

EL QUERELLANTE EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL: UN JUICIO CRÍTICO*

MANUEL ÁNGEL GONZÁLEZ JARA
Universidad de Atacama

SUMARIO: I. Introducción. II. Sostenedores de la acción en el CPP 2000. III. Juicio crítico. IV. El concurso entre derechos.

PALABRAS CLAVE: Querellante, acción penal, Ministerio Público, protección.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el Código Procesal Penal de diciembre del año 2000 (en adelante, CPP 2000) representa el cambio jurídico más revolucionario ocurrido en Chile luego del proceso codificador del siglo XIX. Vale la pena recordar que el Código de Procedimiento Penal de 1907 (en adelante, CPP) nació caduco, según lo atestigua su Mensaje, al decir que no se establece el juicio público y oral, ante jueces de derecho, sólo por razones geográficas y económicas, más no por estimarlo en sí inadecuado.

El Código del año 2000 surgió en un contexto caracterizado por:

– Saturación del sistema vigente, incapaz de enfrentar la demanda para resolver conflictos penales.

– Crisis del sistema carcelario, alimentada por un aparato de persecución penal desnaturalizado en su esencia. El juicio penal propiamente tal (plenario) estaba transformado, desde hacía años, en un formulismo carente de contenido. Por su parte, la etapa de instrucción (sumario) aparecía desperfilada al mudar, en el hecho, a un estadio contradictorio.

– Falta de credibilidad de la opinión pública en la llamada “justicia del crimen”.

* Trabajo preparado con base en otro anterior y a las notas utilizadas por el autor en la conferencia dictada en mayo de 2018 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Atacama. Esta conferencia se enmarca en el ciclo que organiza anualmente el Instituto de Ciencias Penales, con la coordinación del profesor Dr. José Luis Guzmán Dalbora. Esta jornada contó con el patrocinio de la Asociación de Magistrados de la Región de Atacama.

La conferencia fue presentada y comentada por el profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Atacama Dr. Mario Durán Migliardi. Los comentarios del profesor Durán se han incorporado al texto.

– Crecientes niveles de corrupción, derivados del carácter secreto que tenía la instrucción.

– Desprofesionalización, al dar cabida a personal iletrado en el desarrollo del proceso, por una parte, y, por la otra, al tolerar bajísimos niveles de exigencia respecto a los letrados que operaban en el sistema.

El CPP 2000 pretendió poner coto a estas insuficiencias e imperfecciones. Sus fines y principios inspiradores así lo evidencian.

Reaccionando contra la inquisición vigente, el CPP 2000 se esfuerza por ser un cuerpo garantístico, materializador de la presunción de inocencia, romántica declaración del ordenamiento constitucional que, hasta el año indicado, carecía de contenido frente a la cruda realidad que tenía el imputado, tratado desde el inicio de la instrucción como sospechoso.

El intento del legislador del 2000 es hacer más eficiente el régimen procesal penal, compenetrándolo de criterios político-criminales y de una persecución de mejor calidad.

El nuevo cuerpo normativo está preñado de significativos principios, aptos para el logro de sus fines; así:

– Publicidad, asegurando una adecuada transparencia en el proceso de perseguir y juzgar los delitos, frente a una opinión pública oportuna y adecuadamente informada.

– Oralidad, con sus bondades inherentes, como la celeridad, inexistente en un sistema escrito.

– Inmediación, que deviene en un accionar mancomunado de los diversos intervinientes y en una relación directa con las pruebas.

– Desformalización, permitiendo una más expedita investigación de los ilícitos.

– Oportunidad, que genera un significativo poder de decisión y resolución del conflicto por los interesados.

Este último principio, probablemente el más importante, es el que permitió morigerar los efectos que en el procedimiento en retirada generaba el de legalidad, en virtud del cual el juez debía investigar todos los hechos con caracteres de delito que llegaban a su conocimiento, independientemente de la significación de los mismos y de las probabilidades de éxito, creando muchas frustraciones en quienes a él recurrían, con un consecuencial e injusto descrédito para el sistema.

La gran lección que nos deja el sistema que fenece es la irrenunciable necesidad de evitar la saturación del que nace. Al logro de esta finalidad debe encauzarse el accionar del Estado y de los operadores.

Las medidas para lograr el fin indicado no sólo deben desenvolverse en el plano procesal, sino también en el sustantivo penal. En este último sentido resulta ya impostergable el inicio de un amplio proceso descriminalizador, inspirado en los postulados de *ultima ratio* y lesividad. Deben quedar fuera del ámbito punitivo

una serie de ilícitos contemplados en leyes especiales, así como tantos otros del Código Penal.

