



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA Y DEL QUERELLANTE
PARTICULAR EN LA PERSECUCIÓN DE DELITOS:
DOGMÁTICA, NORMATIVA Y ESTADÍSTICAS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Alumno: DIEGO ANDRÉS HERNÁNDEZ DE LAMOTTE
Profesor Guía: Cristián Maturana Miquel

Santiago, Chile,
2009

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Introducción.....	6
Capítulo I: La Víctima del Delito desde un punto de vista Dogmático-Procesal	11
I.1 Cuestiones Conceptuales.....	11
I.1.1 Análisis Etimológico.....	12
I.1.2 Aportes Históricos y Algunas Definiciones Relevantes.....	12
I.1.3 El Concepto de Víctima y otras Nociones Afines	15
I.1.4 La Noción de Víctima.....	17
I.2 Breve Reseña Histórica	18
I.2.1 El Protagonismo de las Víctimas en la Persecución de Delitos	18
I.2.2 La Neutralización de las Víctimas	20
I.2.3 La Reparación de la Víctima en Escena.....	22
I.3 Cuestiones Dogmáticas	22
I.3.1 Derecho Penal, Pena y Víctima.....	23
I.3.2 Discrecionalidad y Víctima.....	45
I.3.3. El papel de la Víctima en la Persecución de Delitos	47
I.3.4 Las Asociaciones de Víctimas.....	58
I.3.5 Víctimas y Tipo de Procedimiento.....	60
Capítulo II: La Dinámica Procesal de la Víctima en la Persecución de Delitos en el Sistema Procesal Penal Chileno	62
II.1 Introducción	62
II.2 La Situación de la Víctima bajo el Imperio del Código de Procedimiento Penal de 1907	63
II.3 Cuestiones Conceptuales	66
II.4 Los Derechos de las Víctimas en la Persecución de Delitos	68
II.4.1 Los Derechos de las Víctimas en el Derecho Internacional	68

II.4.1.a.- Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas de la Criminalidad y de Abuso de Poder	69
II.4.1.b.- El Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional	71
II.4.1.c.- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea Relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal	72
II.4. 1.d.- Carta Criminológica de Porto Alegre	73
II.4.2 Los Derechos de las Víctimas en el Derecho Nacional	74
II.4.2.1 Derechos Constitucionales	74
II.4.2.1.1 Derechos Constitucionales Garantidos a las Víctimas en Tanto Participes del Proceso Penal	75
II.4.2.1.1.a El Derecho a un Debido Proceso	75
II.4.2.1.1.b El Derecho a la Igualdad ante la Ley	79
II.4.2.1.1.c El Derecho a un Tribunal Imparcial	81
II.4.2.1.1.d El Derecho a un Juicio sin Retrasos Indebidos	82
II.4.2.1.1.e El Derecho a la Defensa	83
II.4.2.1.2 Derechos Constitucionales Garantidos a las Víctimas en su Calidad de Tal.....	85
II.4.2.1.2.a. Derecho a Ejercer la Acción Penal Pública	85
II.4.2.1.2.b. Derecho a Recibir Protección e Información de Parte de las Autoridades	96
II.4.2.1.2.b.i. Introducción	97
II.4.2.1.2.b.ii. ¿El Fiscal como Abogado de la Víctima?	104
II.4.2.1.2.b.iii. Ámbito de Aplicación de este Derecho	107
II.4.2.1.2.b.iv. El Oficio 337 de la Fiscalía Nacional	112
II.4.2.1.2.b.v. Algunos casos de Derecho Comparado	114
II.4.2.1.2.b.vi. Conclusiones	115
II.4.2.2 Derechos de la Víctima de Rango Legal	116

II.4.2.2.1 Derechos de la Víctima en Tanto Interviniente	117
II.4.2.2.2 Derechos de la Víctima en Tanto Tal	126
II.4.2.2.2.a.- Derecho a Ejercer la Acción Penal	126
II.4.2.2.2.b.- Derecho a Perseguir la Responsabilidad Civil del Imputado	130
II.4.2.2.2.c.- Derechos Vinculados a la Suspensión Condicional del Procedimiento	132
II.4.2.2.2.d.- Derechos Vinculados al Sobreseimiento del Imputado	134
II.4.2.2.2.e.- Posibilidad de Solicitar la Aplicación de Medidas Cautelares	135
II.4.2.2.2.f.- Derechos Vinculados al Archivo Provisional	135
II.4.2.2.2.g.- Derechos Vinculados al Principio de Oportunidad	136
II.4.2.2.2.h.- Derechos Vinculados a los Acuerdos Reparatorios	136
II.4.2.2.3 Derechos de la Víctima en Tanto Denunciante y Testigo	138
II.4.3 Derecho Comparado	139
II.4.3.1.- El Caso Alemán	141
II.4.3.2.- El Caso de los Estados Unidos de América del Norte	144
Capítulo III: La Posición del Querellante Particular en la Persecución de Delitos	147
III.1 Introducción	147
III.2 El Querellante Particular	148
III.3 El Querellante en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno	151
III.3.1 Cuestiones Previas	151
III.3.2 Otros Derechos que Asisten a los Querellantes	154
III.3.2.1 Derecho a Apelar la Resolución que Declara Inadmisible la Querella	154
III.3.2.2 Derechos Vinculados a la Prisión Preventiva	155
III.3.2.3 Derechos Vinculados a la Suspensión Condicional del Procedimiento	156

III.3.2.4 Derechos Vinculados a la Solicitud de Sobreseimiento	159
III.3.2.5 Derechos Vinculados a la Decisión del Fiscal no Perseverar	160
III.3.2.6 Derecho a Corregir Vicios Formales de la Querella	160
III.3.2.7 Derechos Vinculados a la Conciliación sobre la Responsabilidad Civil del Imputado	161
III.3.2.8 Derechos Vinculados a las Convenciones Probatorias.....	161
III.3.2.9 Derechos Vinculados al Alegato Final y Clausura de la Audiencia de Juicio	162
III.3.2.10 Derecho a Recurrir la Sentencia Definitiva	162
III.3.2.11 Derechos En el Procedimiento por Delito de Acción Penal Privada	163
III.3.2.12 Derechos En el Procedimiento Abreviado	163
III.3.2.13 Derechos En el Procedimiento Relativo a Personas que gozan de Fuero Constitucional	167
III.3.2.14 Derechos En el Procedimiento de Querrela de Capítulos	168
III.3.2.15 Derechos Vinculados a la Extradición Activa	168
III.3.2.16 Derechos Vinculados a la Solicitud de Detención Previa u otra Medida Cautelar Personal	169
III.3.3 Conclusiones Respecto a los Derechos de los Querellantes	169
III.3.4 El Querellante Particular en la Práctica	171
Conclusiones.....	176
Anexo 1.....	191
Bibliografía	216

INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo, el análisis del proceso penal ha girado en torno a la figura de la persona que comete delitos, es decir, del delincuente, reo, procesado, condenado o imputado, según la etapa del proceso y del nivel de garantismo que agrada a quien se enfrenta al tema. Miles y miles de páginas se dedicaron a la delincuencia, al estudio de sus causas y a sus consecuencias, a la forma de prevenirla para poder disminuir los índices de criminalidad y a varios otros temas vinculados a la persona del delincuente.

Muchos han querido ver en las últimas décadas un giro en este sentido. En la medida en que el espectro de derechos que tiene en el proceso se ha ido expandiendo de manera importante, la víctima ha ido ganando en importancia, siendo en algunos casos hasta titular de la acción penal. Como si esto fuese poco, la víctima incluso tiene facultades de dirección del proceso, aunque esto no se reconozca de forma explícita, toda vez que puede tomar decisiones importantes sobre los lineamientos que debe seguir el mismo, con lo que se aleja de su tradicional papel de denunciante y testigo.

En virtud de lo anterior, se hace del todo relevante dedicarse a un estudio preciso sobre el papel que la víctima desarrolla actualmente en el proceso penal, y a determinar si es adecuado que el mismo esté configurado de la forma en que hoy lo está. En este sentido es que se realizará, en primer término, un análisis del papel que, a nuestro juicio la víctima debería desempeñar en el proceso penal, cualquiera que sea, abordándose de este modo el asunto desde la perspectiva del deber ser.

Posteriormente, las conclusiones a las que se arribe en el apartado recién mencionado serán contrarrestadas con lo que, de hecho, ocurre en nuestro país, teniendo siempre a la vista consideraciones respecto de cómo se da la situación en otros países.

Así las cosas, de lo que se trata en los dos primeros capítulos de esta memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, es de precisar cuál es

el papel que debería desempeñar la víctima en la persecución de los delitos, y de ver cómo, si es que lo hacen, esos supuestos dogmáticos calzan con la realidad que impera en nuestro país. Para tal efecto se comparará cómo creemos que deben ser las cosas con como acaecen realmente en nuestro derecho.

Constataremos de esta manera los múltiples derechos y consideraciones que el nuevo Código Procesal Penal consagra a favor de las víctimas; y podremos apreciar cómo éstas han ganado en influencia a la hora de definir el camino que seguirá el proceso. Ministerio Público, Jueces de Garantía y del Juicio Oral en lo Penal y, en alguna medida, la Defensoría Penal Pública, deben tener a la vista las intenciones y derechos de las víctimas. ¿Está bien que así sea? ¿Así funciona en derecho comparado? ¿Es este el camino para alcanzar un proceso penal más eficaz? Y, aún antes que todo lo anterior ¿de qué forma mediremos esa eficacia?

El punto que se intentará demostrar en un primer apartado, es que la participación que se dé a la víctima en el proceso penal debe estar estrechamente vinculada con el fin que se le adjudique al mismo. Lo anterior, dado que no es conceptualmente posible incluir a las víctimas en determinados procesos penales, en la medida en que los objetivos que buscan son absolutamente independientes y, en varias ocasiones, contrarios al parecer de las víctimas de los delitos. En esta medida, para analizar el papel que en cada proceso deba tener la víctima, es menester haber clarificado, de antemano, qué es lo que se busca con el proceso.

La hipótesis cuya veracidad se intentará demostrar es que, sean cuales fueren los fines que tiene el proceso penal en nuestro país, la participación que el Código Procesal Penal del año 2000 y sus posteriores modificaciones dan a la víctima y al querellante particular no hace sino desvirtuar la forma en que debería operar el citado proceso, de acuerdo a lo que este memorista intentará demostrar que es la correcta comprensión del sistema.

En virtud de lo anterior es que se propondrá la realización de dos modificaciones centrales a nuestro derecho procesal penal. En primer término, y para erradicar una de las figuras que más distorsiones genera en nuestro sistema, cual es la

del querellante, se planteará su eliminación, concentrando en el Ministerio Público todos los poderes de dirección de la investigación y la posibilidad de influir en el devenir del proceso.

En segundo lugar, y en una propuesta contracíclica, tan de moda por estos días, se propondrá reducir las facultades de las víctimas en el proceso penal. Dado que se concluirá que no hay razones para pagar un costo tan alto como que el sistema se desvirtúe por la inclusión de las víctimas con amplias facultades en el proceso penal, lo más sensato parece ser circunscribir su papel al de testigo y denunciante, como se verá.

La estructura que se seguirá para demostrar lo anterior estará basada en tres capítulos, además de un apartado dedicado a las conclusiones.

En el primero, tras definir los conceptos relevantes, se analizarán los aspectos doctrinarios generales en torno a la participación que la víctima debe tener en el proceso penal; previo análisis de los fines que éste busca (o puede buscar).

En un segundo apartado, se hará un detallado análisis de la participación que, de hecho, tiene la víctima en nuestro actual sistema procesal penal, lo que, en la medida en que vaya siendo pertinente, será parangonado con la práctica comparada.

En este capítulo, que tendrá un corte marcadamente dedicado al derecho positivo, se hará una serie de enumeraciones y clasificaciones de los derechos que asisten a las víctimas a lo largo de las diversas etapas del derecho penal, para, en seguida, proceder a comentar estos derechos, en la medida en que lo merezcan, y apreciar su coherencia y consistencia con los presupuestos dogmáticos analizados en el capítulo primero.

Como adelanto, se advierte que las conclusiones indicarán que nuestro derecho no va en la línea que esta tesis estima adecuada, toda vez que los poderes que tiene la

víctima en el proceso penal y, con mayor razón los del querellante, exceden lo dogmáticamente recomendable.

Un tercer apartado será dedicado a la situación del querellante particular en nuestra legislación, y a la forma en que esta figura u otras similares, han sido comprendidas en legislaciones comparadas.

Además de la realidad de nuestro derecho positivo, este capítulo será complementado con estadísticas obtenidas directamente en la Fiscalía, tendientes a demostrar que, en el evento de seguirse lo que se recomienda en el primer capítulo en relación a la participación que víctimas y querellantes deben tener en el proceso penal, el impacto práctico no sería tan alto como se imagina, dado que la participación efectiva que tienen, específicamente los querellantes, en el proceso penal, es más bien marginal.

Finalmente, se encontrará un apartado dedicado a conclusiones. Aquí, no sólo se realizará una breve síntesis de lo dicho hasta ese punto, sino que se intentará dar soluciones para satisfacer los intereses de las víctimas en áreas distintas al derecho penal.

La idea de esta tesis no es dejar a las víctimas y querellantes en la orfandad, sino que sacar sus intereses del ámbito del derecho penal y procesal penal, y satisfacerlos en otras sedes, argumentando que quien debe responder por la comisión de delitos, además del ofensor, quien pagará por su acción de acuerdo a lo que indique el derecho penal, es el propio Estado, el que ha fallado en brindar protección a uno de los miembros de la sociedad que está bajo su imperio, por lo que debe responder por esa falta.

De este modo, si a un individuo que ha renunciado a la autotutela a favor de la protección estatal, el Estado no lo protege como debería, tal individuo tiene derecho a ser indemnizado por esa falta; derecho que es exigible al Estado y no al ofensor, lo que

marca una distinción central con la reparación como tercera vía, solución que no nos parece para nada oportuna.

En suma, a través de una poco común mixtura de dogmática, estadísticas y derecho positivo, se intentará dar una mirada distinta acerca de la posición que querellantes y víctimas tienen y deberían tener en el sistema procesal penal, con la intención de generar en nuestro país un debate que nos merecemos, y en el que todos los actores relevantes deben tener derecho a participar. Dicho debate debe darse en todo caso, teniendo como base las reformas introducidas en nuestro país en el año 2000, las que estimamos que van en la dirección correcta en varios sentidos, pero que parecen no haber dado una buena solución a todos los problemas que involucran a víctimas y querellantes.

CAPÍTULO I: LA VÍCTIMA DEL DELITO DESDE UN PUNTO DE VISTA DOGMÁTICO-PROCESAL

El primer apartado de este trabajo pretende fijar cuál es la posición que la víctima debe ocupar en el proceso penal a la hora de perseguir un delito. Tras definir los conceptos relevantes, se analizarán los aspectos doctrinarios generales en torno a la participación que la víctima debe tener en el proceso penal; previo análisis de los fines que éste busca (o puede buscar), e intentando realizar un vínculo entre tales fines y el rol de la víctima en el proceso.

El capítulo contiene también una breve reseña histórica respecto de la posición que ha tenido la víctima en la persecución de los delitos a lo largo del tiempo, lo que nos permitirá tener una comprensión más acabada del fenómeno al que nos enfrentamos hoy en día.

Hacia el final del capítulo, se analizarán algunas situaciones puntuales, tales como la posición que deben tener las agrupaciones de víctimas en el proceso penal; la relación entre las víctimas y la discrecionalidad del fiscal; y la posible relación entre los diversos tipos de procedimientos y la participación de las víctimas en cada uno de ellos.

I.1 Cuestiones Conceptuales

Parece medular comenzar este análisis definiendo algunos conceptos centrales para el mismo; como por cierto, el de víctima. La larga y variada evolución que ha tenido el concepto hace que el análisis no sea del todo sencillo. Esta compleja evolución no se predica solamente por los muchos años de historia que tiene, sino que también por las distintas definiciones que ha recibido en las diversas legislaciones nacionales y comparadas.

I.1.1 Análisis Etimológico

Para comenzar, como en la mayoría de los análisis jurídicos que estudian conceptos, es pertinente ver qué dice el Diccionario de la Real Academia Española. Al efecto, establece que se entiende por víctima a la:

- 1.- Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio;
- 2.- Persona que expone u ofrece un grave riesgo en obsequio de otra;
- 3.- Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.

Todo pareciera indicar que la acepción relevante para estos efectos es la tercera. Sin embargo, bien es sabido que la definición del Diccionario no basta para aclarar el significado de un concepto en derecho.

I.1.2 Aportes Históricos y Algunas Definiciones Relevantes

Otro elemento que puede aportar a la hora de definir un concepto, es el análisis de su evolución histórica. En este sentido, y en lo que respecta a las raíces de la expresión, en principio se cree que es latina, y que a partir de allí comenzó a usarse en otras lenguas, entre ellas, la francesa (*victime*) y posteriormente en inglés (*victim*) y en italiano (*vittima*). En latín, *víctima* es un ser vivo ofrecido a los dioses.¹ En este sentido, es que se dice que el concepto tiene un origen religioso, ya que los primeros vocablos aluden a sacrificio, a victoria y guerra².

Si llevamos el concepto a un universo algo más jurídico, la *víctima* puede ser entendida como la persona sobre quien recae la acción criminal, o como quien sufre en sí misma, sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción; o, en otras palabras, se entiende que una persona es victimizada cuando cualquiera de

¹ Valeria Ruz Hernández “El Papel de la Víctima en el Proyecto de Código y en el Derecho Comparado” Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1999. P. 36

² Valeria Ruz Hernández Op. Cit. p. 37

sus derechos ha sido violado por actos deliberados y maliciosos³. Esta definición, de alto contenido victimológico, no nos parece, por esa misma razón, la más adecuada, aunque hay que reconocer que definiciones como esta han tenido una amplia difusión en círculos victimológicos.

Una definición sin tanta carga, y que ha trascendido de una manera mucho más importante, es la dada en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales a las Víctimas del Delito y de Abuso de Poder de 1961, que sostiene que:

“Es *víctima* toda persona que de forma individual o colectiva, haya sufrido daños, lesiones físicas o morales, cualquier tipo de sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de cualquier derecho fundamental como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

Se trata esta de una definición bastante amplia, que no se remite simplemente a las personas individualmente consideradas, sino que abarca también a aquellas que de forma colectiva sufren daños o lesiones. Esta amplitud se refiere también al tipo de perjuicios que incluye. En efecto, considera el sufrimiento emocional, los daños, las lesiones físicas o morales, la pérdida financiera y el menoscabo de cualquier derecho fundamental.

En la actualidad, como se esbozó en la definición de la Declaración recién citada, las tendencias criminológicas abarcan en el concepto de víctima no sólo al sujeto pasivo del delito, como lo hace la doctrina del derecho penal clásico, sino que a

³ Luis Rodríguez Manzanera “Victimología: Estudio de la Víctima” Editorial Porrea S.A. México, 1990. p. 57

toda persona, natural o jurídica que resulte afectada por los efectos dañosos de una infracción criminal⁴.

De las definiciones recién dadas, no queda claro en qué momento entra el Estado en escena como potencial víctima de delitos, lo que se intentará dilucidar un poco más avanzado este desarrollo. A este respecto, la doctrina ha señalado que “nadie duda que podrían entrar en las definiciones de víctima aquellos que son afectados por cualquier delito contra las personas (homicidio, detención ilegal, injuria, hurto, estafa). Tampoco ofrecería discusión el incorporar a todos aquellos afectados personalmente por delitos contra el funcionamiento del sistema (intoxicados por el medio ambiente, por la calidad del aire).

Pero diferente es la situación cuando se trata propiamente de la colectividad o del Estado como tal. Resulta en estos casos complejo hablar de víctima, aunque probablemente sí sea dable hablar de sujeto pasivo. Esta aparente contradicción en el uso de ambos conceptos surge ya de los orígenes positivistas de la victimología, pues como se trata de averiguar las causas biológicas, antropológicas y sociales de las víctimas, necesariamente ello llevaba a una concepción personalista y naturalista de las mismas, y a dejar sin consideración a colectivos tales como las personas jurídicas”⁵.

Sin embargo, me parece que esta es una discusión esencialista, en la medida en que lo que está en discusión (lo que debería estar en discusión) es si el Estado puede representar el interés de las víctimas individuales o colectivas, y no si el Estado puede ser entendido como una víctima; para que represente sus intereses, no es necesario entender que es, al mismo tiempo, una víctima. En una palabra, no es del todo necesario encuadrar al Estado dentro del concepto de víctima para que este represente sus intereses.

⁴ **Francisco Pérez Alonso, “Introducción al Estudio de la Criminología”, Editorial Reus S.A. Madrid, 1999. p. 122**

⁵ **Juan Bustos Ramírez “Presente y Futuro de la Victimología” en Revista de Ciencias Penales, Quinta Época, 1990-1993, Tomo XL N°1, Santiago. P. 10**

I.1.3 El Concepto de Víctima y otras Nociones Afines

Pero, ¿qué ocurre con términos aparentemente sinónimos de víctima, tales como el de ofendido o perjudicado? El término ofendido parece referirse al sujeto que sufre directamente la lesión del bien jurídico protegido por el ordenamiento, mientras que perjudicado sería aquella persona que sufre en su esfera estrictamente patrimonial o moral las consecuencias del ilícito cometido. Evidentemente, pueden coincidir ofendido y perjudicado en una misma persona, aunque los textos positivos parecen reservar la figura de los perjudicados a quienes no sufren el delito en su esfera física, como por ejemplo, a parientes de la víctima o a terceros.⁶

De lo anterior se desprende que la identificación de quiénes sean víctimas hay que efectuarla con un criterio amplio, pues no sólo son víctimas los que sufren directamente la acción delictiva, sino también aquellos que, sin sufrir directamente del daño, se ven indirectamente perjudicados.⁷

Siguiendo con estas cuestiones conceptuales, puede ser relevante dar una mirada a la situación que se da en el derecho español. En el mentado sistema, se habla de ofendido y de perjudicado. Si bien algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española parecen confundir los términos⁸, un análisis dogmático de los mismos debe llevarnos a apreciar sus diferencias.

Para notar la diferencia entre ambos conceptos, es importante apreciar la que existe entre ofensa y daño. La ofensa es la lesión o puesta en peligro de un interés jurídicamente protegido que constituye la esencia del hecho mismo. El daño no es un mal ínsito en el delito, o sea la ofensa, sino aquel particular perjuicio representado por las consecuencias nocivas del hecho mismo. En estos términos, la distinción entre ofendido y perjudicado puede ser conceptualizada como sigue: *ofendido*, que también

⁶ Jaime Solé Riera, “La Tutela de la Víctima en el Proceso Penal”. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997 pp. 20-21

⁷ Jaime Solé Riera Op. Cit. p. 22

⁸ Así ocurre en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en que se hace una utilización indistinta de ambos términos. En este sentido, ver Raúl Núñez Ojeda, “El Ofendido por el Delito y la Prueba” en “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral” p. 104

suele denominarse sujeto pasivo del delito, es el titular o portador del interés jurídicamente protegido cuya ofensa (lesión o puesta en peligro) constituye la esencia del delito; *perjudicado* es el titular de la esfera en que inciden directamente las consecuencias nocivas del hecho ilícito, el titular de intereses extrapenales patrimoniales y/o no patrimoniales⁹.

Pero incluso, con Núñez, es posible ir un poco más allá, y distinguir conceptualmente el *ofendido por el delito*, del *sujeto pasivo de la acción*. El primero se refiere a la persona sobre la que recae la acción típica. El segundo, es la persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción. Así las cosas, si engañando al dependiente de una joyería, alguien se hace entregar por él unas joyas con las que desaparece, el ofendido es el dueño de la joyería, en tanto que el dependiente es el sujeto pasivo de la acción. A la cosa hurtada se le denomina objeto material del delito¹⁰.

Si bien, como se dijo, lo normal es que los conceptos de ofendido y perjudicado coincidan, puede ocurrir que este no sea el caso, dada la mayor amplitud de la noción de perjudicado, que permite que, conceptualmente, el perjuicio trascienda a un tercero.

Lo anterior, dado que la citada noción comprende toda persona que haya sufrido un perjuicio material o moral por la comisión del delito aunque no sea el titular del interés jurídicamente lesionado o puesto en peligro por el delito. Buenos ejemplos de casos en que el ofendido no coincide con el perjudicado son el del homicidio, en el que el ofendido es quien pierde la vida, como titular de tal bien jurídico, pudiendo considerarse como perjudicados aquellos familiares que vivían de su trabajo o que resultan lesionados en sus afectos.

⁹ Raúl Núñez Ojeda, “El Ofendido por el Delito y la Prueba” en “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral” p. 104 y 105.

¹⁰ Raúl Núñez Ojeda Op. Cit. p. 105

I.1.4 La Noción de Víctima

Pero, ¿dónde queda el concepto de víctima en todo esto? Parte de la doctrina identifica el concepto de víctima con el de ofendido por el delito¹¹; mientras que para otros, el concepto de víctima engloba tanto el de ofendido como el de perjudicado por el delito. Finalmente, para un tercer grupo de autores, el concepto de ofendido sería más amplio que el de víctima.

Partiendo de la base (1) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de la Justicia en Relación con las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder, que, de nuevo, entiende que son víctimas de delitos las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente; y (2) de lo dicho por el Consejo de la Unión Europea¹² en tanto entiende a la víctima como la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado Miembro; concluimos, con Núñez, que es extremadamente difícil elaborar un concepto de víctima sin considerar, en cada caso concreto, el titular del interés o bien jurídicamente protegido por la norma penal, por lo que es necesario considerar como víctimas a toda persona o conjunto de personas a las que el delito cause un daño o perjuicio, y cuyos intereses pueden perfectamente ser representados por el Estado sin que sea necesario considerar a este último como una víctima del delito.

De todo lo expresado se concluye que, dado que el concepto de víctima parece abarcar tanto el de ofendido como el de perjudicado, la utilización de estos dos últimos términos otorga una mayor precisión conceptual, pues permite hacer distinciones que el uso del concepto de víctima no permite. Sin embargo, al momento de referirnos a la

¹¹ Raúl Núñez Ojeda Op. Cit. p. 106

¹² Decisión Marco de 15 de Marzo de 2001, Relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. DOCE L 82, 22.03.2001

legislación chilena, nos veremos forzados a utilizar la noción de víctima, pues es la que más difusión ha tenido desde la vigencia del actual Código Procesal Penal.

