



RUBÉN BALLESTEROS CÁRCAMO

*Presidente de la Excma. Corte Suprema
Poder Judicial de Chile*

02

DISCURSO INAUGURAL

6

Es muy grato para mí, como Presidente del Máximo Tribunal del país, ser invitado a la Segunda Jornada de Derecho Penal, que tiene como principal expositor a tan insigne jurista, el profesor Julio Bernardo Maier. Como sabemos, en esta jornada se abordarán temas trascendentales en el proceso penal, como son, el principio acusatorio como eje central de la reforma procesal penal hispanoamericana y la víctima en la persecución penal.

En esta ocasión me referiré sucintamente a un tema que en la actualidad es objeto de gran debate, y que dice relación con el ofendido en el enjuiciamiento criminal.

Como sabemos, en los sistemas de persecución penal arcaicos, el ofendido tenía un papel fundamental, a él correspondía llevar adelante la persecución penal y, en algunos casos, el castigo de los ilícitos. Sin embargo, esto fue cambiando a través del tiempo, como consecuencia de un fenómeno que podemos denominar la “*expropiación de los derechos de la víctima para litigar*”. Fue en el Estado Nacional Absoluto donde desaparece la idea de persecución penal privada y aparece la pública, con funcionarios públicos encargados de las labores de investigación.

La regla general es que las víctimas, los ofendidos por el delito, ocupan, en términos generales, una posición marginal frente a la acción penal, con dos funciones, dos actividades que no se les puede suprimir.

Por un lado, la de denuncia, que sigue siendo la fuente principal que inicia la investigación penal y, por el otro, la idea de que el ofendido debe colaborar activamente para lograr el objetivo final del proceso penal.

En la actualidad, la participación de la víctima ha generado un abierto debate, entre quienes buscan limitarla e incluso proscribirla del proceso penal, y con quienes defienden su intervención y buscan entregarle mayor participación y facultades.

Los argumentos esgrimidos por quienes buscan excluir a los ofendidos del derecho procesal penal son los siguientes:

- 1 • *Primero, se concibe la actividad del ofendido como un resabio de tiempos pretéritos, vinculados a la idea de la venganza privada.*
- 2 • *Segundo, la estricta separación que debe existir entre el derecho civil y el penal, tema que necesariamente apunta a la idea de la reparación. Como podemos ver, en la actualidad, los acuerdos reparatorios, concebidos originalmente como una sustitución de la pena, se presentan como una forma de evitar el juicio, en consecuencia nada tiene que ver con la reparación en un sentido penal.*
- 3 • *Tercero, el error de recurrir a la figura del ofendido para corregir la inactividad del acusador público usualmente se da en delitos tendientes a generar la persecución penal y el ejercicio del cargo. Lo que aquí se provoca es la afectación de los derechos de defensa del imputado, que se puede ver enfrentado a varios acusadores.*
- 4 • *Cuarto, el debilitamiento de la posición del imputado en el enjuiciamiento criminal.*

Por su parte, los argumentos para la incorporación del ofendido en el proceso penal son los siguientes:

- 1 • *Primero, que la colaboración del ofendido implica una persecución penal más eficiente.*
- 2 • *Segundo, se dice que hay una serie de tratados e instrumentos de carácter internacional que exigirían un trato distinto a los ofendidos, cuestión que dice relación con el derecho de mayor participación en el proceso penal.*

Ahora bien, en el derecho comparado encontramos distintos modelos a través de los cuales se regula la situación de los ofendidos y sus derechos en el proceso penal:

- 1 • *Primero, el modelo de acusadores adhesivos (Alemania)*
- 2 • *Segundo, el modelo de acusadores subsidiarios (Austria)*
- 3 • *Tercero, el modelo de acusadores particulares o querellantes particulares (España)*

En el sistema Alemán de acusadores adhesivos es importante destacar que el único titular de la acción penal sigue siendo el Ministerio Público, el acusador accesorio lo único que hace es colaborar con la actividad del ente persecutor, sin titularidad de la acción penal. Por lo tanto, lo que lleva al ofendido a incorporarse como acusador accesorio es simplemente la posibilidad de recabar elementos de prueba para un juicio civil. En la práctica, el modelo alemán no ha sido un modelo eficiente; de hecho, tanto Roxin como otros autores han propuesto

medidas para modificarlo o eliminarlo, porque la incidencia práctica es residual. En términos prácticos, en Alemania, los acusadores accesorios porcentualmente son muy bajos.

