

C.A. de Temuco

Temuco, diecinueve de julio de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Con fecha cinco de mayo del año en curso, a folio 1, compareció don Héctor Campos Maldonado, abogado, en representación de **Rodrigo Esteban Millaleo Mora**, administrativo contable, domiciliado en Faja 16.000, km 4,5 interior, de la comuna de Cunco, ambos domiciliados para éstos efectos en calle Arturo Prat N° 350 oficina 911 de la ciudad de Temuco, e interpone **recurso de protección en contra del Ministerio Público**, persona jurídica de derecho público, Rut 61.935.400-1, representada para éstos efectos por don Juan Pablo Salas Castro, Fiscal Adjunto, RUT 10.495.289-5, todos con domicilio en calle Arturo Prat N°080, también de capital regional, **por el acto ilegal y arbitrario que hace consistir en la decisión del Ministerio Público de no perseverar en los antecedente que señala, lo que vulneraría-en su perspectiva- el debido proceso.**

Indicó que, con fecha 31 de mayo de 2020, Rodrigo Esteban Millaleo Mora presentó querrela criminal en contra de don Helmut Genkinger, domiciliado en el sector de la Faja 16.000, Km 5 interior, de la comuna de Cunco, como autor del delito contemplado en el **artículo 291 bis del Código Penal**, ya que aquel era propietario, desde su nacimiento, de un perro macho de la raza Golden Retrieve, de nombre “Bobyto”, el cual desde su llegada a la familia pasó a ser un miembro más de ella, que además, por el carácter propio de su raza, era un perro juguetón, cariñoso, con mucha energía, pero absolutamente sociable y para nada peligroso, ello sumado a la circunstancia que se encontraba esterilizado. Sin embargo, el día 20 de mayo de 2020 cuando se encontraban en la casa familiar, ubicada en la Faja 16.000 km 4,5 interior, de la comuna de Cunco, junto a su madre, doña Irene del Carmen Mora Villalobos, a las 16,15 horas, escucharon un fuerte disparo, proveniente del predio vecino, de



propiedad del querellado, don Helmut Genkinger, concurriendo rápidamente, en donde pudieron constatar que “Bobyto”, su perro, aun se encontraba con vida, pero en muy mal estado, producto de un disparo con un arma de fuego. Al llegar al lugar el querellado reconoció haber disparado al perro con una escopeta, marca Harrington & Richardson, serie N°HL 235939, calibre N°12 mm, señalando que era de su propiedad; encontrándose, en esos momentos, cavando una fosa para enterrar al perro el cual estaba aún vivo, pretendiendo ocultar su delito. El Tribunal declaró admisible la querrela, el 4 de junio de 2020, ordenando remitir los antecedentes al Ministerio Público, asignándole el RUC 20002512216-4, RIT 4522-2020. No obstante ello, después de un año, sin ninguna noticia, citación o llamado por parte del órgano persecutor, con fecha 21 de abril de 2021, el Fiscal Adjunto don Juan Pablo Salas Castro, presentó al Tribunal un escrito informando el cierre de la investigación y señalando además: “De conformidad con el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal comunico a US. que esta Fiscalía ha decidido no perseverar en este procedimiento por cuanto durante la investigación realizada no se han reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación”. Finalmente, el Tribunal citó a audiencia de comunicación de decisión de no perseverar para el 25 de junio de 2021 a las 9:30 horas, sin embargo estima que dicha actuación por parte de la recurrida, es derechamente ilegal y absolutamente arbitraria.

Adicionó, respecto a la naturaleza jurídica de la decisión de no perseverar, que no requiriendo ella aprobación judicial, concluye que se trata de “acto administrativo” y como tal, debe ser tomada sobre la base de buenas razones y por lo tanto, requiere motivación siendo necesario que el órgano competente exprese los motivos en que se basa la decisión, de manera que acredite por esa vía, su relación con los hechos que han servido de antecedentes a la actuación de la administración. Sin embargo, en este caso, el escrito presentado por el



Fiscal Adjunto señor Juan Pablo Salas Castro, constituye un escrito “tipo”, igual al que se presentan en innumerables causas en todos los Tribunales del país en cada momento, que esta lejos de ser motivado o fundamentado.