I.2 Breve Reseña Histórica

Un análisis histórico acucioso será capaz de demostrarnos cómo la víctima, tras tener en un comienzo un derecho garantizado al castigo del ofensor, fue perdiendo protagonismo en el proceso penal, en la medida en que el Estado fue cada vez despojándola con mayor fuerza de la acción penal; aunque en una tercera etapa, las víctimas comenzaron a retomar su posición de relevancia en el proceso penal. Es por ello que la doctrina suele identificar como etapas en la evolución de la posición de la víctima el protagonismo, la neutralización y el redescubrimiento¹³, etapas que serán explicadas brevemente a continuación.

1.2.1 El Protagonismo de las Víctimas en la Persecución de Delitos

La existencia de víctimas es tan antigua como lo es la propia humanidad. Ya la Biblia, que con independencia del valor religioso que le asignemos tiene un innegable valor histórico, nos muestra a una de las primeras víctimas de homicidio, Abel, quien fuese asesinado por Caín. Se trata de una víctima sumisa, que asume su pesar sin sublevarse contra el victimario.¹⁴ La línea evolutiva seguida tras esto se vincula a las víctimas resolviendo sus conflictos directamente con el victimario, sin que el Estado tuviese participación alguna. Es el tiempo de predominio de la venganza privada; la víctima tomaba la justicia en sus propias manos, lo que daba cabida a venganzas y

¹³ Antonio García Pablos “Sobre la Función de la Víctima en el Estado de Derecho: Víctima, Política Criminal, Criminología y Política Social”, en Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, Volumen XIV, N° 46, Enero-Abril de 1992. p. 55

¹⁴ Jesús Riaño Ibáñez “La Víctima en el Juicio Oral” en www.derechopenalonline.com/index.php?=14,127,0,0,1,0, consultado en octubre de 2008.

contra-vengeanzas que podían durar generaciones. Este fenómeno pretendió ser contrarrestado de alguna forma con la ley del Talión, en la medida en que pretendió constituirse como un coto a las respuestas del ofendido frente al agresor, estableciendo ciertos criterios de proporcionalidad entre el daño y la reparación.¹⁵

En seguida, en las primeras comunidades europeas fueron ganando terreno mecanismos como la autotutela entregada a la familia (*sippe*), y la composición, mediante la cual se reparaba el mal pagando una determinada suma al ofendido, a modo de reparación. Ahora bien, sólo en el evento en que la citada reparación no se alcanzare se daba paso al derecho penal propiamente tal, de corte eminentemente acusatorio.¹⁶

Así las cosas, es posible sostener que en el derecho germánico el conflicto era visualizado con un carácter eminentemente privado, por lo que su resolución quedaba entregada en gran medida al afectado o a su núcleo familiar y, cuando se lograba la satisfacción del afectado, se entendía concluida la controversia penal y agotada la pretensión punitiva de la víctima.¹⁷

Diecisiete años antes de Cristo, el Código de Hammurabi sostenía que si un hombre había cometido un robo y era atrapado, debía morir. Si no era atrapado, la víctima debía declarar lo que perdió y la ciudad debía reembolsarle lo que haya perdido. Si la víctima perdía su vida, la ciudad o el alcalde debía pagar dinero a sus parientes. A estas alturas, como se aprecia, el Estado tutela las acciones privadas de reparación.¹⁸ Este modelo resulta extremadamente relevante y atendible en la actualidad, aunque con matices evidentes, como la introducción de los principios que instruyen el derecho penal y procesal penal moderno, pues igualmente nos puede

¹⁵ **José Francisco Leyton Jiménez “Víctimas, Proceso Penal y Reparación” Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2007, p. 26**

¹⁶ **Ignacio Castillo Vial “La Reparación de la Víctima en el Proceso Penal y su Relación con el Ministerio Público” en www.udp.cl , consultado en agosto de 2008**

¹⁷ **Ídem**

¹⁸ **José Francisco Leyton Jiménez Op. Cit., p. 28**

aportar bastante el día de hoy, por lo que será profundizado en el apartado dedicado a las conclusiones de esta exposición.

Será en Roma donde comienza a aparecer un sistema mixto. El delito es un problema de los privados, y puede ser perseguido a través de la interposición de la querrela correspondiente. Por otro lado, el crimen es perseguido por el Estado de oficio. Si se da otra mirada a esta situación, se aprecia que la mencionada distinción es bastante similar a lo que hoy denominamos delitos de acción privada y de acción penal pública.¹⁹

Lo que ocurrió entonces, es que cada vez más delitos se fueron convirtiendo en crímenes, hasta que se optó por el monopolio de la acción penal por parte del Estado, con lo que la víctima pasó a un plano muy secundario.²⁰

Baste con esto entonces para la descripción de la primera etapa de la participación de la víctima en el proceso penal, en la que su predominio fue la tónica en lo que se refiere a la marcha del proceso, cuando lo hubo, y a la extinción de la responsabilidad penal del ofensor, cuando no. Se trataba de un conflicto penal privado, buscándose el retorno al *statu quo ante*; y en la medida de no poder volver a este, las soluciones son manifestadas por otras vías más violentas. Existe, entonces, un derecho a la reparación y, eventualmente, al castigo del ofensor.²¹

1.2.2 La Neutralización de las Víctimas

Una segunda etapa es aquella que comienza a tomar forma cuando la víctima comienza su retirada del escenario principal. En efecto, la preponderancia que va adquiriendo el sistema inquisitivo de persecución penal en países de Europa, que dio paso a la formación del derecho continental entre los siglos XII y XIII, implicó un retroceso en el rol de la víctima en el proceso.

¹⁹ José Francisco Leyton Jiménez Op. Cit., p. 28

²⁰ Luis Rodríguez Manzanera “Victimología: Estudio de la Víctima” Editorial Porrúa S.A. México, 1990. pp. 6 y 7.

²¹ José Francisco Leyton Jiménez, Op. Cit., p. 29

Se reemplazó el sistema acusatorio presente hasta el siglo XII en los pueblos germánicos, y que había sido heredado de Grecia y Roma. Así las cosas, el delito pasó de ser una ofensa privada a un atentado al propio Dios que inspira las normas, por lo que es visto como un pecado. Entonces, el Estado pasará a tomar el control del proceso. Surge entonces el concepto de persecución penal pública; el delito es una infracción al mandato de conducta ordenado por el soberano, de carácter general y abstracto, y no una ofensa al individuo particular.²² El conflicto social toma importancia por sobre el particular.

¿En qué se justifica este cambio de paradigma? Tres tipos de razones han sido esgrimidas para dar respuesta a esta interrogante. En primer término, se sostiene que la fortificación del Estado que está surgiendo necesita el monopolio de la fuerza física, para buscar una paz social. Segundo, la administración de justicia empieza a ser una importante fuente de recursos, por ejemplo, a través de las penas de multa. En tercer lugar, la cada vez más estructurada y prolija actividad de “profesionales” del conflicto, quienes empiezan a entrar en escena a fin de actuar como intermediarios; dejando a las partes como verdaderas comparsas en su propia causa.²³

Es en este momento en que instituciones que serán determinantes en la futura persecución de los delitos comienzan a aparecer. En primer lugar, comienza a tomar forma lo que en el futuro será el Ministerio Público. Además, aparece un fin del proceso poco relevante hasta entonces: la búsqueda de la verdad. En este sentido, el imputado pasa a ser un medio de obtenerla; y la víctima, un testigo privilegiado de lo que ocurrió.

Así las cosas, la víctima es neutralizada por el Estado, ya que el conflicto no es entre delincuente y víctima, si no que entre aquél y el Estado. En este sentido, se ha sostenido que el sistema liberal, fruto de la era ilustrada, en cuanto medio formalizado de control social, opera sobre la base de neutralización de la víctima y, por esa vía, de la venganza privada. A partir de esta premisa, y con el influjo de las teorías relativas o

²² José Francisco Leyton Jiménez, *Op. Cit.*, p. 30

²³ José Francisco Leyton Jiménez, *Op. Cit.*, p. 30

preventivas de la pena, el sistema penal opta por prescindir de la víctima concreta, esto es, de la víctima actual, para resguardar a la víctima potencial.²⁴

I.2.3 La Reparación de la Víctima en Escena

Los estudios criminalísticos que llegarían con el siglo XIX, implicarían centrar el estudio de la cuestión delictual en el delincuente, llegando a prescindir de la víctima, en la medida en que no aporta en el desentrañamiento del hecho delictual. Si bien hubo ciertas voces que llamaron a mirar también a la víctima, no sería sino hasta bien avanzado el siglo XX cuando cambiará el objeto de estudio, que pasará a ser la víctima, sus características y derechos.

A esta etapa no se dedicarán mayores comentarios, pues se trata, con algunos matices, de aquella por la que estamos pasando hoy en día, por lo que para comprender de qué se trata, puede recurrirse al capítulo siguiente de esta exposición, que se refiere al derecho positivo chileno, en el que la participación de las víctimas está mucho más acentuada de lo que pregona la segunda etapa recién vista, acercándose más a la reparación de las víctimas en la escena del proceso penal. Lo propio será apreciado cuando se hagan comentarios a la situación del derecho comparado.

I.3 Cuestiones Dogmáticas

El derecho penal y el derecho procesal penal son herramientas comúnmente utilizadas por el poder político para dar señales a la ciudadanía; señales que están inevitablemente subordinadas a la contingencia de lo político²⁵. No obstante, por muy contingente que pueda ser esta política, desde tiempos inmemoriales ha debido asumir un hecho como realidad, cual es la existencia de delitos. Es frente a esta realidad que los enfoques han ido cambiando: desde poner el foco en quien comete los delitos se

²⁴ **Juan Pablo Mañalich “Víctima y Reparación en el Derecho Penal” en www.acceso.uct.cl/congreso/docs/juan_pablo_mañalich.doc , consultado en agosto de 2008**

²⁵ **Fernando Atria, “El Derecho y la Contingencia de lo Político” Revista CEP 2004 p. 319 y ss.**

mueve hacia quienes lo sufren, en una tendencia oscilante, pero que siempre pretende alcanzar la paz social.

La mencionada paz social se vincula con el nacimiento mismo del Derecho Penal. A partir de este hito, los valores de la comunidad; lo que esta entiende por paz social, se va plasmando en los tipos penales, cuya infracción genera disvalor desde la sociedad.

I.3.1 Derecho Penal, Pena y Víctima

Pero hay que constatar que el derecho penal es una creación moderna, pues lo cierto es que no ha existido siempre²⁶. Esto lleva a algunos a sostener que es predecible su desaparición en un futuro remoto, en caso de variar las condiciones de la organización social²⁷. En este sentido, normalmente se pretende situar el nacimiento de la cuestión penal, antes bien, de la utilización institucional de la pena (estatal) como legitimación de la violencia para el control de los súbditos, en el momento de la aparición del poder político centralizado, del Estado nacional moderno, según es aceptado comúnmente²⁸.

La pena es sinónimo de extrañamiento de la voluntad particular como condición de la reacción jurídica en ciertos conflictos sociales, por tanto, de persecución penal pública o estatal, en fin, de poder penal estatal para perseguirla y aplicarla; por tanto, de reglas jurídicas de aplicación, de Derecho penal, material y procesal, y, por fin, de una nueva manera de concebir o definir la palabra justicia y el método para hacerla; concepto sinónimo, a su vez, de averiguación de la verdad, de indagación²⁹.

²⁶ Julio B. J. Maier, "El Sistema Penal Hoy: entre la Inquisición y la Composición", en Revista "Derecho penal", Ed. Juris, Rosario, Argentina, 1993, n° 2, pp. 45 y siguientes

²⁷ Hans P. J. Giezen, "Criminología Emancipadora y Manejo de Situaciones-problema", Universidad de Zulia, Maracaibo,, Venezuela, 1989, Introducción y Capítulo I, pp. 1 y siguientes

²⁸ Julio B. J. Maier "El Ingreso de la Reparación del Daño como Tercera Vía al Derecho Penal Argentino" p. 1

²⁹ Michel Foucault, "La verdad y las Formas Jurídicas", Ed. Gedisa, México, 1988, en especial pp. 76 y siguientes.

Se puede apreciar entonces cómo se trata de un derecho autoritativo, en el sentido de un derecho de la autoridad, que deja de lado, por regla casi absoluta, toda influencia de la voluntad particular, inclusive la de aquél que es portador del interés o, con lenguaje actual, del bien jurídico protegido, en la administración de la reacción contra el ataque. En otras palabras, se trata, en fin, del derecho a castigar, a infligir un mal o a desarrollar violencia por parte del Estado contra una persona, a manera de reacción por aquello que representa, que hizo o que dejó de hacer, según la época histórica a la cual nos referimos.

Para una concepción como esta, entonces, la aplicación de una pena es completamente independiente de la voluntad del dueño del bien jurídico afectado y, lo es, porque algo tan contingente como la voluntad de éste no puede ser el factor determinante a la hora de establecer si a una determinada conducta debe adjudicársele una pena. Como se planteará más adelante, operar de otra manera implica aceptar un derecho cuya certeza queda entregada a la mayor o menor benevolencia de la víctima de un delito dado, lo que genera (o, por lo menos, debería generar) más de algún resquemor entre aquellos que vivimos después del ideal codificador del siglo XIX.

Sin embargo, la exclusión de la relevancia de la participación de la víctima en el proceso penal no se hace (solamente) por razones de conveniencia, como las recién explicadas, sino que se hace también, por que se está obligado a hacerlo desde un punto de vista conceptual.

En efecto, por definición, para estas concepciones, la aplicación de una pena implica la intervención del poder estatal, de manera tal que la voluntad de la víctima mediando entre la voluntad del Estado y la aplicación de una pena va contra los presupuestos de las mismas. Así las cosas, no es sólo que no sea conveniente tomar en cuenta la opinión de las víctimas, sino que es conceptualmente inconcebible.

Desde el punto de vista que se está desarrollando ahora, Derecho penal o pena son equivalentes a poder estatal, de ejercicio directo; aún más, se trata, al menos hoy,

de un poder legitimado por las reglas jurídicas, heterónomas por naturaleza a los súbditos o ciudadanos, y del mayor poder coactivo autorizado por el Derecho, por sus reglas, al Estado. Las teorías especulativas que sirven de fundamento o de justificación a la pena estatal, cualquiera que sea su signo, teológico (expiación), ético (retribución) o utilitario (prevención general o especial), parten de esta idea, que contribuyen a fundar o a justificar³⁰.

Para quienes se empeñan en desarrollar esta idea aflora, temprano o tarde, la caracterización del Derecho penal como Derecho público, esto es, de reglas referidas principalmente a la autoridad estatal y a su forma de ejecución, errónea desde otro punto de vista, y la concepción de que el caso concreto a resolver plantea un conflicto que, si bien puede poseer aristas privadas, como conflicto entre personas que conviven en relación, representa, en realidad, un conflicto entre la organización social soberana y un súbdito o ciudadano de ella.

Como se explicó, de Derecho penal, en el sentido propio y limitado con el que hoy queremos utilizarlo, sólo podemos hablar desde una determinada época histórica de nuestra civilización, representada por la aparición del poder político centralizado, en los albores de la Edad moderna, desde el nacimiento del Estado-Nación, lo que merece, todavía, una aclaración.

En este último sentido es correcto explicar que, en su comienzo (Inquisición), la pena era expresión pura del poder político o represivo del Estado, que había concentrado, salvo ligeras excepciones, el monopolio de la fuerza o de la violencia legitimada por el orden jurídico.

Sin embargo, el Derecho penal propiamente dicho, tiene un comienzo posterior: aparece recién cuando reglas jurídicas correspondientes al Estado de Derecho, que reconocen básicamente esta realidad y las reglas que la representan idealmente, intentan gobernar ese poder casi sin fronteras y arbitrario, para someterlo a ciertas

³⁰ **Julio B. J. Maier "El Ingreso de la Reparación del Daño como Tercera Vía al Derecho Penal Argentino" p. 1**

limitaciones jurídicas, en homenaje al ser humano y su dignidad³¹. Es por ello que, con razón, Cesare Beccaria y su libro, *De los delitos y de las penas*³², son mencionados como la partida de nacimiento del Derecho penal. Allí se expresa claramente la idea de aceptar como necesario, en principio, el poder concedido mediante este instrumento, para intentar limitarlo sobre la base de reglas jurídicas, de manera consecuente con el cambio previsto o deseado en la organización estatal (Estado de Derecho).

Sin embargo, se puede observar al Derecho penal o, dicho con mayor propiedad, a su actuación eventual, desde otro punto de vista³³. Todo caso penal está generado, desde su base, por un conflicto social a resolver, conflicto que sólo formalmente se puede describir como la afirmación de la voluntad de quien lo genera, que prioriza su propia regla de actuación frente a la norma estatal que le indica cómo conducirse en la ocasión³⁴ (se hablará, entonces, del derecho penal como forma de solución de conflictos sociales).

Materialmente, en cambio, nos hallamos, por regla general, frente a un conflicto social entre un agresor u ofensor, quien delinque, y un agredido u ofendido, quien soporta la agresión y es portador del interés o bien jurídico que la norma protege, y ello sucede aun en los casos que atacan o ponen en peligro bienes jurídicos considerados colectivos, supraindividuales o universales, por difícil que pueda resultar la determinación particular de las víctimas.

Quien observa al Derecho penal desde este punto de vista, al menos acompañando una visión que reconoce en él un ejercicio del poder estatal frente a la infracción de sus normas, referidas a las expectativas básicas para la convivencia pacífica y a la existencia de la organización social, puede privilegiar la solución del conflicto antes que la reacción violenta de la fuerza estatal contra el agresor, en la que

³¹ Julio B. J. Maier, *Op. Cit.* p. 2

³² Cesare Beccaria, “*Dei Delitti e Delle Pene*”, en *Opere*, Ed. Mediobanca, Milano, 1984, vol. I, pp. 15 y siguientes

³³ Jorge Fernández Blanco, “*Los Últimos Días de la Víctima: Hacia una Revalorización del Rol del Ofendido*”, en Revista “*No hay Derecho*”, Buenos Aires, 1993, Año IV, n° 9, I, p. 18

³⁴ Julio B. J. Maier “*El Ingreso de la Reparación del Daño como Tercera Vía al Derecho Penal Argentino*” p. 2

consiste la aplicación de la pena estatal, pues ella no es, incluso por definición del mismo orden jurídico, la única manera posible o imaginable para resolverlo.

Por supuesto, este observador estará regularmente alejado de las llamadas teorías absolutas (expiación - retribución) como exposición del fin de la pena y de su justificación, a menos que se acuda a eufemismos lingüísticos, y más próximo a las llamadas teorías utilitarias o preventivas, o a rechazar de plano toda justificación de la pena estatal, como sucede con los abolicionistas^{35 36}.

Una de las alternativas que se tiene a la aplicación de la pena estatal es, entonces, la reparación, que probablemente será una de las primeras alternativas a las que echará mano un observador como el recién descrito. La reparación, como forma de componer conflictos sociales, no es, entonces, un problema nuevo; existió siempre y existe hoy, desde luego, en el Derecho privado e incluso en el Derecho penal; empero, sí se trata de un problema actual dentro de la reflexión jurídico-penal.

Su novedad consiste en el retorno, según ya lo advertimos, de la composición, del consenso y, en fin, del principio de la autonomía de la voluntad individual al centro de la escena penal, mediante el efecto de desplazar, total o parcialmente, su instrumento característico, la pena estatal y, con ello, toda o parte de la aplicación del sistema penal en su conjunto, en especial, su manera característica de pensar que desarrolla una organización social sobre la base de premios y castigos, pecadores y virtuosos, obedientes y desobedientes, condenados e inmaculados, imputados y no procesados, en fin, sobre la base de una polarización intolerante, a la cual debe reducirse todo juicio social sobre una persona y todo procedimiento destinado a asegurar la convivencia pacífica, a decir verdad, ineficiente para lograr los fines que se propone por varios motivos, pero debido, quizás, a la reducción de la realidad que opera en su base³⁷.

³⁵ Julio B. J. Maier, *Op Cit.* 2

³⁶ Mary Beloff, "Teorías de la Pena: la Justificación Imposible", en *Determinación Judicial de la Pena*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 53 y siguientes

³⁷ Julio B. J. Maier "El Ingreso de la Reparación del Daño como Tercera Vía al Derecho Penal Argentino"p. 4

Este retorno elimina, por principio, la mayor acumulación de poder estatal tras las normas de Derecho penal e inclina la balanza hacia un sistema que contemple también al Derecho penal, aún parcialmente, como un regulador de conflictos sociales que busca su solución por intermedio de acuerdos racionales sobre la paz social, cuando ella resulta alterada por acción u omisión de uno de los integrantes de esa sociedad.

Se ha dicho, por ello, que el regreso de la reparación del daño al sistema penal y, con ella, del interés concreto de la víctima o de las víctimas del hecho punible y de los mecanismos de compensación (asunción voluntaria de obligaciones) y conciliación a los que la reparación concede un lugar constituye una tercera vía de reacción frente al ilícito penal culpable, al lado de las dos tradicionales hoy, la pena y las medidas de seguridad y corrección, cuya incorporación masiva discute actualmente el Derecho penal y cuyo ingreso a él ya ha comenzado, muy parcialmente y de modo desordenado, a través de variadas instituciones³⁸.

Dada la tendencia recién señalada, se torna del todo importante intentar esbozar un concepto de reparación. En este sentido, bien puede sostenerse que reparación significa, básica y sintéticamente, regreso al *status quo ante*, esto es, más próximamente, colocar al mundo en la posición en la que él estaría de no haber emprendido el autor la obra antijurídica o de no haber omitido, antijurídicamente, aquella acción que le era debida³⁹. Sin embargo, este concepto involucra sólo a la reparación natural, clave del sistema; empero, la tercera vía incluye también la reparación simbólica, y no tan sólo la tradicional, consistente en la reparación in genere del patrimonio de la víctima, sino, además, soluciones similares, como la novación de la obligación por otra que la víctima prefiera o la decisión de una prestación que contemple el interés público, alternativamente a la obligación a favor de la víctima o conjuntamente con ella, según los casos. No se corresponde, entonces, con el concepto tradicional de reparación.

³⁸ Julio B. J. Maier, Op. Cit. p.4

³⁹ Julio B. J. Maier, Op. Cit. p.4

Tampoco el concepto de víctima se corresponde con el tradicional, relativo a la víctima individual. Los llamados bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o universales, con la dificultad que conllevan al momento de determinar cada una de las víctimas concretas que sufren por su afectación o puesta en peligro, han permitido extender el concepto de víctima mediante sustitutos grupales, generalmente las asociaciones intermedias, a las que se les permite la defensa del interés difuso en el cual consiste el bien jurídico protegido, por su pertenencia plural, cuando la defensa de ese bien o valor constituye el objeto de la asociación. A propósito de este punto, se desarrollará un apartado especialmente dedicado a la participación de las asociaciones de víctimas en el proceso penal.

La corriente de opinión que clama porque se reconozcan los intereses de las víctimas de los delitos recibe, a través de esta respuesta, que privilegia a la reparación en lugar de la pena o que le concede ciertos efectos en relación a ella, una respuesta racional: al menos ya la pena no significa un obstáculo para la reparación como sucede en el Derecho penal de dos vías, en las que el encierro, la pena pecuniaria a favor del Estado o la inhabilitación del autor no sólo prevalecen frente a la reparación, sino que, además, la tornan, de ordinario, imposible⁴⁰.

Algunos han observado en este privilegio de la reparación frente a la pena y en la intervención consiguiente del ofendido en el procedimiento penal, un regreso a la retribución y a la venganza privada, debido a los poderes crecientes de quien sufre el ataque y al interés subjetivo que guía sus acciones, por sobre el interés objetivo, base de la persecución penal estatal en el Derecho continental. Es posible que ello suceda, lo cual no importa juicio alguno acerca de su injusticia a determinar en el caso concreto por la decisión judicial y menos acerca de la necesidad de la exclusión de ese interés para solucionar el conflicto⁴¹. Con todo, investigaciones empíricas parecen demostrar lo contrario.

⁴⁰ Julio B. J. Maier, *Op Cit.* p. 5

⁴¹ Julio B. J. Maier, *Op. Cit.* p. 5

Precisamente, las investigaciones empíricas desarrolladas acerca de los fines preventivos de la pena, en especial la crisis de la pena privativa de libertad y del ideal de la pena-tratamiento, para la resocialización o reinserción social del autor, han determinado, frente a su fracaso, la necesidad de buscar nuevos caminos para prevenir los ilícitos penales y evitar un daño mayor, en especial, la violencia realimentada del sistema, que, para los partidarios del Derecho como regulador de conflictos sociales y de su manera de solucionarlos, intenta poner fin a un conflicto creando otro nuevo entre el autor y el Estado y dejando sin solución al planteado en la realidad⁴².

Para el Derecho penal de cuño político liberal, el ingreso de esta tercera vía al Derecho penal tiene un fundamento jurídico específico: el llamado principio de subsidiariedad, que caracteriza al Derecho penal, expositor de las máximas autorizaciones jurídicas, en un Estado de Derecho, para el ejercicio de la coacción estatal, como última *ratio* de la política social.

Después de que la teoría del Derecho penal intentó influir sobre la legislación para que sólo se sancionarán con una pena los comportamientos que, probadamente, no admitieran otra solución por una vía jurídica distinta a la pena estatal (*ultima ratio*), infructuosamente (la llamada inflación penal), encontró, por fin, con la incorporación de la reparación como tercera vía, un mecanismo posible y efectivo para imponer al Estado, en los casos concretos que deben juzgar sus tribunales y perseguir sus fiscales, la subsidiariedad de la pena estatal, que cede frente a la reparación del daño ocasionado por el autor. De tal manera, con esa solución, la prédica en favor de una utilización limitada de la violencia estatal, legitimada por el Derecho, para dar solución a conflictos sociales tiene un principio de ejecución compulsivo para los operadores del Derecho penal⁴³.

Si a esa solución le sumamos mecanismos procesales de realización como el enfrentamiento regulado del autor con su víctima para lograr la compensación o la

⁴² Julio B. J. Maier, Op. Cit. p. 5

⁴³ Julio B. J. Maier, Op. Cit. p. 5

misma conciliación tornaremos subsidiaria también, al menos parcialmente, la persecución penal, con todos sus efectos criminógenos nocivos sobre la persona del imputado, que ella ya presenta antes de dar nacimiento a la pena formal. El sistema penal se transformará, total o parcialmente según los ámbitos en los cuales se admita la tercera vía, no hay duda alguna, en una instancia para hallar una solución racional del conflicto con intervención de sus protagonistas verdaderos, aunque no pierda su carácter coactivo, problema principal al que se enfrenta esta solución⁴⁴.

