propósito del rol que este precepto asigna tanto a los

jueces como al Ministerio Público precisándose que, en sentido estricto, las funciones de ambos son de distinta naturaleza. Se indicó que *"en el caso de este último, si bien la Constitución le impone determinada obligación, como es la protección de las víctimas, ello no lo convierte en garante de sus derechos. Distinto es el caso del juez, el cual, por diversos mecanismos, tiene la obligación de garantizar los derechos tanto del imputado como de las víctimas, y cuenta para ese objeto con amplias facultades, tanto cuando es requerido por ellos, o por iniciativa propia, dentro del marco legal. En uno y otro caso, sin embargo, la actividad a que la ley los insta es a proteger a la víctima, y por ello se coincidió en denominar al artículo como Protección de la víctima."* (Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Código Procesal Penal anotado y concordado*. 2ª. Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 36-37);

4º.- Que, en este contexto, no puede olvidarse que el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución prescribe: *"El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal."* Con ello, la Constitución sitúa claramente al ofendido y a las demás personas que determine la ley en un plano de igualdad con el Ministerio Público, el que puede ejercer asimismo la acción penal de conformidad con lo preceptuado en el inciso cuarto de esa norma constitucional;

5º.- Que, desde este punto de vista, el ejercicio de la acción penal pública no sólo es una posibilidad para la víctima del delito sino que un verdadero derecho que los tribunales deben cautelar en virtud de lo dispuesto en el artículo 6º del Código Procesal Penal;

6º.- Que, en consecuencia, si el ejercicio de la acción penal pública se hace efectiva por el querellante y víctima del delito mediante la presentación de la correspondiente acusación ha de tenerse presente que ello sólo procederá si previamente se ha formalizado la

investigación. Así se desprende del artículo 261, letra a) del Código Procesal Penal, según el cual si es el querellante quien deduce acusación particular, "*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*-" (El subrayado es nuestro).

Luego, no puede el querellante y víctima del delito acusar sin que exista formalización previa, la cual, al tenor de los artículos 229 y 230 del Código Procesal Penal, es de resorte del Ministerio Público;

7°.- Que de lo razonado se concluye que el derecho a ejercer la acción penal por parte de la víctima del delito debe ser debidamente cautelado por el tribunal durante el desarrollo de todo el procedimiento constituyendo el artículo 186 del Código Procesal Penal, una herramienta eficaz para esos efectos, que no puede entenderse limitada solamente a una facultad del imputado.

Acordada con el **voto en contra del Ministro señor Juan Colombo Campbell**, quien estuvo por acoger el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en base a las siguientes consideraciones de hecho y derecho:

PRIMERO.- Que, no obstante encontrarnos enfrentados a decidir un control concreto de constitucionalidad, este disidente estima del caso precisar los altos valores constitucionales que están involucrados en este requerimiento, para luego, dentro de ese marco conceptual, plantear nuestra posición en el caso *sub lite*;

SEGUNDO.- Que, para ello, debemos en primer término expresar que la Carta Fundamental, en su Capítulo I, a

propósito de las Bases de la Institucionalidad, consagra el principio fundamental de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Para dar forma y fuerza efectiva a dicha declaración, destina el Capítulo III al establecimiento de los derechos y deberes constitucionales, entre los que se destaca la tutela efectiva de los derechos e intereses por parte de los tribunales, como única alternativa para lograr su restablecimiento en el caso que no sean respetados por el Estado o los particulares, generándose así un conflicto de intereses de relevancia constitucional que necesariamente debe decidirse. Lo antes expuesto se vincula además con otras garantías, como el derecho a la vida e integridad física y síquica, a la vida privada y a la honra, la inviolabilidad del hogar, la libertad personal y la seguridad individual, el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, lo que constituye el núcleo básico de las garantías constitucionales;

TERCERO.- Que en el diario vivir constituye un hecho notorio que las referidas garantías son atropelladas una y otra vez como consecuencia de la verificación de hechos calificados por el legislador como delitos, máxima sanción que establece el sistema para castigar a quienes violenten las garantías consagradas básicamente por el artículo 19 de la Constitución;