Añade que si se observan los documentos acompañados por la querellante, en especial, copia de la solicitud N°00563188, de la Municipalidad de Temuco en la cual se demuestra que en recurrente es el propietario y responsable del perro llamado “Bobyto”, y las diversas fotografías de “Bobyto” compartiendo con las familia, y la forma en la cual fue encontrado, se puede apreciar claramente la arbitrariedad de la actuación del recurrido. Estas últimas, -las fotografías- serían clarísimas en cuanto en establecer la existencia del hecho, (la muerte del animal) y la participación (aparece con el arma y al lado del perro) que debieran haber sido, elementos o circunstancias, más que suficientes para que el Ministerio Público hubiese tomado otra decisión, agregando el recurrente que no se le ocurre que otra prueba puede aportar a la investigación u otra diligencia realizar ya que lamentablemente no pudo filmar los hechos cuando ocurrieron y el Servicio Médico Legal no tiene atribuciones para haber efectuado una autopsia al perro.-

Respecto de las garantías constitucionales invocadas, señala que el actuar de la recurrida, vulnera el artículo 19 N°3 de la Constitución Política, precepto que asegura el derecho a una defensa jurídica, el principio de legalidad de los tribunales y el debido proceso entre otros. Al efecto, refiere que la doctrina y jurisprudencia, han reconocidos los siguientes derechos, que forman parte del concepto “debido proceso”: derecho al juez predeterminado por la ley; derecho al juez independiente e imparcial; derecho a la defensa jurídica y a la asistencia letrada; derecho a asesoría y defensa jurídica gratuita para las víctimas; derecho del imputado a ser asistido por un defensor público; derecho del imputado a ser gratuitamente asesorado por un



traductor o interpreta; derecho a la bilateralidad de la audiencia, derecho al debido emplazamiento; derecho a la igualdad entre las partes; derecho a presentar e impugnar prueba; derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo; derecho a la aplicación del principio de congruencia penal; derecho de revisión judicial por un tribunal superior; derecho a la orden de no innovar. Por su parte, el **derecho a una adecuada defensa que implica la aptitud procesal de presentar prueba y tener derecho a impugnar aquellas que vulneren las pretensiones y derechos que se hagan valer;** y respecto del cual el TC ha señalado: “que el legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquellas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad” STC N°1411.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, indica que el **Tribunal Constitucional,** en causas Roles N° 8060-2019 y 6718-2018, ha reconocido la **inconstitucionalidad del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal,** señalando que: “la aplicación de la norma mencionada en las circunstancias referidas, impide a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo, y proscribire su derecho a la acción penal, al dejar al querellante al actuar discrecional de la Fiscalía que, al no haber formalizado, en el caso concreto impide, además que el querellante pueda forzar la acusación. Así se concluye el proceso penal, sin que el querellante posea vías procesales para perseverar como ofendido por el delito, quedando despojado de toda tutela judicial”.-



Por lo anterior, solicita en definitiva, se adopten de manera inmediata las providencia que juzgue necesario para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los derechos afectados, disponiendo así, que el Ministerio Público, deberá formalizar la investigación, o bien fundar su decisión de no perseverar argumentando debidamente su decisión con el objeto de garantizar los derechos de la víctima, y de abstenerse de ejercer los recurso procesales, en contra de las decisiones judiciales que se dicten en el referido proceso en relación a esta decisión, o lo que se estime conforme a derecho o al mérito de los antecedentes, todo ello con costas.

Acompaña al recurso: 1.- Copia de la querella; 2.- Copia de la presentación del Ministerio Público; 3.- Copia de la resolución de fecha 21 de abril de 2021; 4.- Fotos de la mascota de mi defendido y de los hechos que dan origen a la querella y 5.-Copia de escritura pública de 2 de junio de 2020, otorgada ante el Notario Público de Temuco, doña Esmirna Vidal, en donde su personería para representar al recurrente.-

Que, con fecha dieciocho de mayo de dos mil veintiuno, **a folio 6, informa el recurrido**, don Juan Pablo Salas Castro., abogado, Fiscal Adjunto de Temuco del Ministerio Público de La Araucanía, señalando que como Fiscal asignado a la investigación, instruyó diligencias de investigación, entre ellas, la toma de declaración al denunciante, a la Brigada Investigadora de delitos contra el medioambiente y patrimonio cultural de la PDI (BIDEMA), la que evacuó el informe N° 20200488742/00585 conteniendo tal declaración, además de la de otras personas empadronadas, informe que no resulta concluyente en cuanto a la existencia de una conducta merecedora de reproche penal. Que, en base al mérito del informe, como fiscal asignado a la investigación y sin que existieran diligencias pendientes que pudieren resultar útiles para el esclarecimiento de los hechos y consecuente con el principio de objetividad, en uso de las facultades