Precisamente este problema es el que coloca en tela de juicio toda esta propuesta política, en sí absolutamente razonable, según gran parte de la doctrina. El autor o, peor aún, el imputado, del cual se desconoce, en términos de una sentencia penal, si es merecedor de una pena, se ve sometido a una propuesta compensatoria bajo la espada de Damocles de la aplicación de una pena, en una sentencia eventual cuyo signo, absolución o condena él no domina ni puede calcular totalmente en la mayoría de los casos⁴⁵. En otras, palabras, a alguien que aún no se ha demostrado culpable, se le pide que, dado que sí lo es, o simplemente porque podría serlo (en un salto lógico aberrante), decida respecto de lo que se le está proponiendo.

Por lo demás, la víctima se verá sometida a un enfrentamiento relativamente compulsivo con el autor presunto, quizás no querido por ella, según las reglas materiales y procesales que rijan la incorporación de esta solución al Derecho penal, por lo que, lejos de satisfacerse sus intereses, estos podrían verse severamente atropellados.

Estos problemas, que plantea la instrumentación de la reparación como tercera vía, no son, a juicio de la doctrina que avala esta salida, insuperables⁴⁶.

A pesar de que no se pretenda presentar una forma concreta de incorporación, basta pensar en la extensión temporal de la opción durante el procedimiento, para que

⁴⁴ Julio B. J. Maier, *Op. Cit.* p. 6

⁴⁵ Julio B. J. Maier, *Op. Cit.* p. 6

⁴⁶ Julio B. J. Maier, *Op. Cit.* p. 6

el imputado, eventualmente, pueda evitar los efectos de una sentencia condenatoria, total o parcialmente (en este último caso, conseguir un nuevo debate sobre la medición de su pena, posterior a la sentencia condenatoria, por razones preventivo-generales o preventivo especiales), por apelación voluntaria al proceso compensatorio.

Desde el lado de la víctima, la posibilidad de que ella prefiera el sistema absolutamente privado de litigio con el autor presunto o ya declarado tal, por apelación a las reglas del Derecho privado, puede solucionar la ardua cuestión, siempre que su opinión no sea vinculante para la aplicación, por parte de la justicia penal, de esta tercera vía.

Un problema que sí carece de solución, al menos por el momento, emerge de contemplar la diferente posición de poder socio-económico, fundamentalmente que precede al enfrentamiento entre víctima y victimario. En efecto, la desigualdad social, que existe en la realidad como sustrato de aplicación del Derecho penal, juicio verificable empíricamente, se traslada directamente, sin más, al ámbito de la administración de justicia y, sobre todo, al sistema penal⁴⁷.

Sólo un sistema fundado en la solidaridad social, que conceda a quienes no pueden defenderse por sí mismos, en relativa igualdad de posiciones con su adversario, una asistencia idónea, puede pretender atenuar los efectos de la desigualdad. El problema no es, por ello, un problema específico del sistema penal, que, sin embargo, lo sufre en varias direcciones, ni es solucionable por ese sistema, internamente, pero la preocupación es legítima y debe tener una respuesta en el sistema.

Sin embargo, el problema medular y que hace descartar de plano la tercera vía como una opción es el hecho de que responde a ideas tales como la sociedad del riesgo, que, en vez de ayudarnos a tener un derecho penal limitado y acotado, tienden a inmiscuirnos en una expansión incontrolable del mismo, y eso es precisamente lo

⁴⁷ Julio B. J. Maier, *Op. Cit.* p. 6

que se pretende evitar. En otras palabras, en vez de tener menos y mejor derecho penal, tenemos más y peor.

El razonamiento está siendo: dado que este tipo de conductas no nos parece tan grave, no es necesario que se aplique una pena al ofensor, por lo que perfectamente puede privilegiarse la solución del conflicto entre las partes, a través de la reparación del ofendido.

Sin embargo, el razonamiento debería ser: dado que este tipo de conductas no nos parece tan grave ¿es necesario poner en marcha todo el sistema procesal penal para que, en el contexto del mismo, ofensor y víctima lleguen a un acuerdo? ¿Por qué mejor no dejamos el derecho penal para cosas realmente importantes, y no incluimos aquellas a las que creemos que los privados pueden darle solución?

Sin embargo, y no obstante todas las dificultades, la incorporación de la reparación como tercera vía del Derecho penal resalta como principal beneficio, el valor del principio de la autonomía de la voluntad en la solución de los conflictos sociales, por sobre la autoridad de la decisión estatal.

Con dicho propósito, se rescata la siguiente frase de Sebastián Soler, en su polémica con Alfredo Orgaz sobre la cuestión de la incapacidad civil de los condenados a pena privativa de libertad: "Tengo la impresión de que los afanes protectores nos obligarían a proteger por igual a todo preso declarándolo incapaz; pero sospecho que entonces el interesado clamaría que lo amáramos un poco menos" ⁴⁸. La misma impresión me asalta cuando observo el problema tanto desde el costado de la víctima, como desde el lado opuesto correspondiente al imputado.

En este sentido, el Profesor Silva Sánchez⁴⁹ llama a tener presente por lo menos cuatro puntos al estudiar este tipo de "reorientaciones del proceso a la víctima".

⁴⁸ Julio B. J. Maier, *Op. Cit.* p. 6

⁴⁹ Jesús María Silva Sánchez, "Sobre la Relevancia Jurídico Penal de la Realización de Actos de "Reparación"", en *Poder Judicial 3ª Época, Número 45, año 1997, pp. 190-191*

En primer lugar, al aludir al aparente sin sentido inicial de tal “reorientación”, nos recuerda que el Derecho Penal Público de la Edad Moderna surgió precisamente para neutralizar, y no en términos peyorativos, sino más bien meliorativos, a la víctima actual del delito. El *ius puniendi* como monopolio del Estado tiene su origen en una desconfianza respecto a la posible reacción al delito por parte de la víctima actual, y su capacidad real para resolver el conflicto desatado por el autor al menor coste posible (de ahí la desaparición de los sistemas de venganza privada).

En segundo lugar, subraya que el Derecho Penal moderno siempre ha estado orientado a la víctima: concretamente, a la víctima potencial, tratando precisamente de impedir que deviniera en víctima actual. Y ahí debe situarse su mayor virtud: no tanto en tratar de reparar una situación de victimización, reparación que, en general, será imposible de alcanzar en toda su plenitud, sino tratando de impedir la propia victimización. En otras palabras, intentando impedir que la víctima potencial se convierta en víctima actual.

En tercer lugar, hace hincapié en que entre la orientación a la víctima potencial y la orientación a la víctima actual se producen antinomias y fricciones, pues las conclusiones a las que se llega siguiendo una u otra orientación son radicalmente distintas.

Y, en fin, en cuarto lugar, concluye que la resolución de tales antinomias parece que, de entrada, debe dar primacía a la orientación a la víctima potencial, cuya “reparación” será más que total si se ha conseguido que no experimente daño alguno.

Esto lleva a Silva a concluir que la introducción de la reparación, con la consiguiente mayor orientación a la víctima, tiene repercusiones significativas en el modelo de derecho penal que hemos ido configurando desde la modernidad. Así, el papel secundario de la víctima en el proceso aparecía como una situación intencionalmente pretendida, a fin de lograr una mayor racionalización y desdramatización de la respuesta al delito, desvinculándola de todo elemento de venganza. Pues bien, el nuevo protagonismo de la víctima en el proceso que por

muchos se propugna ahora también conlleva el retorno a la dramatización que, sin duda, no es el campo ideal de desarrollo de las garantías del imputado.

En el plano del derecho penal material, por su parte, la orientación a la víctima y la solución reparatoria encierran riesgos de relativización de los principios clásicos de garantía. No en vano representantes de la mejor doctrina les atribuyen un papel importante entre las tendencias hacia el abandono del derecho penal formalizado.⁵⁰

Así las cosas, lo que se concluye en este punto es que la víctima sólo puede tener cabida en el proceso penal si se da cabida a la tercera vía; y que ello no es recomendable por varias razones, destacando, entre ellas, la posición de desigualdad en que pone a los imputados, atendiendo a la fuerza de su patrimonio. Por lo tanto, y habida cuenta de que la única manera de incluir a las víctimas en el proceso penal (dado que las demás teorías de las penas la excluyen por definición, como se comprobará a continuación) tiene consecuencias indeseadas, es que se hace necesario concluir que la víctima no debe tener una influencia determinante a la hora de decidir la dirección que deben tomar los procesos penales.

En este sentido, si lo que busca la pena es prevenir la ocurrencia de nuevos delitos, lo que la víctima de un delito específico piense respecto de cuál debe ser el castigo que debe recibir el imputado en su caso, es perfectamente irrelevante. Esto se aplica tanto a la prevención positiva como a la negativa.

Por otro lado, para las teorías retribucionistas, el castigo del imputado también es perfectamente independiente de lo que piense la víctima: hay ofensa, luego debe haber castigo.

¿Es acaso necesario explicar por qué la víctima no tiene cabida en la teoría funcionalista de Jakobs? El reestablecimiento contrafáctico de la validez de la norma no tiene nada que ver con lo que la víctima opine al respecto.

⁵⁰ **Jesús María Silva Sánchez, Op. Cit. pp. 193-194**

Desde el momento en que se asuma que el derecho penal es un derecho público, con fines que van más allá del caso particular, lo que piense la víctima de su caso específico no puede ser determinante para establecer la pena que debe sufrir el imputado; ni la benevolencia o dureza de la víctima, ni la fuerza del patrimonio del imputado pueden ser factores relevantes a la hora de determinar la pena que corresponde a un delito determinado.

En esta misma línea, y para reforzar la conclusión a la que se arribó en el presente apartado, y que partió de la base de que el derecho penal es un derecho eminentemente público, el Profesor Mañalich es especialmente ilustrativo cuando sostiene que:

“Si el reproche penal se sitúa, correctamente, en el plano del quebrantamiento de la norma, y no en el daño empíricamente causado por el comportamiento delictivo, es claro que la retribución no sólo no exige el principio del talión, sino que lo excluye. Por la misma razón, el reproche penal no se formula desde el punto de vista de la víctima del delito: el *fundamento* del reproche se encuentra en la defraudación de la confianza recíproca que se reconocen los co-agentes morales respecto del seguimiento de normas aceptables para todos, y no (directamente) en la lesión de un bien jurídico (aun cuando ésta puede condicionar parcialmente, la *medida* del reproche). El reproche penal es un asunto público, y por eso el derecho penal es derecho público”⁵¹.

Como el propio Mañalich reconoce, esta doctrina no es aceptada de forma pacífica, e incluso quienes alguna vez la sostuvieron, ya no están dispuestos a hacerlo. Quizá el caso más notable sea el “giro hacia la víctima” dado por quien alguna vez fue un convencido retribucionista, Jeffrie Murphy. Revisando su propia articulación previa

⁵¹ Juan Pablo Mañalich “La Pena como Retribución” en *Estudios Públicos* 108, Primavera de 2007, p. 166

de una teoría retribucionista, Murphy se muestra partidario de un cierto “grado de institucionalización de venganza por parte de la víctima”⁵².

Lo que se quiere recalcar es el reconocimiento palmario de Murphy de que tal giro necesariamente implica un debilitamiento de la justificación propiamente retribucionista de la reacción penal. Tal como Murphy lo sugiere, para la admisibilidad de tal institucionalización de expresiones de venganza bastaría con reformular el merecimiento de pena como una exigencia puramente limitativa, entendiéndolo como una restricción, y no como la razón positiva, para la imposición de la pena. Pues entonces la reacción punitiva podría venir apoyada, también, por consideraciones de venganza relativas a la víctima del delito en cuestión⁵³.

Así las cosas, lo que Murphy sugiere, entonces, es que bajo un entendimiento propiamente retribucionista de la pena, la víctima no puede tener injerencia en la definición de si ha de imponerse pena y de cuánta pena ha de ser impuesta. Esto tiene consecuencias para la articulación retribucionista de la estructura del proceso penal. Como ya se concluyó más arriba, la retribución exige que la víctima sea ignorada en el diseño del procedimiento penal. Esto no quiere decir que la víctima sea irrelevante desde un punto de vista sustantivo referido a la constitución del objeto de reproche penal.

El principio de retribución justifica la imposición de la pena en atención al solo merecimiento de reproche, cuya determinación resulta del quebrantamiento de una norma por un comportamiento. La víctima (sólo) es relevante desde el punto de vista de la estructura de la norma cuyo quebrantamiento es merecedor de reproche⁵⁴. Si el derecho penal se ajusta a la descripción de un sistema de normas moralmente aceptables, el núcleo de las normas de comportamiento penalmente reforzadas está constituido por normas que imponen deberes, a los cuales corresponden derechos correlativos. Como plantea Mañalich, la infracción del deber en que se concreta la

⁵² Juan Pablo Mañalich, *Op. Cit.* p. 166

⁵³ Juan Pablo Mañalich, *Op. Cit.* p. 166

⁵⁴ Juan Pablo Mañalich, *Op. Cit.* p. 167

norma se corresponde con la lesión de un derecho correlativo, siendo la víctima el titular de este.

De nuevo, Mañalich:

“Nada de esto implica, sin embargo, que a la persona de la víctima haya de conferirse algún estatus especial en la determinación del reproche merecido por el quebrantamiento de la norma. En este sentido, la víctima tiene el mismo derecho a participar en la definición democrática de los juicios abstractos de merecimiento de pena que cualquier otro ciudadano, y nada más. Conferir a la víctima un estatus preferente para la definición del juicio concreto acerca de la imposición de la pena supondría diluir la distinción entre exigencias de justicia retributiva y exigencias de justicia correctiva. El derecho penal es el derecho de la justicia retributiva, y en esta medida el proceso penal es el proceso de realización de la justicia retributiva. Nuevamente en términos hegelianos: a través del proceso judicial, la realización de la justicia retributiva es asumida, institucionalmente, como cometido de la generalidad”⁵⁵.

Si lo que se predica de nuestro sistema procesal penal es que se enmarca en un estado democrático de derecho, entonces es el legislador a quien compete la determinación de la entidad y el *quantum* de las penas a través de cuya imposición ha de manifestarse el reproche de que la contradicción de una norma de comportamiento se hace acreedora. Esperamos que con esto concuerden todos los retribucionistas, y no sólo el destacado Profesor Mañalich.

La víctima y el imputado han renunciado a la autotutela; decidieron no tomar la resolución de los conflictos por sus propias manos. Es menester que sean consecuentes con ello. Sin embargo, sí es cierto que el Estado ha fallado en brindar a la víctima la protección que merece a cambio de la renuncia que hizo a la autotutela,

⁵⁵ **Juan Pablo Mañalich, Op. Cit. p. 168**

pero de allí no se sigue que esa falta deba ser saldada a través del derecho penal. A buscar formas alternativas de solucionar este problema se dedicará parte del apartado dedicado a las conclusiones de este trabajo.

El punto central radica en lograr comprender que el castigo del imputado y la reparación de la víctima son cuestiones que deben ser tratadas de forma absolutamente independiente. Esto es precisamente lo que quienes proponen la tercera vía no logran comprender, y lo que hace que su planteamiento no sea en absoluto atendible.

Al derecho penal podemos pedir que se haga cargo del castigo del imputado, independientemente de la razón que se crea que hay detrás de esa pena. Sin embargo, una cuestión absolutamente independiente es determinar qué o quién se hará cargo de las víctimas. Entender que las dos cosas van de la mano es no ver las cosas con claridad: del hecho de que el derecho penal castigue al imputado no se sigue (no puede seguirse) necesariamente que sea el propio derecho penal el que se haga cargo de las víctimas; ni mucho menos puede seguirse que el castigo del imputado sea el que repare a las víctimas, ni que estas tengan derecho al castigo del imputado.

Ya sabemos, qué hacer con el imputado. En las conclusiones de este trabajo, se analizará qué se puede hacer con las víctimas. Con todo, ya hemos adelantado bastante trabajo, pues ya se ha visto qué es lo que no hay que hacer: no hay que poner a cargo del derecho penal el tratamiento de las víctimas.

El derecho penal, en su calidad de derecho público, trata la relación entre el Estado y el imputado; la relación entre el imputado y la víctima, en aquel aspecto que es relevante para el derecho penal, comienza y termina en el momento en que el hecho llega a conocimiento del Estado. La participación eventual que podría haber a la víctima más allá de este punto necesita de razones que justifiquen esta intervención. ¿La tercera vía? ¿La búsqueda de la reparación a través del derecho penal? ¿El hacer

efectivo el derecho de las víctimas al castigo del imputado? Ya se vio que todo esto no es procedente.

Habiendo concluido esto, ya no quedan razones disponibles para justificar la participación de las víctimas en el derecho penal, más allá de su función de testigo privilegiado y denunciante, que serán analizadas en profundidad en el capítulo segundo. Ya se dijo que el derecho penal se hará cargo del imputado.

¿Qué hacer, entonces, con los intereses de la víctima? Una primera solución, radical, sería separar el derecho penal enteramente de la esfera de la moral y sustituir la prohibición de actos socialmente dañosos con la mera imposición de costos, similar a la imposición de impuestos. Esta idea general de un paralelo entre el derecho penal y el tributario en la teoría de las normas fue propagada por Hans Kelsen. Pero abolir las sanciones penales es abolir a la víctima. Solamente el derecho penal puede comunicar una protección absoluta, mientras el deber de pagar impuestos o incluso daños y perjuicios comunica únicamente el mensaje de que una cierta conducta puede ser onerosa.⁵⁶

Así, el castigo del imputado debe circunscribirse al derecho penal, en aquellos casos en que su infracción así lo amerite; pero la reparación de la víctima es una cuestión independiente al castigo del imputado. Sin embargo, ambas cuestiones son necesarias y complementarias: no basta la reparación de la víctima ni el sólo castigo al imputado, como tampoco este último implica necesariamente aquella, sino que es necesario que ambos, reparación y pena concurren al tiempo para satisfacer todos los intereses en juego.

Una segunda solución respecto al papel de la víctima, que también es radical, es expuesta por Schünemann, e implica reducir el derecho penal a la forma de responsabilidad por daños, circunscribiendo los compromisos del Estado simplemente a exigir la compensación en nombre de la persona dañada. Sin embargo, ocurre que el

⁵⁶ **Bernd Schünemann “El Papel de la Víctima dentro del Sistema de Justicia Criminal: un Concepto de Tres Escalas” en “La Víctima en el Sistema Penal” pp. 21-22**

derecho de daños, a diferencia del derecho penal, no comunica el mensaje de que la conducta socialmente dañosa debe ser omitida, sino más bien expresa el mucho más modesto mensaje de que cierto comportamiento, tal como la lesión a otro ciudadano, debe llevar hacia una compensación económica⁵⁷.

Es por eso que esta solución tampoco es satisfactoria, y vuelve a demostrar que reparación y pena son cuestiones diversas y necesarias. El problema de la solución expuesta por Schünemann es que pone de cargo del ofensor la reparación de los intereses de la víctima, lo que ya se probó poco adecuado con antelación en éste capítulo. Como se ha venido sugiriendo, debe ser el Estado el que debe tomar la responsabilidad por la ocurrencia de delitos, pues al momento en que los particulares han renunciado a la autotutela para dejar en poder del Estado el control social, es éste quien debe responder cuando tal control no es satisfactorio. Sobre este punto, sus matices y consecuencias se volverá más adelante.

Así las cosas, se concluye que ambas respuestas radicales son erradas, pues no logran comprender que el castigo del imputado y la satisfacción de los intereses de las víctimas corren por carreteras que pueden ser paralelas, pero que bajo ningún respecto son idénticas.

De este modo, la víctima en el Derecho Penal no es la perdedora de un conflicto "individual". Como consecuencia de esto, el tratamiento de la víctima podría crear un problema moral o posiblemente político, pero ciertamente no un problema para el derecho penal. La forzada privación del poder que la víctima sufre como consecuencia de las acciones del delincuente es, de cualquier manera, tomada tan seriamente que sólo el poder punitivo estatal puede ser emplazado, mas esto no se hace (no debe hacerse) desde el derecho penal para reparar a la víctima, sino que para aplicar una pena al delincuente.

Una nueva relación de poder es así creada, esto es, entre Estado y delincuente. La persona imputada de un delito puede oponerse al poder estatal con el poder de los

⁵⁷ **Bernd Schünemann, Op. Cit. p. 22**

derechos civiles. El derecho penal, particularmente, el procedimiento criminal, garantiza los derechos civiles de estos participantes en el proceso, quienes están expuestos a la ejecución estatal del poder.⁵⁸

Así, y por su parte, el derecho constitucional, efectúa un justo trato entre delincuente y víctima: la infracción sobre la libertad de la víctima inspira respeto del Estado, que debe preocuparse de equilibrar la injusticia visible cometida, con su propio poder. El respeto del delincuente a la libertad, expresada en principios legales y derechos civiles que gobiernan el procedimiento penal, es incrementado mediante la pérdida de libertad.⁵⁹

Se llega a concluir, entonces, que el problema de la privilegización del poder privado, que se ha venido atacando en este trabajo, es que descansa sobre los dudosos cimientos de subsidiariedad y los derechos constitucionales. La subsidiariedad demanda que la gente tome más responsabilidad en su propia seguridad. Solamente entonces, cuando el sistema individual de seguridad, que ha sido reconocido como suficiente, falla, debe la víctima estar permitida de recurrir al Estado. Esta óptica, originada a partir del principio de última ratio, es coherente con las máximas de la regulación económica del Derecho. El derecho penal, en el estado preventivo como un elemento de la disposición de existencia, en el desregulado contexto se encuentra, a sí mismo, bajo la regla de la eficiencia económica y, en el mismo nivel, como servicio de la administración y burocracia del Estado de Bienestar.⁶⁰

En suma, la pérdida de la víctima en el derecho penal preventivo es compensada, por un lado, por el Estado de Bienestar y los conceptos críticos de la institución del derecho penal y, de otro lado, por el más moderno concepto de desregulación del poder estatal. Ningún marco puede retornar al concepto de víctima como parte agraviada, al menos como este concepto es entendido en la teoría penal absoluta o en un entendimiento liberal del derecho constitucional.

⁵⁸ Bernd Schünemann, *Op. Cit.* pp. 45-46

⁵⁹ Bernd Schünemann, *Op. Cit.* p. 46

⁶⁰ Bernd Schünemann, *Op. Cit.* p. 50

En cambio, estos marcos crean un modelo alternativo de prevención, que ofrece, desde una óptica social u organizacional determinados motivos para solucionar los conflictos en la sociedad. El redescubrimiento de la víctima no requiere al derecho penal, o algo así denominado, para renunciar al control. En su lugar, el control genera nuevas demandas de derecho penal, las que dirigen a su distorsión. Los conceptos parecen prometer menos Estado, menos ejecución del poder, y así, mayor esperanza para el delincuente y la víctima. De cualquier manera, este proceso puede oscurecer las actuales relaciones de poder⁶¹ y, de hecho, así lo ha estado haciendo.

Además de esta indeseada expansión del derecho penal, y también como consecuencia de una intromisión de la víctima en la dirección del proceso en los términos analizados y descartados, las protecciones procedimentales, como el deber de instruir al acusado o el derecho a permanecer silente, pierdan su efectividad porque ellos no fueron destinados para aplicarse a las acciones de partes privadas.

Así, por ejemplo, la Corte Federal Alemana ha rehusado aplicar los parágrafos 136, 136^a, 163 y 163^a del Código de Procedimientos Penales de Alemania (StPO) a investigaciones acometidas por partes privadas, aunque el Estado ordene tal investigación, aprovechándose de la evidencia recogida por individuos privados y usando la información así obtenida para acusar al imputado, todo en la ausencia de alguna explícita autorización constitucional.⁶²

Así las cosas, en el proceso, el balance de poder entre el imputado, la víctima y el Estado es alterado a expensas del imputado. En suma, donde la víctima ha sido fortalecida el delincuente potencial ha perdido terreno. Cuando el imputado se ve a sí mismo como un acompañante del acusador público, del tribunal o de su abogado, y cuando los intereses de la víctima emprenden un cada vez más prominente papel en el proceso penal, la habilidad del acusado para hacer valer sus propios derechos fundamentales en una forma efectiva está correspondientemente disminuida. Con esta

⁶¹ Bernd Schünemann, *Op. Cit.* p. 51

⁶² Bernd Schünemann, *Op. Cit.* pp. 53-54

insidiosa erosión de los derechos procesales fundamentales, la ejecución estatal de poder sobre el delincuente potencial es además completada con ayuda de la víctima.⁶³

El aumentado enfoque sobre la víctima en el derecho penal, el uso creciente de partes privadas en las investigaciones preliminares, y la asignación parcial de seguridad pública a los servicios de seguridad privados es tanto el resultado del incremento del poder gubernamental social como el armamento de medios estatales de poder. Últimamente, la privatización es sólo un medio para crear más, e incontrolable, derecho penal. En este proceso, la víctima sirve como una herramienta para el objetivo político de fomentar la reducción de los derechos civiles.⁶⁴

Finalmente, si el derecho penal es sobre la violación de la ley más que la violación de bienes o intereses o los derechos de la víctima, y que es lo que las teorías absolutas afirman, luego es del todo lógico que allí no hay rol para la víctima. Y, correspondientemente, si la pena es acerca de la restauración del derecho, allí no puede haber tampoco un papel para la víctima.⁶⁵

En esta línea, y según Reemstma, tal como constata Prittwitz, la pena no puede y no debe intentar compensar a la víctima, pero esta puede y debe prevenir un daño adicional a ella. La pena logra esto mediante la declaración pública de que la víctima es la víctima de un delito más que la víctima de un accidente o catástrofe.⁶⁶

El argumento de Reemstma de que la víctima necesita una declaración pública que actualmente es una víctima de delito podría resultar convincente. Sin embargo, nada dice respecto de cuál deba ser el papel de la pena en este proceso, o porqué el tratamiento severo del ofensor ayuda a la víctima.⁶⁷

⁶³ Bernd Schünemann, Op. Cit. p. 54

⁶⁴ Bernd Schünemann, Op. Cit. p. 58

⁶⁵ Cornelius Prittwitz “La Resurrección de la Víctima en la Teoría Penal” en “La Víctima en el Sistema Penal” p. 72

⁶⁶ Cornelius Prittwitz, Op. Cit. p. 77

⁶⁷ Cornelius Prittwitz, Op. Cit. p. 79

En este sentido, Günther plantea que no ha sido probado que el tratamiento severo del ofensor sea un instrumento efectivo y necesario para la legítima tarea de reestablecer la autoestima de la víctima. Lo que la víctima necesita es la declaración pública que un ofensor individual actuó ilegítimamente y es culpable. Lo que necesita, además, y no provee nuestro sistema de justicia criminal, es un forum donde la víctima pueda contar su historia.⁶⁸

En el delito de homicidio, por ejemplo, no debería importar si el difunto es una solitaria dama anciana asesinada por su dinero o la madre de tres menores asesinada en un tiroteo vehicular.⁶⁹

I.3.2 Discrecionalidad y Víctima

A lo largo de todo el proceso de justicia penal, los fiscales tienen una gran discrecionalidad para ejercer su autoridad a la hora de determinar qué delitos deben ser investigados. Esta discreción tiene un apoyo histórico, por ejemplo, en la doctrina de separación de poderes⁷⁰, y se basa en una multiplicidad de factores, tales como la gravedad de la infracción, los aspectos probatorios, los recursos del ente persecutor y otras variables del caso particular. La cooperación y participación de la víctima en la investigación es, para parte de la doctrina, un elemento central en este análisis⁷¹.