CUARTO.- Que una interpretación material y valórica de la Constitución, unida a lo expresado precedentemente, lleva a concluir en forma nítida que ésta reconoce y regula la existencia del delito y la finalidad del *ius puniendi* estatal para que la víctima sea tutelada a efectos del restablecimiento del imperio de la normativa de la Constitución y el imputado sea castigado en tanto y cuanto corresponda. Resulta obvio que si la Constitución protege la vida y que si la normativa de la misma obliga

a toda persona, institución o grupo, un homicidio es ante todo una infracción a la Carta Fundamental;

QUINTO.- Que la Constitución consagra un conjunto de normas que permiten concluir que el delito es una figura que tiene reconocimiento constitucional, como el máximo medio de sanción a la infracción de bienes jurídicos asegurados como derechos fundamentales en ella. Así, el artículo 76 establece que la facultad de conocer las causas criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, y a continuación expresa que reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad. De otra parte, el numeral 3° del artículo 19, en su inciso octavo, precisa que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita por ella, norma a la que deben sumarse los incisos sexto y séptimo, en cuanto exigen que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal y que ningún delito se castigará con otra pena que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Además de ello, la Constitución se refiere expresamente a la figura del delito en sus artículos 9°, 16, 17, 19, 52, 53, 61, 62, 63, 79 y 81.

Cabe tener presente que el delito se concibe, desde una perspectiva constitucional, como una forma de sancionar y restablecer el imperio del derecho frente a la violación de valores jurídicos fundamentales de la convivencia social, que no son otros que los mismos protegidos por las garantías que la Constitución asegura a todas las personas.

Así entendido el delito, es una forma de sanción por infringir la Constitución y es deber del Estado restablecer el imperio del derecho a favor del afectado, utilizando como medio para lograrlo el proceso penal,

instancia que permite someter al imputado a un juicio en el cual el ente persecutor estatal debe cumplir sus funciones establecidas en el artículo 83, en cuanto a investigar los hechos constitutivos de delito, acusar a los imputados y dar protección a los afectados, frente a lo cual el legislador no puede establecer limitaciones sin habilitación expresa, la que en la especie no existe;

SEXTO.- Que, aplicando los principios que informan al derecho penal, en concordancia con los del derecho procesal penal que le dan eficacia, deben concurrir una serie de elementos para poner en movimiento el *ius puniendi*, los cuales son consecuencia de la existencia de un conflicto penal, entendiéndose por tal aquel que surge cuando una persona, con su acción u omisión voluntaria, produce como resultado un hecho tipificado por la ley como delito. En la especie concurre un sujeto activo, el imputado de la realización del hecho punible, y un sujeto pasivo que es afectado por las consecuencias del mismo, que el propio Código denomina víctima.

Este conflicto debe resolverse, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 76 y siguientes de la Constitución, única y exclusivamente a través de un debido proceso, o excepcionalmente por mecanismos autocompositivos autorizados de manera expresa, debiendo tenerse presente que, tratándose de materias penales, esta segunda fórmula de solución se encuentra restringida a situaciones específicas;

SÉPTIMO.- Que, precisado lo anterior, debemos detenernos en el concepto de víctima, a la que se le violentaron sus derechos constitucionales, transformándose así en afectado por el delito y cuyo estatuto legal en esta causa se encuentra cuestionado frente a la preceptiva constitucional.

En efecto, para dar real eficacia a las disposiciones, principios y valores constitucionales referidos al proceso penal, la propia Constitución ordena establecer un sistema de tribunales competentes en materia penal (artículo 77) para resolver este tipo de conflictos; una acción procesal (artículos 19, numeral 3°, y 83) que permita a sus titulares abrir proceso y los procedimientos que permitan que el conflicto aludido sea conocido y resuelto a través de un debido, justo y oportuno proceso penal (artículo 19, numeral 3°). Es en él donde volverán a encontrarse los sujetos del conflicto, pero en roles diversos, toda vez que el que cometió el hecho punible pasa a ser sujeto pasivo del proceso penal y la víctima y el Estado sus sujetos activos.

A la víctima le está impedido autotutelar sus derechos y es por ello que la solución del conflicto penal mediante el proceso es un imperativo, en términos que el derecho a ejercer la acción penal por la víctima implica un derecho constitucional básico, consistente en que es un tribunal quien debe resolver su pretensión, sin que el legislador o un ente no jurisdiccional pueda entorpecer dicha garantía, impidiendo su libre ejercicio, por lo que corresponde al Ministerio Público dirigir, como elemento de realización del mismo, la investigación.