En lo procedimental subsisten riesgos de saturación, partiendo por el artículo 1º del nuevo Código, que consagra un verdadero y autentico derecho al proceso, desconocido hasta ahora. Es evidente que si un numero significativo de imputados optan por ejercer el derecho, el riesgo de saturación surge de inmediato. De ahí la necesidad de recurrir a las “salidas alternativas” con la mayor frecuencia que sea posible¹.

II. SOSTENEDORES DE LA ACCIÓN EN EL CPP 2000

Como es sabido, el CPP 2000 puso término a la anomalía existente. Las funciones de investigar, acusar y juzgar los delitos radican ahora en diferentes órganos. Para desarrollar la primera se implementó un Ministerio Público, órgano de jerarquía constitucional, erigido en el actor central de la reforma procesal que se comenta. El nuevo instituto se ha ido perfilando no exento de polémicas. Las primeras aproximaciones al recién llegado fueron bastante imprecisas. Así, para algunos era el resurgimiento de los antiguos promotores fiscales, encargados de la acusación en el esquema del antiguo código de enjuiciamiento. Para otros, se trataba de una especie de querellante forzoso. En fin, no faltaron quienes lo asimilaban a un juez de instrucción, con lo que se generaba el problema de distinguirlo del juez que, en el Anteproyecto, era designado con este nombre y que luego devino en el juez de garantía, denominación más acorde con su función esencial.

El cuadro expuesto precedentemente está ya superado a partir del inequívoco tenor del artículo 83 de la Constitución Política de la República. La lectura de éste permite aseverar que el Ministerio Público es un órgano de rango constitucional, llamado a dirigir de manera exclusiva la investigación de hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. El Ministerio Público debe investigar de manera objetiva. Esto supone que está llamado a indagar tanto lo desfavorable como lo favorable al imputado. Además, debe protección a las víctimas y a los testigos de los hechos investigados. Por último, es el llamado a sostener la acción penal en el marco legal previamente regulado. Le están prohibidas las funciones jurisdiccionales.

¹ La experiencia comparada es elocuente. En Italia existió un alto porcentaje de casos que iban a juicio oral con el consecuencial atasco del sistema. En Brasil, en cambio, la situación ha sido la inversa. Ambos países están regidos por leyes de 1989 y 1995, respectivamente, con características que no es del caso desarrollar aquí. Sobre el particular, *vid.* intervenciones de Giovanni Salvi y Antonio Magalhaes ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados. Boletín N° 1.630-07, pp. 51-63.

La introducción del Ministerio Público supuso la necesidad de adecuar su existencia a la normativa constitucional. Ésta, a su vez, determinó que la organización y atribuciones del organismo que se creaba fuera materia de ley orgánica de ese carácter. Así, la ley de reforma constitucional N° 19.519, publicada en el Diario Oficial de 16 de septiembre de 1997, agregó el Capítulo VI-A, sobre “Ministerio Público”, a la Constitución Política. Luego, por Ley N° 19.640, “Orgánica Constitucional del Ministerio Público”, publicada en el Diario Oficial de 15 de octubre de 1999, se complementó la normativa constitucional.

El Ministerio Público se constituye así en la piedra angular de la reforma procesal penal. El nuevo sistema requiere estructurar una investigación (informal) eficiente y desburocratizada. Ésta se entrega al órgano con rango constitucional que se crea².

A juicio del gobierno de turno, de la manera indicada se asentaría el principio básico de imparcialidad, separando las funciones de investigación y juzgamiento, radicando la primera en el Ministerio Público y la segunda, en los jueces del juicio oral³.

Concordante con la facultad monopolizadora de la investigación entregada al Ministerio Público, la ley procesal lo dotó de ciertos instrumentos que le permiten aplicar criterios de selectividad frente a los casos que lleguen a su conocimiento. Esta situación, nueva entre nosotros, aparece como la antípoda de la que conocía el CPP, donde el juez debía investigar todos los hechos que, revistiendo caracteres de delito, le fueren allegados, independientemente de la significación social de los mismos o de las probabilidades de éxito de la investigación, como se dijo.

En el nuevo código, el archivo provisional de los antecedentes cuando no sea posible el esclarecimiento de los hechos; la facultad de no iniciar investigación cuando el hecho no sea constitutivo de delito o se encuentre extinguida la responsabilidad penal del imputado; la suspensión condicional del procedimiento y el principio de oportunidad, representan eficaces instrumentos de selección, conforme lo estatuyen los artículos 167, 170, 237 y siguientes.