De esta manera, el fiscal tiene una amplia discreción para determinar qué delitos deben ser perseguidos, y así lo ha entendido desde antiguo la Corte Suprema de Estados Unidos⁷². La base de esta amplia discreción reside en la propia naturaleza de la función persecutora:

⁶⁸ **Cornelius Prittwitz, Op. Cit. p. 81**

⁶⁹ **George Fletcher, “El Lugar de las Víctimas en la Teoría de la Retribución” en “La Víctima en el Sistema Penal” p. 87**

⁷⁰ **Kirk J. Nagra “The Role of Victims in Criminal Investigation and Prosecutions” p. 1**

⁷¹ **Kirk J. Nagra, Op. Cit. p. 1**

⁷² **Marshall v. Jerrico, Inc., 446 U.S. 238, 248 (1980)**

“This broad discretion rests largely on the recognition that the decision to prosecute is particularly ill-suited to judicial review. Such factors as the strength of the case, the prosecution's general deterrence value, the Government's enforcement priorities, and the case's relationship to the Government's overall enforcement plan are not readily susceptible to the kind of analysis the courts are competent to undertake. Judicial supervision in this area, moreover, entails systemic costs of particular concern.

Examining the basis of prosecution delays the criminal proceeding, threatens to chill law enforcement by subjecting the prosecutor's motives and decision making to outside inquiry, and may undermine prosecutorial effectiveness by revealing the Government's enforcement policy. All these are substantial concerns that make the courts properly hesitant to examine the decision whether to prosecute”^{73, 74}.

Así las cosas, si es difícil para un fiscal decidir si perseguir o no un delito particular, en la medida en que tiene que considerar una multiplicidad de factores, no puede dejarse esa decisión a una víctima, que, probablemente omitirá gran parte de los mencionados aspectos a la hora de determinar si corresponde o no perseguir un delito, su delito.

⁷³ **Wayte v. United States, 470 U.S. 598, 607-08 (1985).**

⁷⁴ **Una traducción libre de estos párrafos:**

“Esta amplia facultad de apreciación se apoya en gran medida en el reconocimiento de que la decisión de perseguir es especialmente incompatible con la revisión judicial. Factores tales como la fuerza del caso, el valor que se le dé a la prevención, las prioridades del Gobierno, y la relación del caso específico con la política global de Gobierno, no son fácilmente susceptibles de análisis de parte de los tribunales. La supervisión judicial en este ámbito, además, implica costos sistémicos de especial relevancia.

Examinar las bases de la persecución retrasa el proceso penal, y amenaza con congelar la aplicación de la ley, en la medida en que sujeta la decisión del Fiscal y sus motivos a un cuestionamiento externo, lo que puede llevar a minar la efectividad persecutoria del Estado, al relevar la política criminal del Gobierno. Todas estas con preocupaciones que hacen que las Cortes duden, lo que parece correcto, al examinar la decisión del Fiscal de llevar o no adelante una investigación”.

Sin embargo, la víctima sí puede tener un papel en la determinación de los delitos que deben ser perseguidos, pero sólo indirecto. Es innegable que la víctima suele ser uno de los testigos privilegiados en los hechos constitutivos de delito, lo que la ubica en una situación ideal para dar la *notitia criminis*, pero sólo de esta forma.

I.3.3. El Papel de la Víctima en la Persecución de Delitos

Precisamente, la denuncia de la víctima y su testimonio, juegan un papel central en la decisión del fiscal. Una víctima cooperadora, y que da un testimonio sólido, puede ayudar al fiscal a armar un caso consistente. Pero nada más que eso.

Para Moreno Catena el testigo es una persona física ajena al proceso, citada por el órgano jurisdiccional a fin de prestar declaración de ciencia sobre hechos pasados, relevantes para el proceso penal. Todo ello en orden a la averiguación y constancia, por un lado, de la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pudieren influir en su calificación y, por el otro, de culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo un status procesal propio. Así las cosas, el testimonio resulta ser uno de los medios de prueba más idóneos para el enjuiciamiento punitivo, por razón de la fenomenología del delito y por la absoluta libertad del interrogatorio de viva voz en el acto del juicio oral.⁷⁵

De este modo, no es del todo claro si la posición procesal de la víctima o del acusador particular que presta declaración de conocimiento por haber presenciado los hechos, es la de testigo o integra una categoría diferente, por tener un interés directo en el resultado del pleito y por carecer, en consecuencia, de la imparcialidad inherente a la categoría jurídica de testigo. Sin embargo, los deberes a que se somete la declaración de la víctima y del acusador particular lo asimilan al testigo, por lo que la

⁷⁵ Raúl Núñez Ojeda, “El Ofendido por el Delito y la Prueba” en “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral” p. 125

mayoría de la doctrina colige que la posición procesal con la que comparece el acusador particular o la víctima lo sitúan en la órbita de los testigos.⁷⁶

En términos generales, para el Tribunal Constitucional Español, las declaraciones de las víctimas o perjudicados por el delito tienen el valor de prueba testifical y, siempre que sean prestadas con las debidas garantías, pueden constituir prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Por otra parte, para el Tribunal Supremo del mismo país, la víctima del delito es un testigo con un estatus especial. Su declaración no es encuadrable en el concepto genuino de prueba testifical, pues puede constituirse en parte acusadora, lo que excluye su naturaleza de prueba personal de un tercero. No obstante, presenta un valor de legítima actividad probatoria, y ello aunque su testimonio sea único al no existir en el proceso penal el sistema legal o tasado de valoración de la prueba, sin perjuicio de las cautelas a adoptar frente a tales declaraciones.

Históricamente, se sostiene que en la efectiva administración de justicia criminal el rol de la víctima ha sido crucial⁷⁷. El testimonio de la víctima es, normalmente, el elemento más importante de una investigación exitosa. Esto ha llevado incluso a sostener que su participación es crítica y deseable. En este sentido, se sostiene que toda acción que limite el papel de las víctimas en el proceso penal de forma significativa hará menos efectiva la persecución penal⁷⁸.

Tómese como ejemplo el caso de los delitos económicos. En la medida en que estos delitos se vuelven cada vez más relevantes en la agenda delictual, la industria de las aseguradoras ha jugado un papel crucial a la hora de cooperar con los fiscales en delitos relacionados con fraudes de seguros, pues son las que se encuentran en la

⁷⁶ Raúl Núñez Ojeda, “El Ofendido por el Delito y la Prueba” p. 126

⁷⁷ Kirk J. Naha, Op. Cit. p. 1

⁷⁸ Kirk J. Naha, Op. Cit. p. 1

mejor posición para proveer información, expertiz especializada y apoyo técnico y administrativo para investigaciones tan complejas como éstas⁷⁹.

En Estados Unidos, los fiscales tienen una amplia discreción para capitalizar esta cooperación de la forma en que lo estimen necesario. De hecho, cualquier intención de alejar a los fiscales de las víctimas, que pueden ser vistas como la más grande fuente de información respecto del crimen, no puede fundarse ni en la Constitución ni en políticas públicas. Así, se plantea que el hecho de que la cooperación de la víctima pueda facilitar al fiscal el ejercicio de sus responsabilidades, debería ser un factor a considerar en la administración de justicia penal.

Concordamos con lo anterior sólo en los términos ya planteados; la víctima como el denunciante más importante y como un testigo de relevancia principal, pero basta con eso.

Con todo, en Estados Unidos se planteó, hace no mucho tiempo, una discusión bastante particular. La misma decía relación con la posibilidad de que la víctima financiara con fondos propios la investigación llevada adelante por el persecutor estatal. Demás está decir, según lo que se ha planteado a lo largo de este documento, que nos parece que esa es una función absolutamente extraña al papel de la víctima de un delito. Como ha sido la tesis a lo largo de todo este análisis, la víctima debe acotar su participación en la instrucción criminal a sus funciones clásicas: la de denunciante y testigo, lo que permite predicar de la víctima que está cumpliendo con los deberes de solidaridad que le impone la vida en sociedad. Ir más allá tiene como costo desvirtuar el sistema procesal penal, tal como argumentaré que ha ocurrido con el actual sistema chileno.

En este sentido, y basándose en las referencias a la cooperación histórica que ha habido entre víctimas y fiscales, la Corte Suprema de California⁸⁰ envió en 1996, un mensaje que tendió a limitar los efectos de la aludida relación. En efecto, la Corte

⁷⁹ **Kirk J. Nagra, Op. Cit. p. 2**

⁸⁰ **People v.Eubanks, 927 F.2d 310 (Cal. 1996)**

sostuvo que el pago hecho por una víctima de los gastos incurridos por la fiscalía en la persecución del delito que lo aquejó sería ilegal, pues pondría al fiscal en una posición de incómodos conflictos de intereses frente al imputado, pues podría llevarle a pensar que tiene una deuda que saldar con la víctima, a costa del imputado. Algunos comentaristas han planteado que esto es completamente contrario al espíritu que debe impregnar la relación entre víctima y persecutor estatal⁸¹, y concordamos completamente con esa opinión.

De hecho, en una multiplicidad de Estados de Estados Unidos se permite a ciudadanos privados actuar como si fueren perseguidores públicos, en la medida en que no estén a cargo de la persecución. En esos casos, los particulares están autorizados a operar a menos que se demuestre que tienen un interés personal en el caso que hace que su participación sea inadecuada; lo que debe constatarse es un conflicto directo y personal, que le impida actuar de modo objetivo⁸².

Por ejemplo, y tal como se esbozó más arriba, en una situación en la que la oficina de la Fiscalía local estaba dotada de poco personal, las víctimas daban apoyo monetario a perseguidores privados, los que eran considerados dentro del marco legal en tanto no reposara en ellos el control de la investigación, que debía mantenerse, en todo momento, en el perseguidor público⁸³.

La única limitación relevante que hay en esta materia se da cuando el persecutor privado representa también a la víctima en una acción civil separada. En esos casos, el hecho de combinar la función persecutora con la de un litigante privado crea responsabilidades inconsistentes, que ha llevado a las Cortes a sostener que esta doble representación afecta el derecho a un debido proceso⁸⁴.

⁸¹ **Kirk J. Nagra, Op Cit p. 2**

⁸² **Kirk J. Nagra, Op Cit p. 6**

⁸³ **Hughes v. Bowers, 711 F. Supp. 1574 (N.D. Ga. 1989).**

⁸⁴ **Wright v. United States, 732 F.2d 1048 (2nd Cir. 1984); Ganger v. Peyton, 379 F.2d 709 (4th Cir. 1967); State v. Eldridge, 1997 WL 230200 (Tenn. Crim. App. May 7, 1997)**

Así las cosas, es necesario conceder que en todo tipo de delitos, desde el menor hasta el más serio, la aplicación de la ley requiere de la ayuda del público. En el caso de un asalto cualquiera, la víctima debe ponerse en contacto con la policía, o la autoridad que corresponda, para dar noticia del delito, entregar los detalles del hecho, participar en la identificación del imputado, y testificar en juicio.

Este sistema puede verse algo más dificultado, por ejemplo, en el caso de robos frecuentes a tiendas. Tómese el caso, por ejemplo, de los supermercados. Este tipo de empresas suele contratar los servicios de guardias de seguridad. La cooperación que estas empresas brindan a las policías es importante, ya que suelen ser éstas las que presencian el crimen y de ser necesario, investigan, aprehenden, detienen al imputado, y lo ponen a disposición de las autoridades correspondientes. Estamos contestes en que este tipo de cooperación está permitida y está bien que lo sea; pues, de otra manera, los autores de “robos hormiga”, como se ha llamado a los robos en supermercados podrían quedar en la más absoluta impunidad, o la aplicación de la ley obligaría a poner recursos adicionales en esta materia, desviándolo de áreas de mayor connotación social.

Así las cosas, el aporte económico de las víctimas a la persecución de delitos tiene que circunscribirse a la realidad recién descrita: es evidente que si la víctima tiene aprehendido al imputado se ahorrarán recursos a la policía, pues ya no será necesario perseguirlo. Pero de ahí a sostener que la víctima puede entregar fondos directamente a la fiscalía para ayudarla a perseguir delitos hay un largo trecho.

En este sentido, y no en otro, debe entenderse la afirmación según la cual la participación de la víctima en la persecución de delitos es central⁸⁵. La aplicación de la ley suele depender exclusivamente en la participación voluntaria de la víctima para investigar y perseguir delitos con éxito. La intención de las víctimas de dar inicio a investigaciones es vital para una persecución de delitos exitosa⁸⁶.

⁸⁵ Kirk J. Nagra, *Op Cit*, p. 8

⁸⁶ Kirk J. Nagra, *Op Cit*, p. 8

De la afirmación planteada en el párrafo anterior, parte de la doctrina y jurisprudencia ha llevado sus conclusiones a extremos. En esta línea, se ha sostenido que:

“[I]n the administration of criminal justice, courts may not ignore the concerns of victims.

Apart from all other factors, such a course would hardly encourage victims to report violations to the proper authorities; this is especially so when the crime is one calling for public testimony about a humiliating and degrading experience such as was involved here. Precisely what weight should be given to the ordeal of reliving such an experience for the third time need not be decided now; but that factor is not to be ignored by the courts”.^{87 88}

No podemos estar de acuerdo con lo que este pasaje pretende decir. No es sostenible argumentar que hay que darle más atención a las víctimas de las que en derecho corresponde por miedo a que dejen de denunciar. Ni siquiera es sostenible plantear que hay que modificar el derecho para que el testimonio de la víctima tenga más peso que el de otros intervinientes. Eso se verá caso a caso, dependiendo de las particularidades de la situación. Sostener que si se deja de dar la razón a las víctimas éstas dejarán de denunciar, es tan apresurado como pretender que por agravar las penas, los índices de delincuencia bajarán.

Por supuesto, tampoco se está queriendo decir que los derechos y la participación de las víctimas deben ser dejadas a la deriva, ni que la protección de los

⁸⁷ *Morris v. Slappy, 461 U.S. 1, 14-15 (1983).*

⁸⁸ Traducción libre de los párrafos citados:

“En la administración de justicia penal, los tribunales no pueden ignorar las preocupaciones de las víctimas.

Además de todos los otros factores, ignorarlos desincentivaría a las víctimas de denunciar los delitos a las autoridades; esto es especialmente cierto cuando el delito implica un testimonio público que humilla y degrada a la víctima, como ocurre en este caso. Precisamente, qué peso debe darse al hecho que la víctima reviva esta experiencia por tercera vez no es necesario decidirlo ahora, pero es un factor que no debe ser ignorado por las cortes.”

mismos que muchos ordenamientos encargan a los fiscales no sea adecuada; el punto que se quiere hacer es que la víctima debe tener una función acotada en el proceso: su rol central de denunciante y su importantísimo papel de testigo. En el desarrollo de esas dos tareas, las instituciones pertinentes deben prestarle toda la asistencia que fuere necesaria para el adecuado desarrollo de las diligencias, pero parece completamente inaudito que la víctima pague de su bolsillo las diligencias que debe llevar adelante el ente persecutor.

Como se indicó al comienzo del apartado, no es adecuado que la víctima lleve adelante diligencias de investigación, ni mucho menos que pueda tomar decisiones sobre el futuro del imputado en la etapa del juicio, pues ni la investigación ni el juicio, ni la sentencia condenatoria pretenden satisfacer intereses de la víctima. Como también fue indicado, la única forma de que así lo hiciera, sería mediante la introducción y aceptación de la tercera vía en el derecho penal, introducción y aceptación con la que nos hemos declarado en el más absoluto desacuerdo, por responder a ideas tales como la sociedad del riesgo, que, en vez de ayudarnos a tener un derecho penal limitado y acotado, tienden a inmiscuirnos en una expansión incontrolable del mismo, y eso es precisamente lo que se pretende evitar.

En efecto, una de las consecuencias que se derivan de la llamada sociedad del riesgo es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural⁸⁹. Ante a esta situación, los ciudadanos se sienten absolutamente indefensos frente a esos males y se ven a sí mismos como potenciales víctimas. Dado que para la sociedad el sistema jurídico extrapenal resulta insuficiente para hacer frente a estos peligros, se recurre al derecho penal para recomponer la seguridad perdida en la sociedad⁹⁰; y no a cualquier proceso penal, sino que a uno en que las víctimas van ganando en poder.

⁸⁹ **Jesús María Silva Sánchez “La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales” Madrid, 2001. pp. 27 y ss.**

⁹⁰ **Raúl Núñez Ojeda “Los Procedimientos del Derecho Penal Moderno y del Derecho Penal Clásico” en Estado de Derecho y Reformas a la Justicia del Heidelberg Center para América Latina, Santiago de Chile, 2004 p. 83.**

El objetivo de que los particulares se sientan más cercanos y mejor representados por la administración de justicia en una sociedad determinada, no tiene porqué venir dado por entregar a las víctimas mayores poderes ni en la investigación ni en el juicio. Las tesis victimológicas han cometido el vital error de ponernos a todos a pensar como si estuviésemos en la posición de las víctimas; pero parecen olvidar que es tan fácil ser víctima de un delito, como fácil es cometer uno. La administración de justicia puede y debe mejorar, pero eso no se hace necesariamente dando más atribuciones a las víctimas.

En suma, cierta participación de la víctima es central para una adjudicación adecuada: proveer información a las autoridades correspondientes en los diversos momentos de la investigación y adjudicación es de toda importancia para evaluar la naturaleza y extensión del daño causado (esto es lo que en Estados Unidos se llama *victim impact statement*⁹¹). Pero proveer de información a quienes toman las decisiones es muy distinto de influir en el proceso de toma de las mismas, y las propuestas y legislaciones que van más allá del límite fijado abundan, como lo demostrará el caso chileno. Un ejemplo de esto se da en aquellos casos en que se da a la víctima un veto sobre el *plea bargaining*⁹², la obligación del fiscal de consultar con la víctima antes de solicitar una pena determinada⁹³, entre otros.

Sin embargo, y además de todos los argumentos ya dados que permiten sostener que la víctima debe limitar su participación en el proceso penal a los términos tantas veces expresados, existen otros que dan más fuerza a esta conclusión.

En primer lugar, la influencia de la víctima en el proceso es absolutamente inconsistente con todas las razones que tenemos para preferir fiscales y jueces imparciales. Nuestra comprensión de la justicia y de lo justo exige que las decisiones sean tomadas por personas imparciales que atenderán al caso en sus propios

⁹¹ Mary L. Boland, "Crime Victim's Guide to Justice" p. 8

⁹² George P. Fletcher, "With Justice for Some: Victims' Rights in Criminal Trials" p. 193

⁹³ Es lo que ocurre en los Estados Unidos en los estados de Arizona, Illinois y Louisiana. En este sentido, ver Arizona Revised Estatutes; Illinois Compiled Statutes y Louisiana Statutes Anotated.

términos; a los hechos del mismo, y no a sesgos personales frente a ellos⁹⁴. De hecho, fiscales y jueces suelen ser removidos de un caso si demuestran tener interés personal en el mismo. Si creemos que el involucramiento personal de un fiscal en un caso amerita su remoción, ¿con qué fundamento permitiremos que la parte más interesada en un caso, la víctima, pueda influir en el proceso de toma de decisiones?

En segundo término, toda víctima merece que su defensa sea igualmente tomada en serio. Tanto nuestras nociones de justicia como las de igualdad entre los individuos exigen que el asesinato de un mendigo deba ser tratado tan seriamente como el de un amado padre de familia. El castigo en un caso no debe depender de la contingencia de que la víctima tenga los medios y el interés para presionar activamente en busca de un castigo mayor para el imputado⁹⁵.

En tercer lugar, víctimas diferentes inevitablemente tendrán visiones diversas respecto de cómo debe ser manejado un caso; dar a las víctimas influencia sobre la toma de decisiones es asegurar la disparidad de castigos para casos similares. El castigo de un imputado debe sujetarse a su responsabilidad y culpabilidad, pero jamás puede depender de factores que son completamente ajenos al mismo, como lo es naturaleza magnánima o vengativa de su víctima.

Si un sistema da cabida a las distorsiones enumeradas más arriba (que el castigo del imputado dependa de factores ajenos a su culpabilidad, que casos similares sean fallados de manera distinta, entre otros) disminuye la credibilidad moral del sistema lo que, en el largo plazo, disminuirá su efectividad en la prevención de delitos⁹⁶.

Así, si bien podría intentar argumentarse que la inclusión de la víctima como un participante influyente a la hora de determinar el castigo del imputado le traerá beneficios a la primera, tal participación tenderá a deslegitimar el proceso, y a producir

⁹⁴ Paul H. Robinson, "Should the Victims' Rights Movement Have Influence Over Criminal Law Formulation and Adjudication?" p.7

⁹⁵ Paul H. Robinson, Op. Cit. p.8

⁹⁶ Paul H. Robinson, Op. Cit. p.8

resultados inconsistentes con nuestras nociones compartidas de justicia, lo que termina por causarnos un daño a todos⁹⁷. Si sentimos simpatía con una víctima dada, tenemos que sentirla también por las futuras víctimas, y demostrar la misma preocupación por su interés; en último término, las víctimas y cada víctima en particular estará siendo mejor asistida por aquel sistema de adjudicación penal que busca dar a cada imputado el castigo que se merece. Ni más ni menos.

Pero, ¿qué hacer con aquellas exigencias que buscan que a las víctimas se les reestablezca su sensación de seguridad y que se mitiguen los efectos producidos por la victimización?

Tal vez se podría conceder que la participación de la víctima en el proceso haría que los fiscales no dejaran de perseguir casos por cuestiones de presupuesto y que los jueces estén más alerta. Pero los costos de eso son altos. De todas maneras, muchos, si no todos, los beneficios recién enunciados pueden alcanzarse con la participación de la víctima en su función clásica de denunciante y testigo; además de las cuales el derecho a ser notificada y a presenciar las audiencias relevantes bien pueden ayudar a obtener la restauración que se busca para las víctimas⁹⁸. Pero, como ya se ha dicho, el derecho penal no tiene porqué hacerse cargo de las pretensiones de las víctimas, salvo en lo que se vincule a la protección de los derechos que podrían afectarse directamente por su participación en la persecución de los delitos.

El Profesor Núñez, a modo de síntesis, y haciendo suyas las palabras de Clariá Olmedo, sostiene que las razones históricamente esgrimidas por la doctrina para expulsar al ofendido del proceso penal son las siguientes:

- 1) Concebir al ofendido como un resabio de la acusación privada y, más aún, reminiscencia de la venganza individual a pesar de su control por el Estado;

⁹⁷ Paul H. Robinson, *Op. Cit.* p.8

⁹⁸ Paul H. Robinson, "The Virtues of Restorative Processes: The Vices of "Restorative Justice"", en el simposio de Justicia Restaurativa, celebrado en Utah, Estados Unidos, 2002.

- 2) Alegar como criterios de nuestro tiempo los de justicia y defensa social, y no los de venganza privada, propios de otra época;
- 3) Considerar que en la práctica el ofendido es impulsado casi siempre por la idea de venganza y por un interés pecuniario, móviles contrarios a los de justicia que deben guiar la acusación. Como corolario, tal figura resulta ser un obstáculo para la recta administración de justicia;
- 4) Calificar como error atribuir al ofendido la intervención, como consecuencia de la despreocupación del acusador público, delegando la actividad en quien sólo vela por el interés particular;
- 5) Concebirlo como un elemento distorsionador del principio de igualdad de armas rector del proceso penal, al situar frente al imputado otro acusador distinto del público; y
- 6) Predicar su exclusión al considerar enteramente socializada la actividad acusatoria, dignificándose así en una elevada concepción del derecho y de la justicia⁹⁹.

Todas estas consideraciones deberían llevar a concluir que la actividad del ofendido debe limitarse a la de mero denunciante y testigo de la comisión de un ilícito.

Sin embargo, y como el propio Profesor Núñez expone, la tendencia internacional pareciera ir en otro sentido, propugnándose una mayor participación del ofendido por el hecho punible en el enjuiciamiento punitivo^{100 101}. Es por eso que las propuestas hechas en este trabajo son más bien contracíclicas.

⁹⁹ Raúl Núñez Ojeda, “El Ofendido por el Delito y la Prueba” en “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral” p. 103

¹⁰⁰ Raúl Núñez Ojeda “El Ofendido por el Delito y la Prueba” p. 103

I.3.4 Las Asociaciones de Víctimas

Ya se ha dicho bastante respecto de las víctimas como individuos particulares ofendidos por, en el mejor de los casos, un delito. ¿Pero qué se puede decir respecto de las asociaciones de víctimas? ¿Deberían tener algún tipo de participación en la formulación de normas penales y en su aplicación?