Para ello, el tribunal deberá reconstituir el conflicto en el proceso y en definitiva resolverlo, ya sea absolviendo o condenando. En tal sentido, hay dos figuras que integran todo este sistema, que son el hecho punible y la participación. Ambas deberán ser demostradas en el proceso, pero la plena prueba de lo primero no conduce necesariamente a una sentencia condenatoria, puesto que tanto los valores constitucionales como legales que lo regulan establecen que para condenar, el juez debe haber logrado, más allá de toda duda razonable,

la convicción acerca de la ocurrencia del hecho y la participación criminal dolosa del imputado en el mismo;

OCTAVO.- Que en este contexto, por reforma constitucional introducida por la Ley N° 19.519, de septiembre de 1997, se introdujo al Texto Supremo la figura del Ministerio Público, organismo que a partir de entonces 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. En su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, además de corresponderle la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos, aclarando que en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales, según se dispone en el actual artículo 83 de la Carta Fundamental, en plena armonía con el artículo 76 de la misma, que establece de manera privativa la potestad de los tribunales como únicos órganos dotados de atribuciones para conocer y resolver causas penales;

NOVENO.- Que esta Magistratura ha planteado, en su sentencia Rol N° 815, que el ejercicio de la acción procesal penal pública del Ministerio Público no es de carácter monopólico o exclusivo, sino preferente, y es un derecho autónomo que le corresponde también a la víctima según lo previsto con claridad en las normas de los artículos 19, número 3°, y 83 de la Carta Fundamental, además de lo expresado en la historia fidedigna de esta última norma.

En este contexto, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público se dictan en función de dar eficacia y desarrollo a lo ya reseñado y ninguna interpretación armonizable con la Constitución permitiría excluir la participación de la víctima como sujeto activo, que como tal tiene derecho a un proceso

que la Constitución asegura de manera categórica y clara, donde sea un tribunal el que resuelva;

DÉCIMO.- Que, para una acertada resolución de este conflicto, también debe reiterarse que este conjunto de derechos fundamentales incluye el acceso a la jurisdicción como presupuesto para lograr el derecho a la "tutela judicial efectiva" de sus derechos constitucionales, conceptualizada ésta por los especialistas como *"aquel (derecho) que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión"* (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, "Derecho Constitucional", tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Este derecho, como ya se viera, incluye el libre acceso a la jurisdicción, entendido como la posibilidad de formular pretensiones ante el juez y obtener una resolución acerca de las mismas -independientemente del ente persecutor estatal-, así como 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;

DECIMOPRIMERO.- Que, como razonara este Tribunal en su sentencia Rol N° 815, las constituciones europeas, inmersas en las corrientes predominantes del constitucionalismo de nuestros tiempos, consagran el derecho fundamental de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus intereses y derechos, destacándose, en esta específica línea de garantismo, lo dispuesto por la Carta española, en su artículo 24.2. Dicha disposición ha generado una abundante jurisprudencia que, en lo que interesa, permite concluir que los derechos de la víctima y del imputado en el proceso penal deben gozar de

garantías efectivas equivalentes y que su custodio es el juez.

Es en esta línea de pensamiento que la Constitución chilena, más allá de las normas citadas de su texto y de las interpretaciones que de ellas se han hecho, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, lo que incluye, natural y especialmente en el caso de los procesos penales, al Ministerio Público, por mandato constitucional expreso y además por la naturaleza propia de las funciones que tiene, según se desprende de los artículos 1º, 5º, 6º, 19, números 2º, 3º y 26º, y 83 de la Carta Fundamental, debiendo potenciarlos con sus actos realizados en el marco de su competencia;

DECIMOSEGUNDO.- Que, en efecto, el primer inciso del numeral 3º del artículo 19 reconoce el aludido derecho en forma expresa, correspondiendo su titularidad a la persona como sujeto legitimado para su ejercicio, el que está contemplado en una norma autosuficiente y autoejecutiva.