En el contexto indicado, el Ministerio Público debiera ser el principal agente y punto de encuentro interinstitucional en un modelo de gestión compuesto por tres columnas, a la manera en que lo concibió Maurach. Debe converger hacia él la información que pueda emanar de la investigación científica, que sea el soporte de las decisiones políticas que correspondan y que se materializarán luego en ley escrita. En otros términos, y como antes hemos escrito, en la base debe estar la información proporcionada por la experiencia investigativa. Ése es el aporte de

² Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Boletín N° 2152-07-1 de la Cámara de Diputados.

³ *Vid. Ant.*

la criminología y de la dogmática penal. Luego, la decisión político-criminal, que le corresponde al poder Ejecutivo y sus órganos de colaboración. A esta labor no debe ser ajeno el Poder Judicial. Para terminar, la positivización, en la regla escrita de derecho, tarea que corresponde al legislativo⁴. Nadie en mejor situación que el Ministerio Público para lograr esta sana y sin duda fructífera convivencia no sólo entre poderes del Estado, sino entre disciplinas como la criminología, la dogmática penal y la política criminal, que no siempre coexistieron en paz. Un órgano como aquél, debidamente dotado, capaz de generar y manejar información criminológica y estadística, contribuiría de modo decisivo a la generación de medidas político-criminales y a la tarea legislativa.

En materia de persecución y sin apartarse del código de 1907, el nuevo ordenamiento procesal mantuvo la figura del querellante, reconociéndole rango constitucional, al lado del Ministerio Público, en el artículo 83, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que dispone lo siguiente: “El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”. La nueva normativa mantuvo y legitimó la existencia de este actor particular, que concurre a sostener la acción penal sobre la base de un presunto control al Estado en el quehacer de brindar justicia unida a una, también presunta, celeridad de los procesos. En efecto, bajo el imperio del código de 1907 no fueron pocos los que sostuvieron que la existencia de un querellante operaba como un factor energizante al interior de aquéllos, solicitando diligencias y aportando pruebas en una activa colaboración con el tribunal instructor. Se afirmaba que por esta vía se obtendrían mejores resultados, impidiendo el sobreesimiento o, al menos, determinando que éste se decretase cuando ya no quedare nada por hacer⁵. Esta cultura del querellante ha sobrevivido a la reforma del año 2000.

El Título IV, párrafo 7º, del Libro Primero del CPP 2000, dedicó los artículos 111 a 121, ambos inclusive, al querellante particular; con normas relativas a formalidades, legitimados activos, oportunidad para deducir querrela, etc.

Útil es destacar el artículo 120, que se refiere al “Abandono de la querrela”. Éste se produce cuando el querellante no adhiere a la acusación fiscal o no acusa particularmente en la oportunidad procesal correspondiente, cuando no asiste a la audiencia de preparación del juicio oral sin causa debidamente justificada y, por último, cuando no concurre a la audiencia del juicio oral o se ausenta de la misma sin la autorización del tribunal.

⁴ En el mismo sentido, “Dogmática penal, criminología y política criminal”, en *Anuario de Derecho Público. Universidad La República*. Año II, N° 2 de 1998, pp. 95 y ss.

⁵ Con mayor detención sobre el particular, VARGAS, Juan Enrique, “El Ministerio Público en el proceso penal, a la luz de la sensación de crisis en la justicia criminal”, en *El Ministerio Público para una nueva justicia criminal*. Fundación Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales y Corporación de Promoción Universitaria. Año 1994, p. 196.

Aun cuando la ley no concede al querellante facultades investigativas, lo que sería inconstitucional, autoriza que éste continúe adelante con el proceso sin el Ministerio Público, en ciertos casos. El artículo 258 dice: “Si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, a objeto que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa.

Si el fiscal regional, dentro de los tres días siguientes, decidiere que el Ministerio Público formulará acusación, dispondrá simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si se designará uno distinto. En dicho evento, la acusación del Ministerio Público deberá ser formulada dentro de los diez días siguientes, de conformidad a las reglas generales.

Por el contrario, si el fiscal regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, ratificare la decisión del fiscal del caso, el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el Ministerio Público, o bien procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente”.

El criterio asimétrico del legislador del 2000 es evidente. Dio al Ministerio Público facultades investigativas excluyentes, con normativa de rango constitucional. A la hora del juicio oral, en cambio, el querellante puede quedar sosteniendo la acción penal solo, porque el Ministerio Público decidió abstenerse de continuar adelante.