En una palabra, y en base a lo dicho deberían tener alguna participación en la formulación de la ley, pero no necesariamente en su aplicación¹⁰². Su participación en la formulación de la ley se justifica en los importantes beneficios que acarrea la participación de los incumbentes de la aplicación de una ley en su facción, y las víctimas están, sin duda, profundamente involucradas en la adjudicación penal.¹⁰³

Las organizaciones de víctimas deben tener una escasa participación en la adjudicación, a diferencia de las víctimas particulares, que no deben tener alguna, dado que la responsabilidad y ulterior castigo del ofensor deben basarse en su culpabilidad (principalmente en la gravedad de su ofensa) y no en su buena o mala suerte de tener una víctima de naturaleza perdonadora o vengativa¹⁰⁴.

Me parece que la relevancia de involucrar a la sociedad en la configuración de las leyes no requiere mayor explicación, pero permítaseme dedicarle un par de líneas. Es necesario conceder que la normativa penal contribuye, aunque no hace todo el trabajo por sí misma, a la formación y el cambio de las normas de una comunidad y, en esta medida, produce el mismo efecto sobre el razonamiento moral de los partícipes de la misma (existe un relativo consenso en que las normas tenidas por válidas y

¹⁰¹ **En este sentido, ver el Convenio Europeo sobre Indemnización a las víctimas de los Delitos Violentos, de 24 de noviembre de 1983 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de la Justicia en Relación con las Víctimas de los Delitos y de los Abusos de Poder**

¹⁰² **Paul H. Robinson, "Should the Victims' Rights Movement Have Influence Over Criminal Law Formulation and Adjudication?" p.1**

¹⁰³ **Paul H. Robinson, "Should the Victims' Rights Movement Have Influence Over Criminal Law Formulation and Adjudication?" p. 1**

¹⁰⁴ **Paul H. Robinson, "Should the Victims' Rights Movement Have Influence Over Criminal Law Formulation and Adjudication?" p. 1**

eficientes y legítimas por una sociedad, con el tiempo suelen ser internalizadas por los individuos como normas morales, que guían su comportamiento)¹⁰⁵.

Sin embargo, el proceso de adjudicación penal no es el único foro de discusión pública. Las propuestas legislativas para penalizar o despenalizar una conducta, o para aumentar o disminuir un castigo asociado a la misma, también dan cabida al debate público que permite construir normas.^{106 107}

Aun cuando suele ser difícil establecer cuándo una ley produjo determinados cambios y cuándo fue consecuencia de ellos, suele ser igualmente complejo imaginarse que esos cambios se hubiesen producido sin el reconocimiento y confirmación que acarrea la configuración y aplicación de la ley penal.

Así, dado el carácter heterogéneo de nuestra sociedad no podemos esperar encontrarnos con un consenso pre-existente respecto de qué conductas deben ser penalizadas; ello debe ser objeto de un importante debate, y es precisamente en la ley penal el lugar en que expresamos nuestras creencias compartidas de lo que es realmente condenable.¹⁰⁸

Ese desafío que tiene la norma penal le otorga también un poder potencial. Una ley penal que se gana la credibilidad moral, puede influir en la formulación de normas y, a través de ello, en la conducta. Pero para convertirse en una autoridad moral la ley no puede alejarse demasiado de lo que la comunidad estima que es “justo”, es decir, no puede alejarse de las instituciones base de la justicia. Eso son, precisamente, los movimientos de defensa de los derechos de las víctimas.

¹⁰⁵ Tom R. Tyler, “Why People Obey the Law” p. 60

¹⁰⁶ Paul H. Robinson, “Should the Victims’ Rights Movement Have Influence Over Criminal Law Formulation and Adjudication?” p.5

¹⁰⁷ En el mismo sentido, ver Roberto Gargarella “De la Justicia Penal a la Justicia Social”, material presentado en el Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, Santiago, Chile, Septiembre de 2008

¹⁰⁸ Paul H. Robinson, “Should the Victims’ Rights Movement Have Influence Over Criminal Law Formulation and Adjudication?” p.6

En suma, las organizaciones de víctimas pueden llevar a asegurar que fiscales y jueces tomarán nota de la situación de la víctima y, dado que estas organizaciones consideran toda la gama de delitos y situaciones criminales que la víctima particular no, tienen la habilidad de, en el caso de ser bien manejadas, sin pasiones de por medio y de forma realista, determinar cómo este caso se compara con los demás.

En síntesis, las organizaciones de víctimas pueden llenar la sed de justicia de que cada ofensor sea castigado de acuerdo a su grado relativo de culpabilidad, en comparación con los demás ofensores. Sin embargo, me parece, que esta función debería quedar cubierta por una adecuada comprensión de la forma en que debe operar el Ministerio Público, y no entregada a este tipo de asociaciones. Tal vez reuniones constantes entre Fiscales y este tipo de asociaciones pueden ser útiles a los fines que ambos pretenden.

El papel más relevante y adecuado que ellas deben cumplir, radica en su participación en la formación de las leyes, en la medida en que su participación cohesionada permite una consistencia que la actuación de las víctimas atomizadas no está posibilitada de asegurar.

I.3.5 Víctimas y Tipo de Procedimiento

Otra discusión que ha girado en torno a la figura de la víctima es aquella que pretende establecer una relación entre el tipo de procedimiento al que se sometan las investigaciones penales con el papel que debería tener la víctima en el mismo.

En este sentido, se suele decir que en un sistema acusatorio entre dos partes, la víctima no tendría cabida, pues en una parte estaría el imputado y en la otra el órgano persecutor estatal, que habría “expropiado” el interés de la víctima, haciéndolo suyo¹⁰⁹. Sin embargo, esta tesis suele ser controvertida sosteniendo que la “expropiación” que hace el Estado del conflicto del particular no deja a este último completamente satisfecho. El fiscal no representa a la víctima, y no puede darle los

¹⁰⁹ William T. Pizzi, “Victims’ Right: Rethinking Our “Adversary System” p. 352

mismos consejos que le daría un abogado privado, pues en muchos casos sería poco ético que lo hiciese, como lo sostiene los “*American Bar Association Standards*”¹¹⁰.

Por lo anterior, si bien los intereses del fiscal y los de la víctima pueden coincidir en muchos casos, en otro, serán diametralmente opuestos. Esto puede ser explicado por el hecho de que la víctima se centrará sólo en su propio caso, mientras que el fiscal verá el caso en términos mucho más amplios, visión que puede estar influida por restricciones presupuestarias, políticas persecutorias, entre otros; además de la necesaria sujeción de los fiscales al principio de objetividad.

En esta dinámica de intereses eventualmente contrapuestos, me parece que concluir que la víctima no tiene cabida porque “se trata de un sistema adversarial de dos partes” no es zanjar el problema, sino que resolverlo por definición. Decir que la víctima no cabe porque por definición caben dos y los cupos son limitados es no ser riguroso. El hecho de que sea un sistema adversarial de dos es una cuestión contingente, mañana se podría legislar para que sea de tres, y nos veríamos obligados a dar más participación a las víctimas.

Me parece que no es la naturaleza del sistema judicial que tenemos lo que justifica una participación limitada de las víctimas a la hora de adjudicar casos penales, sino que son todas las otras consideraciones expuestas más arriba las que nos llevan a limitar el rol de víctimas y querellantes en el proceso penal.

¹¹⁰ **Standards for Criminal Justice: The Prosecution Function, American Bar Association Standards § 3-3.1(d)**

CAPÍTULO II: LA DINÁMICA PROCESAL DE LA VÍCTIMA EN LA PERSECUCIÓN DE DELITOS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO

II.1 Introducción

Habiendo ya analizado de acuerdo con los principios generales cómo es que nos parece que debiese estar regulada la posición de la víctima en la persecución de los delitos, es entonces el momento de determinar qué ocurre en nuestro país.

Bien es sabido que la reforma introducida el año 2000 con la aprobación de un nuevo Código Procesal Penal trajo consigo una verdadera mutación en la forma de adjudicar los procesos penales, lo que incluye importantes cambios en la posición de la víctima.

Para fundamentar debidamente lo anterior, se hará un breve comentario de la situación que enfrentaba la víctima bajo el imperio del antiguo Código de Procedimiento Penal, para después realizar un profundo análisis y la consecuente sistematización del trato que recibe la víctima a la hora de participar persiguiendo delitos en el nuevo sistema procesal que hoy nos rige.

Tal como se hizo en el capítulo anterior, en el que se dieron algunas definiciones conceptuales, parece oportuno dedicar parte de este análisis a estudiar cómo define nuestro Código Procesal Penal a las víctimas.

En seguida, se realizará un análisis de los derechos que nuestra legislación consagra a favor de las víctimas, tanto en el rango legal como constitucional, lo que será contrastado, en otra parte del capítulo con normas de derecho internacional y de derecho comparado.

II.2 La Situación de la Víctima bajo el Imperio del Código de Procedimiento

Penal de 1907

Antes de las reformas introducidas a nuestro sistema procesal penal en el año 2000, regía en nuestro país un Código de Procedimiento Penal que databa de 1907. Una de las críticas más reiteradas que recayeron sobre el mentado Código fue la orfandad y desamparo con que trataba a las víctimas de delitos. Esto queda bien reflejado por las palabras de Joaquín Billard Acuña, cuando sostiene que:

“El Código de Procedimiento Penal establece la forma en que se procesará al delincuente. Dedicando su mayor esfuerzo en establecer sus derechos y la forma de protegerlos, limitando las facultades de los jueces y la policía en aras a dar una mayor vigencia a los derechos humanos de los ciudadanos, hace gala en esta forma a los compromisos que Chile como país ha asumido en la comunidad internacional”.¹¹¹

Sin lugar a dudas, lo que pretende denotar el autor es que el sujeto pasivo del proceso penal, se encuentra en una orfandad tal que amerita un cambio legislativo que lo saque del abandono, en la medida en que todos los esfuerzos se ponen en castigar duramente al ofendido, pero sin atender a la situación de las víctimas, ni garantizar, en los hechos, el verdadero respeto por los derechos del procesado. En este sentido, una de los deberes que asumió la reforma implementada el año 2000 en Chile, fue la de “mejorar” la posición de la víctima en la persecución de delitos.

Independiente de cual sea la opinión que se tenga del actual sistema de persecución penal, es necesario reconocer que lo que teníamos antes era, en términos globales y sin lugar a dudas, peor. Sin embargo, como en todo orden de cosas, es

¹¹¹ **Joaquín Billard Acuña y Viviana Ibarra Mendoza “El Individuo Pasivo en el Procedimiento Penal: la Víctima”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Seminarios N° 39, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1998, p. 319**

posible destacar algunos aspectos del sistema anterior en lo que respecta al tema que nos convoca.

En efecto, si bien se trataba de un sistema de marcado carácter inquisitivo, escrito y secreto en gran parte de su desarrollo, la acción penal pública era la regla general en materia de persecución de delitos, lo que implicaba que el Estado fuese el actor principal y prácticamente exclusivo, a cargo de proteger los intereses de la sociedad y del afectado a través de los entes creados con esos fines.

La posición marginal de la víctima en el Código de Procedimiento Penal obedece al carácter sumamente robusto que tiene la persecución penal pública en ese cuerpo normativo. En este sentido, el Código no hacía sino reflejar una tendencia histórica, en orden a concentrar en el Estado la facultad de reaccionar frente a la comisión de un delito.

Esta estructura de sistema es precisamente la que se pretende propugnar en este trabajo, tal como se explicó en el primer capítulo, en el sentido de que debe ser el Estado el que, efectivamente, lleve adelante la dirección del proceso.

Esto no implica un llamado de vuelta al sistema anterior, ni nada parecido, en la medida en que el sinnúmero de vicios de que adolecía amparan y justifican plenamente la introducción de reformas, pero tal vez, no en el sentido en el que se hicieron, o no por lo menos a la hora de regular la participación de las víctimas en la persecución de delitos. De hecho, entendemos que la única solución viable y adecuada, sería la de mantener la actual estructura que tiene el proceso penal (con Ministerio Público, Defensoría, Juzgados de Garantía, y de Juicio Oral en lo Penal), pero limitando la participación de las víctimas a lo revisado en el capítulo anterior, en términos similares a los que se contemplaban en el Código de Procedimiento Penal, pero sumando a estos los derechos propios de la reforma procesal del año 2000.

En el antiguo sistema, tanto la investigación, acusación y resolución del conflicto penal correspondían al juez, asumiendo en su persona las funciones estatales del proceso penal. El interés en la marcha del proceso estaba determinado por el juez

del crimen, representante del Estado para la persecución penal; mientras que la víctima, pudiendo tener una participación importante en materias de iniciación del procedimiento como interposición de denuncia o querrela, o aporte y búsqueda de prueba, tenía derechos y participaciones marginales y eventuales.

Así las cosas, una vez aparecida la *notitia criminis*, la víctima se subordina al interés punitivo del Estado.¹¹² Este predominio del interés punitivo y la exclusión de la víctima como verdadero actor del proceso se refleja en el principio de irrenunciabilidad e indisponibilidad de la acción penal, así como en la obligatoriedad, incluso por vía compulsiva, en la colaboración probatoria, principalmente como testigo¹¹³.

Así, si bien por un lado se sostendrá que, en términos generales, la posición que ostentaba la víctima en el sistema antiguo se acercaba mucho más a lo que en este trabajo se propone, no es menos cierto que los derechos que la víctima tenía, y la forma en que estos eran garantizados, no eran los óptimos.

En efecto, la protección entregada a las víctimas y testigos era, a lo menos, deficitaria, además de lo cual, se extremaba la visión de la víctima como un objeto del proceso, como un instrumento probatorio al que había que sacarle toda la información posible. En tercer término, la información que recibía la víctima, tal como el resto de los involucrados en el proceso, era mínima.

Nos parece que todos estos vicios son contingentes, y que no son una consecuencia necesaria de la implementación del tipo de sistema procesal penal propuesto en este trabajo.

Respecto del primer problema enunciado, esto es, la protección de las víctimas, este podría salvarse con la creación de una unidad específicamente dedicada al

¹¹² José Francisco Leyton Jiménez Op. Cit. p. 157

¹¹³ Cristián Riego y Mauricio Duce, “La Víctima de los Delitos en el Nuevo Proceso Penal Chileno” en *Revista de Ciencias Penales*, Quinta Época Tomo XL N°2 p. 131

cuidado y protección de la víctima y sus derechos, o mejorando la que pretende hacerse cargo de este tema hoy en día.

En cuanto al segundo, la víctima es importante como testigo en cualquier sistema, por lo que las posibilidades de que sea usada como instrumento de prueba están presente siempre, y no pueden ser circunscritas al contexto de un sistema como el que se propone en este trabajo.

Finalmente, la falta de información es propia de un sistema inquisitivo como el que había en nuestro país. Pero lo que aquí se propone no es volver a un sistema inquisitivo, sino que mantener el que tenemos actualmente, pero restringiendo la participación de las víctimas principalmente sobre la dirección del proceso, lo que no obsta a que esta pueda ser plenamente informada de lo que está ocurriendo en el proceso en el cual le cabría desempeñar un papel pasivo y en ningún caso protagónico.

II.3 Cuestiones Conceptuales

Ya se ha visto, entonces, cuál era el tratamiento que recibía la víctima en el proceso penal que rigió hasta el año 2000. Ahora, lo necesario es analizar el tratamiento que nuestro actual Código da a las víctimas, principiando por la definición que entrega de las mismas.

En este sentido, el artículo 108 del Código Procesal Penal establece que para los efectos del Código, se considera víctima al ofendido por el delito. En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en el propio Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge y a los hijos;
- b) a los ascendientes;

- c) al conviviente;
- d) a los hermanos, y
- e) al adoptado o adoptante.

En seguida, el artículo agrega que para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

Como se puede apreciar, nuestro Código funde en una misma categoría los conceptos de víctima y ofendido, lo que no es del todo procedente, en los términos explicados en el capítulo anterior.¹¹⁴

Además de esto, considera como víctimas a personas diversas del ofendido en el evento en que este no pueda ejercer los derechos que le garantiza la ley, lo que sí parece adecuado, pues se trata de personas que perfectamente pueden tener un legítimo interés en participar de varios de los derechos que tiene la víctima, como por ejemplo, el de participar de las audiencias y de recurrir de ciertas resoluciones¹¹⁵. El punto aquí no es que nos parezca adecuado que la víctima y sus representantes tengan estos derechos; lo único que se está diciendo es que si se les conceden a las víctimas, no hay razones para negárselos a quienes las representan: donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición, aun cuando la razón esté equivocada.

¹¹⁴ En este sentido, ver páginas 17 y siguientes.

¹¹⁵ Además de los citados derechos, el artículo 110 del Código les garantiza un derecho especial. **Artículo 110.- Información a personas que no hubieren intervenido en el procedimiento. En los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo 108, si ninguna de las personas enunciadas en ese precepto hubiere intervenido en el procedimiento, el Ministerio Público informará sus resultados al cónyuge del ofendido por el delito o, en su defecto, a alguno de los hijos u otra de esas personas.**

II.4 Los Derechos de las Víctimas en la Persecución de Delitos

En este apartado, se analizarán los derechos que se contemplan tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y nacional a favor de las víctimas. Se verá que nuestra legislación no se adapta a lo que se entiende por adecuado para la posición de las víctimas de acuerdo a este trabajo, y se propondrán las modificaciones que se entienden pertinentes.

II.4.1 Los Derechos de las Víctimas en el Derecho Internacional

El derecho internacional se ha tomado en serio a las víctimas, tal vez, demasiado en serio. En efecto, el número de instrumentos de derecho internacional que regulan la situación de las víctimas en los procesos penales no es menor.

Destacan, entre otros:

- La Declaración de Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.¹¹⁶
- El Convenio 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos;
- Las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, aprobadas el día 28 de junio de 1985, dirigidas a mejorar la situación de la víctima en el derecho y proceso penal;
- La Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU, sobre Declaración sobre los principios

¹¹⁶ José Francisco Leyton Jiménez Op. Cit. p. 78

fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder;

- La Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada en septiembre de 1997, sobre compensaciones a las víctimas de infracciones criminales;
- La Carta Criminológica de Porto Alegre, aprobada en el Primer Forum de Criminología y Política Criminal del MERCOSUR, de octubre de 1998;
- El Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional de Justicia de 1998.

A continuación se analizarán los aspectos más relevantes de algunos de estos cuerpos legales.

II.4.1.a.- Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas de la Criminalidad y de Abuso de Poder

Parece importante hacer algunas referencias a la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia relativos a las víctimas de la criminalidad y de abuso de poder.

Esta Declaración es fruto del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y para el tratamiento de los delincuentes, celebrado en Milano, Italia, entre agosto 26 y septiembre 6 de 1985.

La declaración propugna la adopción de medidas a nivel internacional y regional para facilitar el acceso a la justicia, así como el tratamiento adecuado a las víctimas del delito, la obtención para parte de estas víctimas de una compensación y un

resarcimiento adecuados, así como el ofrecimiento de una asistencia social para las mismas, destacando las principales medidas a adoptar para prevenir los delitos que implican un abuso de poder y ofrecer recursos a las víctimas de éstos.

Los temas tratados en la declaración se encuentran distribuidos en cuatro capítulos, a saber: “Víctimas del delito”, “Acceso a la justicia y tratamiento justo”, “Obligación de restitución y reparación” y “Abuso de poder”.

El 1 establece que se entiende por víctima a las personas que, individual o colectivamente, han sufrido un perjuicio, especialmente un ataque a su integridad física o mental, un sufrimiento moral, una pérdida material, o un ataque grave a sus derechos fundamentales, en razón de acciones y omisiones que infringen las leyes penales en vigor de un Estado Miembro, abarcando aquellas que prohíben los abusos criminales de poder.

Ahora bien, en lo que respecta propiamente a los derechos consagrados a favor de las víctimas, destacan:

- Derecho a instancias de justicia;
- Deben ser tratados con compasión y respeto;
- Derecho a reparaciones, previamente informadas de las posibilidades que el ordenamiento entrega;
- Derecho a información de la marcha del procedimiento y de los recursos posibles a entablar;
- Derecho a expresar sus opiniones en el proceso, a ser escuchadas cuando sus intereses personales están en cuestión;
- Derecho a asistencia social y legal durante todo el proceso;

- Derecho a la protección de su vida privada y seguridad; protegiéndolas ante maniobras de intimidación y represalias;
- Derecho a que se eviten los retrasos inútiles durante la reglamentación de los asuntos y durante la ejecución de las decisiones o sentencias en las que se acuerda la reparación de las víctimas.

Por su parte, y en lo que se refiere a la obligación de reparación y restitución, el punto 6 de la declaración plantea que los autores de actos criminales o los terceros responsables de sus comportamientos deben reparar, mientras sea necesario, equitativamente el perjuicio causado a las víctimas, a su familia o a las personas a su cargo. Esta reparación debe incluir la restitución de los bienes, una indemnización por el perjuicio o las pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos originados por la situación de victimización, el suministro de servicios y el restablecimiento de los derechos.

II.4.1.b.- El Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional

Este estatuto contempla una variedad de instancias en las que las víctimas pueden participar para hacer valer sus derechos:

- El Fiscal tiene la facultad de abstenerse de iniciar un procedimiento si existen razones sustanciales para creer que el mismo no redundaría en el interés de la justicia, sin embargo, para adoptar esta decisión debe tener en cuenta como criterio principal, los intereses de las víctimas (Artículo 53.2 del estatuto);
- La sala de las cuestiones preliminares debe asegurar la protección y el respecto de la intimidad de las víctimas y testigos;

- El juicio debe ser justo y expedito, y debe sustanciarse con pleno respeto de los derechos del acusado, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas, pudiendo adoptarse durante el juicio las medidas necesarias para la protección de las víctimas;
- Se establece una dependencia de víctimas y testigos, la que deberá adoptar las medidas de protección y dispositivos de seguridad, prestando asesoramiento y asistencia a víctimas y testigos.

Finalmente, se establece también la obligatoriedad de los Estados parte de cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con las investigaciones o enjuiciamientos penales a fin de proteger a las víctimas.

II.4.1.c.- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea Relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal

Esta decisión establece la necesidad de que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales y reglamentarias a fin de dar protección a las víctimas, independientemente del Estado en el que éstas se encuentren. Se inclina también por dar una respuesta reparatoria coordinada e integral, con la intención de evitar la victimización secundaria. Así las cosas, lo que se busca es proteger a las víctimas antes y después del proceso, con el fin de morigerar los efectos nocivos del delito.

La decisión contempla su propia definición de víctima, y entiende por tal a la persona física que haya sufrido un perjuicio en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.

Se aprecia que se trata de un concepto más restringido que la mayoría de los aquí analizados, en la medida en que no abarca a terceros perjudicados por el delito, o a personas jurídicas.

Paso seguido, se contempla una enumeración de derechos que se consagran a favor de las víctimas, entre los que destacan:

- El derecho a ser oída durante las actuaciones y a facilitar elementos de prueba;
- El derecho a ser interrogada sólo en caso de necesidad por las autoridades del Estado competentes para ello en el proceso penal;
- El derecho a recibir información;
- El derecho a recibir la protección requerida de parte de las autoridades, lo que se extiende a las familias o personas equivalentes del sujeto pasivo del delito, en el evento de riesgo en su seguridad o posibilidades de ser víctimas de represalias;
- El derecho a recibir una indemnización adecuada.

Así, se aprecia que la posición de las víctimas en la Unión Europea está bastante fortalecida, para bien o para mal.

II.4.1.d.- Carta Criminológica de Porto Alegre

Una multiplicidad de profesionales se reunieron en octubre de 1998 en Porto Alegre para conmemorar el Centenario de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Río Grande du Sol.

Imbuida de fuertes tendencias victimológicas, se reconoce la necesidad de contar con mecanismos de defensa de las víctimas, y de crear programas de asistencia una vez ocurrido el delito, además de consagrar varios de los derechos ya enumerados a propósito de los demás cuerpos de derecho internacional. Así las cosas, esta carta es un buen corolario de todos los derechos vistos a propósito de la situación en Europa.

Como se verá en seguida, todos o gran parte de los derechos recién señalados reciben consagración en nuestro derecho nacional.

II.4.2 Los Derechos de las Víctimas en el Derecho Nacional

Nuestro derecho nacional no ha quedado ajeno a las tendencias internacionales orientadas a brindar una protección cada vez mayor a las víctimas.

De hecho, como ya se sostuvo, las reformas introducidas en el año 2000 al proceso penal, no son sino una respuesta a esa tendencia, que implicó modificaciones tanto a nivel constitucional como legal, las que se pasarán a revisar a continuación.

II.4.2.1 Derechos Constitucionales

Nuestra Constitución Política consagra varios derechos que, directa o indirectamente, pueden vincularse con la participación de las víctimas en la persecución de delitos. En efecto, y en virtud de razones pedagógicas, los derechos garantidos por la Carta Fundamental pueden clasificarse en un primer grupo en el que se incluyen los derechos que, siendo aplicables a las víctimas, no lo son en virtud de su calidad de tal, sino que en virtud de su calidad de partícipes del proceso penal. Un segundo grupo de derechos es aquellos consagrados para las víctimas en su calidad de tal. Ambos conjuntos de derechos se analizarán a continuación.

II.4.2.1.1 Derechos Constitucionales Garantidos a las Víctimas en tanto Partícipes del Proceso Penal

Nos parece absolutamente inadecuado por irrelevante referirnos a derechos tales como la dignidad humana y otros que han sido analizados latamente como derechos propios de las víctimas, por relacionarse con estas últimas solamente de una forma tangencial.¹¹⁷ Un poco menos irrelevante nos parece analizar los derechos que ostentan las víctimas en su calidad de intervinientes del proceso penal, los que se abordarán a continuación.

II.4.2.1.1.a El Derecho a un Debido Proceso

Dentro de los derechos que normalmente se mencionan a la hora de referirse a los que informan los procesos está el *due process of law*. Mucha tinta se ha derrochado para intentar dar contenido a este principio que parece más bien un “cajón de sastre”. Lo que sí es preciso señalar es que toma versión más o menos consistente, de la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América del Norte de 1787.

Con todo, el derecho a un debido proceso es un derecho de muy antigua raigambre y que se ha desarrollado a lo largo de más de siete siglos, por lo que resulta muy útil para comprender su verdadero alcance y significado revisar los orígenes remotos del mismo.

El origen del debido proceso se asocia a la tradición jurídica anglosajona. Si bien es cierto que muchos realizan esta asociación de forma inmediata con el derecho estadounidense, la verdad es que su origen más remoto se encuentra en el derecho inglés, aunque es en el norteamericano donde encontrará su desarrollo más pleno.

¹¹⁷A quién le interese profundizar en este tema, ver C. fr. Leyton, Op. Cit.

