
COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS
ARTÍCULOS 248, LETRA C); Y 259, INCISO FINAL, DEL
CÓDIGO PROCESAL PENAL**

**Sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada en los
autos rol 8.798-20-INA**

**LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR EN LA
INVESTIGACIÓN EN AUSENCIA DE FORMALIZACIÓN**

Ignacio Peña Caroca¹

I. Introducción

Con fecha 8 de junio de 2020, C.D.T. (en adelante “el requirente”) presentó requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 248, letra c); y 259, inciso final, del Código Procesal Penal, en el proceso penal RUC N° 19710041158-K, RIT N° 2.854-2017 del Juzgado de Garantía de Los Andes.

La gestión pendiente consiste en un proceso penal en que el requirente detenta la calidad de querellante. En esta causa el Ministerio Público (en

1 **IGNACIO PEÑA CAROCA.** Abogado. Universidad de Chile. Abogado Asesor del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado. Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy. Università di Genova. Una parte importante de este comentario jurisprudencial fue expuesto, a modo de presentación general en las “Primeras Jornadas de Derecho Penal y Procesal Penal de la Araucanía”, Universidad Católica de Temuco (UCT), el 12 de agosto de 2020 bajo el título “Reformalización” de la investigación: efectos jurídicos del proceso penal arrojados al vacío”.

adelante MP) no formalizó la investigación –siendo este elemento de hecho trascendente, como se dirá- y comunicó su decisión de no perseverar en el procedimiento, posibilidad que le es reconocida por el artículo 248, letra c), al persecutor estatal. Se tuvo por comunicada tal decisión, y se negó a la requirente la posibilidad de acusar particularmente, mediante resolución judicial.

En fallo de fecha 8 de septiembre del año del 2020, Rol N° 8.798-2020, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad señalando la vulneración del derecho a la acción penal que tiene el ofendido por el delito, conforme al artículo 83, inciso 2°, de la Constitución, y la infracción al derecho a un procedimiento racional y justo, garantizado en el artículo 19, N° 3, inciso 6°, de la Constitución.

La argumentación del Tribunal se divide en tres apartados: (i) La Constitución reconoce al ofendido por el delito el derecho a la acción penal; (ii) El Ministerio Público infringe el derecho a la acción penal de la víctima cuando ejerce la facultad de no perseverar en la investigación sin formalización previa; y (iii) Esta actuación evidencia la ausencia de resguardos procesales a la víctima para evitar una actuación arbitraria del Ministerio Público.

En adelante, me referiré principalmente al segundo apartado de lo señalado por el TC, con algunas referencias a los otros puntos mencionados. En particular, sostendré que la dimensión expresiva de la formalización de la investigación, en lo que al despliegue de los efectos procesales que esta conlleva para los intervinientes en el proceso penal, es necesaria para resguardar la garantía del debido proceso y, en definitiva, un sistema de atribución de responsabilidad intersubjetivamente legítimo. En mi opinión, el fallo del TC reconoce, en este y otros fallos tanto el derecho a la víctima a un debido proceso, como también una estructura procesal en la que un igual derecho a la intervención resulta fundamental para la comprensión del proceso penal.

II. El fallo del Tribunal Constitucional: la decisión de no perseverar sin formalización previa y la indefensión de la víctima

Para el TC la facultad de no perseverar contemplada en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal constituye una decisión administrativa del Ministerio Público que pone término a la acción penal, sea que existan o no diligencias pendientes, sea que haya o no querellantes en el proceso penal.²

Conforme a lo que sostiene el Tribunal, dadas las características del actual sistema procesal penal, el ejercicio de esta facultad no resulta inocuo para la víctima o querellante en cuanto a su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución. Ello por cuanto hace cesar la posibilidad de accionar penalmente, impidiendo a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.³

A lo anterior, agrega el TC, que no se contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no perseverar en la investigación. En este sentido, dicho Código se refiere siempre a la facultad de no perseverar como una “decisión” del Ministerio Público que se “*comunica*” al juez de garantía. En consecuencia, la acción penal y “*no sólo la persecutoria del Ministerio Público*” culmina con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal. Ello resulta más complejo si se considera que el Ministerio Público puede declarar su voluntad de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Dichas diligencias pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte querellante en el proceso. Finalmente, la decisión

2 Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 8798 – 2020, de 8 de septiembre de 2020, considerando décimo séptimo.

3 *Ibid.*, considerando décimo octavo.

de no perseverar por parte del Ministerio Público puede imponerse, incluso, a la convicción del juez de garantía de que no procede declarar el sobreseimiento de la causa –solicitado por la defensa del imputado– respecto del delito en cuestión.⁴

Ahora bien, en cuanto a la impugnación del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, cabe considerar que no sólo el artículo 248, letra c), constituye un óbice para la interposición de una acusación por parte del querellante, sino que también lo es el artículo 259, inciso final.⁵

En efecto, aquella disposición establece que “[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”. El Tribunal señala que la aplicación de la exigencia dispuesta en este precepto, indudablemente, impide la eficacia de la acción penal del querellante. Lo anterior, pues de no haber formalización previa, una querrela interpuesta por la víctima del delito no podrá jamás llegar a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente.

De las anteriores consideraciones fluye, en definitiva, que no se satisface el mandato constitucional del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público puede –sin mediar control judicial de fondo– decidir el término de la acción penal, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura.⁶

II. La jurisprudencia previa y posterior del Tribunal Constitucional en la materia

La impugnación que presenta este comentario no es novedosa para el Tribunal constitucional. Al menos desde el año 2010 a la fecha se han presentado múltiples requerimientos por la actuación del Ministerio

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*, considerando vigésimo.

6 *Ibid.*, considerando décimo noveno.

Público al utilizar la decisión de no perseverar sin previa formalización. En todos los pronunciamientos que han analizado, se ha presentado la inaplicabilidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal, a veces como única norma impugnada, en otras en conjunto con otros preceptos del mentado cuerpo legal, como lo es el caso del artículo 259, inciso final, cuya inaplicabilidad también se ha acogido.