III. JUICIO CRÍTICO

La mantención del querellante, reconocido constitucional y legalmente, nos merece reparos. En contra de la postura que adoptamos, se podría sostener, sin más, que es ocioso todo intento tendente a extraer al querellante del sistema porque, al estar recogido en el inciso segundo del artículo 83, reforzado por el artículo 19, N° 3, ambos de la Constitución, es el derecho al proceso el que lo legitima en el nuevo procedimiento penal. Estaríamos frente a una manifestación del principio de igualdad ante la ley. Aún más, se trataría de una cuestión de igualdad en la aplicación de la ley, es decir, de juzgamiento con las mismas reglas.

Nuestra crítica, sin embargo, tiene sentido en la medida en que constituye un cuestionamiento *de constitutione ferenda*. Ella se gesta a partir de la concepción que dio al Ministerio Público el ordenamiento normativo surgido a partir del año 2000.

En nuestra opinión, el Ministerio Público debió estructurarse sobre la base de tres características.

En primer lugar, debió reservársele el ejercicio exclusivo de la acción penal. Este postulado ya fue, hace medio siglo, defendido en el Congreso de Criminología que tuvo lugar en Santiago en el año 1941. La representación chilena, por medio de uno de sus delegados, recomendaba entre sus propuestas el establecimiento de un órgano promotor de la acción, monopolizador de la acusación, y la supresión del derecho de los particulares al ejercicio de la acción penal⁶.

En segundo lugar, el Ministerio Público debe ser un órgano que represente el interés social, que, como tal, está por sobre y más allá de cualquier interés particular, como lo son los de la víctima o del ofendido.

Por último, el Ministerio Público debiera estar facultado para ejercer criterios de selectividad en modo amplísimo, precisamente como consecuencia de su condición de agente monopolizador de la acción penal⁷.

Estas características, que idealmente asignamos al Ministerio Público, no son sino la consecuencia de una particular visión del conflicto penal.

El conflicto penal representa una confrontación de intereses entre el imputado y el Estado. En esta confrontación de intereses, el Estado busca el castigo de aquel a quien hace objeto de persecución, el imputado, y éste busca eludirlo. Lo dicho resulta inconcuso si se examinan las dos actitudes que regularmente asume aquel contra quien se dirige el accionar estatal. Si no ha delinquido, obviamente negará su participación en el hecho. Si, por el contrario, ha incurrido en el ilícito, lo frecuente es que también niegue⁸.

Este conflicto es eminentemente público y a su solución es el Estado el que debe concurrir de manera prevaleciente. Éste asume las funciones de investigar, acusar y, de ordinario, juzgar. (Podría sostenerse que esta última no le pertenece en los países que tienen regímenes procesales con jurados). Esta concepción del Ministerio Público y de la naturaleza del conflicto la afinamos a su vez en la

⁶ Con mayor detalle, *vid.* SCHWEITZER, Daniel: “El proceso penal”, en *Acusación Constitucional, regímenes de emergencia y otros estudios jurídicos*, Editorial Andrés Bello, 1972, pp. 54 y 55.

⁷ Ésta era ya nuestra posición en el año 1995, según lo expusimos en “Ministerio Público y procedimientos especiales”, en *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y Derecho Penal*, 3ª época N° 21, pp. 7-17.

⁸ CARNELUTTI, Francesco: *Derecho procesal civil y penal*, Tomo II, p. 38, con la precisión previa que nos hace el maestro italiano en cuanto a lo inapropiado del término “imputado”, prefiriendo el de “juzgando”. Éste es “el que ha de ser juzgado”, puesto que la palabra “imputado” asume un significado específico para indicar a quien “... no tanto no ha sido todavía juzgado cuanto a quien ha sufrido ya un cierto juicio en el curso de aquel *iter*, que es el proceso penal, aunque se trate de un juicio provisorio más bien que definitivo; imputado, en suma, es, al mismo tiempo, un ‘juzgando’, en cuanto al juicio definitivo, pero un ‘juzgado’ en cuanto al juicio provisional; es necesario, pues, para razonar con rigor, un vocablo que se preste a indicar juntamente con el imputado, a quien no lo es todavía pero podría ser tal; en suma, la persona sujeta a cualquiera de los juicios que veremos suceder en el proceso penal”.

existencia de un derecho penal mínimo, el cual, por ejemplo, no acepta delitos de acción privada.