Como complemento necesario, los incisos siguientes establecen garantías normativas del mismo, consistentes en la legalidad del tribunal y del proceso, además del parámetro de densidad material mínima de dichas normas legales, consistentes en las garantías del racional y justo procedimiento, a lo cual el constituyente sumó expresamente la investigación, fijando el límite a la autonomía del legislador, a la hora de establecer el marco regulatorio del proceso jurisdiccional, como forma de solución del conflicto, y de los actos necesarios para abrirlo, sustanciarlo y cerrarlo.

Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan fluidamente al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de derecho, lo cual da eficacia al principio de acceso a la jurisdicción, sin el cual todo el aparato del sistema jurídico debe ser visto como incompleto;

DECIMOTERCERO.- Que en el marco de su reconocimiento constitucional se incluye, como única forma de garantizarlo, el acceso efectivo de la víctima de un hecho punible a la jurisdicción, que se manifiesta en la exigibilidad de una investigación, la apertura y la posterior sustanciación del proceso. A la hora de reconocerlo, deben tenerse en cuenta dos elementos que necesariamente son complementarios e interrelacionados: el derecho a la acción en el marco de la pretensión planteada por el actor, de configuración constitucional autoejecutiva, y el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, cuyo ejercicio será regulado por la determinación legal de las normas del procedimiento y de la investigación, esta última realizada privativa y exclusivamente por el Ministerio Público. Cabe resaltar que dichas normas legales son las que debieran satisfacer los parámetros constitucionales de racionalidad y justicia.

En este sentido, ha de cumplirse con las formalidades, plazos y requisitos establecidos en la legislación procesal dictada en conformidad al mandato constitucional, que es en este caso la preceptiva legal regulatoria que se dictó para dar eficacia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva;

DECIMOCUARTO.- Que, a este respecto, debe tenerse especialmente presente que al legislador le está vedado establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción, que deriva en la inexcusable obligación de resolver el conflicto, sin dejarlo condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes, ya que si así lo hiciera, incurre en infracción a la normativa constitucional básica que le da forma al derecho, porque contraviene en su esencia el valor establecido en el numeral 26° del artículo 19, al imponer condiciones que impiden su ejercicio.

Resulta de toda obviedad que este espectro de derechos básicos ha de alcanzar también, e igualmente, a los actos preparatorios que permiten el acceso al tribunal competente y, en concreto, a la etapa de investigación prevista en el nuevo proceso penal, en la que la víctima no puede participar directamente, más aún si la Carta Fundamental ordena que la investigación resultante deba ser racional y justa.

La negación, o simplemente la excesiva limitación, de lo expresado en los dos párrafos anteriores lleva, necesaria e indefectiblemente, a la frustración de la tutela y a la carencia de la garantía jurisdiccional de todo derecho o interés, lo que es particularmente grave en materia penal. Ello constituye una limitación grave al derecho a la tutela judicial efectiva, y como si ello no fuere ya paradójico, la propia Constitución ha contemplado el derecho a defensa jurídica como lo señala expresamente en el artículo 19, número 3°, 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, en concordancia con la garantía de igualdad ante la ley, 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, expresamente reconocida en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución. Todo habitante de la República que sea víctima de un delito, tiene derecho a que sea el juez natural quien lo califique como tal y determine sus consecuencias jurídicas, sin que autoridad alguna pueda impedir que llegue a su destino;

DECIMOQUINTO.- Que, en el sentido antes expuesto, entender la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación como una alternativa discrecional, en la cual no se puede interferir por parte del ofendido, y de la que pueda derivar la decisión de no investigar, archivar, investigar sólo algunos de los delitos objeto de la querrela o disponer salidas alternativas, aun cuando el afectado por el delito ha manifestado su voluntad de proseguir la persecución penal mediante la interposición de una querrela, como ocurre en el caso *sub lite*, implica un acto de un órgano del Estado que produce como resultado evidente la restricción de la tutela de los intereses penales de la víctima, la privación del derecho a la investigación del hecho delictivo y la imposibilidad de acceder a la jurisdicción, para que ésta sea la que resuelva el conflicto penal que la afecta, como lo ordena el artículo 76 de la Constitución.