Así, en el periodo 2010-2019, el Tribunal Constitucional desechó consistentemente este tipo de requerimientos. El Tribunal señalaba que en la legislación vigente existían resguardos para la víctima, a efectos de evitar un actuar arbitrario del Ministerio Público que le perjudique. En dicho sentido, se estimaba en una de aquellas ocasiones, que *“todas las disposiciones reproducidas permiten a la víctima reclamar, tanto en sede administrativa como judicial, de la conducta arbitraria del fiscal”* (STC Rol N° 2.561, de 30.12.2014, c. 55°).

En el mismo sentido se acudió a dicha argumentación como uno de los motivos para desestimar los requerimientos en las STC Roles N° 1.341, de 09.09.2010 (considerando 63°) y Rol N° 2.680, de 29.01.2014 (considerandos 47° a 55°) e igualmente en los votos por rechazar los requerimientos - en caso de empate - en las STC Roles N° 2.561, de 30.12.2014 (motivos 53 y siguientes del voto por rechazar) y N° 2.858, de 14.06.2016 (motivos 11 y 21, principalmente, del voto por rechazar).

Sin embargo, desde el año 2019 en adelante, hubo un cambio jurisprudencial que tuvo por objeto demostrar la insuficiencia de aquellos pretendidos resguardos de cara al conflicto constitucional que produce la aplicación del precepto reprochado.

La sentencia decisiva fue la STC Rol N° 5.653 de 29.10.2019. Esta sostuvo la tesis principal seguida por la siguiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar que la aplicación del precepto viola el derecho establecido en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución y, también, como consecuencia de aquello, el derecho a un procedimiento racional y justo (contenido en el artículo 19 constitucional, N° 3°, inciso sexto) que brinde protección al derecho de la víctima a *“ejercer igualmente la acción penal”*. Ello se sustenta, en primer lugar,

en el derecho a la acción penal que tiene el ofendido por el delito, y sus fuentes constitucionales. Luego, se señala que el ejercicio de la facultad de no perseverar tiene una repercusión negativa en el anterior derecho del querellante, no existiendo resguardos –en el orden legal– que resulten suficientes y compatibles con el ejercicio del mismo. Con ello, la aplicación del precepto reprochado impide a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.

En el mismo sentido, se pronunciaron STC Roles N° 6.718 de 28.11.2019, Rol N° 7.237 de 03.03.2020, Rol N° 8.060-19 de 05.05.2020, Rol N° 8.142 de 14.05.2020, Rol N° 8.161-2020 de 14.05.2020 y el fallo comentado STC Rol N° 8.798 de 08.09.2020.⁷

7 Posteriormente y en la misma línea se han dictado los fallos STC Rol N° 8925 de 29.10.2020; Rol N° 8887 de 12.11.2020; Rol N° 9266 de 21.01.2021; Rol N° 9239 de 28.01.2021; Rol N° 10060-21 de 11.08.2021; Rol N° 9999-20 de 29.09.2021; Rol N° 10219-21 de 29.09.2021; Rol N° 9796-20 de 29.09.2021; Rol 10007-20 de 29.09.2021; Rol 10166-21 de 07.10.2021; Rol 9853-20 de 07.10.2021; Rol N° 10093-21 de 14.10.2021; Rol N° 10067-21 de 14.10.2021; Rol N° 9835-20 de 14.10.2021; Rol N° 10826-21 de 17.11.2021; Rol N° 11073-21 de 18.11.2021; Rol N° 11526-21 de 18.11.2021; Rol N° 11209-21 de 16.12.2021; Rol N° 11325-21 de 30.12.2021; Rol N° 11256-21 de 20.01.2022; Rol N° 10953-21 de 20.01.2022; Rol N° 11442-21 de 29.03.2022; Rol N° 11.603-21 de 31.03.2022; y Rol N° 11487-21, de 26.05.2022.

Ahora bien, no todos los fallos expuestos coinciden en el modo en que debería continuar tramitándose el procedimiento en cuya gestión pendiente se dedujo inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Cuestionable es la propuesta de fondo del Tribunal Constitucional para continuar el ejercicio de la acción penal en la causa Rol N° 11487-21, de 26.05.2022. En su considerando vigésimo séptimo señala: “Que, en suma, ésta sentencia estimatoria conduce a inaplicar el artículo 259, inciso final, por lo que -a pesar de la comunicación del Ministerio Público- queda subsistente la investigación llevada a cabo desformalizadamente para que el querellante pueda, dentro de plazo y conforme a los requisitos legales, acusar, por lo que, al abstenerse de aplicar ese precepto legal, **debe proseguirse conforme al orden consecutivo legal, de tal manera que (...) la querellante puede forzar la acusación, debiendo tenerse como hechos que servirán de base a los**

El punto que resta abordar, como el Tribunal Constitucional plantea, es si verdaderamente existen resguardos legales para el querellante

cargos que formule aquellos en que sustenta su querrela” (c. 2º, Rol Nº 1.615-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago). En la misma línea se pueden mencionar los siguientes fallos: Rol Nº 11487-21, de 26.05.2022; Rol Nº 10953-21 de 20.01.2022; Rol Nº 11256-21 de 20.01.2022; Rol Nº 11325-21 de 30.12.2021; Rol Nº 11209-21 de 16.12.2021; Rol Nº 11526-21 de 18.11.2021; Rol Nº 11073-21 de 18.11.2021; Rol Nº 11382-21 de 18.11.2021; Rol Nº 10826-21 de 17.11.2021; Rol Nº 9835-20 de 14.10.2021; Rol Nº 10067-21 de 14.10.2021; Rol Nº 10093-21 de 14.10.2021; Rol Nº 10112-21 de 07.10.2021; Rol Nº 9853-20 de 07.10.2021; Rol Nº 10166-21 de 07.10.2021; Rol Nº 10007-20 de 29.09.2021; Rol Nº 9796-20 de 9.09.2021; Rol Nº 10219-21 de 29.09.2021; Rol Nº 9999-20 de 9.09.2021; Rol Nº 10060-21 de 11.08.2021.