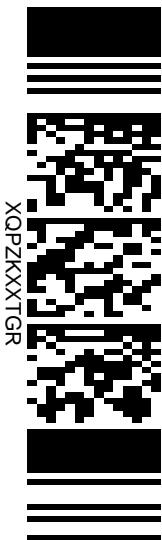
otorgadas por la ley, procedió a comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento que fuere adoptada respecto de la investigación. De esta forma, añade que no se advierte que de parte del Ministerio Público concurra ilegalidad o arbitrariedad alguna en este proceder o falta al debido proceso, desde que con él no se ha hecho más que dar cumplimiento a las disposiciones legales contenidas en el Código Procesal Penal, decisión fundada en los antecedentes de investigación que estuvieron, y están, a disposición de los intervinientes, habiéndose fijado la audiencia respectiva en que se expondrán los mismos, en la que el querellante podrá ejercer los derechos que la ley le confiere por la vía procesal correspondiente .

Se trajeron los autos en relación, y en la vista de la causa se oyeron las alegaciones formuladas tanto por el recurrente como por el recurrido.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como es consabido el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes consagrados en la Carta Fundamental, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio. Lo anterior significa que, para que prospere se requiere para su configuración la concurrencia copulativa de los siguientes presupuestos:

- a) Una conducta –por acción u omisión- ilegal o arbitraria.
- b) La afectación, expresada en privación, perturbación o amenaza, del legítimo ejercicio referido a determinados derechos esenciales garantizados en la misma Constitución y que se indican en el mencionado precepto.



c) Relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el agravio a la garantía constitucional.

d) Posibilidad del órgano jurisdiccional, ante el cual se plantea, de adoptar medidas de protección o cautela adecuadas, para resguardar el legítimo ejercicio del derecho afectado.

SEGUNDO: Que, conforme a lo previo, y con el objeto de determinar la acción u omisión que se estima ilegal y arbitraria, por quien representa al recurrente, se ha señalado que la solicitud promovida por el Ministerio Público, de comunicar decisión de no perseverar, en el contexto del proceso penal RUC 20002512216-4, RIT 4522-2020 del Juzgado de Garantía de esta ciudad al tenor de lo dispuesto en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal, reúne los requisitos ya señalados, por cuanto estima, por un lado que los antecedentes allegados a la investigación- que se inició por querrela deducida por su mandante- son suficientes para la determinación del hecho punible y la participación delictiva; todo ello en el ámbito del delito por el cual dedujo acción penal, vale decir, al tenor de lo dispuesto en el artículo 291 bis del Código Penal(maltrato animal), vinculado con la muerte de una ejemplar canino de su propiedad.

Indica, en su segundo plano argumental que, la naturaleza jurídica de la decisión ya señalada, es la de un **acto administrativo, por lo que aquel debe ejercerse fundadamente, lo que en el caso-considera- no se verifica, pues de ninguna manera aparecen los fundamentos de la misma.** A su turno, adiciona que la norma de la letra c) del artículo 248 del Código ya citado, resultaría “inconstitucional”, ello al amparo de la jurisprudencia emanada del Tribunal constitucional que señala debido a que, en resumen, **privaría al querellante de tutela judicial efectiva al quedar sometido al arbitrio de lo que resuelva el ente persecutor estatal.**

Respecto de las garantías constitucionales invocadas, señala que el actuar de la recurrida, vulnera el artículo 19 N°3 de la Constitución



Política, precepto que asegura el derecho a una defensa jurídica, el principio de legalidad de los tribunales y el debido proceso entre otros.

Requirió, finalmente, se ordene a fin de restablecer el imperio del derecho que, el recurrido deberá formalizar la investigación, o bien fundar su decisión de no perseverar argumentando debidamente su decisión con el objeto de garantizar los derechos de la víctima, y de abstenerse de ejercer los recursos procesales, en contra de las decisiones judiciales que se dicten en el referido proceso en relación a esta decisión, o lo que se estime conforme a derecho o al mérito de los antecedentes, todo ello con costas.