Lo dicho no impide reconocer poder de solución al directamente perjudicado en aquellos delitos que comprometen intereses preferentemente individuales (*v. gr.*, lesiones, hurtos, cuasidelitos, daños en la propiedad privada). En estos casos, el interés individual de quien ha sido objeto del atentado contra la integridad física, salud, propiedad, debiera estar sobre el interés social. Jugarían así, armónicamente, principios como lesividad y oportunidad.

Un observador poco atento podría reprocharnos que la concepción del Ministerio Público y del conflicto penal que aquí propugnamos, importa la, presunta, desprotección de la víctima. Un reproche de esta naturaleza arrancaría de un error conceptual. No negamos que las víctimas deber ser protegidas y asistidas. Pero éste es un deber “estatal”, y no sectorial. En otros términos, el deber asistencial preferente del Estado para con las víctimas no tiene por qué radicarse en el Ministerio Público. Esto constituye un error y desperfila la que debe ser la función esencial del órgano: perseguir los delitos.

El Estado puede arbitrar en esta materia diversas medidas sin que ello signifique que tenga que radicarlas en un órgano cuya esencia es distinta. Así, por ejemplo, para una adecuada protección y asistencia de la víctima bastaría con unir a las medidas estatales, más no sectoriales en el sentido aquí explicado, un adecuado, oportuno y expedito ejercicio de la acción civil para obtener la reparación correspondiente, incluso permitir el ejercicio de la misma dentro del mismo proceso penal, en el juicio oral, sin que deba estar precedida de acusación particular.

Lamentablemente, el constituyente y el legislador consagraron un Ministerio Público con un deber asistencial y protector de las víctimas unido a la existencia del posible ejercicio de la acción penal también de parte de ésta.

Se da, entonces, un sistema monopólico en cuanto a la facultad de investigar los delitos y una libre concurrencia para el ejercicio de la acción penal. Esto último, *de constitutione ferenda*, no lo compartimos. Al adoptar este régimen prevaleció una “cultura de querellante”, que puede llevarnos a malos resultados.

La situación así gestada envuelve un peligro para un sano y recto ejercicio de las “salidas alternativas”, que representan uno de los pilares de la reforma procesal penal. Se corre el riesgo de preterir la aplicación de éstas y caer nuevamente en la saturación del sistema procesal penal, con una proliferación de juicios orales como consecuencia del actuar de víctimas o querellantes tercetos.

Un examen de las diversas situaciones que consagra la propia ley refuerza el aserto. Así, en el caso del archivo provisional o de no iniciación de la investigación, reconocidos al Ministerio Público en los artículos 167 y 168 del CPP 2000, la víctima puede frustrar la decisión del órgano investigador, provocando la intervención del juez de garantía mediante la interposición de querrela. En tal hipótesis,

si el juez admite a tramitación la querrela, “el fiscal deberá seguir adelante con la investigación”, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 169.

En relación con el “principio de oportunidad” ocurre algo semejante. Prescribe el artículo 170 que los fiscales podrán no iniciar la persecución o abandonar la ya iniciada cuando se trate de hechos que no comprometen gravemente el interés público. Reconoce así el legislador procesal el principio penal de lesividad. Sin embargo, el mismo precepto consagra mecanismos de control jurisdiccional e intrainstitucional. Éstos operan a requerimiento de “los intervinientes”, es decir, entre otros, víctima y querellante.

No queda duda del propósito legislativo, en orden a anteponer intereses particulares por sobre los generales, cuando señala que, tratándose del control jurisdiccional aludido, la decisión que el juez emitiera “*obligará* al fiscal a continuar con la persecución penal” (el destacado en cursivas es nuestro).

El saludable criterio de oportunidad introducido en el CPP 2000 es anulado así por el propio legislador, dejándolo subordinado a los intereses de una víctima o querellante que, las más de las veces, actúa motivado sólo por propósitos vindicativos.

El legislador del 2000 no se despojó del prejuicio existente, en virtud del cual la existencia de un querellante aseguraba resultados satisfactorios, evitando el sobreseimiento del asunto.

Sin embargo, las causas de tal sobreseimiento estaban dadas, en el antiguo sistema, más que por un actuar indiferente o desidioso, por la deficiencia investigativa estructural de aquél, frente a la cual poco o nada podía hacer el querellante⁹.