Por su parte, el fallo que se analiza guarda silencio al respecto, sólo declarando la inaplicabilidad de las disposiciones cuyo requerimiento de inaplicabilidad se solicitaba. En la misma línea se encuentran los Roles Nº 11603-21 de 31.03.2021; Rol Nº 11442-21 de 29.03.2022; Rol Nº 9239-20 de 28.01.2021; Rol Nº 9266-20 de 21.01.2021; Rol Nº 8887-20 de 12.11.2020; Rol Nº 8974-20 de 12.11.2020; Rol Nº 8925-20 de 29.10.2020.

Cabe agregar un último cambio jurisprudencial expresado en la STC Rol Nº 12088 – 21 de 22.06.2022 que rechaza este tipo de requerimientos (replicado en los fallos STC Rol Nº 12041-21 de 28.06.2021, Rol Nº 12133-21 de 30.06.2021, Rol Nº 12371-21 de 30.06.2021 y Rol Nº 12380-21 de 30.06.2021) señalando que “el legislador y el constituyente han depositado en [el Ministerio Público] la confianza necesaria como para que éste pueda actuar con libertad y eficiencia dentro de las labores que le han sido encomendadas. Dirigir la investigación de los hechos de modo exclusivo significa que “ninguna otra persona ni órgano puede asumirla ni interferir en su dirección”. Así, continúa, “el constituyente decidió de manera clara e inequívoca entregar el monopolio investigativo del proceso penal al Ministerio Público. En el proceso de dirección de la investigación del Ministerio puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo (STC 1341 cc. 34 a 44) (En el mismo sentido, STC 1394 c. 14, STC 1380 CC. 6 Y 7, STC 2680 c.16, STC 2702 c.14)” (Considerando noveno), agregando que “el art. 186 CPP no entrega la tutela al imputado, sino a J. para que controlen el monopolio del Ministerio Público del avance del proceso de indagación penal” como mecanismo de resguardo a la víctima.

particular o institucional quien se ve perjudicado por la decisión de no perseverar adoptada por el Ministerio Público sin previa formalización. A continuación, se intentará ofrecer algunas reflexiones en orden a abordar este problema.

III. La dimensión normativo pragmatista del proceso penal

Con lo visto hasta ahora, es posible enunciar una propuesta interpretativa del fallo que se analiza para sustentar el conflicto legal y constitucional que se presenta: la tesis de este comentario se basa en una idea sobre la cual es posible construir una articulación conceptual del proceso penal diversa, mas no incompatible, con las propuestas contemporáneas en la materia. Durante décadas la dogmática procesal en el ámbito penal ha intentado –con éxito, sin duda– realizar una reconstrucción epistemológico-conceptual de las bases fundamentales sobre las cuales se articula el proceso. Con ello, se han observado las instituciones de la persecución criminal bajo una óptica en que la reconstrucción de la verdad funciona como “*centro gravitacional*” de dichas reflexiones.⁸

Sin embargo, el Tribunal prescinde de la idea en torno a la ausencia de sanción en dicha norma, por lo que el Ministerio Público podría desobedecer el plazo fijado por el tribunal para ello y ninguna consecuencia adversa se derivaría.

- 8 Ejemplos de ello se pueden encontrar en HOSKINS, Zachary; ROBSON, Jon (ed.). *The Social Epistemology of Legal Trials*. Routledge, 2021; Allen, Ronald Jay, Naturalized Epistemology and the Law of Evidence Revisited. 2020. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3610994>; LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology*. Cambridge University Press, 2006; JACKSON, John D. Theories of truth finding in criminal procedure: An evolutionary approach. *Cardozo L. Rev.*, 1988, vol. 10; JACKSON, John D.; LANGER, Máximo (ed.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska*. Bloomsbury Publishing, 2008; NICOLSON, Donald. Truth, reason and justice: Epistemology and politics in evidence discourse. *The Modern Law Review*, 1994, vol. 57, no 5, p. 726-744; ALLDRIDGE, Peter. *Scientific expertise and comparative criminal procedure*. *The International Journal of Evidence & Proof*, 1999, vol. 3, no 3, p. 141-164; BROUGHTON, Gabriel;

En este breve comentario de jurisprudencia, me propongo ofrecer algunas ideas alternativas que ayudarán a comprender de manera más profunda la tesis del Tribunal Constitucional en el caso *sub lite* y la lógica interna del proceso penal.

El proceso penal y sus institutos pueden ser reconstruidos bajo una perspectiva normativo-pragmatista, en la que estos se presentan como una articulación conceptual que hace posible prácticas de adscripción interpersonal de responsabilidad.⁹ Estas teorías, que enfatizan la atribución

LEITER, Brian. *The Naturalized Epistemology Approach to Evidence. Philosophical Foundations of Evidence Law*, 2021, p. 25; DAMASKA, Mirjan. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*. U. Pa. L. Rev., 1972, vol. 121. En español se pueden encontrar los trabajos de ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. EZURMENDIA, Jesús. *Proceso, prueba y epistemología ensayos sobre Derecho Probatorio. Proceso, prueba y epistemología ensayos sobre Derecho Probatorio*, 2021; BELTRÁN, Jordi Ferrer; TARUFFO, Michele. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005. En Chile, ciertamente el tratamiento que hace HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 25-30, puede caracterizarse de esa manera.