De lo anterior se desprende que al encontrarnos en presencia de un derecho fundamental, es la persona titular de dicho derecho violentado la que debe disponer del mismo a la hora de resolver si acude o no a la justicia, teniendo presente que el ejercicio y la titularidad de sus derechos se encuentran dentro de la órbita de decisión del ser humano, coto vedado al poder público al estar dentro del marco de lo íntimo e individual, sin que el Estado pueda realizar injerencias

dentro de dichos ámbitos. Es por ello que cualquier concepción que prescinda del interés de la víctima, como parte primordial del proceso penal, debe considerarse incompatible con la Constitución, principio que surge nítidamente a la luz de la historia fidedigna de la Ley N° 19.519, de 1997, que, como consecuencia de una prolongada y profunda discusión, sin lugar a dudas de ninguna especie buscó dejar a salvo el rol y los derechos del ofendido, fortaleciendo justamente las garantías resultantes de la tutela judicial efectiva por la vía de salvar expresamente el derecho a la querrela y a la investigación racional y justa;

DECIMOSEXTO.- Que, en este sentido, este disidente razona que no es suficiente para concluir la constitucionalidad de la aplicación del artículo 230, el interpretarlo a la luz del artículo 183 del mismo cuerpo normativo, en términos que el querellante pueda solicitar diligencias al fiscal y reclamar por vía jerárquica ante sus superiores, lo que impide concluir que aplicar dicho precepto sea constitucional, pues de esa forma no se analiza la aplicación de los preceptos al caso concreto ni tampoco se repara en que no existe control jurisdiccional de la negativa a dichas solicitudes, no bastando para cumplir las exigencias constitucionales de la tutela judicial efectiva con la sola posibilidad de pedir diligencias, respecto de las cuales no existe medio alguno para obligar su práctica por el fiscal. En este sentido, en tanto el Ministerio Público es un órgano jerarquizado, el fiscal siempre actuará en base a instrucciones y órdenes superiores, por lo cual el recurso jerárquico tampoco se revela como una vía idónea para impugnar la negativa del fiscal para instar a la solución del conflicto penal mediante el ejercicio de la acción. De lo anterior deriva que la efectividad de la tutela no está garantizada en el caso *sub lite* mediante la aplicación de dicho precepto. Este Tribunal ha

manifestado de manera reiterada que el examen de inaplicabilidad es de carácter concreto, en el marco de la constitucionalidad de los efectos de la aplicación de la norma al caso específico, y no una mera contrastación abstracta entre la ley y la Constitución, por lo que no se puede prescindir de las hipótesis de aplicación en la causa;

DECIMOSÉPTIMO.- Que no resulta razonable concluir que porque el querellante interpuso su libelo y solicitó diligencias fue tutelado su interés, si dicha querrela no conduce a un juicio en los mismos términos en que se planteó y las diligencias y la formalización solicitada fueron negadas por el persecutor estatal, todo ello sin perjuicio de lo que el tribunal pueda resolver, ya que es él en definitiva quien debiera resolver la pretensión de la víctima.

En ese sentido, el querellante ve restringido, sin habilitación constitucional, su derecho a la debida investigación y consecuente proceso, en todo aquello que no fue formalizado;

DECIMOCTAVO.- Que, en la misma línea argumental, el pretendido alcance del artículo 186 del Código Procesal Penal como norma garantista del interés del querellante, más allá de la teoría, en este control concreto de aplicación no resulta suficiente ni consistente con los estándares constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva, pues dicha norma expresa que *"cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación"*; sin embargo, no aclara si la afectación se refiere sólo al imputado o también al querellante, lo que es discutido por la

doctrina, de forma que la judicatura y el Ministerio Público han entendido reiteradamente que el beneficiario de dicho precepto es sólo el imputado. De la misma forma que una lectura detenida permite ver que se “faculta” al juez, es decir, al usar la expresión “podrá”, parece ser que el juez no está obligado a fijar plazo para formalizar ni tampoco a solicitar la información, con lo cual si cree que no hay mérito para ello, podría resolver sencillamente “no ha lugar”.