El mismo reparo que hacemos en relación con el artículo 170 del CPP 2000, en cuanto a los controles a que se somete el Ministerio Público, vale para el “forzamiento de la acusación” que contempla el artículo 258 del mismo cuerpo legal. Efectivamente, y en la línea que se ha venido criticando, la disposición establece el derecho del querellante a oponerse a la solicitud de sobreseimiento del fiscal, permitiendo al juez disponer que los antecedentes sean enviados al fiscal regional al objeto de que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa. Éste deberá deducir acusación dentro de los plazos legales si el fiscal regional no respalda su decisión. El superior podrá también disponer que la causa sea entregada a otro fiscal para que siga adelante con el proceso.

Por el contrario, si el fiscal regional respalda lo decidido por quien investigaba, el juez podrá disponer que la acusación sea deducida por el querellante, quien la deberá sostener en los mismos términos que el Código establece para el Ministerio Público. Dicho en otros términos, el querellante particular se transformará en una suerte de “fiscal particular”.

⁹ Así, VARGAS, ob. cit., pp. 196-197.

La disposición va más lejos, permitiendo al querellante perseguir en la forma indicada también en los casos en que el Ministerio Público comunica la decisión de no perseverar.

El inequívoco rigor pro querellante que consagra el artículo 258 del CPP 2000 se relativiza por vía jurisprudencial, al resolver la Corte Suprema que para estar el querellante en situación de forzar la acusación es menester, previamente, que el querellado haya sido formalizado. El punto, sin embargo, no deja de ser opinable, incluso al interior de la misma Sala Penal del alto tribunal. En pro de la exigencia de formalización previa, para que el querellante particular pueda forzar la acusación, concurre una razón de texto representada por inciso final del artículo 259 del CPP 2000, que prescribe la imposibilidad de acusar por hechos distintos de los que hayan sido materia de la formalización. De este precepto, que recoge el principio de convergencia, se deduce, de modo aparentemente indiscutible, la imposibilidad de acusar a quien, previamente, no fue formalizado. Esto es fácil de satisfacer cuando el Ministerio Público ha decidido llevar el asunto hasta las últimas consecuencias, pero tiende a desaparecer cuando el órgano estatal a cargo de la persecución comunica su decisión de no perseverar. Pero el artículo 258 no demanda formalización previa para forzar la acusación. Se podría, entonces, deducir que, en el evento de no perseverar el Ministerio Público, no sería necesaria la formalización. Nos encontraríamos ante una excepción a la regla. En esta hipótesis, sin embargo, no existiría un referente para controlar el efectivo cumplimiento del principio de congruencia. La Sala Penal de la Corte Suprema se hizo cargo de este problema, pero el voto fue de minoría. Los disidentes estimaron: "... que la satisfacción de la obligación de congruencia que grava al acusador se soluciona confrontando la querrela y la acusación deducida una vez autorizado su forzamiento, actuaciones que permiten hacer efectivos los derechos de información y defensa que la formalización de la investigación cautela, así como los límites fácticos a los que deben sujetarse los juzgadores para emitir la decisión que les ha sido válidamente requerida mediante el ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico procesal coloca a disposición del ofendido y de las personas que la ley señala"¹⁰.

El cuadro se torna más complejo aún si consideramos la mantención de los querellantes institucionales que operan en el sistema junto al Ministerio Público. Especialmente significativas son las situaciones que se plantean en relación con querellantes institucionales célebres, como los servicios de Aduanas e Impuestos Internos, y el Consejo de Defensa del Estado. Los dos primeros son legitimados activos para perseguir delitos de contrabando y los fraudes tributarios, ilícitos de ordinaria ocurrencia. En uno y otro caso son estos órganos del Estado, depen-

¹⁰ Corte Suprema. Sala Penal. Rol N° 4909- 2013.

dientes del Poder Ejecutivo, los que deciden sobre la apertura de causas penales en estas materias.

Especial mención merece el Consejo de Defensa del Estado. Este órgano, que históricamente no tiene naturaleza penal, con el tiempo se transformó en un órgano sostenedor de esta acción en interés de la sociedad, más allá de lo puramente fiscal. En efecto, el antiguo Consejo de Defensa Fiscal era la oficina encargada de ejercer acciones civiles en representación del Fisco, así como de defenderlo cuando los particulares ejercían acciones de esta naturaleza en contra del Estado.

Al quehacer penal del célebre organismo contribuyó, sin duda, la inexistencia de un Ministerio Público. El Consejo de Defensa del Estado ocupó así un vacío, transformándose en actor central en la persecución no sólo de los delitos que atentaban contra los intereses fiscales, sino, incluso, del narcotráfico.