- 9 Sobre la teoría de la responsabilidad sobre una base filosófica interpersonal, puede consultarse FIGUEROA, Sebastián. *Adscripción y Reacción: Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*. Marcial Pons, Madrid, España. 2019; FEINBERG, Joel. *Action and Responsibility*, en Feinberg, Joel. *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*. Princeton: Princeton University Press. 1970, pp. 116 – 151; SCANLON, Thomas M. *Moral Dimensions*. Harvard University Press, 2009; STRAWSON, Peter Frederick. *Freedom and resentment and other essays*. Routledge, 2008 (bajo la interpretación comunitaria de FISCHER, John Martin; RAVIZZA, Mark (ed.). *Perspectives on moral responsibility*. Cornell University Press, 1993, pp. 16 – 18); SHOEMAKER, David. *Attributability, answerability, and accountability: Toward a wider theory of moral responsibility*. *Ethics*, 2011, vol. 121, no 3, p. 602-632; MCKENNA, Michael. *Conversation and Responsibility*, New York: Oxford University Press. 2012; DARWALL, Stephen. *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, Cambridge, MA: Harvard University Press. 2006; WALLACE, R. Jay. *Responsibility and the Moral Sentiments*, Cambridge, MA: Harvard University Press. 1996.

mutua de expectativas y reproches, han ganado terreno durante las últimas décadas en la filosofía de la responsabilidad jurídica y moral bajo el nombre de modelos “*dialógicos*” o “*conversacionales*”.¹⁰ Este sustrato intersubjetivo, ínsito en nuestras prácticas de responsabilizar a un agente por un evento, permite identificar la manera en que la institucionalidad vigente, a través de los efectos jurídicos del desarrollo del proceso, consagra vínculos interpersonales cada vez más profundos entre los intervinientes, concediéndoles derechos y obligaciones de intervención en el proceso en la medida que este se desarrolla. Esta tesis no niega la relevancia de la verdad como objetivo institucional del proceso penal, sino que reflexiona sobre las condiciones normativas que hacen posible la búsqueda de la verdad y una intervención igualitaria al momento de atribuir responsabilidad a un agente. Dichas consideraciones hacen probable y posible el ejercicio epistémico, pues este requiere que exista un compromiso igualitario en la interacción de los agentes que buscan atribuir responsabilidad a otro.

Conforme a dichas ideas, y volviendo a lo ya expresado, el proceso penal se puede describir como una estructura práctico-conceptual en la que los intervinientes hacen efectiva, bajo un ejercicio reglado, prácticas de atribución mutua de responsabilidad y autoridad. Tales vínculos, sin duda, no encuentran la misma expresión al inicio del proceso penal, en la que simplemente se realizan diligencias de investigación, sin previa formalización, en contra de un agente que pasa, con ello, a ostentar la calidad de imputado. El relato que propone esta propuesta identifica en el desarrollo del proceso una paulatina profundización de los vínculos interpersonales entre los intervinientes que ofrece derechos, deberes y

10 TALBERT, Matthew. *Moral Responsibility*. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). (Winter 2019) URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/moral-responsibility/>, punto 3.2.2. “*Conversational Approaches to Responsibility*”. Aunque no todos los autores citados en la nota N° 8 pueden explícitamente atribuirles la pretensión de insertarse bajo dicho modelo, todos coinciden en la relevancia de las atribuciones mutuas de expectativas y reproches como elementos esenciales para la descripción de la responsabilidad moral. Dichas *performances* de trato mutuo se enmarcan, como señalan FISCHER & RAVIZZA (1993), en contextos morales comunitarios.

oportunidades para la intervención más profundos en la medida en que el proceso se desarrolla.

Como se señaló, esta idea se sustenta en recientes trabajos sobre la adscripción de responsabilidad desde un punto de vista interpersonal y del efecto que dichas concepciones pueden tener en la manera en que comprendemos el proceso penal. Con ello en cuenta, se dirá, la adopción de la decisión de no perseverar en ausencia de formalización previa no sólo elude reglas expresas que exigen dicho acto de comunicación, también exhibe una alteración unilateral de los derechos y deberes mutuos que ostentan los intervinientes, y que permiten hacer efectiva su intervención en el proceso. Con ello se socava la legitimidad procesal de la decisión, en tanto instancia reglada de atribución mutua de responsabilidad.

V. Los vínculos interpersonales en el proceso penal y la formalización de la investigación

Como se sostuvo en el apartado anterior, el proceso penal posee instituciones que despliegan sus efectos sobre los intervinientes otorgándoles derechos, deberes y oportunidades de intervención. Los vínculos normativos interpersonales que se despliegan en sus institutos se van profundizando en la medida que el proceso se desarrolla, alcanzado su máxima expresión en el debate reglado del juicio oral y en la sentencia definitiva.

Lo anterior se presenta incluso antes del inicio de una investigación, donde se ha reconocido legislativa, jurisprudencial y doctrinariamente el derecho del interviniente a ejercer la acción penal. El Tribunal Constitucional ha señalado:

SÉPTIMO: Respecto de la titularidad del ofendido por el delito –víctima– respecto del derecho a la acción penal, cabe considerar en primer lugar que el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución establece que tanto *“el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán **ejercer igualmente la acción penal**”* (énfasis agregado).

En consonancia con lo anterior, y con la finalidad de asegurar materialmente dicho derecho, el artículo 19, N° 3°, inciso tercero, de la Constitución –modificado por la reforma constitucional de fecha 11 de julio de 2011– establece que *“las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de **ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes**”* (énfasis agregado). Pertinente resulta destacar que en la discusión de la reforma aludida, se hizo hincapié en que *“la ubicación de esta propuesta en el capítulo III disiparía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente”* (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Informe de la Comisión de Constitución, p. 13).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema en la causa Rol N° 12.908-14, de 12.08.2014, ha destacado que a la víctima se le reconoce *“la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 No 3 de la Carta Fundamental por la Ley No 20.516”*.