Por otra parte, el qué ha de entenderse por “afectada por una investigación” no aparece definido, y es un concepto bastante vago al no referirse de forma clara al objeto de la afectación ni al titular de la misma. Además de ello, la norma en comento no contiene sanciones específicas para el caso del incumplimiento del plazo que eventualmente fije el juez, especialmente teniendo en cuenta que la regla de la preclusión del artículo 17 del Código se establece para los plazos legales de dicho cuerpo legal, mas no para los plazos judiciales. En razón de lo expuesto, la aplicación al caso concreto de este precepto, interpretado en términos que el único afectado por la investigación puede ser el imputado, produce como efecto la privación de la tutela judicial del interés del querellante, pues frente a la negativa a formalizar por parte del fiscal y a la pretendida improcedencia de su solicitud de forzamiento de la formalización carece de tutela alguna ante el órgano jurisdiccional para poder ejercer la acción penal que la Carta Fundamental le reconoce;

DECIMONOVENO.- Que debe concluirse de lo razonado precedentemente que la obligación de investigar, entendida como carente del deber de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva ni con el de acceso a un debido proceso, como tampoco lo

es el interpretar el artículo 186 en términos de privar al querellante de la posibilidad de ser amparado frente a la negativa a formalizar la investigación, razones por las cuales el requerimiento debe ser acogido a juicio de este disidente;

VIGÉSIMO.- Que, en síntesis:

1°. La Constitución establece el estatuto de las garantías fundamentales en el proceso penal, entre las que se incluye el derecho a un debido proceso para que sea un tribunal quien resuelva el conflicto.

2°. Que, tratándose de conflictos penales, la Constitución traspasa parte de las funciones que le correspondían a los tribunales en la investigación de los hechos punibles hacia el Ministerio Público.

3°. Que para la apertura de un proceso penal de acción pública ante el juez competente, se otorga amplia capacidad de accionar al Ministerio Público, pero la Carta Fundamental conservó el rol de la víctima como sujeto activo de dicho proceso penal.

4°. Que, sin perjuicio de las atribuciones exclusivas del Ministerio Público contenidas en la Constitución y leyes especiales, su ejercicio no puede excluir ni limitar la participación de la víctima como sujeto activo del proceso penal, reconocimiento que hace el propio Código del ramo, en sus párrafos VI y VII del título IV del libro I, al establecer entre los intervinientes a la víctima.

5°. Que, en consecuencia, los operadores del sistema procesal penal, entre los que destacan el juez y el Ministerio Público, deben garantizar al ofendido el pleno ejercicio de sus derechos en el proceso penal y todo acto o hecho que lo limite debe considerarse que atenta en contra de sus garantías constitucionales;

VIGESIMOPRIMERO.- Que cabe concluir que la aplicación de los preceptos impugnados, en orden a no formalizar o a excluir al querellante de la posibilidad de ser amparado por el juez de garantía frente a la negativa a formalizar, constituye una privación del derecho a la investigación, de rango constitucional, por lo que la aplicación de los preceptos impugnados al caso *sub lite* infringe la Carta Fundamental, en específico el numeral 3º de su artículo 19 y su artículo 83, además de sus artículos 1º, 5º, 6º, 7º y 19, número 26º;

VIGESIMOSEGUNDO.- Que, en mérito de lo expuesto, toda norma cuya aplicación produzca efectos inconstitucionales o violente la Carta Fundamental debe ser declarada inaplicable por esta Magistratura en el ejercicio de la potestad que le confiere la Constitución en el numeral 6º de su artículo 93.

Acordada la sentencia con el **voto en contra del Ministro señor Marcelo Venegas Palacios**, quien, por los mismos fundamentos de la sentencia de fecha 19 de agosto de 2008, recaída en los autos rol 815, de este Tribunal Constitucional, y atendido especialmente lo dispuesto en los numerales 3º y 26º del artículo 19, y en el inciso segundo del artículo 83, de la Constitución Política de la República, estuvo por acoger el requerimiento de fojas 1, únicamente en cuanto a declarar que, existiendo ejercicio de la acción penal por parte del querellante, resulta contrario a la Constitución la aplicación del inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal en el sentido de hacer equivalente el poder de los fiscales para formalizar la investigación a ejercer dicha facultad de manera discrecional, en términos tales de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción del delito.

Redactó la sentencia el Ministro señor Francisco Fernández Fredes, la prevención la Ministra señora Marisol Peña Torres y las disidencias, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL N° 1.337-09-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Juan Colombo Campbell y los Ministros señores, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.