TERCERO: Que, evacuando el informe requerido el letrado don Juan Pablo Salas Castro, por el Ministerio Público, expresó que son efectivas las circunstancias procesales referidas por el recurrente, sin embargo señaló que en la carpeta investigativa, que se encuentra a disposición del querellante y recurrente, se prodigaron diversas diligencias investigativas cuyo cúmulo se estimó insuficiente para fundamentar la imputación penal, por lo que en ejercicio de las facultades que, la ley confiere al órgano que representa, se decidió solicitar al Juzgado de Garantía una audiencia para efectos de proceder a comunicar la decisión de no perseverar, contra la que, en su caso, quien promueve el reclamo jurídico podrá entablar los recursos que la legislación procesal penal le aguarda.

CUARTO: Que, en consecuencia, conforme a lo promovido por quien pretende tutela constitucional hace imprescindible pronunciarse sobre la arbitrariedad e ilegalidad, en el caso, de la solicitud para comunicar decisión de no perseverar.

Que, al respecto, y de forma muy sucinta, es necesario como encuadre preliminar, señalar que es una circunstancia no sometida a controversia que, desde el año 2000 el titular de la acción penal pública, es el Ministerio Público, órgano de rango constitucional y autónomo, dotado de amplias facultades en el contexto de las investigaciones penales que debe llevar adelante por mandato



constitucional y legal. En ese contexto, y conforme a que lo previene el artículo 3º del Código Procesal Penal aquel tiene la exclusividad en cuanto a la dirección de las investigaciones relativas a hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible, como-en su caso-, los que acrediten la inocencia del imputado. Con todo, y concordante con la estatización del conflicto penal, particularmente visible ello en lo relativo a los delitos de acción penal pública, el ofendido(entre otros derechos) puede naturalmente promover el inicio del procedimiento por medio de la respectiva querrela, tal como lo regula la letra b) del artículo 109 de la Codificación ya citada en relación al artículo 172 del mismo estatuto normativo, sin que ello signifique que frente a dicho escenario, las facultades que el legislador ha entregado al ente estatal ya señalado queden, por esa circunstancia, abrogadas. Pues bien, y en efecto, el artículo 248 del Código Procesal Penal, cuyo texto no ha sido expulsado por inconstitucionalidad del sistema de normas procesales penales, establece que: *”practicadas las diligencia necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada l investigación y podrá, dentro de los días siguiente: c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento , por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación”*.

Es decir, la expresión “podrá” ratifica lo que se viene señalando, en el expreso sentido de que, es quien dirige la investigación quien se encuentra facultado para concluir, como en el caso, si los antecedente recabados durante la indagación son suficientes para fundar una acusación, a cuya convicción, como admite el recurrido, no pudo arribarse. Es consecuencia de lo precedentemente señalado que, no cabe sino concluir que la actividad llevada adelante por el ente persecutor, se ha enmarcado dentro de la órbita de las facultades que el legislador le ha otorgado dentro del contexto de la investigación, de



manera ella que **no es factible vislumbrar la ilegalidad** anotada por el actor.

QUINTO: Que, despejado lo precedente, es necesario abocarse a dilucidar, si dicho ejercicio de la facultad concedida por el legislador resulta **arbitrario**, es decir, carente de argumentación o movida por el simple capricho, o ser desproporcionado en relación al fin de la norma que concede la facultad.

Al respecto, cabe tener en cuenta que conforme a las máximas de la experiencia, dadas precisamente por la fuerza de la realidad, la amplitud de las facultades del acusador estatal, muchas de ellas no sometidas a control jurisdiccional, como por ejemplo lo es la formalización de cargos, permite aseverar de manera imperativa que la política estatal de persecución penal queda radica enteramente en dicho ente público. Así las cosas, es manifiesto que no todos los delitos de que son víctimas los ciudadanos resultan ser investigados, ya que por ejemplo, por la vía de la potestad contenida en el artículo 167 del Código Procesal Penal se ha dotado a la Fiscalía de la autoridad de decidir archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, en las condiciones que la norma contiene, es decir, nuevamente es el Ministerio Público quien decide con entera autonomía sobre aquello, quedando a salvo los derechos que le asisten a la víctima para solicitar la reapertura de la investigación y/o promover una reclamación administrativa.