Lo anterior, además, se deja expresar, al analizar el proceso penal en toda su extensión, como una mutua dependencia e interrelación entre los derechos de los intervinientes en dicha instancia. Esta tesis es consistente con el diseño institucional del proceso penal chileno. La jurisprudencia consistentemente ha atribuido a la denuncia, querrela e incluso a la realización de ciertas diligencias de investigación, la aptitud para suspender el plazo de prescripción de la acción penal, conforme al artículo

96 del Código Penal, previo a la formalización de la investigación.¹¹ Conjuntamente, la posibilidad de exigir al Ministerio Público comunicar el contenido de la investigación, sin formalización, conforme al artículo 186 del CPP, permite evidenciar la existencia de derechos y deberes que, aun cuando no del todo intensos, existen desde el inicio del proceso penal

-
- 11 Dicha jurisprudencia reconoce la diferencia entre el carácter sustantivo de la suspensión de la prescripción y los mecanismos procesales que permiten generar dicho efecto. La formalización de la investigación y la presentación de una querrela nominativa serían mecanismos alternativos para suspender el curso de la prescripción. Así la Corte Suprema en Causa Rol N° 148 – 2017, de 28 de febrero de 2007, considerando séptimo, señala: “Séptimo: Que de lo que se viene señalando es posible concluir que la querrela, además de constituir una de las formas de dar inicio al procedimiento, evidencia en quien la formula asumiendo el rol de querellante la clara intención de cooperar en la actividad desarrollada por el Ministerio Público para la investigación del hecho delictivo y sus partícipes, todo lo cual permite concluir que, como trámite inicial del proceso, ella produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos indicados por el precitado artículo 96 del código punitivo.

Tal conclusión es posible porque, por una parte, el artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal, que confiere a la formalización de la investigación el efecto de suspender la prescripción, no es una norma de clausura, que otorgue en forma exclusiva esa consecuencia a la comunicación al imputado de los hechos que a su respecto se indagan y, por la otra, porque como se indicó previamente, la prescripción no es una institución procesal, sino que es de orden sustantivo, regulada en el Código Penal, cuerpo normativo a cuyas disposiciones han de ajustarse el examen de este instituto y que fija como época de suspensión de su decurso el momento en que “el procedimiento se dirige contra el delincuente”, frase a la que, en definitiva, hay que dotar de sentido para resolver la cuestión debatida. En este punto y siendo inconcuso que el proceso se dirige contra el delincuente al momento de la formalización de la investigación, igualmente lo es cuando se impetra en su contra una querrela criminal que cumple con todas las menciones exigidas por la ley, lo que supera la incerteza que cree ver el recurrente y, por ende, da comienzo al procedimiento dirigido en contra del querrellado”. Lo que podría señalarse en contra de la presentación de la querrela nominativa y a favor de la formalización, es que los efectos jurídicos que vinculan a los intervinientes en el proceso y la regulación del debate de adscripción de responsabilidad surge propiamente tal luego de esta última actuación.

y aún antes de la formalización de la investigación. Ello se manifiesta, además, en los deberes de protección e información a la víctima del MP durante todo el procedimiento dispuesto en el artículo 78 del CPP, los derechos de la persona sujeta a control de identidad en el artículo 86 del CPP, en los derechos del imputado en el artículo 93, los del imputado privado de libertad en el artículo 94, en los derechos de la víctima en el artículo 109 del CPP, presentes desde el inicio de la investigación, etc.

Con ello en cuenta se puede apreciar la relevancia de la formalización de la investigación. Esta constituye el primer momento que dichos vínculos interpersonales se consolidan en este proceso de profundización de las relaciones entre los intervinientes. En efecto, la formalización es un acto fundamental dentro de la etapa de investigación en el procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública y previa instancia particular. Ello por su finalidad dual: por una parte, posee una dimensión comunicativa, que opera como garantía del imputado en tanto busca dar a conocer el ejercicio de la imputación realizada en su contra. Por otra parte, posee una significación interpersonal dentro del proceso penal, que se expresa en el despliegue de una serie de efectos jurídicos que no se reducen al simple acto de comunicar el ejercicio de una imputación. La formalización de la investigación, en este segundo sentido, ofrece al proceso penal la consolidación de una estructura normativa que asegura el debate de adscripción de responsabilidad por medio de la participación efectiva de todos los intervinientes, resguardando el principio de inocencia como regla de trato.

Los vínculos normativos que se consolidan a través de los efectos de la formalización se expresan, entre otras actuaciones, en la preparación de la demanda civil, que exige formalización previa para la suspensión del plazo de prescripción (art. 61 del CPP). Adicionalmente, dicha comunicación es fundamental para ordenar la prisión preventiva y otras medidas cautelares personales al interior del proceso penal (art. 140, art. 142 y art. 155 del CPP). También una vez formalizada la investigación el Código Procesal Penal impone un estándar más alto al Juez de Garantía para otorgar la autorización en orden a practicar diligencias sin conocimiento del afectado (art. 236 del CPP). Además, la formalización es un antecedente necesario para decretar la suspensión condicional del procedimiento (art. 245 del

CPP). Finalmente, marca el contenido de la decisión del Ministerio Público al cierre de la investigación (art. 248 del CPP) y determina el límite de los hechos a los que puede referirse la acusación fiscal y particular (art. 259 inciso final y art. 261 letra a) del CPP).

Sin embargo, los efectos interpersonales del proceso no han sido descritos de manera contundente por el debate jurídico procesal actual. Tanto la doctrina como la jurisprudencia chilena se han referido únicamente a la dimensión garantista de la formalización de la investigación. Su descripción se centra fundamental y, a veces, exclusivamente, en la comunicación que realiza el Ministerio Público al imputado de los hechos delictivos objeto de una investigación en su contra. Esta formulación no caracteriza cabalmente el significado de dicho acto: la formalización de la investigación es un instituto que genera efectos jurídicos relevantes para el proceso penal, que consolida la vinculación de las actuaciones de los intervinientes, regula la dinámica de su interacción y la paulatina construcción del objeto del proceso.¹²

La formalización de la investigación así, junto al acto de comunicación y garantía, es el instituto generador de efectos jurídicos más relevante para el proceso penal en la etapa de investigación, pues consolida la vinculación de los intervinientes en su interior y regula la dinámica de

12 Si sólo nos quedamos con la interpretación que señala a la formalización de la investigación posee una única dimensión de comunicación de hechos por los que se investiga al imputado, no se pueden explicar las importantes diferencias que posee con el resultado de la solicitud de comunicar hechos conforme al artículo 186 del CPP. “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 fueron objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”. Para un estudio en particular del control de los hechos de la investigación previo a la formalización, véase HERRERA SEGUEL, Marta. Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 2005, vol. 1, no XXVI, p. 385-405. También en MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. “Derecho Procesal Penal”. Tomo II, Legal Publishing, Santiago, Chile. 2010, p. 588.

su interacción bajo un estándar público común. Esta institución hace explícitos los compromisos normativos que asumen los intervinientes al formar parte del proceso, entre ellos, la construcción mutua del objeto del proceso y el ejercicio colectivo de adscripción de responsabilidad penal.