Establecido el Ministerio Público, el Consejo de Defensa del Estado y los restantes órganos estatales con funciones de persecución penal, debieron desaparecer como querellantes, reduciéndose a colaboradores del Ministerio Público en la persecución de los delitos que afecten al Estado, proporcionando a los fiscales investigadores los antecedentes e informaciones adecuados, más no actuando como sujetos procesales. Sin embargo, no ha sido así. El águila estatal, a veces tricéfala, adquiere su máxima expresión en los problemas penales más álgidos que ha debido enfrentar el Estado chileno, como ha sido el caso de procesos de corrupción en el aparato público y privado, en los cuales no sólo concurren la concurrencia, como acusadores, del Ministerio Público, el Servicio de Impuestos Internos y el Consejo de Defensa del Estado, actuando conjuntamente, más no siempre coincidentemente.

La investigación de los hechos de violencia en el territorio de La Araucanía ha dejado también en evidencia lo contraproducente que puede llegar a ser la concurrencia de distintos órganos estatales de persecución. Perseguidos los imputados por infracción a la Ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, hemos asistido al triste espectáculo derivado de la falta de coincidencia entre el Ministerio Público y el Ministerio del Interior, legitimado activo en esta clase de procesos de acuerdo con el artículo 10 del referido cuerpo legal, en la solicitud de la prisión preventiva como medida cautelar personal. Y esto porque los criterios de un órgano técnico, altamente especializado, como es el Ministerio Público, no siempre serán coincidentes con los de una repartición del gobierno central, eminentemente político-contingente, encabezada por el ministro llamado a reemplazar al Presidente de la República, funcionario que encarna la contingencia política, a la cual el problema penal que traemos a colación no es ajeno. Se llegó al absurdo cuando el gobierno de turno, sin duda determinado por su perfil político, generó un conflicto entre los acusadores, abogando uno por la libertad de los perseguidos, mientras el otro lo hizo en pro del encarcelamiento de los imputados.

Este hipertrófico criterio estatal de persecución ha generado efectos indeseables, transmitiendo a los ciudadanos una pésima imagen de nuestras instituciones. Es la consecuencia de colocar a órganos de naturaleza distinta a cargo de una misma función: perseguir los delitos. De paso, la altamente probable pluralidad de acusaciones, de por sí lesiva para los acusados, conlleva, también, una probabilidad de diferentes calificaciones jurídicas para un mismo hecho. Se rompe así con el principio de igualdad de armas y, a seguidas, el procedimiento se torna irracional e injusto, con evidente afectación de garantías constitucionales, lesionando el corazón mismo del sistema penal.

Conciliar criterios de selectividad y oportunidad entre los distintos agentes estatales y de éstos con los querellantes particulares, puede resultar, a la postre, impracticable, generándose asperezas institucionales y frustraciones para los particulares, que conspiran contra la funcionalidad del sistema.

Pensamos que la convivencia entre Ministerio Público, querellante particular y querellante institucional puede implicar el fracaso de toda política criminal, transformándola, en el mejor de los casos, en políticas institucionales que, por cierto, no es lo que la sociedad necesita.

La mantención del querellante, cualquiera que éste sea, no es más que la supervivencia de la vindicta privada, íntimamente ligada a una concepción de la pena como castigo que se inflige al imputado, criterio que privilegia aspiraciones subjetivas que, como tales, no siempre coinciden con otras de carácter objetivo-generales, que son las propias de la nación políticamente organizada. “La recta concepción de la pena, prohíbe creer que el castigo se pide contra el imputado, esto es, en daño suyo, como se pide, en cambio, la restitución o el resarcimiento; el punto de vista común a este objeto no es más que una superstición debida a aquella concepción pesimística de la pena, que todavía perjudica desgraciadamente a la ciencia del derecho penal”¹¹.

La relativización de los criterios de oportunidad que puede producirse con la admisión del querellante particular e institucional hace peligrar el éxito de una reforma tan significativa como la que ha emprendido nuestro país con la dictación del Código Procesal Penal del año 2000.

IV. EL CONCURSO ENTRE DERECHOS

No es ocioso conjeturar la posibilidad de un caso concreto en el que pueda presentarse el conflicto entre los intereses de un querellante particular o concurrencia de éste con uno o más querellantes institucionales, concurriendo todos con el Ministerio Público contra un enjuiciado, que, en un evento como el pro-

¹¹ CARNELUTTI, ob. cit., p. 37.

puesto, sin duda estará abrumado por el cúmulo de perseguidores. No obstante, unos y otro pueden intervenir en un proceso en virtud de derechos que les están reconocidos por normas de jerarquía constitucional. El Ministerio Público, en cumplimiento de sus deberes funcionarios. Los querellantes, en ejercicio de la legitimación activa que les reconocen las leyes respectivas, en el caso de los institucionales y, en el caso del querellante particular, las disposiciones generales del CPP 2000, así como la norma del propio artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, protectora, en principio, de todos ellos como interesados en la persecución penal.