En cambio, la idea del acusador subsidiario del modelo austriaco, es todo lo contrario. La titularidad de la acción penal la tiene siempre el Ministerio Público, pero si este decayere en su intención de perseguir el ilícito o de continuar con la investigación aunque sea en la etapa inicial, podría ser sustituido por el particular. Con todo, en cualquier momento, el ente persecutor puede volver y expulsar al persecutor privado, que en todo caso puede ser perseguidor subsidiario, para cuyo efecto, requiere la autorización del juez de garantía.

Finalmente, el último modelo denominado de acusadores particulares y que es el utilizado en España, se caracteriza porque el ofendido tiene la posibilidad de ser titular de la acción penal, pero la diferencia radica en que el sistema tiene jueces de instrucción. Por esta razón, las funciones del fiscal y del querellante particular son bastante similares, porque quien lleva la ruta de la investigación es el juez de instrucción. La figura del querellante particular ha estado sometida a muchos intentos de redimirla, hasta el momento también es una figura residual y en muchas oportunidades se ha pedido su eliminación por ser incompatible con la idea de la persecución penal pública.

En Chile es posible señalar que la legislación no establece un sistema apropiado de participación de la víctima en el proceso penal oficial, al punto de pensar que no existe una definición clara del rol que le corresponde y que, en definitiva, delimite su participación respecto de la del Ministerio Público.

8

De acuerdo a lo planteado por la doctrina, es posible, y para muchos incluso deseable, integrar a la víctima al proceso penal, pero para mantener la coherencia con el principio de oficialidad que rige el sistema, ello debiera hacerse especificándose que su intervención es de colaboración y control del actuar del Ministerio Público, pero en caso alguno puede significar que esta llegue a sustituirle. Ahora, como se ha descrito, en el ordenamiento jurídico chileno, no queda claramente establecida esa diferenciación de roles, lo que contribuye a la generación de un conflicto entre ambos.

Al efecto, parece necesario reflexionar respecto de tres normas del sistema: la norma constitucional del artículo 83 que, a primera lectura, otorga amplias facultades tanto al Ministerio Público como a la víctima; la norma del Código Procesal Penal, que autoriza el forzamiento de la acusación, y las normas que conceden al fiscal la definición sobre la procedencia y oportunidad de la formalización.

El artículo 83 de la Constitución Política

Este precepto, sin duda, es una norma de exégesis compleja, ya que si bien parece consagrar en su inciso primero, el principio de oficialidad, su inciso segundo introduce de manera poco clara a la víctima en el proceso oficial. Un indicio de esta dificultad de interpretación aparece en las apreciaciones del ex Fiscal del Ministerio Público, Señor Guillermo Piedrabuena, quien señaló: “el artículo 83 inciso primero, le entrega al Ministerio Público la atribución de ejercer la acción penal pública, esta no es una atribución exclusiva, puesto que el inciso segundo del mismo precepto, dispone que “el ofendido por el

delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”, de modo que no puede haber impedimentos en el derecho o en los hechos de parte de ningún organismo, para limitar los derechos de quienes ejercen la acción penal pública, particularmente las víctimas de delitos.

La norma constitucional mencionada deja en claro que la víctima tiene derechos distintos a los fiscales, porque de lo contrario, no tendría sentido legislar para que pudieran ejercer igualmente la acción penal.