Ello, en un vocabulario normativo-pragmatista, puede ser llamado “dimensión expresiva”¹³ de la formalización de la investigación. Esta permite hacer explícitos los compromisos intersubjetivos prácticos de la persecución penal que están implícitos en el ejercicio discursivo-conceptual que supone la atribución de responsabilidad y, además, de la extensión a un concepto legal o tipo penal. En la atribución de responsabilidad, asumimos compromisos de trato mutuo que hacen posible dicha práctica. La formalización de la investigación es la versión más perspicua de dichos compromisos normativos porque institucionaliza y consolida derechos y deberes de intervención que aseguran una intervención colectiva igualitaria.

A través de estas nociones, lo que se quiere destacar es que existen dos ideas vinculadas que permiten ofrecer un sustento más sólido al sentido de la intervención de los participantes durante el proceso penal: por un lado, la práctica de atribuir responsabilidad a un agente por un evento y, por otro, la de construir un razonamiento jurídico.

Para explicar de manera más precisa esta propuesta, se acudirá al pragmatismo semántico fundamental del razonamiento jurídico y la estructura teórica de la adscripción de responsabilidad propia de los trabajos filosóficos que han abordado este asunto en la filosofía contemporánea.¹⁴ Siguiendo estas concepciones se puede señalar que el

13 Para un análisis del rol expresivo del lenguaje normativo, véase BRANDOM, Robert. *Articulating reasons: An introduction to inferentialism*. Harvard University Press, 2009, pp.89 y ss. Esto será analizado en detalle infra.

14 BRANDOM, Robert. *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. Harvard University Press (Cambridge) 1994. BRANDOM, Robert. *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*. Op. Cit. BRANDOM, Robert. *Reason in Philosophy: Animating Ideas*. Harvard University Belknap Press, 2009. BRANDOM, Robert. *The Structure*

proceso, en tanto espacio reglado de interacción para la determinación del sujeto responsable por un evento jurídicamente relevante, presupone una determinada relación entre hechos y derecho a modo de un razonamiento jurídico. Dicho ejercicio es a la vez determinación de la extensión de un concepto legal en un caso considerado instancia de dicha regla (subsunción) y ejercicio *normativo* de atribución de agencia en un evento (atribución de responsabilidad). Al sostener “Roberto mató a Juan”, al mismo tiempo realizamos un doble ejercicio: (i) determinamos que ese caso constituye una instancia o ejemplo del concepto “homicidio” contenido en una regla (art. 391 N°2 del Código Penal) y (ii) atribuimos responsabilidad a Roberto por la muerte de Juan.

Siguiendo a Brandom, la marca del lenguaje normativo es que permite, a modo de una cuenta corriente (*scorekeeping account*), hacer explícitos los compromisos prácticos implícitos en la construcción del contenido de los conceptos lingüísticos.¹⁵ Ello, conforme a la estructura dual propuesta, permite a la vez poder hacer responsable a alguien con el trasfondo conceptual ya mencionado, construyendo de manera interpersonal el modo en que la acepción “delito X” se instancia en este caso. Así, al atribuirnos responsabilidad, es decir, formular un enunciado tal como “tú eres responsable por este acto” manifestamos el reconocimiento de cierto tipo de compromiso práctico implícito en dicha práctica discursiva. Tal compromiso implícito se basa en el reconocimiento mutuo entre agentes en interacción, quienes a través de dicha relación se atribuyen autoridad y responsabilidad por la realización de un acto.

of Desire and Recognition: Self-Consciousness and Self-Constitution, en Ikäheimo and Laitinen (Eds.), *Recognition and Social Ontology*, Leiden: Brill, 2011. Pp. 25 – 51. BRANDOM, Robert. *A hegelian model of legal concept determination*. Pragmatism, law and language, 2014. Disponible en http://www2.pitt.edu/~rbrandom/Texts/A_Hegelian_Model_of_Legal_Concept_Determ.pd. revisado al 07 de agosto de 2020. BRANDOM, Robert. *A Spirit of Trust*. Harvard University Press, 2019. FIGUEROA, Sebastián. Adscripción y Reacción: Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal. *Op. Cit.*

15 BRANDOM, Robert. *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. *Op. Cit.*, p. 243 y ss.

Con esto en cuenta, la dimensión “expresiva” de la formalización de la investigación implica que determinados enunciados normativos formulados por el Ministerio Público generen un marco vinculante para todos los intervinientes, de modo que las actuaciones procesales futuras se construirán a través de la interacción mutua entre ellos. Esto genera derechos y deberes de actuación mutua. Así se resguarda una distribución equitativa en la interacción, lo que hace probable una adscripción satisfactoria de responsabilidad por un acto. Cualquier alteración de esta configuración normativa produce una infracción a la regulación procesal junto a un atentado al fundamento mismo de la responsabilidad penal.