En el escenario planteado, la Fiscalía ha expresado que efectivamente desarrolló las actividades de investigación que fueron pertinentes sin que, de ello pudiera emanar el mérito necesario para fundar una acusación de forma ella que, no es factible avizorar la ausencia de fundamentación sostenida, ni menos vislumbrar que ello se deba al mero capricho del fiscal a cargo del caso, sino que a un criterio técnico relacionado con la insuficiencia de los datos de la investigación, todo lo que por cierto y, además en la respectiva audiencia de



comunicación de la decisión de no perseverar deberá ser explicitado, ya que es necesario tener en cuenta que contra de lo que se recurre en esta instancia, es sólo el hecho de haber solicitado el acusador estatal una audiencia de comunicación de la decisión de no perseverar, sin que aquella se haya materializado-al menos no consta ello en los antecedentes- de manera que, la fundamentación añadida de dicha decisión deberán ser explicitados en dicha oportunidad procesal y frente al Juez de Garantía competente, de tal manera que en este sendero, es posible sumar un nuevo argumento para desestimar la arbitrariedad que se pretende desde que, no es factible considerar, ex antes, como como arbitraria una decisión, sin que se hayan hecho valer todos los argumentos que se tuvieron en cuenta para ello, circunstancia que se encuentra pendiente de ser conocida. Por todo lo previo, es que este Tribunal de Alzada, apreciando los antecedentes conforme a la sana crítica no ha podido arribar a la convicción de que, nos encontremos en un escenario del ejercicio legal pero arbitrario de un potestad reglada atribuida al órgano recurrido.

SEXTO: Que, a mayor abundamiento, es necesario señalar que-en todo caso- no solo es bastante para que el presente arbitrio prospere que se constate una acción u omisión ilegal o arbitrario, sino que se requiere que aquello produzca el efecto previsto en la Constitución vale decir, la afectación, expresada en privación, perturbación o amenaza, del legítimo ejercicio referido a determinados derechos esenciales garantizados en la misma Constitución. Siendo necesario apuntar que el recurrente estimó que el accionar denunciado “*vulnera el artículo 19 N°3 de la Constitución Política, precepto que asegura el derecho a una defensa jurídica, el principio de legalidad de los tribunales y el debido proceso entre otros*”.

Empero lo antecedente, no es posible apreciar de qué forma lo manifestado con precedencia afectaría su derecho a defensa, ya que se trata de un querellante y no de un imputado, acusado o condenado, por lo que aquello, desde luego resulta descartable. A su turno, en



cuanto al principio de legalidad de los tribunales, menos se constata alguna actuación que transgreda aquello desde que, como es consabido, el Ministerio Público, no es un órgano que ejerza jurisdicción. En la misma senda, el debido proceso, se trata de un concepto macro de carácter fundamental, pero de contenido diverso y plural, cuya determinación específica, debe ser invocada concretamente, para vislumbrar si el acto u omisión, en el caso concreto resulta transgresor, circunstancia que el caso, a más de lo apuntado previamente, no se especifica de manera de hacer patente lo previo.

SEPTIMO: Atendido el cúmulo de lo razonado con antelación, no concurriendo los requisitos establecidos en el basamento primero de esta resolución judicial, particularmente aquellos de las letras a) y b), es que resulta forzoso **desestimar la acción constitucional impetrada**

Y teniendo, además, presente lo dispuesto **artículo 20 de la Constitución Política de la República** y el Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección, **SE RECHAZA, sin costas,** el recurso de protección interpuesto don Héctor Campos Maldonado, abogado, en representación de Rodrigo Esteban Millaleo Mora, en contra del Ministerio Público, representado por la Fiscalía Local de Temuco.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción a cargo del Fiscal Judicial Sr. Juan Bladimiro Santana Soto.

Rol N° Protección-2436-2021.





XQPZKXXTGR

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Temuco integrada por Ministro Carlos Ivan Gutierrez Z., Fiscal Judicial Juan Bladimiro Santana S. y Abogado Integrante Marcelo Eduardo Neculman M. Temuco, diecinueve de julio de dos mil veintiuno.

En Temuco, a diecinueve de julio de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>