Así planteado el problema, la cuestión *de constitutionae ferenda* derivaría en una *de constitutionae lata*, lo que obliga a buscar instrumentos de hermenéutica constitucional para resolver, pues estamos frente a un conflicto de derechos reconocidos a ese nivel normativo. Los perseguidores invocarán la normativa del artículo 83, inciso segundo, del ordenamiento jurídico básico; el enjuiciado, la disposición del artículo 19, N° 3, del mismo ordenamiento. Aquéllos buscarán mantenerse en el proceso; el justiciable buscará excluir el máximo de acusadores.

En nuestra opinión, el conflicto entre las normas de rango constitucional, en la hipótesis que proponemos, podría resolverse conforme a las reglas del *balancing test*, también conocido como *ponderación de derechos*.

Aun cuando el *balancing test* es una herramienta interpretativa que no persigue soluciones de validez general y en abstracto, sino que está orientado a la resolución de situaciones concretas, pensamos que, en casos como el que aquí se propone, podría llegar a tener validez general. El conflicto entre una disposición consagratória de un derecho, como sería deducir acción penal contra un justiciable, ejercido por múltiples actores, debiera ceder frente a la regla del número 3 del artículo 19 de la Constitución, que consagra el derecho a defensa en el marco de un racional y justo procedimiento. La pluralidad de actores podría anular la garantía, afectando el derecho a defensa, en atención a la ruptura del principio de igualdad de armas o por la imposibilidad material del acusado de defenderse de imputaciones calificadas, jurídicamente, de manera distinta por los diferentes acusadores.

El interés general en la persecución de los delitos, que prima a su turno sobre el derecho a querrellarse reconocido a personas distintas del Ministerio Público, se satisface con la intervención del órgano encargado de la persecución penal, esto es, el Ministerio Público. El derecho al racional y justo procedimiento no es sólo una norma de jerarquía constitucional, sino que representa, además, una garantía constitucional que, como tal, prima sobre otra disposición que carece de este último carácter.

El *balancing test* o ponderación determina que no existen derechos absolutos en sí y tampoco hay jerarquización o prioridades absolutas entre derechos, sino

sólo frente a los casos concretos¹². En definitiva, esta herramienta hermenéutica lo que busca es resolver conflictos como el propuesto, pero estableciendo una relación de precedencias condicionada entre los derechos en pugna. El *balancing test* implica sopesar los derechos para determinar cuál debe prevalecer en el caso concreto. El carácter de precedencia condicionada significa que, tomando en cuenta el caso, se indican las “condiciones” bajo las cuales uno de los principios en juego precede al otro. El balance no fija el único significado atribuible a una norma, sino que busca determinar el punto de equilibrio entre las posiciones de intereses en juego en el caso concreto, lo que exige la existencia de una actividad interpretativa anterior, que delimite, reconstruya y califique los intereses que deben ser objeto de conciliación¹³.

A nuestro entender, una garantía de ordinario pesará más que cualquier otra disposición de rango constitucional que carezca de aquella cualidad. El proceso penal y el derecho penal no son otra cosa que garantías al servicio del ciudadano imputado de un acto tan grave como lo es un delito.

BIBLIOGRAFÍA

- Anuario de Derecho Público de la Universidad de La República*, año II, N° 2, 1998. *Boletines N°s. 1630-7 y 2152-7 de la Cámara de Diputados*.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. (Trad. Santiago Sentis Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- La participación de la víctima y el querellante particular en la persecución de delitos: dogmática, normativa y estadísticas*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Procesal Santiago, Chile, 2009. Versión en línea.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo I. Segunda edición. Librotecnia, 2008.
- Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y Derecho Penal*, Tercera Época N° 21, marzo-diciembre, año 1995.
- SCHWEITZER, Daniel. *Acusación constitucional, regímenes de emergencia y otros estudios jurídicos*. Editorial Andrés Bello. 1972.
- VARIOS AUTORES. *El Ministerio Público para una nueva justicia criminal*. Fundación Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales y Corporación de Promoción Universitaria. Año 1994.

¹² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo I, p. 228.

¹³ Loc. cit.