VI. La decisión de no perseverar y su ejercicio ilegítimo

La decisión de no perseverar se encuentra contemplada en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal. Conforme a dicha disposición, el Fiscal del Ministerio Público puede comunicar la decisión de no perseverar en la investigación una vez declarado el cierre de ella (también puede decidir presentar acusación o solicitar el sobreseimiento definitivo). Como ha señalado la Corte Suprema, la comunicación de esta decisión se funda en la ausencia de antecedentes suficientes para sostener una acusación, en tanto procedimentalización de un estado intelectual de duda en que se halla empantanado el instructor estatal al final de las pesquisas, al no lograr un fundamento serio para el enjuiciamiento del sujeto formalizado.¹⁶

16 Corte Suprema, Causa Rol N° 24.698 – 2020, de 12 de mayo de 2020. La Corte señaló: “La decisión de no perseverar es la procedimentalización de un estado intelectual de duda en que se halla empantanado el instructor estatal al final de las pesquisas, al no lograr un fundamento serio para el enjuiciamiento del sujeto formalizado, como tampoco la certeza de no culpabilidad que le permita instar por el sobreseimiento definitivo de la causa al no aparecer claramente establecida la inocencia del imputado”. La decisión de no perseverar se funda “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” -Núñez, J.C.-. Por consiguiente, al tratarse de una facultad del órgano encargado de la investigación, no requiere de la aprobación o ratificación por parte

Esta facultad es una institución que no tiene homónimos en la legislación comparada porque corresponde a lo que, en un comienzo, se había contemplado como una causal de sobreseimiento temporal. En el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, la disposición relativa al cierre de la investigación fiscal correspondía al artículo 337 y en ella se contemplaban tres vías posibles de adoptar luego de este: una de ellas era la de formular acusación; otra, la de solicitar el sobreseimiento de la causa, fuere definitivo o temporal y la última (la primera según el orden del artículo), la de solicitar la suspensión condicional del procedimiento. En la tramitación del proyecto en el Senado, se decidió incorporar una tercera posibilidad para el fiscal, una vez cerrada la investigación, consistente en la comunicación de que no perseveraría con el procedimiento por no haber reunido suficientes antecedentes como para fundar una acusación.¹⁷ Importante en esta reconstrucción histórica y jurisprudencial es que esta fue y es una institución pensada y consagrada como consecuencia del

del órgano jurisdiccional sino que basta con la comunicación efectuada en los términos prescritos por la legislación procesal penal, referida a una decisión que sólo a él puede competir consistente en la decisión de no continuar con el procedimiento por no contar con antecedentes suficientes para intentar una acusación y un procedimiento serio ante el órgano jurisdiccional. Por lo tanto, habiendo la causa terminado sobre la base de una decisión del órgano encargado de la persecución penal, y no con una resolución judicial, no existe impedimento legal alguno que prohíba una nueva investigación y/o formalización en contra de aquel imputado, por los mismos hechos, en caso de que existiera mérito suficiente para que el Ministerio Público adoptara tal decisión. En tal sentido, Alex Carocca señala que “(...) se ha abierto una posibilidad de que el procedimiento no termine ni por sobreseimiento definitivo ni se suspenda por sobreseimiento temporal pero tampoco se acuse, sino que quede sin efecto lo tramitado, lo que, al parecer, no impediría que pudiera reanudarse posteriormente en cualquier momento, mientras no prescriba la acción penal”. Sostener lo contrario, significaría que la decisión de no perseverar del Ministerio Público equivale a un poder jurisdiccional y por lo tanto inconstitucional” (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).

17 Corte Suprema, Causa Rol N° 24.698 – 2020, de 12 de mayo de 2020, considerando sexto. También en HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal chileno. Tomo I. *Op. Cit.* p. 585; PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal: anotado y concordado*. Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 395.

desarrollo total de la investigación cuyo resultado se presentaría como incierto para el Ministerio Público.

Esta institución produce un conjunto relevante de consecuencias jurídicas, siendo las más destacadas las siguientes:

1. Deja sin efecto la formalización de la investigación.
2. Como consecuencia de esta decisión el Juez de Garantía debe revocar todas las medidas cautelares que se hubieren decretado en el transcurso de la persecución del delito cuya investigación no continuará.
3. Con respecto al plazo de prescripción de la acción penal, este continúa corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.

En consideración a lo anterior es que el ejercicio de esta opción no produce el efecto de cosa juzgada, al no ejercer el órgano persecutor facultades jurisdiccionales conforme al artículo 83 de la Constitución Política de la República. Con ello, se le otorga al Ministerio Público la posibilidad de reabrir la investigación y formalizar al mismo imputado por los mismos hechos, siempre que exista mérito suficiente para aquello y no se encuentre prescrita la acción penal.¹⁸ También le permite al querellante volver a deducir acción penal por los mismos hechos.¹⁹

En consecuencia, esta decisión administrativa autónoma del Ministerio Público, al no requerir pronunciamiento judicial sobre el objeto del proceso construido durante la etapa de investigación, clausura “*circunstancialmente*”, mas no definitivamente, los efectos de la formalización en torno a los hechos y las relaciones jurídicas

18 En cuyo caso, debería decretarse el sobreseimiento definitivo conforme el artículo 250 letra d). En contra de la opción de reabrir el caso HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal chileno. Tomo I. *Op. Cit.* p. 587.

19 Corte Suprema, Causa Rol N° 24.698 – 2020, de 12 de mayo de 2020, considerando sexto.

procesales, sin efecto de cosa juzgada, permitiendo reabrir el debate a su respecto. Cabe notar acá lo siguiente: si la discusión jurídica en torno a la responsabilidad penal se clausura circunstancialmente con la decisión de no perseverar, generando una serie de efectos jurídicos sobre acciones penales que emanan de hechos jurídicamente relevantes, la pregunta es cómo delimitar los márgenes de dicha decisión. De ello depende, por ejemplo, la reanudación del plazo de prescripción de la acción penal. Si aquello no ha sido fijado por la formalización de la investigación, pareciera ser incierto el decurso de la responsabilidad penal del agente, generando una inestabilidad intolerable para el futuro desarrollo del proceso, la clausura del conflicto y la motivación de los agentes conforme a las normas jurídico-penales en cuestión.