En este sentido, ha sido el desarrollo que le ha dado con posterioridad la Corte Suprema de los Estados Unidos el que ha permitido dar contenido y alcance a la mentada expresión.

Aun considerando este desarrollo, el debido proceso sigue siendo una institución jurídica compleja. Esta complejidad se debe en parte al peso histórico que arrastra este derecho y a las importantes funciones que cumple en un ordenamiento propio de un Estado de Derecho. Sin embargo, a juicio de la tesista Constanza Toro, lo que verdaderamente complica el análisis de este derecho es la gran e incierta cantidad de garantías que van asociadas al concepto de un debido proceso; estamos acostumbrados a utilizar el término debido proceso como un contenedor de un número indeterminado de garantías aplicables a lo largo de todo proceso, extensión que nos brinda ciertas ventajas, pero que a su vez se caracteriza por ser un concepto vago e indefinido, a pesar de que muchas de las garantías que lo integran gozan de un profundo y extenso desarrollo doctrinal¹¹⁸.

La propia noción de un debido proceso proviene de la superación de un proceso inquisitorial, en donde el inculpado o imputado era objeto del juicio, y por lo mismo, carecía de derechos. De ahí la práctica recurrente de la tortura para conseguir la principal prueba del proceso -la confesión del inculpado-, el carácter inquisitivo del juez -que reunía a la vez las condiciones de acusador y juzgador-, etcétera. El debido proceso, en el sentido de superación del proceso inquisitivo, viene indisolublemente aparejado a la noción misma de un Estado Democrático, y con esto, al reconocimiento de ciertos derechos fundamentales de los individuos.

Como consecuencia directa de lo anterior, cabe subrayar la estrecha relación del debido proceso con los principios que caracterizan un sistema procesal penal de tipo acusatorio. Entre ellos: el principio de contradicción, principio de bilateralidad, principio de inmediación, y con éste el de oralidad y libre valoración probatoria, el

¹¹⁸ Toro Justiniano, Constanza, "El Debido Proceso: Un Estudio Comparativo de la Doctrina Procesal Penal y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2008, pp. 46 y siguientes.

principio de publicidad, entre otros. Son éstos los pilares desde los cuáles se irán construyendo las garantías que hoy en día asociamos directamente al debido proceso¹¹⁹.

Un buen intento de dar contenido a la noción en comento, lo lleva adelante Constanza Toro, quien propone agrupar las distintas garantías integrantes de un debido proceso, dependiendo de qué es lo que pretenden asegurar: las condiciones del órgano adjudicador, las condiciones del procedimiento o las prerrogativas del sujeto que se ve expuesto al proceso, el inculpado, acusado o imputado –denominación de nuestro proceso penal moderno-. De este modo, podemos distinguir en qué elemento del proceso pone énfasis cada una de las garantías y los fines que persiguen cada una de ellas respectivamente.

La primera clase de garantías asociadas a un debido proceso, dicen relación con el tipo de órgano adjudicador que debe conocer y resolver el conflicto, es decir, con las condiciones que debe cumplir el tribunal ante el cual se ventila el proceso. En este nivel incluimos la necesidad de que el órgano adjudicador sea un organismo competente, independiente e imparcial, y establecido con anterioridad al acaecimiento de los hechos. El legislador debe establecer con claridad y de forma previa a los hechos que se examinan, cuál es el órgano facultado para conocer y resolver el conflicto. Pero no basta con eso, sino que dicho órgano deberá necesariamente satisfacer estándares de independencia e imparcialidad. Es decir, debe constituir un órgano libre de injerencias de los demás poderes del Estado, y erigirse como un tercero ajeno al conflicto y a las partes.

En un segundo plano podemos ubicar las garantías que rigen las condiciones del procedimiento propiamente tal. En esta categoría cabe mencionar la garantía de un juicio único (también conocida como *non bis in ídem* en el plano continental o como la cláusula del *double jeopardy* en el plano anglosajón), público y sin dilaciones. Estas condiciones aseguran la debida transparencia del juicio, su seriedad y eficacia, al tiempo que permiten la fiscalización del mismo por parte del imputado y la sociedad en

¹¹⁹ Constanza Toro Justiniano, *Op. Cit.* pp., 146 y ss.

general, y reducen el inminente estado de incertidumbre jurídica que sufre quien se ve expuesto al proceso.

Por último, existe un grupo de garantías que tienden directamente a dotar al imputado de prerrogativas que lo protegen o que constituyen salvaguardas ante el poder sancionatorio del Estado. Entre éstas se cuentan la presunción de inocencia; los derechos de defensa del imputado, tales como el derecho a contar con asistencia de un letrado y con el tiempo y los medios necesarios para defenderse; el derecho a presentar pruebas; a que éstas sean debidamente valoradas; a objetar las pruebas presentadas por la contraparte, y el derecho a excluir las pruebas que hubiesen sido obtenidas con violación de los derechos fundamentales del imputado -garantía que se ha desarrollado tanto en el derecho anglosajón con la llamada *exclusionary rule*, como en derecho continental con la doctrina de la prueba ilícita-; el derecho a ser informado (por ejemplo de las razones de la detención, los delitos imputados, etcétera.); el derecho a no declarar o guardar silencio (también conocido como la garantía contra la auto incriminación o *nemo tenetur*); y el derecho a recurrir del fallo (lo cual supondrá no sólo un deber de notificar a tiempo al inculpado de la decisión del órgano adjudicador, sino también un genérico deber del mismo de fundamentar sus resoluciones y especialmente, la sentencia condenatoria)¹²⁰.

Todas estas garantías han sido objeto de un nutrido desarrollo jurisprudencial y doctrinario, por lo que resulta difícil agruparlas y desarrollar un trabajo analítico que abarque a todas ellas bajo un núcleo común como lo es el debido proceso. En nuestro país, y si concediéramos que el debido proceso abarca todas las garantías descritas, estaría contemplado en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política de la República.

Tras un lato análisis, Toro concluye que ni siquiera en los Estados Unidos de América del Norte esta garantía tiene un contenido identificable y que permita estudiarla con comodidad. Ocurre que se trata de un derecho cuyo contenido dependerá del observador, por lo que, para evitar esto, es el Parlamento el llamado a

¹²⁰ Constanza Toro Justiniano Op. Cit. pp., 146 y ss.

darle un contenido cierto y que pueda ser identificable por todos los operarios del sistema, sin que estos lo tiñan con sus propias concepciones sobre lo que debería comprender el derecho al debido proceso.

En el sistema procesal penal que se propone en este trabajo, lo cierto es que el derecho al debido proceso no tiene cabida, o al menos no desde el punto de vista de las víctimas. En efecto, el remontarnos al origen histórico de esta categorización nos permite entender porqué. No cabe duda de que ella aparece ligada a la idea de poder punitivo del Estado, y que lo que pretendía era alcanzar un cierto equilibrio entre la pretensión punitiva del Estado y el derecho a defensa del imputado¹²¹. Por lo tanto, en el momento en que el Ministerio Público entra en escena, es precisamente su poder el que hay que contrarrestar, por lo que quien tiene la posibilidad de alegar el desequilibrio es el imputado y no la víctima.

II.4.2.1.1.b El Derecho a la Igualdad ante la Ley

En segundo lugar, suele esgrimirse el derecho constitucional de las víctimas a la igualdad ante la ley, consagrado en el inciso primero del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República y, en otro sentido, en el numeral segundo del propio artículo, como se explicará.

En virtud de este derecho se garantiza un trato igualitario a todas las personas comprometidas o sometidas a un mismo proceso, además del derecho de quienes son juzgados en un juicio determinado a recibir el mismo trato que en otros juicios o procesos han recibido otras personas que estaban en su misma situación¹²².

Podría decirse que este derecho puede ser entendido en más de un sentido. Por un lado, y desde un punto de vista general, toda persona tiene derecho a recibir el mismo trato que recibiría cualquier otro individuo en la misma posición. Por otro lado,

¹²¹ **María Inés Horvitz “Estatus de la Víctima en el Proceso Penal; Comentario a Dos Fallos de la Corte Suprema” en Revista de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N°3 Año 2003.**

¹²² **Humberto Noguera Alcalá “Derecho Constitucional” Tomo I, p. 217**

en términos específicos y, dentro de una relación procesal ya establecida, todo interviniente debe ser tratado con igualdad, en los términos señalados por la ley.

Además de lo recién sostenido, es necesario destacar que la bilateralidad y la contradicción misma constituyen notas esenciales de la igualdad ante la justicia, y constituyen requisitos fundamentales para desarrollar el derecho a la defensa¹²³. Como ya se vio, estas son notas esenciales del tipo de proceso penal que nuestro país quiso darse a partir de las reformas introducidas en el año 2000.

¿Por qué el constituyente estimó necesario añadir al numeral segundo la igual protección en el ejercicio de los derechos en el numeral tercero del artículo 19¹²⁴?

¿Es ésta declaración una redundancia a la luz del numeral segundo del artículo 19¹²⁵?

Aunque a primera vista pueda parecer una redundancia, la verdad es que el constituyente no hace más que precisar dos fases o aplicaciones de la igualdad como principio general del derecho, informador de todo nuestro ordenamiento jurídico. Así,

¹²³ José Francisco Leyton Jiménez Op. Cit. p. 222

¹²⁴ Este numeral indica que la Constitución asegura a todas las personas: “3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

¹²⁵ El numeral segundo establece: “La Constitución asegura a todas las personas: (...) 2.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.” C. Fr. Toro. Op Cit. P. 35

en el segundo numeral se hace alusión a la igualdad que debe regir en materia legal. En virtud de este derecho no puede el legislador establecer derechos u obligaciones infringiendo arbitrariamente este principio de igualdad. El numeral tercero en cambio, asegura la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico. Es decir, mientras el numeral segundo asegura la igualdad en la ley, el numeral tercero complementa ese derecho asegurando la igualdad procesal¹²⁶.

Por lo tanto, si bien el constituyente reconoce expresamente la íntima relación que existe entre un debido proceso, y las garantías que de éste emanan, con el principio general de igualdad ante la ley, parece restringir el reconocimiento del debido proceso a la faz estrictamente procesal del mismo en los términos que ya examinamos a propósito del desarrollo anglosajón del *due process*.

II.4.2.1.1.c El Derecho a un Tribunal Imparcial

En tercer término, se adiciona el derecho constitucional de las víctimas a un tribunal imparcial, aunque, como se vio, suele entenderse que es un derecho integrante del debido proceso. Es del todo evidente que este derecho consagrado para todo interviniente en un proceso es sustancial al mismo. La jurisdicción debe ser ejercida por un tribunal imparcial e independiente.

La imparcialidad, apunta a la necesidad de que quien juzga no tenga relación alguna con las partes, de modo de evitar prejuicios, sesgos o cualquier tipo de trato privilegiado hacia alguna de ellas. Sólo así se logra uno de los cometidos esenciales de la jurisdicción: someter el conflicto a un tercero neutral. De este modo el conflicto logra una solución en base a consideraciones públicas y no meramente por razones privadas¹²⁷. A diferencia de la independencia que se resguarda a través de garantías y mecanismos que fortalecen la autonomía del juez (por ejemplo, su inamovilidad), la imparcialidad se asegura excluyendo del caso al juzgador que no asegura su condición

¹²⁶ Constanza Toro Justiniano, Op. Cit. p. 35

¹²⁷ Constanza Toro Justiniano, Op. Cit. p. 86

de tercero neutral, dando origen a la normativa de las impugnaciones, recusaciones u otros motivos de inhabilitación para conocer de un determinado conflicto.

Ya se analizó en el primer capítulo cómo introducir a víctimas y querellantes como partes capaces de tomar decisiones sobre la dirección de la investigación o que guían la suerte del proceso, hace que sea una persona no imparcial el que decida.¹²⁸ Que víctima o querellante decidan tiene dos problemas básicos desde la óptica de la imparcialidad: no decidiría un tercero, ni mucho menos alguien imparcial.

II.4.2.1.1.d El Derecho a un Juicio sin Retrasos Indebidos

En cuarto lugar, aunque también suele incluirse dentro del debido proceso, aparece el derecho de las víctimas a un juicio sin retrasos indebidos.

Una consagración expresa de este derecho, además de la ya citada de nuestra Constitución, se encuentra en el artículo 8.1 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma directamente aplicable en nuestro país, según la cual "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", y que puede ser considerada como parte de nuestros derechos constitucionales en virtud del inciso segundo del artículo quinto de la Constitución Política de la República, según lo ha entendido parte mayoritaria de nuestra doctrina.

Este principio ha tenido un desarrollo importantísimo desde la implementación del Nuevo Proceso Penal.

En efecto, las dilaciones exageradas que opacaban el proceso anterior, han dado paso a uno sustancialmente más expedito. Esto se consagra a nivel legal en los artículos 234 y 247 del Código Procesal Penal, abocados al tratamiento del plazo máximo que existe para la realización de la investigación del Ministerio Público, y a la

¹²⁸ **En este sentido, ver las páginas 61 y siguientes.**

solicitud que cualquier interviniente puede elevar para que se decrete el cierre de la investigación.

II.4.2.1.1.e El Derecho a la Defensa

En seguida, encontramos el derecho constitucional de las víctimas a la defensa. Ocorre que sin el auxilio de un letrado todas las garantías de un proceso justo pueden quedar a la deriva.

Así las cosas, el constituyente asegura el derecho a un asesoramiento letrado y a defensa jurídica, dejando al legislador la regulación en detalle de cómo ha de llevarse a cabo esta garantía. Por un lado, la Constitución está indirectamente asegurando lo que se conoce como el acceso a la justicia, y por el otro el derecho a defensa jurídica.

La historia constitucional de este inciso, el segundo del numeral tercero del artículo 19, nos revela que el constituyente utilizó precisamente el término defensa jurídica y no sólo asesoría o defensa judicial, por considerarlo un término más inclusivo y completo¹²⁹. Por lo tanto, cabe concluir que la defensa jurídica no se agota en la mera representación judicial, sino que exige una labor completa en la misión de asegurar los derechos del defendido.

Es interesante notar que en los términos de la Constitución se establece que ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la “*debida* intervención del letrado *si hubiere sido requerida*”. Esto plantea a lo menos dos interrogantes, ¿por qué el constituyente precisó la *debida* intervención? O ¿Qué debe entenderse por *debida* intervención? Y ¿por qué se limita esta garantía sólo al evento en que la intervención del letrado hubiere sido requerida?¹³⁰

¹²⁹ Constanza Toro Justiniano, Op. Cit. p. 36

¹³⁰ Constanza Toro Justiniano, Op. Cit. p. 36

Según el profesor Cea el término “debida intervención del letrado” se introdujo con la precisa intención de legitimar el secreto del sumario en el antiguo proceso penal. Hoy, este término, así como el examen de si es necesario o no el requerimiento expreso de intervención de letrado debe evaluarse a la luz de los principios establecidos en nuestro reciente Código Procesal Penal. En nuestro nuevo sistema de justicia el derecho a un debido proceso tiene una lectura completamente renovada, en virtud de la cual resulta evidentemente fortalecido. Es así, que debe entenderse como “debida intervención del letrado” aquella que se realiza en los términos de la nueva justicia procesal penal, defensa a la que se tiene derecho desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia¹³¹.

La expresión “debida intervención del letrado” puede revestir una segunda función además de aquélla que señalaba el profesor Cea respecto del sumario. Y es que según este autor “no es posible, sin embargo, fundar en tal norma una maliciosamente prolongada defensa, pues la ‘debida intervención’ coloca la participación del letrado en los límites razonables que le trace el legislador”. Sin embargo, esta remisión a la ley no basta para definir qué ha de entenderse por lo debido e incluso este mismo autor declara posteriormente que la “sola expresión ‘debido proceso’ podría interpretarse en el sentido de que lo debido es lo que está en la ley, y lo que se debe hacer es lo que ha dicho la ley, exégesis que sería restringida y prescindente de los valores superiores a la legalidad oficial”¹³².

No me ha parecido prudente tratar en mayor detalle, en este punto, estos derechos. Han sido mencionados sólo para demostrar que la víctima posee un número importante de derechos con consagración constitucional en su calidad de partícipe del proceso penal. Además de todos ellos, consagrados para las víctimas de forma indirecta, se encuentra un segundo subgrupo: aquellos que las víctimas ostentan en su calidad de tal, y que se pasan a desarrollar con mayor detalle a continuación.

¹³¹ Constanza Toro Justiniano, Op. Cit. p. 35

¹³² Constanza Toro Justiniano, Op. Cit. p. 35

II.4.2.1.2 Derechos Constitucionales Garantidos a las Víctimas en su Calidad de Tal

Son principalmente dos los derechos que las víctimas ostentan en su calidad de tal con consagración constitucional, a saber: el derecho a ejercer la acción penal pública y el derecho a recibir protección de parte de las autoridades. Ambos se analizan a continuación.

II.4.2.1.2.a. Derecho a Ejercer la Acción Penal Pública

Hay que comenzar diciendo que un primer acercamiento a la normativa nacional pareciera indicar que la víctima se encuentra en un plano bastante secundario en relación al Ministerio Público en lo que a persecución de delitos se refiere.

En efecto, el artículo tercero del Código Procesal Penal (o, también, CPP), señala que el Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley. Este precepto deja a la víctima al margen de la dirección de la investigación, pero no excluye su participación en la misma.

En el mismo sentido pareciera inclinarse el artículo 83 de la Constitución Política de la República, cuando sostiene que un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con todo, y como se verá más adelante, la víctima sí tiene ciertas facultades de dirección sobre el devenir de la investigación; y no solamente de esta, sino que también del devenir del proceso.

Sin embargo, es ese propio artículo el que se encarga de recordar que la participación de la víctima o, más propiamente, del ofendido, no se encuentra excluida de toda participación en el proceso.

En efecto, señala que el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal. Todo esto, debe hacerse en armonía con la exclusiva dirección de la investigación que recae sobre el Ministerio Público.

Respecto a este punto, la Corte de Apelaciones de Rancagua, no duda al hacer presente que:

*“Velando por la transparencia del proceso e investigación, en nada perjudica al Ministerio Público en su función investigativa la admisión del recurrente al proceso, y muy por el contrario, es un aporte para esclarecer y determinar el hecho investigado”.*¹³³

Sin embargo, pareciera que el criterio seguido por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Copiapó es más acertado en lo que a la participación en la investigación de intervinientes diversos al Ministerio Público se refiere. Sin embargo, pareciera que sigue siendo peligroso por dejar abierta la posibilidad de invasión de las facultades investigativas del Ministerio Público de parte de otros intervinientes. En efecto, el Tribunal estableció que:

*“Conforme a lo expuesto anteriormente, se puede concluir que la defensa sólo puede investigar para solicitar que el Ministerio Público efectúe diligencias pertinentes que permitan esclarecer los hechos, y recabar información que le permita aportar prueba para acreditar los descargos”.*¹³⁴

¹³³ Causa Rol N° 131-2004, N° Legal Publishing: 40113

¹³⁴ Causa RIT N° 116-2004, N° Legal Publishing: 40680

En suma, el marco normativo tanto de la Constitución como del Código Procesal Penal debe llevarnos a concluir que al Ministerio Público compete la exclusiva dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado; y que el ofendido y los demás intervinientes, sólo tienen una participación secundaria, la que, sin embargo, no los inhibe ejercer la acción penal en ciertos y determinados casos establecidos por ley.

Como se adelantó en el primer capítulo, pareciera que la lógica pública que permea a todo el derecho penal y procesal penal, fuerza a concluir que el dominio de la acción penal y de su ejercicio debe necesariamente recaer en el Ministerio Público, mas no en la víctima, la más interesada de las partes.

Sin embargo, este no ha sido el parecer de nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, en la Sentencia Rol 1244/2009, el Tribunal resolvió:

“DECIMOQUINTO: Que para el cumplimiento de las exigencias derivadas de la necesidad de garantizar una investigación “racional y justa”, el Código Procesal Penal ha previsto diversos mecanismos para que el querellante y la víctima, como en el presente caso, puedan plantear sus pretensiones durante la fase de investigación que desarrolla el fiscal, como asimismo en relación con la formalización de la misma y, más aun, en caso de que el fiscal no proceda a realizar esta última impidiendo la prosecución del proceso criminal.

Lo anterior resulta consecuente con las consideraciones vertidas durante el debate parlamentario que precedió a la dictación de la Ley Nº 19.519, que incorporó el capítulo referido al Ministerio Público a la Constitución. Así, en el debate vertido en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante el primer trámite constitucional de esa reforma, se planteó que: “(..) El Mensaje reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. La

indicación, como se dijo, deja abierta también la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal.” (Historia de la Ley N° 19.519. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de abril de 1997, p. 34)”.

Este tipo de argumentaciones deja de lado todo lo que se dijo en el capítulo primero respecto al carácter público del derecho penal y del derecho procesal penal, y todas las consideraciones que, sumadas al mencionado carácter, justifican que la víctima no pueda ejercer derechos como los que el Tribunal Constitucional llama a otorgarle.

Este tema tiene una importantísima repercusión práctica, En efecto, el Tribunal Constitucional ha debido conocer casos en los que el Ministerio Público no ha formalizado la investigación, ni pretende hacerlo, y en que el ofendido por el delito no puede practicar el derecho que le garantiza la Constitución de ejercer la acción penal, queriendo hacerlo, por faltar la formalización del imputado, trámite fundamental antes de procederse a la acusación. En este sentido, el Tribunal ha fallado:

DÉCIMOSEGUNDO: “Que entender la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación como una alternativa discrecional, en la cual no se puede interferir y de la que puede derivar la decisión de no investigar y eventualmente de archivar, aun cuando el afectado por el delito ha manifestado su voluntad de proseguir la persecución penal mediante la interposición de una querrela (...) implica un acto de un órgano del Estado que produce como resultado evidente la negación de la tutela de los intereses penales de la víctima, la privación del derecho a la investigación del hecho

delictivo y la imposibilidad de acceder a la jurisdicción para que ésta resuelva el conflicto penal que la afecta, como lo ordena el artículo 7º de la Constitución.”

DECIMOQUINTO.- Que naturalmente las posiciones del Ministerio Público y las del ofendido por un delito pueden no coincidir. La solución de estos eventuales conflictos de intereses habrá de respetar todas y cada una de las normas constitucionales, cuya vigencia no cabe sacrificar una en razón de la otra, incluyendo la exclusividad de la potestad de dirección de la investigación por parte del Ministerio Público, como así también el derecho a la acción penal y a su tutela efectiva por parte del ofendido por el delito.

El presente caso es uno de tensión entre las perspectivas del Ministerio Público, que, amparado en la norma legal impugnada y en sus facultades constitucionales de dirigir la investigación, no pretende, por ahora, formalizar la investigación de un hecho de apariencia delictual, y de quien se presenta como ofendido por ese posible delito, a quien la Carta Fundamental le asegura el derecho a la acción y le garantiza protección en el ejercicio de ese derecho. Este último no pretende dirigir la investigación, pero señala que el Ministerio Público, al negarse a formalizar, le impide llegar a un juicio y, con ello, torna ineficaz su derecho constitucional a la acción, que queda así privado de la protección que la Carta Fundamental le garantiza”

VIGESIMOTERCERO.- *Que, a diferencia de todos los casos anteriores, en que la ley, de un modo que no es del caso juzgar ahora, otorga ciertos derechos a la víctima cuando sus intereses se oponen a la posición del Ministerio Público, y particularmente a una revisión judicial de aquellas decisiones que ponen término a la investigación o impiden el inicio del juicio o su sustanciación, el inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal dispone que “el fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la*

intervención judicial". La ley no contempla derecho alguno para que la víctima pueda oponerse o reclamar en caso de que el fiscal decida no formalizar la investigación".¹³⁵

En este mismo sentido, la Sentencia Rol 1244/2009, en su voto de minoría, estableció:

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

De lo anterior se desprende que al encontrarnos en presencia de un derecho fundamental, es la persona titular de dicho derecho violentado la que debe disponer del mismo a la hora de resolver si acude o no a la justicia, teniendo presente que el ejercicio y la titularidad de sus derechos se encuentran dentro de la órbita de decisión del ser humano, coto vedado al poder público al estar dentro del marco de lo íntimo e individual, sin que el Estado pueda realizar injerencias dentro de dichos ámbitos. Es por ello que cualquier concepción que prescindiera del interés de la víctima, como parte primordial del proceso penal, debe considerarse incompatible con la Constitución, principio que surge nítidamente a la luz de la historia fidedigna

¹³⁵ **Sentencia Rol 815/2008 del Tribunal Constitucional**

de la Ley N° 19.519, de 1997, que, como consecuencia de una prolongada y profunda discusión, sin lugar a dudas de ninguna especie buscó dejar a salvo el rol y los derechos del ofendido, fortaleciendo justamente las garantías resultantes de la tutela judicial efectiva por la vía de salvar expresamente el derecho a la querrela y a la investigación racional y justa”

En el mismo sentido, la citada Sentencia Rol 815/2008, estableció lo siguiente:

DECIMOSÉPTIMO.- *Que, por otra parte, el hecho de haber formalizado la investigación el fiscal no genera automáticamente una aplicación conforme a la Constitución del artículo 230 impugnado, pues el querellante manifestó expresa e inequívocamente su voluntad de ejercer la acción penal por varios delitos, frente a lo cual el Ministerio Público sólo formaliza parcialmente por los delitos menores, con el resultado de poder sustituir el procedimiento. En todo lo no formalizado, es evidente que se impide al requirente acceder al proceso penal, lesionándose así su derecho a la tutela judicial efectiva.*

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

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

DECIMONOVENO.- *Que debe concluirse de lo razonado precedentemente que la obligación de investigar, entendida como carente*

del deber de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva ni el de acceso a un debido proceso”

¿Lleva razón el Tribunal Constitucional al resolver de la manera en que lo hizo? La verdad es que dentro del marco normativo al que el Tribunal debe ceñirse, existen razones para considerar que su sentencia se ajusta a derecho o, mejor dicho, al derecho vigente. Efectivamente, en alguna medida la negativa del Ministerio Público a formalizar la investigación impide que el ofendido acceda a la tutela de los tribunales. Sin embargo, y por mucho que el acceso a la justicia suela ser considerado un derecho fundamental, la verdad es que algún filtro debe existir para determinar qué debe llegar a Tribunales; y las razones jurídicas que pueda esgrimir el Ministerio Público parecen ser un buen baremo.