Sin perjuicio que la redacción del inciso 2º del artículo 83 de la Ley Fundamental no es clara en distinguir entre la naturaleza de los derechos de la víctima y las facultades del Ministerio Público, tal como lo señala el autor citado, carecería de sentido legislar para entregarle iguales atribuciones. Por ello, si se pretende sostener la consagración del principio de oficialidad en el sistema procesal penal chileno, necesario es concluir que no es posible realizar una interpretación en orden a reconocer a la víctima un derecho autónomo a la acción penal, equivalente a la función del Ministerio Público. En consecuencia, la interpretación armónica de la norma debiera ir en el sentido de afirmar el rol accesorio de la víctima.

Para Andrés Bordalí, en su artículo “no hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal”, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal, manifiesta que la interpretación sistemática del artículo 83 de la Constitución y las normas pertinentes del Código Procesal Penal, conducen a entender que el derecho de la víctima es a participar de la acción penal, intervención que se concreta a través de la querrela y de la acusación, cuando esta última sea procedente, conforme a la dirección de la investigación que ha llevado el Ministerio Público.

Añade que, cuando se introdujo este órgano en la Constitución de 1980, se optó por transar entre el modelo original del Ejecutivo, en que la persecución penal era eminentemente pública, y las modificaciones introducidas por el legislador que buscaban dar mayor participación a las víctimas. El resultado de ello sería un modelo que se resume en colaboración por parte de la víctima en la actividad persecutoria penal que debe llevar adelante el Ministerio Público, donde “*participación*” no es lo mismo que “*titularidad*” del enjuiciamiento criminal.

El Control Judicial anterior a la Formalización

En un segundo orden de ideas, surgen conflictos en lo pertinente a la procedencia de la formalización –actuación que se ha entendido como privativa y discrecional del Ministerio Público-, aun cuando resulta novedosa la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en el sentido de permitir, a través del artículo 186 del Código Procesal Penal, que la víctima pueda instar a ella ante al juez de garantía, interpretación que ha merecido reparos por parte importante de la doctrina nacional, por cuanto tiene como inconveniente permitir que la víctima pueda alterar en alguna medida la estrategia del Ministerio Público, que constitucionalmente está encargado de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delitos.

No obstante, esta aplicación del artículo 186, a favor de las pretensiones punitivas de la víctima, parece comprensible en razón del contexto de amplia participación que ha configurado la

Constitución Política y el Código Procesal Penal. Porque, desde su punto de vista, negarle al querellante toda atribución parece contradictorio con la posibilidad de querellarse, pues resulta extraño que el derecho de la víctima se limite a la presentación de la querrela, y que desde allí la progresión efectiva del proceso esté entregada privativamente a la decisión del Ministerio Público. Parece difícil explicar que la víctima no pueda simplemente instar a una actuación esencial para la prosecución del procedimiento como es la formalización de la investigación, y sin embargo, la ley le reconozca facultades para anteponerse a la decisión fiscal y acusar autónomamente. Existe una contradicción entre la protección absoluta del interés de la víctima respecto de la acusación y el desconocimiento, también absoluto, de este en relación a la formalización, en especial teniendo presente que esta actuación, indudablemente, constituye un requisito de la primera.

En las condiciones actuales del sistema procesal penal chileno, el reconocer a la víctima en su calidad de querellante la facultad de instar a la formalización aparece concebible con su rol accesorio en el proceso, en la medida que aquella no hace más que requerir un pronunciamiento del tribunal que finalmente resuelva sobre su procedencia, manteniendo bajo la responsabilidad del Ministerio Público la realización de la actuación.

Debe considerarse, además, que en sí misma la formalización no implica una afectación directa para los derechos del imputado, desde que, como se señaló, es una actuación eminentemente garantista.