El Código Procesal Penal, sin embargo, reconoce la importancia de las actuaciones llevadas a cabo durante la etapa de investigación por los intervinientes, permitiéndole al querellante particular, además de lo ya dicho, forzar la acusación debiendo sostenerla en los mismos términos que el Ministerio Público en el juicio oral (artículo 258 inciso cuarto del CPP). Ello, por supuesto, supone haber formalizado previamente la investigación en contra del imputado, de lo contrario, no habría formulación de hecho institucionalizada que permita atribuir responsabilidad al imputado. Sin formalización, en consecuencia, se impediría el forzamiento de la acusación, afectando el derecho a una tutela judicial efectiva de sus intereses y al derecho de defensa entendido ampliamente como un derecho a realizar alegaciones jurídicas por medio de la intervención en el proceso.²⁰

20 Para una tesis amplia del derecho a la defensa jurídica como una garantía constitucional de la participación de los interesados en la formación de la decisión jurisdiccional, ya que asegura a todos los que puedan ser afectados por los resultados de un proceso, la posibilidad de formular sus alegaciones, contradecir las contrarias y rendir sus pruebas, con la seguridad de que serán tomadas en cuenta por el juzgador, véase CAROCCA, *Alex. Garantía constitucional de la defensa procesal*. José María Bosch Editor, Barcelona, España. 1998.

Respecto de este último punto es que se pronuncia el Tribunal Constitucional. El problema procesal es que en ciertos casos el Ministerio Público adopta la decisión de no perseverar sin previamente haber formalizado la investigación. Ello deja al querellante particular sin la posibilidad de ejercer la facultad de forzar la acusación y manifiesta un claro estado de indefensión del querellante particular al tener que asumir la decisión del MP sin poder controvertir su decisión judicialmente.²¹

El caso que se analiza no es el único de estas características. El TC ha conocido y fallado a favor de los querellantes particulares quienes solicitaron la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de esta disposición. El Tribunal Constitucional ha acogido estos requerimientos declarando inaplicable la norma contenida en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal. En términos generales, el Tribunal considera 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 sometido al querellante al actuar discrecional de la Fiscalía.²²

21 Ello ciertamente puede afectar también al imputado. Respecto a este último, debido a la concepción “amplia” de la Corte Suprema en materia de suspensión de la prescripción de la acción penal, donde conforme al artículo 96 del Código Penal tanto la formalización, la querrela, la denuncia y otros institutos producen la suspensión de la prescripción de la acción penal, la posibilidad de que ella se mantenga en el tiempo sin agotar sus efectos por medio de los instrumentos del proceso, ofrece incerteza a dicho interviniente respecto a los hechos investigados junto a la posibilidad de un juzgamiento futuro. Esto constituye una infracción a las posibilidades de defensa junto a una alteración devastadora al (debido) proceso al hacer posible una reapertura latente de la investigación sobre los mismos hechos en un proceso ulterior.

22 Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 8060- 2019, de 05 de mayo de 2020. El mismo razonamiento en el fallo del Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 6718 – 2018, de 28 de noviembre de 2019.

A lo anterior se agrega el inciso final del artículo 248, que señala, como ya se explicó, que la decisión de no perseverar “*deja sin efecto la formalización de la investigación*”. La enunciación por parte del legislador de este efecto específico sin otra mención más que aquel enunciado, en circunstancias que pudo haber señalado “*...de haberse realizado tal comunicación*”, permite señalar que el legislador tuvo presente la formalización como actuación necesaria previa para permitir tal cierre de la investigación por parte del órgano persecutor.

En consecuencia, resulta contrario a legitimación conceptual y normativa del proceso penal si el Ministerio Público, de manera unilateral, cierra la posibilidad de discutir la adscripción de responsabilidad penal sin la formalización de la investigación y decide no perseverar en la misma. Con ello atenta contra la vinculación normativa que se produce entre los agentes que participan en el proceso penal y los compromisos interpersonales que de ahí surgen. La aceptación de este supuesto parece compleja porque, metodológicamente, el proceso penal y sus instituciones son una herramienta generadora de vínculos normativos y relaciones jurídicas entre intervinientes en un debate reglado. Estos vínculos y efectos, a su vez, son clausurados por otros institutos regulados expresamente en el Código Procesal Penal, como lo son aquellos descritos en el artículo 248 o en la sentencia definitiva. Así, con la formalización de la investigación se manifiesta un esquema de interacción en que existen derechos y deberes para los intervinientes que en conjunto contribuyen a formar el objeto del proceso. Con ello, una supresión unilateral del objeto del proceso por parte de uno de ellos deviene en un desequilibrio de facultades de intervención en el proceso que es inadmisibles con los compromisos expresados en el derecho a una defensa jurídica y la garantía de debido proceso.

La decisión de no perseverar realizada con posterioridad a la formalización de la investigación y al momento del cierre de la investigación asegura precisamente ambas garantías: clausurar los efectos de la formalización de la investigación, por un lado, y permitir eventualmente la continuación del proceso a cargo del querellante, todo ello mediante una interacción efectiva de todos los intervinientes, por el otro. Este diseño institucional permite reflejar la construcción del

objeto del proceso, y en definitiva la fijación de la litis de acuerdo con las posibilidades de intervención y reconocimiento mutuo que ofrece el proceso.

VII. Conclusión

El proceso penal –y paradigmáticamente la formalización de la investigación– como estructura institucional de atribución de responsabilidad, hace efectivos los compromisos normativos al momento de adscribir autoría, participación o inocencia en torno a la formulación de un hecho, porque hace posible y efectiva una interpelación mutua regulada.

La formalización de la investigación constituye una de las manifestaciones paradigmáticas de tal estructura. Permite tanto una defensa adecuada del imputado, la posibilidad de intervención de la víctima y querellante, la actuación moderadora del juez y la conducción legítima del MP. La modificación unilateral de este ejercicio, tal como lo apreció en su sentencia el Tribunal Constitucional Rol N° 8.798.2020, deviene en inconstitucional porque vulnera el derecho a la acción de la víctima en el proceso penal.

Más allá de aquella declaración, este comentario de jurisprudencia buscó agregar que dicha decisión desarticula la lógica interna del proceso penal, al atentar contra la vinculación normativa de los agentes que participan en el proceso penal y los compromisos interpersonales que de ahí surgen. Tal afectación resta legitimidad al proceso penal y sus instituciones, en condiciones que constituye una herramienta generadora de vínculos normativos y relaciones jurídicas entre intervinientes en un debate reglado de atribución de responsabilidad criminal.