Claro, habrá casos en los que algún Fiscal caprichoso se niegue a formalizar la investigación por que le tiene ojeriza a la víctima, pero bueno, esos son los costos del sistema y, como tales, excepcionales. Lo regular será que las razones que lleven al Fiscal a no formalizar sean razones jurídicas de peso.

Sin embargo, también es necesario reconocer que no solo razones jurídicas guían el actuar del Ministerio Público (lo que no significa un punto a favor de las víctimas, pues estas tampoco guían su actuar precisamente solo por razones jurídicas). En efecto, razones de política criminal o institucional del Ministerio Público influyen en la decisión de los Fiscales de no investigar. Los fiscales deben guiar su actuar muchas veces por oficios o circulares emanados de las Fiscalías Regionales o de la Fiscalía Nacional, oficios que no siempre se basan en consideraciones de derecho. Es interesante considerar este punto, pues el hecho de que los fiscales se rijan por instrucciones de sus superiores, hace que en muchos casos los recursos jerárquicos que concede la ley, no tengan eficacia.

En cualquier caso, el llamado no puede sino ser a confiar en el criterio uniforme del Ministerio Público, en la medida en que este camino tiene serias ventajas frente a

la opción de seguir el disparate y antojadizo criterio de las víctimas, tal como se vio a lo largo de todo el desarrollo del capítulo primero.

Un comentario final sobre este punto dice relación con que el Tribunal Constitucional parece no ver que lo que hay en este caso no es una afectación aislada de un derecho constitucional, sino que lo que efectivamente hay es una colusión entre dos normas constitucionales, a saber: aquella que garantiza una tutela judicial efectiva, y aquella que entrega la exclusividad de la investigación al Ministerio Público. Enfrentar esta situación desde la perspectiva de la antinomia constitucional es completamente distinto de enfrentarla desde la perspectiva del atropello a un derecho constitucional.

En este sentido, es importante citar el informe del Proyecto de Ley 22-2009, Boletín 6436-07 emanado de la Corte Suprema, de fecha 5 de mayo de 2009. Durante la tramitación del citado Proyecto, se solicitó por el Legislativo la opinión de la Corte respecto del proyecto de ley – iniciado por moción – que, introduce un nuevo artículo 231 bis¹³⁶, que tiene por objeto permitir al querellante instar por la formalización del imputado, transcurrido que sea un plazo razonable de investigación sin que el Ministerio Público solicite audiencia para efectuarla.

Al respecto, la Corte señaló, muy en la línea de lo que se plantea en este trabajo, y alejándose de la citada doctrina del Tribunal Constitucional, lo siguiente:

“(...)La formalización de la investigación se encuentra claramente establecida como un acto administrativo del Ministerio Público a través de sus fiscales, de “comunicación”, en presencia del juez de garantía al

¹³⁶ **El artículo del Proyecto establece: “Artículo 231 bis. Derecho del Querellante. Transcurrido seis meses desde ocurrido el delito, sin que existiere formalización, el querellante podrá solicitar al fiscal, por intermedio del juez de garantía, que proceda a ejercer las facultades contempladas en el artículo precedente, contra el o los imputados que en su petición individualice. El juez de garantía realizará una audiencia para debatir la solicitud, a la que citará al fiscal y al querellante peticionario, y en la cual podrán asistir otros intervinientes, si los hubiera. Si se diera lugar a la petición de formalización, el juez de garantía procederá de inmediato a fijar fecha para la realización de la audiencia en los términos establecidos en el artículo 231 de este Código. En caso de negación de la petición procederá el recurso de apelación.”**

imputado de que se realiza una investigación en su contra y que se le imputan determinados hechos cuya calificación jurídica también se le hace saber, en que al tribunal – como lo expresa la Corte Suprema en acuerdo anteriormente citado – no le corresponde más intervención que solemnizar el acto, dirigirlo y asegurar que el imputado entendió los cargos que la fiscalía le imputa y nada le corresponde decir ni decidir jurisdiccionalmente (...).” “(...)De esta forma se trastocaría el sistema, dado que la formalización es una atribución exclusiva del Ministerio Público, por lo que su realización dependerá de las consideraciones estratégicas del fiscal a cargo de la investigación (...).”

“Esta Corte no puede dejar de advertir la cantidad creciente de proyectos de ley que tienen por objeto modificar el Código Procesal Penal y sus leyes complementarias, circunstancia que queda dentro de lo que es el normal perfeccionamiento del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, en algunos casos, como ocurre en la presente moción, se podrían ver afectados principios básicos del sistema procesal penal, los que ha determinado la Carta Fundamental, como es el que precisa que la persecución de la responsabilidad compete de manera exclusiva al Estado, por intermedio de la autoridad establecida para estos efectos: El Ministerio Público”.

Salta a la vista que el criterio dado por la Corte Suprema es plenamente consistente con lo que se ha esbozado en este trabajo; en la medida en que entregar tantas atribuciones a las víctimas y querellantes atenta contra las bases de nuestro sistema procesal penal, que se funda en una dirección exclusiva de la investigación y del impulso procesal en el Ministerio Público, lo que, conceptualmente hablando, es del todo preciso, como se vio a lo largo del primer capítulo de este trabajo.

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Rancagua, al establecer que:

“Para determinar qué extensión tiene la expresión “persona afectada”, punto que la ley no aclara, es preciso detenerse ante todo, en la naturaleza y fines del acto de formalización. Consiste esta actuación en una comunicación que formula el fiscal al imputado en presencia del Juez, en cuanto a que desarrolla una investigación en su contra relativa a hechos determinados, que se estiman punibles. Así la diligencia se establece en favor del imputado. Así lo estiman los autores y así surge inevitablemente del estudio de la historia fidedigna del precepto. Es verdad que la formalización puede acarrear consecuencias gravosas para el imputado. Pero con todo nada cambia, porque las consecuencias negativas son indirectas y no provienen de la institución en sí. Lo que se hizo fue precisamente determinar que nadie fuera afectado en sus derechos por la jurisdicción criminal, sin que estuviera enterado de por qué ocurría ello, facilitando así su defensa. Es decir, se creó para que la irrenunciable persecución penal se realizará dentro de los límites del debido proceso. Siendo lo anterior así, es claro que el afectado que puede reclamar al Juez que fije un plazo al fiscal para la formalización es el imputado y nadie más. Pues sólo en su favor se establece la institución de que tratamos. (Considerando 5º y 6º sentencia Corte de Apelaciones)”.

“ Si la decisión de cuándo formalizar es en principio exclusiva del órgano persecutor estatal, esa exclusividad es en cambio absoluta respecto de qué interviniente está autorizado para llevarla a cabo. No cabe la menor duda de que sólo el ministerio público puede formalizar una investigación criminal. El querellante, que excepcionalmente puede sostener una acusación, no puede, en cambio, en caso alguno, reemplazar al Estado, en el trámite de formalización. Esto es así, ante todo, porque estando, como estamos, en el ámbito del derecho público, rige la regla según la cual nadie tiene más derechos que los que las leyes le confieran, y en parte alguna la legislación permite tal cosa. En segundo término, porque el paso procesal que tratamos está definido en el artículo 229 del Código Procesal Penal, precisamente como “la comunicación que el fiscal efectúa al imputado...” (el subrayado es nuestro), lo que reafirman los artículos 230, 231 y 232 y aún el

*artículo 186, todos del mismo Cuerpo Legal. (Considerando 14º sentencia Corte de Apelaciones)”.*¹³⁷

Para terminar, y como corolario del carácter público de la acción penal, es posible citar una resolución del Quinto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en cuanto señaló que:

*“El Tribunal no dará lugar al supuesto desistimiento de la víctima, pues no es efectivo que su mero perdón ponga término al juicio, pues hizo la denuncia, prestó declaración en juicio y se realizó los exámenes en el Servicio Médico Legal, lo cual es manifestación expresa de ejercer la acción penal, a la que no se pone término por el mero desistimiento, dado que una vez ejercida la acción ésta se tramita conforma a las normas de la acción penal pública”.*¹³⁸

Es dable sostener, entonces, que es este el principal derecho que tiene la víctima en lo que a persecución de delitos se refiere: ejercer la acción penal. Sin embargo, la víctima tiene también otros derechos, los que serán sistematizados a continuación.

II.4.2.1.2.b. Derecho a Recibir Protección e Información de Parte de las Autoridades

Como segundo gran derecho de la víctima, con consagración constitucional, se encuentra el de recibir protección por parte del Ministerio Público y las demás instituciones que participan del proceso penal.

¹³⁷ Causa Rol N° 380-2006, N° Legal Publishing: 36444

¹³⁸ Causa RIT N° 20-2007, N° Legal Publishing: 41045

II.4.2.1.2.b.i. Introducción

Con anterioridad a la reforma procesal penal, nuestra Carta Fundamental sólo contenía una norma referida a la protección de la víctima, al mencionar las causales que hacen procedente la prisión preventiva en el artículo 19 número 7 letra e.-.

Dicha regulación era insuficiente, atendido que sólo hacía referencia a una medida específica de protección, esencialmente revocable, sin posibilidad de ser sustituida por medidas alternativas y que no se hacía cargo de que muchas veces la amenaza proviene del entorno cercano al imputado, más que del imputado mismo¹³⁹.

Producto de las modificaciones introducidas a nuestra Carta Fundamental con ocasión de la reforma procesal penal, se asignó por primera vez, en forma expresa y con rango constitucional, la función de proteger a las víctimas a un organismo estatal.

Al respecto, el mensaje del proyecto de ley que reformó la Constitución creando el Ministerio Público, señala, en su página 2, punto II, párrafo segundo, que:

"De esta forma se tendrá, por una parte, al Ministerio Público en representación de los intereses de la comunidad en la persecución del delito, que litigará a través de los fiscales y que representará asimismo los derechos de la víctima del delito. Eventualmente podrá haber, asimismo, un abogado querellante representando los intereses de la víctima".

No obstante la laxitud con que el Ejecutivo comprendía este deber de protección, la tramitación legislativa del proyecto parece haberlo orientado en una dirección más restrictiva y adecuada.

¹³⁹ **Exposición del Fiscal Nacional del Ministerio Público Guillermo Piedrabuena sobre el tema "La Constitución y los Derechos de la Víctima en el nuevo Proceso Penal", obtenida de www.minpublico.cl, en consulta del día 15 de agosto de 2008**

Así, la indicación sustitutiva presentada por el Ejecutivo ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, y a instancias de ésta, señaló como fundamento de la norma sobre protección de las víctimas, que:

“Se trata de una atribución que hoy en día no está radicada determinadamente en ninguna autoridad y que requiere, por lo general, de la adopción de medidas urgentes o inmediatas para ser eficaz”.

Si bien dicho fundamento no es enteramente exacto dado que el ordenamiento jurídico chileno también impone el deber de proteger a las víctimas como ciudadanos a las autoridades del gobierno interior, a las policías e incluso al propio Poder Judicial, el objetivo de la norma constitucional es atribuir al Ministerio Público una responsabilidad propia y de relevante importancia para la debida protección de las víctimas.

Ciertamente, esta atribución no es exclusiva del Ministerio Público, pero sin duda es una de las más importantes en concepto de la Constitución Política y por ello no es excusable que este organismo no ejerza esta atribución a pretexto de que también le corresponde ejercerla a otras autoridades del Estado¹⁴⁰.

De las consideraciones anteriores, es dable colegir que la interpretación que se impuso respecto de esta norma tuvo un carácter más restringido, consistente en que el Ministerio Público se encuentra obligado al resguardo de aquellos derechos ligados a la esfera más íntima de la víctima y que requieren de una protección rápida, pues de lo contrario se verían anulados, como son los derechos a la vida, a la integridad, a la seguridad, a la intimidad y al honor, lo que se ve reflejado al estudiar las normas de nuestro ordenamiento.

Así, la Constitución Política de la República en su artículo 83 establece que al Ministerio Público le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las

¹⁴⁰ **Exposición del Fiscal Nacional del Ministerio Público Guillermo Piedrabuena sobre el tema "La Constitución y los Derechos de la Víctima en el nuevo Proceso Penal", obtenida de www.minpublico.cl, en consulta del día 15 de agosto de 2008.**

víctimas y a los testigos. En el mismo sentido, el Código Procesal Penal sostiene, en su artículo 6 que el Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal; tal como lo hace el artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, 19.640, que además entrega al Fiscal Nacional la facultad de dictar las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos, tal como lo señala el artículo 17 de la mencionada Ley.

El artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, 19.640, por su parte, agrega que el Fiscal Nacional podrá asumir, de oficio y de manera excepcional, la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos respecto de determinados hechos que se estimaren constitutivos de delitos, cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciere necesario para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía.

En la misma línea, el artículo encargado de enumerar las facultades del Fiscal Regional, establece que a éste le corresponde disponer las medidas que faciliten y aseguren el acceso expedito a la Fiscalía Regional y a las fiscalías locales, así como la debida atención de las víctimas y demás intervinientes.

Lo mismo se establece respecto de los Fiscales Adjuntos. Al efecto, el artículo 38 de la Ley establece que las fiscalías locales serán las unidades operativas de las Fiscalías Regionales para el cumplimiento de las tareas de investigación, ejercicio de la acción penal pública y protección de las víctimas y testigos.

Además, el Fiscal Nacional podrá disponer, de oficio y de manera excepcional, que un Fiscal Regional determinado asuma la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos en relación con hechos delictivos que lo hicieren necesario por su gravedad o por la complejidad de su investigación, tal como establece el artículo 19 de la Ley.

Por su parte, y además del Ministerio Público, el tribunal se encuentra obligado garantizar conforme a la ley la vigencia de los derechos de las víctimas durante el procedimiento. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir. En este sentido se pronuncia la letra a) del artículo 83 del Código Procesal Penal.

En esta tónica, el artículo 6 del Código Procesal Penal establece que el fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten reparación del daño causado a la víctima, lo que se entiende sin perjuicio de las acciones civiles que pueden corresponderle a la misma.

A propósito de esta obligación de los fiscales, es necesario refrescar lo dicho respecto de la reparación de la víctima en el proceso penal, y que se concluyó que es absolutamente inoportuna. Más inoportuno nos parece que sea el fiscal uno de los encargados de promover tal reparación, pues su deber no es velar por los intereses de la víctima, sino que por los de la sociedad, tal como se analizará a fondo más adelante.

Mayor detalle sobre este deber de protección que pesa sobre las autoridades para con las víctimas, lo entrega el artículo 78 del Código Procesal Penal, pues establece que será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.

El otorgamiento de estas atribuciones sí estimamos se encuentra justificado, pues es el Fiscal quien está en la mejor posición de tomar medidas inmediatas tendientes a proteger a las víctimas, pero eso no tiene nada que ver con ayudarla a buscar una adecuada reparación.

Continúa el citado artículo estableciendo que los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:

- a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos;
- b) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados;
- c) Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles;
- d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa. Si la víctima hubiere designado abogado, el Ministerio Público estará obligado a realizar también a su respecto las actividades señaladas en las letras a) y d) precedentes. Este derecho recibirá un detallado tratamiento más adelante.

A mayor abundamiento, el artículo 109 del mismo Código establece que la víctima tiene el derecho de solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia.

Pero como se dijo, no sólo el Ministerio Público debe velar por la protección de las víctimas.

Un ejemplo en el cual es el Tribunal el que debe otorgar protección a las víctimas, se puede encontrar a propósito de la procedencia de la prisión preventiva, ya que, en los términos del artículo 139 del Código, esta será procedente cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes

para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. En el mismo sentido se pronuncian los demás artículos que tratan la prisión preventiva, al establecer que el resguardo de la seguridad del ofendido es uno de sus objetivos.

Hay que destacar que una excepción de todos los derechos constitucionales enumerados hasta este punto se encuentra en aquellos casos en que las causas sean de conocimiento de tribunales militares, en los términos del propio artículo 83.

Investigaciones empíricas sobre la materia han destacado cómo la necesidad de ayuda especializada es una de las exigencias más recurrentes en las víctimas del delito. Por ejemplo, Van Dijk ha precisado que a nivel mundial un aproximado del 65% de víctimas formula la necesidad de recibir ayuda especializada, sin embargo, sólo el 4% de esas víctimas indica recibirla realmente. Esta cifra, evidentemente, es menor en Latinoamérica.¹⁴¹

El establecimiento de un sistema estatal de protección a la víctima del delito es un aspecto complementario, pero indispensable, dentro del propósito global de combatir la delincuencia, al ser absolutamente correcta su comprensión como “deber público”. La función total de la lucha estatal contra el delito no se agota justamente en llevar al autor a la sanción por él merecida, sino que ha de incluir también su ámbito tutelar a la víctima del hecho punible.¹⁴²

En este punto es interesante tratar una iniciativa que llevó adelante la Intendencia de Santiago, y otras que en la actualidad están desarrollando varias Municipalidades del país.

En lo que respecta a la iniciativa de la Intendencia, es necesario destacar que entre los años 2002 y 2004, creó una “Fiscalía Antidelincuencia”, que tenía por objeto denunciar la comisión de ciertos delitos y querellarse en contra de los imputados, o

¹⁴¹ Luis Reyna Alfaro “La Víctima en el Sistema Penal” p. 160

¹⁴² Heinz Zipf “Introducción a la Política Criminal” p. 179

procesados. La idea era asegurarse que los delitos no quedaran impunes, tramitando las causas incluso ante los Tribunales Superiores. Además de ello, prestaban atención a las víctimas, orientándolas en temas legales y personales vinculados con el delito cometido. Sin embargo, esta iniciativa no alcanzó a convivir en su auge con el nuevo sistema procesal penal, pues su entrada en vigencia coincidió con un cambio de Intendente y, con ello, un cambio de las prioridades de la Intendencia, entre las que no figuraba mantener la Fiscalía. Dado que no es el punto de este trabajo analizar la procedencia de querellas de parte de la Intendencia en el antiguo sistema procesal penal, en el capítulo relativo a los querellantes, se analizará la procedencia de esta facultad en el actual sistema¹⁴³.

Ahora bien, es analizar la procedencia de que autoridades extrañas al Ministerio Público y a los Tribunales presten auxilio a las víctimas. La Constitución y la ley entregan el deber de proteger a las víctimas primordialmente al Ministerio Público y, de manera complementaria, a los Tribunales de Justicia. Y esto, tal como se vio, tiene algún sentido en el contexto de nuestra normativa. Sin embargo, esta justificación no cubre el hecho de que cualquier autoridad que estime que el Ministerio Público o los Tribunales no estén haciendo bien su labor, pueda atribuirse estas funciones.

La Intendencia es un ente extraño al sistema procesal penal y no se encuentra dentro de sus atribuciones el prestar asesoría a las víctimas de delitos. Aunque se conceda que por depender del Ministerio del Interior, y que este vela por la seguridad interior del Estado, el salto para concluir que le corresponde proteger a las víctimas es demasiado grande¹⁴⁴.

Sin embargo, la Intendencia de Santiago no es el único organismo público que ha entendido que dentro de sus atribuciones se encuentra la de prestar asesoría a las víctimas. En efecto, Municipalidades como las de Santiago, La Florida, Providencia o

¹⁴³ En este sentido, ver las páginas 198 y siguientes de este trabajo

¹⁴⁴ Para un análisis más completo del funcionamiento de la Fiscalía Antidelincuencia de la Intendencia de Santiago, ver: Carmen Domínguez, "Esfuerzos Locales en el Combate contra la Delincuencia", en www.lyd.com/municipales2004/esfuerzos_locales.pdf. Fecha de consulta: 31 de julio de 2009

Las Condes, también tienen sus unidades especializadas encargadas de asesorar a las víctimas. De acuerdo a la propia descripción que hace de este servicio la página Web de la Municipalidad de Santiago, se extrae que “la Fiscalía Antidelincuencia de la Municipalidad de Santiago es un servicio gratuito que brinda asesoría legal a las víctimas de delitos y asaltos ocurridos en la vía pública, y a quienes sufran robos en sus domicilios o lugares de trabajo”.¹⁴⁵ El caso de las Municipalidades es incluso más complejo que el de la Intendencia, pues ni siquiera puede recurrirse al argumento de la relación con el Ministerio del Interior y la seguridad interior del Estado para justificar su actuación de apoyo a las víctimas.

Tampoco se justifica que estos organismos públicos sean receptores de las denuncias de los ciudadanos y que las canalicen a las autoridades del Ministerio Público o a las policías; si la víctima puede ocurrir ante una Municipalidad a denunciar, bien puede hacerlo a una unidad operativa de la Fiscalía, y así se ahorra la intermediación. Frente al efectista argumento de que hay que facilitarle las cosas lo más posible a las víctimas de los delitos, se impone por la fuerza de la razón, aquel que sostiene que deben hacerse las cosas bien.

II.4.2.1.2.b.ii. ¿El Fiscal como Abogado de la Víctima?

La protección que, en especial, debe brindar el Fiscal a la víctima, ha llevado a algunos a plantear que pondría el mismo en un papel similar al de representante o incluso de abogado de la víctima.

El propio Fiscal Nacional se ha encargado de aclarar porqué esto es equivocado, al sostener que el error de plantear que el fiscal representa a la víctima se basa en la práctica de numerosas simulaciones en que se hacía al fiscal aparecer

¹⁴⁵ <http://www.municipalidadesantiago.cl/seguridad/fiscalia.php> , fecha de la consulta: 10 de agosto de 2009

como abogado de la víctima y también se encuentra en algunos materiales de capacitación que circularon en los meses previos a la iniciación de la vigencia de la reforma.

Sin embargo, hoy en día no puede sostenerse una afirmación de este tipo por numerosas razones, las cuales son recogidas por el Instructivo N° 52 del Fiscal Nacional y que se reproducen a continuación:

“El fiscal no es un representante de la víctima porque:

- a) La víctima es un interviniente separado e independiente del fiscal como lo señala expresamente el artículo 12 del CPP y los roles procesales de las víctimas y de los fiscales son diferentes desde todo punto de vista;
- b) El fiscal se rige por los principios de legalidad, objetividad y oportunidad. La víctima no puede ser objetiva y no le concierne el principio mediante el cual el fiscal decide no investigar un hecho punible en virtud del principio de oportunidad, por el contrario la víctima puede oponerse a la decisión del fiscal. También la víctima puede oponerse al archivo provisional, y a la no iniciación de una investigación, todo ello conforme lo permiten los artículos 167, 168, 169 y 170, de modo que existe una incompatibilidad de intereses entre el fiscal y la víctima que es inconciliable con la institución procesal de la representación en juicio por un mandatario letrado;
- c) La víctima debe ser escuchada por el fiscal (Art. 109 letra d) y también por el tribunal en determinadas actuaciones de la causa (Art. 109 letra e) y además puede impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria (Art. 109 letra f), independientemente que lo haga el fiscal en defensa de los intereses sociales;

- d) Si el fiscal fuera el abogado de la víctima tendría que rendir cuenta como si fuera un mandatario letrado de ésta, situación que es enteramente improcedente atendidas las funciones del fiscal;
- e) No es posible confundir el papel legal de protección de la víctima que se traduce en la información de sus derechos y en la protección física y psíquica del ofendido por el delito, con el rol de defensor legal de la misma, situaciones que son enteramente diferentes;
- f) Tratándose de una representación legal del fiscal, la ley tiene que atribuirle expresamente y si se trata de una representación convencional ella tiene que hacerse valer en un patrocinio que tiene que otorgarse conforme a la ley 18.120, todo lo cual no concurre en la situación de la víctima y del fiscal;
- g) Finalmente, hay instituciones en que la víctima tiene que concurrir a un acuerdo con el imputado y en que no es posible entenderla representada por el fiscal, como lo es el caso de los acuerdos reparatorios, y hay otras situaciones en que la víctima o el fiscal pueden pedir la revocación de la suspensión condicional del procedimiento, lo que evidencia nuevamente de que estamos en presencia de roles procesales absolutamente diversos.¹⁴⁶

Así las cosas, en el inicio de la reforma procesal penal chilena y por influencia de algunas concepciones extranjeras acerca del papel del fiscal frente a las víctimas, que señalan que son sus verdaderos abogados, se han verificado prácticas que son contrarias al nuevo ordenamiento jurídico procesal. Evidentemente, del hecho de que estas prácticas ocurran, no se sigue que sean adecuadas, ni mucho menos que deban perpetuarse.

¹⁴⁶ **Oficio N° 145 del Fiscal Nacional Económico a los Fiscales que los Orienta en el Tema de la Citación de las Víctimas a las Audiencias del Proceso Penal, de 27 de marzo de 2002.**

En efecto, en el recinto de las audiencias judiciales a las que asiste la víctima, se coloca ésta junto con el fiscal, simbolizando el carácter de representante de aquella. Además, en algunas ocasiones el juez no cita a la víctima como interviniente del proceso o no considera especialmente su opinión dado que estima erradamente que el fiscal la representa en sus intereses.

Esta errada concepción contraría abiertamente el principio de la objetividad que debe inspirar la acción de los fiscales. Si el fiscal fuera abogado de la víctima, no podría nunca actuar en contra de sus intereses subjetivos y debería limitarse a cumplir o interpretar las instrucciones que le imparte la víctima.

Por el contrario, si bien el fiscal tiene el deber de informar y de proteger a la víctima, no es menos cierto que ésta es un interviniente separado con sus propios y legítimos intereses. Así, la víctima puede considerar que existe mérito para acusar mientras que el fiscal no lo estima así (lo que no nos parece adecuado, pero sí ayuda a demostrar que se trata de intervinientes independientes). Lo mismo ocurre con las decisiones de continuar o no con el procedimiento, sobre las distintas salidas alternativas y las decisiones de interponer o no los recursos procesales.

Esta equivocada percepción del papel de los fiscales ha hecho que las víctimas prefieran muchas veces no contratar abogados que las representen, puesto que estiman erradamente tener como abogados a los fiscales del Ministerio Público.

II.4.2.1.2.b.iii. Ámbito de Aplicación de este Derecho

Con la finalidad de velar por el cumplimiento de las tareas de protección e información para con la víctima que a este respecto la ley procesal penal encomienda al Ministerio Público, el artículo 20 letra f) de la ley 19.640 establece, dentro de las unidades administrativas de la Fiscalía Nacional, la División de Atención a las Víctimas y Testigos.

A su vez, el artículo 34 letra e) de la misma ley establece dentro de las unidades administrativas de las Fiscalías Regionales, la Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, que tiene por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal.