El Forzamiento de la Acusación

Por último, en cuanto al mecanismo de forzamiento de la acusación en el Código Procesal Penal, es posible señalar que este no parece acorde con el rol accesorio que se entiende debiera tener la víctima en el contexto del procedimiento oficial. Sobre el particular, la figura del querellante adhesivo es la que resulta más compatible con el principio de oficialidad. En este sentido, el querellante adhesivo si bien puede instar el forzamiento de la acusación, de obtener una resolución favorable, obliga al Ministerio Público a acusar. En cambio, en el caso chileno el forzamiento de la acusación tiene como efecto que la acción es ejercida exclusivamente por el particular, lo que puede ser interpretado como una asunción por parte de la víctima a la acción penal pública, o como la mutación de la acción penal pública en privada, cuestión que parece contradictoria con el sistema.

Para la doctrina (*Horvitz y López*), cuando opera el forzamiento de la acusación, el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en juicio.

La privatización de la persecución penal pública es total y excede el marco de la satisfacción del interés privado para constituirse en el vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas.

Efectivamente, en esta fase de acusación, un control por parte de la víctima, que fuera compatible con el principio de oficialidad, sólo debiera implicar que ante el desacuerdo con la decisión del fiscal, ella pudiera desencadenar un pronunciamiento judicial que, de serle favorable, forzara al Ministerio Público a acusar. No resulta apropiado que ante la posibilidad que un fiscal forzado a acusar pueda actuar negligentemente, se opte por privatizar la acción, cuando

ciertamente es posible conjurar ese peligro a través de medidas administrativas al interior del Ministerio Público.

Si bien se conocen los mecanismos en el derecho comparado, en que la víctima puede llegar a ejercer independientemente la acción penal, transformando ésta en privada, esta posibilidad está circunscrita a cierto tipo de delitos. Alberto Bovino expone la posibilidad de conversión de la acción penal pública en privada, contemplada en la legislación de Costa Rica, Guatemala y El Salvador, en los que, en general, procede la conversión respecto de los delitos que requieren de instancia particular, de aquellos en que no existe un interés público gravemente comprometido y en los delitos contra la propiedad.

Una conversión de la acción, limitada a esta clase de delitos, sería una posibilidad interesante para mejorar el sistema chileno, toda vez que permitiría a la víctima perseverar por sí misma en la persecución penal. Ahora, la acción convertida, necesariamente debiera sujetarse a los principios que rigen el ejercicio de la acción penal pública, particularmente el principio de objetividad. Por ello una institución como ésta debiera complementarse con alguna forma de control del Ministerio Público respecto del actuar del acusador particular, invirtiendo el rol original de ambos intervinientes.

En este sentido, el profesor don Julio Bernardo J. Maier propone, espero no equivocarme, que en cierto tipo de delitos, en que la supuesta víctima se halla en óptimas condiciones para ejercer la persecución penal, debiera ser posible, por decisión judicial o interna de la fiscalía, delegarle el ejercicio de la acción penal pública, pero bajo su supervisión. Para el autor, esta forma de colaboración significaría una manera apropiada para confiarle a la víctima, con ciertas limitaciones, la representación de la pretensión punitiva estatal. La supervisión estaría orientada a evitar arbitrariedades en el ejercicio del poder de persecución penal y a sujetar al acusador privado a la legalidad y objetividad que presiden la persecución penal oficial.

En definitiva, es posible pensar en una disposición legislativa que permita que la víctima se constituya en un colaborador o controlador de la actividad oficial en la persecución de los delitos de acción penal pública, pero ello no puede significar una sustitución de la actividad del persecutor estatal, tanto por una cuestión de coherencia y de conveniencia práctica, como por respeto de los principios que se resguardan a través de la persecución oficial. Asumir como equivalentes los derechos de la víctima y las facultades del Ministerio Público sólo puede tener como consecuencia un conflicto insoluble en razón de dicha paridad. Pero más aún, debe tenerse presente que el procedimiento penal debe compatibilizar el resguardo de los derechos de todos sus intervinientes, y en particular del, imputado.