A través de estas normas la Reforma Procesal Penal procura evitar las dramáticas consecuencias que la intervención en el procedimiento puede acarrear a la víctima, estableciendo sus derechos dentro del mismo, lo que nos parece absolutamente adecuado y certero.

Sin embargo, el deber de protección que tiene el Ministerio Público respecto de las víctimas no sólo dice relación con el hecho de evitar posibles hostigamientos, amenazas o atentados, sino también con la obligación de amparar y proteger al ofendido por el delito frente a una exposición pública que implique un ataque a su vida privada y a su intimidad, de parte, principalmente, de los casi siempre poco atinados medios de comunicación.

En este sentido, la protección de la intimidad de la víctima durante el desarrollo del proceso penal y, fundamentalmente durante la audiencia del juicio oral, cobra especial relevancia respecto de aquellas víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Es en estos casos, donde la víctima, más que desear ser protegida de posibles amenazas o atentados, lo que quiere es que su identidad se mantenga en el anonimato a fin de evitar la estigmatización por parte de la sociedad y la vergüenza que le produce el relatar, durante una audiencia pública como lo es la audiencia del juicio oral, hechos propios de la esfera íntima y privada, la protección debe circunscribirse a eso.

Por otra parte, se debe tener especialmente en cuenta un elemento fundamental al momento de realizarse el juicio, cual es el miedo de la víctima a declarar frente al acusado y a encontrarse cara a cara con su agresor.

Con el objeto de dar un real cumplimiento al deber de dar protección al ofendido por el delito, y de velar por la integridad física y psíquica de las víctimas es que resulta recomendable la utilización de mecanismos sencillos, como la disposición de un biombo o de algún otro elemento que permita evitar el contacto entre víctima e imputado y entre ésta y el público.

De este modo, se estará protegiendo a la víctima y se evitará lesionar los principios fundamentales que informan el nuevo proceso penal, en especial los que dicen relación con el juicio oral y sus requisitos de validez.

Cabe destacar que la utilización de biombos u otros mecanismos de protección han sido empleados en el nuevo sistema procesal penal, no sólo para los efectos de proteger a testigos cuya identidad se deseaba mantener en reserva, sino también, para el sólo efecto de proteger la intimidad de la víctima y de evitar un encuentro indeseado con su agresor.

Un caso práctico puede ayudar a ilustrar parte de lo que se ha venido argumentando hasta ahora.

Con fecha 11 de febrero del 2002, en la ciudad de Temuco, se llevó a cabo la audiencia de juicio oral por el delito de violación y robo con intimidación ante la Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, constituida por el Juez Presidente de la misma, Erasmo Sepúlveda Vidal y los magistrados Oscar Luis Viñuela Aller y Juan Ángel Muñoz López.

Previo a la realización de la audiencia, el fiscal del Ministerio Público, don Luis Toledo Ríos, pudo constatar que la víctima no se encontraba en condiciones de prestar declaración como testigo durante el juicio, atendido el grave daño psicológico que presentaba como consecuencia del delito.

Esta circunstancia se pudo ratificar mediante la realización de informes psicológicos y psiquiátricos que daban cuenta del severo daño que presentaba la

víctima y las graves consecuencias que podrían producirse en ella en caso de tener que declarar en la audiencia enfrentando cara a cara al imputado.

Con el objeto de evitar estas indeseadas consecuencias y de proteger, tanto la integridad psíquica de la víctima, como su intimidad, el fiscal del Ministerio Público realizó una petición, en orden a adoptar ciertas medidas de protección en su favor, a fin de evitar, durante la audiencia del juicio oral, el contacto visual entre la víctima y el imputado.

La solicitud principal decía relación con la posibilidad de que la víctima declarara en una sala contigua a la sala de audiencias, mediante la utilización de un circuito cerrado de televisión, sistema que ya ha sido utilizado anteriormente para la declaración de los menores de edad durante el juicio.

Subsidiariamente, el fiscal solicitó la utilización de un biombo que impidiera el contacto visual entre víctima e imputado, y el estricto cumplimiento de lo previsto en el artículo 33 inciso segundo de la ley 19.253, en el sentido de prohibir la difusión por cualquier medio de comunicación social de la identidad de la víctima.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco citó a los intervinientes a una audiencia a fin de discutir y debatir en torno a la procedencia de la adopción de las medidas de protección solicitadas.

Al finalizar la audiencia y, en lo que constituye un hito en la protección de las víctimas al interior del nuevo procedimiento penal por parte del Ministerio Público y de los Tribunales de Justicia, se resolvió por unanimidad autorizar la utilización de un biombo que protegiera a la víctima al momento de prestar su declaración¹⁴⁷.

Por otro lado, es necesario hacer presente que el alcance subjetivo del deber de protección por parte del Ministerio Público se extiende no sólo a la víctima, sino

¹⁴⁷ **Oficio N° 164 del Fiscal Nacional a los Fiscales, que los Orienta en el Tema de la Protección de las Víctimas Durante las Audiencias de Juicio Oral, de 12 de abril de 2002.**

también a su círculo más cercano de afectos. Ello en virtud de lo dispuesto por los artículos 78 y 109 del Código Procesal Penal, que amplían el ámbito de la protección a la familia del ofendido.

Asimismo, cabe observar que, toda vez que la medida de protección perturbe el normal desenvolvimiento de la víctima, requerirá su consentimiento en forma previa a la adopción de aquella.

Respecto de las medidas destinadas a la protección, éstas pueden ser adoptadas en forma autónoma por el Ministerio Público en aquellos casos que no transgredan derechos fundamentales de otros intervinientes, o bien, decretadas por el juez o tribunal en caso contrario, como puede ocurrir con las medidas cautelares personales.

Sin embargo, es necesario destacar que las medidas de protección a las que hemos hecho referencia son adoptadas con motivo del proceso penal y que, por regla general, se encuentran destinadas a subsistir mientras éste también lo haga, por lo que tienen un carácter provisional. No obstante, este término no puede ser automático, dejando a la víctima por completo desprovista de seguridades básicas.

Por ello, los artículos 308 y 322, ambos del Código Procesal Penal, permiten extender las medidas de protección de testigos y otros terceros que debieren intervenir en el procedimiento por el tiempo que fuere necesario, aún después de prestada la declaración en juicio.

Para brindar un adecuado cumplimiento a este mandato legal, el Ministerio Público procura diseñar estrategias de protección que signifiquen que, al término de la adopción de estas medidas, las personas beneficiarias se encuentren en las condiciones personales necesarias para desarrollar su vida cotidiana sin temor a una inminente agresión.

Además, existen casos en que nuestra legislación especial permite la mantención de medidas de esta índole con posterioridad al procedimiento, como es el caso de la relocalización de víctimas que hayan participado como testigos en delitos terroristas (artículo 19 Ley 18.314).

II.4.2.1.2.b.iv. El Oficio 337 de la Fiscalía Nacional

Todo lo dicho respecto de la protección que la víctima recibirá de la Fiscalía a lo largo del proceso, se encuentra complementado por el Oficio número 337 de la Fiscalía Nacional, de 11 de julio de 2003, que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N.º 11, sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal¹⁴⁸.

A modo introductorio en el mencionado Oficio, se sostiene que:

“La presente instrucción general tiene por objeto orientar a los fiscales respecto de los deberes y obligaciones con las víctimas, de acuerdo al nuevo ordenamiento procesal penal en que la víctima es un interviniente del proceso, sea o no querellante (Art. 12 y 108 y siguientes del Código Procesal Penal, en adelante, indistintamente, CPP).

Esta instrucción general se encuentra basada en una interpretación del Código Procesal Penal como instrumento de garantía de los derechos fundamentales, a partir de la cual entendemos posible aseverar que las normas del CPP, que reconocen derechos a la víctima, están preordenadas, en forma amplia, a la tutela de sus derechos fundamentales y a la consagración de los valores superiores del ordenamiento jurídico en relación con el ofendido por el delito.

¹⁴⁸ Dada la poca difusión que suelen recibir este tipo de Instructivos, y la relevancia que tiene para este trabajo, se encontrará el texto completo del mismo en el Anexo 1 de esta presentación.

Esta visión es consistente con la función de protección a las víctimas, establecida en la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional N.º19.640, que debe ser entendida en el sentido amplio de que nuestro proceso penal no se encuentra ordenado sólo con relación al ejercicio del poder penal del Estado, sino también a la promoción de los intereses concretos de los ofendidos por el delito. Este deber es asignado al Ministerio Público, en tanto órgano del Estado que no sólo tendría entonces a su cargo la persecución penal pública, sino también la cautela de los derechos fundamentales de la víctima.

Tal deber de cautela puede ser decodificado, a partir de las normas contenidas en el CPP respecto de esta materia, en a lo menos cuatro funciones o dimensiones diferentes: protección en sentido estricto –esto es, protección de ciertos derechos fundamentales de la víctima frente a hostigamientos, amenazas o atentados-, atención –entendida como prevención de la victimización secundaria-, promoción de la reparación y promoción de la participación.

En consecuencia, el rol del fiscal es sostener la persecución penal pública en representación del Estado y la sociedad, y realizar acciones tendientes al cumplimiento de las cuatro funciones ya referidas respecto de la víctima. Para cumplir esta segunda tarea, el fiscal puede contar con la asesoría de las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos (en adelante, las Unidades o la Unidad)”.

Estos párrafos merecen más de un comentario. La frase que debe perdurar y guiar el actuar de todo fiscal es, en el concepto de este trabajo, la última. Es rol del Fiscal sostener la persecución penal pública en representación del Estado y la sociedad (en esto último está el énfasis), y realizar acciones tendientes al cumplimiento de las funciones que involucran a la víctima. Pero a la hora de armonizar su rol principal con la realización de las acciones ya referidas respecto de las víctimas, debe

primar el primero: el interés de una víctima no puede llevar a sacrificar el del Estado, ni mucho menos el de la sociedad.

Esto no quiere decir que la víctima no debe recibir atención y protección de parte de las autoridades; sólo quiere decir que el brindar esos cuidados no necesariamente coincide con satisfacer las expectativas que la víctima ha puesto en la resolución del conflicto en el que se encuentra involucrada.

Así las cosas, no nos parece ajustado al recto entendimiento del sistema, el hecho de adjudicar al fiscal el deber de promover la reparación de las víctimas ni tampoco su participación; lo primero porque promover la reparación de las víctimas y resguardar los intereses del Estado y la sociedad pueden ser misiones que se contraponen (caso en el que, desde luego, debe privilegiarse esto último), y lo segundo, pues desvirtúa el sistema en los términos explicados en el capítulo anterior.

II.4.2.1.2.b.v. Algunos Casos de Derecho Comparado

En lo que respecta al tratamiento que este derecho recibe en legislaciones comparadas, vale la pena destacar los casos de Colombia y México.

La Constitución colombiana declara en su artículo 250 que es obligación de la Fiscalía General de la Nación "velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso".

Se trata de una regla casi idéntica a la contenida en la parte final del inciso primero del artículo 83 de nuestra Carta Fundamental. La diferencia estriba en que tal artículo 250 es más amplio en cuanto a los sujetos respecto de los cuales existe el deber de resguardo: no sólo se les debe protección a los afectados por el delito y a quienes declaren en juicio, sino a los intervinientes en general.

Por su parte, la Constitución Mexicana contempla, en su artículo 20, un amplio catálogo de derechos a favor de las víctimas, a saber: recibir asesoría jurídica; ser informado de sus derechos y del curso del juicio; solicitar diligencias probatorias al Ministerio Público, así como aportar a este órgano de persecución penal elementos de prueba; recibir atención médica y psicológica de urgencia; ser reparada en el daño ocasionado por el ilícito penal; no ser sometida a careo si se es menor de edad y se ha sufrido un delito sexual o de secuestro, y, finalmente, solicitar medidas de protección.

Sin embargo, podemos aseverar que la consagración de los derechos de las víctimas ha sido la excepción en las cartas políticas del extranjero. Ello obedece a que la regulación constitucional del derecho penal y procesal penal se ha hecho tradicionalmente respecto de la posición jurídica del infractor, mas no del ofendido.

Lo anterior no ha impedido que la doctrina comparada se haya esforzado en interpretar los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal de una forma amplia, permitiendo que sus titulares sean tanto los justiciables como las víctimas. Este análisis en todo caso no ha sido sistemático y no ha provenido del derecho constitucional, sino del derecho penal y fundamentalmente del derecho procesal penal y de la criminología¹⁴⁹.

II.4.2.1.2.b.vi. Conclusiones

¿Qué se puede concluir entonces? Pues que es absolutamente necesario que tanto el Ministerio Público como los Jueces de Garantía y de Juicio Oral en lo Penal tomen medidas para proteger a las víctimas, en la medida en que esto se considera necesario para que estas presten su declaración como testigos, o hagan la denuncia correspondiente.

Pero si en el capítulo primero se concluyó que el cuidado de la víctima debe recaer en una esfera ajena al derecho penal ¿por qué ahora se dice que es adecuado

¹⁴⁹ **Exposición del Fiscal Nacional del Ministerio Público Guillermo Piedrabuena sobre el tema "La Constitución y los Derechos de la Víctima en el nuevo Proceso Penal"**

que el Ministerio Público y los Tribunales brinden protección a las víctimas? Por la simple y exclusiva razón de que se encuentran en la mejor posición de hacerlo, con el tiempo de respuesta adecuado que exige una situación tan delicada como una eventual afectación de derechos fundamentales.

Lógicamente, esto no significa que el Ministerio Público, ni sus fiscales individualmente considerados sean abogados de las víctimas. Protegerán sus derechos y les brindarán información; pero, cuando sea necesario, irán expresamente en contra del interés de la víctima en busca de proteger la correcta aplicación de la ley y el interés de la sociedad y del Estado. Un “buen” abogado o, uno malo que intente hacerlo “bien”, probablemente no haría eso.

Esos son los únicos derechos de la víctima que tienen consagración constitucional. El resto de la regulación referida a la víctima tiene rango legal, normativa que será reseñada a continuación.

II.4.3 Derechos de la Víctima de Rango Legal

Quedó en evidencia que los derechos de rango constitucional recién analizados, reciben también una consagración de rango legal, y serán mencionados cuando corresponda.

Por otro lado, existen un importante número de derechos que, sin recibir una consagración constitucional, sí están amparados a nivel legal. Principalmente a estos se dedicará esta parte del capítulo.

Tal como se hizo a propósito de los derechos de rango constitucional, los de rango legal serán sistematizados, y aquellos que merezcan un análisis, lo recibirán en el momento oportuno.

II.4.3.1 Derechos de la Víctima en Tanto Interviniente

La víctima es clasificada por el artículo 12 del Código Procesal Penal como un interviniente. En efecto, ese artículo sostiene que para los efectos regulados en el mencionado Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.

El hecho de que la víctima sea tenida por interviniente dentro del proceso penal le confiere una serie de derechos que serán enunciados a continuación. Por ser estos derechos comunes a todos los intervinientes, no requieren un mayor comentario en la medida en que no presentan una relevancia particular para un estudio centrado en la víctima y en el querellante particular. Sin perjuicio de lo anterior, cuando el derecho comentado amerite un comentario, este no será obviado.

Pasemos entonces a la enumeración de los mentados derechos.

- En aquellos casos en que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado y las medidas que pudiere adoptar el juez de garantía para permitir el ejercicio de los derechos del imputado, este suspenderá el procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia. (Art. 10 CPP). Así las cosas, la víctima, en su calidad de interviniente, tiene el derecho de asistir a esa audiencia.
- La víctima en tanto interviniente, tiene derecho a asistir y ser oída en varias otras audiencias:
 - Puede concurrir a la audiencia en la que el imputado presta su declaración (Art. 98 CPP).

- Puede participar de la audiencia en la que se discute la prisión preventiva del imputado, debiendo ser oída. (Art. 142 CPP); y a aquella en que se discuta la modificación o revocación de la misma (Art. 144 CPP); como también en aquella en que se debata su sustitución (Art. 145 CPP) y terminación por cesación de los motivos que le dieron origen (Art. 152 CPP).
- Esta habilitada para ser parte de la audiencia en la que se discuta la suspensión de las medidas cautelares personales decretadas en contra del imputado. (Art. 156 CPP).
- Tiene el derecho de participar en la audiencia en la que se rinda la prueba anticipada (Arts. 191 y 191bis CPP); como también a aquella en la que se reciba la declaración de la prueba testimonial tomada en el extranjero de forma anticipada, y a que se le devuelvan los gastos en que incurriere para asistir a la misma si es que esta finalmente no se desarrolla. (Art. 192 CPP).
- Asistir a la audiencia en que se discuta la aprobación de acuerdos reparatorios (Art. 241 CPP) y la suspensión condicional del procedimiento (Art. 245 CPP); y a ser oída en aquella celebrada a fin de modificar las condiciones impuestas para suspender el procedimiento (Art. 238 CPP).
- Puede también asistir a la audiencia que se celebre cuando, transcurrido el plazo fijado para el cierre de la investigación, el fiscal no la hubiese cerrado, y el juez convoque a audiencia para discutir el cierre (Art. 247 CPP); y tiene el derecho de solicitar que se cite a audiencia si el fiscal no cerrare la investigación cuando el juez de garantía le da 10 días para hacerlo.

- Tiene derecho a asistir a la audiencia en la que se discuta la procedencia de decretar el sobreseimiento definitivo o temporal (Art. 249 CPP).
- La víctima, en tanto interviniente, puede asistir a la audiencia de preparación del juicio oral. (Art. 260 CPP).
- Ser oída en la audiencia en que se discuta la exclusión de pruebas (Art. 276 CPP).
- Tiene derecho a asistir a la audiencia de juicio oral (Art. 325 CPP).
- Puede asistir a la audiencia en que se dé a conocer la sentencia (Art. 346 CPP).
- Asistir a la audiencia citada a propósito del requerimiento presentado por el Ministerio Público (Art. 393 CPP), como también a ser oída (Art. 396 CPP).
- Asistir y hacer uso de la palabra en la audiencia en la que se discuta la aplicación del procedimiento abreviado (Art. 407 CPP).

No parece haber problemas bajo concepción alguna el garantizar a las víctimas la posibilidad de participar en las audiencias e, incluso, de ser oída en las mismas, pues es bastante probable que tenga mucho que aportar en las mismas.

- ◇ Los intervinientes en el procedimiento podrán renunciar, total o parcialmente, a los plazos establecidos a su favor, por manifestación expresa. (Art. 18 CPP).

- ◇ Los intervinientes pueden solicitar un nuevo plazo cuando por la deficiencia de la comunicación del Ministerio Público se hubiere encontrado impedido de ejercer oportunamente un derecho o desarrollar alguna actividad dentro del plazo establecido por la ley (Art. 22 CPP).
- ◇ Tienen derecho a ser advertidos de que si no fijan un domicilio dentro de los límites urbanos de la ciudad en que funcionare el tribunal respectivo, en el cual puedan practicárseles las notificaciones posteriores, las resoluciones les serán notificadas por estado diario (Art. 26 CPP).
- ◇ También tiene derecho a proponer para sí otra forma de notificación, cuya idoneidad evaluará el tribunal (Art. 31 CPP).
- ◇ Siempre tendrán acceso al contenido de los registros y, a petición suya, el funcionario competente del tribunal expedirá copias fieles de los registros o de la parte de ellos que fuere pertinente. (Art. 44 CPP). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 182 del Código Procesal Penal.
- ◇ Tiene derecho a solicitar al juez de garantía que ponga término al secreto de las actuaciones de investigación o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare. (Art. 182 CPP).
- ◇ Puede solicitar que se declare el abandono de la querrela (Art. 120 CPP).
- ◇ Tiene el derecho a solicitar la modificación o sustitución de la prisión preventiva decretada contra el imputado (Arts. 144 y 145 CPP). Esto va más allá de los derechos que debería tener una víctima, según se vio.

- ◇ Puede apelar de las resoluciones que negaren o dieran lugar a las medidas cautelares personales (Art. 158 CPP), cosa que también y por las mismas razones nos parece excesivo.
- ◇ Tiene derecho a reclamar la nulidad procesal de actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que le ocasionaren un perjuicio (atentado contra sus posibilidades de actuación) reparable únicamente con la declaración de nulidad. (Art. 159); y a que este perjuicio se presuma de derecho cuando la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República. (Art. 160 CPP).
- ◇ Tiene derecho a que si el tribunal estimare haberse producido un acto viciado y la nulidad no se hubiere saneado aún, se lo ponga en conocimiento del interviniente en el procedimiento a quien estimare que la nulidad le ocasiona un perjuicio, a fin de que proceda como creyere conveniente a sus derechos (Art. 163 CPP).
- ◇ Tiene derecho a ser notificada de la decisión del fiscal de hacer aplicación del principio de oportunidad. (Art. 170 CPP); y a solicitar que esa decisión sea dejada sin efecto frente al juez de garantía y, si este no satisface sus reclamos, ante las autoridades del Ministerio Público.

Este derecho merece un breve comentario. Por mandato constitucional, y tal como ya se vio, la dirección de la investigación recae exclusivamente en el Ministerio Público. Es por lo menos debatible si la facultad de la víctima en tanto interviniente de recurrir de la decisión del Fiscal de hacer aplicación del principio de oportunidad es o no una vulneración de esta garantía, tal como podría serlo la posibilidad de solicitar que se cierre la investigación, facultad ya mencionada.

Es evidente que los tribunales deben controlar la actuación de los fiscales, en cierta medida, pero lo complejo es que este control se haga a instancias de la víctima.

Lo que matiza la complejidad de esta situación es el hecho de que sea el tribunal o las autoridades del Ministerio Público los que toman la decisión final respecto a la aplicación del principio de oportunidad. Pero no deja de llamar la atención.

Esto se vincula estrechamente con lo dicho más arriba a propósito de varias sentencias del Tribunal Constitucional conociendo de casos en los que el Ministerio Público no procedía a formalizar la investigación, o que la formalizaba en términos diversos a los pretendidos por el ofendido.¹⁵⁰

Siguiendo con los derechos:

- ◇ Durante la investigación, puede solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos; y a reclamar ante las autoridades del Ministerio Público si el fiscal rechazare la solicitud. (Art. 183 CPP).

Esta posibilidad de solicitar diligencias también excede el papel de víctima y denunciante que debe corresponder a las víctimas. Tal como varias de las que siguen.

- ◇ Tiene el derecho a asistir a las actuaciones o diligencias que el fiscal deba realizar, cuando este lo autorizare por estimarlo útil (Art. 184 CPP).
- ◇ Tiene acceso a las especies recogidas durante la investigación con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el Ministerio Público o, en su caso, por el juez de garantía. (Art. 188 CPP).
- ◇ La víctima, en tanto interviniente, tiene el derecho a que las peticiones que hubiese planteado sean discutidas en la audiencia de formalización de la investigación. (Art. 232 CPP).

¹⁵⁰ **En este sentido, ver páginas 115 y siguientes**

- ◇ Puede solicitar que el Juez de Garantía fije un plazo para cierre de la investigación (Art. 234 CPP). Esto también implica tomar sobre sí decisiones sobre la dirección de la investigación, tal como se dijo oportunamente, lo que es inconstitucional.
- ◇ El artículo 254 del Código Procesal Penal, la faculta para solicitar la reapertura del procedimiento en los casos en que cesare la causa que hubiere motivado el sobreseimiento temporal. Esto también implica tomar sobre sí decisiones sobre la dirección de la investigación.
- ◇ Está facultada para reiterar, dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado, o respecto de las cuales no se hubiese pronunciado. (Art. 257 CPP). Esto también implica tomar sobre sí decisiones sobre la dirección de la investigación.
- ◇ Derecho a que el tribunal le devuelva los documentos que hubiese acompañado al procedimiento. (Art. 279 CPP).
- ◇ Está facultada para oponerse a que los medios de comunicación puedan fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia (Art. 289 CPP).
- ◇ Tiene el derecho de dirigir a los testigos y peritos preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad o algún otro defecto de idoneidad, en el caso de los primeros, y a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones, en el segundo. (Arts. 309 y 318 CPP).

- ◇ Tiene el derecho a presentar informe de peritos (Art. 314 CPP), y a solicitar que su comparecencia no sea sustituida por la sola presentación de su informe. (Art. 315 CPP).
- ◇ Puede solicitar al juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. (Art. 320 CPP).
- ◇ Tiene derecho a presentar antecedentes en la audiencia en que se discutan las circunstancias modificatorias de responsabilidad que se apliquen al imputado. (Art. 343 CPP).
- ◇ Tiene derecho a solicitar la revisión de las medidas cautelares personales, atendiendo al tiempo transcurrido y a la pena probable, cuando se pronunciare la decisión de condena. (Art. 348).
- ◇ Tiene derecho a recurrir en contra de resoluciones judiciales en caso de haber sido agraviado por ellas (Art. 352 CPP); y a renunciar o desistirse de los mismos. (Art. 354 CPP); como también a solicitar que los recursos intentados por las otras partes sean declarados inadmisibles (Art. 382 CPP).
- ◇ Solicitar la suspensión de la vista de la causa en los términos del artículo 357 del Código Procesal Penal.
- ◇ Puede solicitar la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial (Art. 464 CPP); y, después de iniciado el procedimiento, el sobreseimiento temporal del procedimiento hasta que desaparezca la incapacidad del imputado o el definitivo si se tratare de una enajenación mental incurable (Art. 465 CPP).

Un tema sobre el que es interesante volver, es el que dice relación con la presencia y participación de las víctimas en las diversas audiencias que se desarrollan a lo largo del proceso. Si bien en todos los casos en que el Código establezca como requisito para una determinada audiencia que sean citados “todos los intervinientes”, constituye una obligación para el tribunal el citar a la víctima a dicha audiencia. En estos casos bastará su sola citación independientemente de su concurrencia a la audiencia, salvo que se trate de un supuesto en que expresamente se exija su presencia, como en el caso de los acuerdos reparatorios.

El Oficio pertinente del Fiscal Nacional sobre este tema, concluye que el artículo 6 del Código Procesal Penal establece respecto de los tribunales, el deber de garantizar conforme a la ley la vigencia de los derechos de la víctima, durante el procedimiento. La posición de garante de la víctima que adquieren los tribunales en el nuevo proceso penal acarrea, entre otras cosas, la obligación de asegurar el efectivo ejercicio de los derechos que la ley le otorga.

De esta forma, la no citación de la víctima a aquellas audiencias en que la ley expresamente ordena dicho trámite, significará para la víctima la imposibilidad de ejercer sus derechos, contraviniendo con ello no sólo las disposiciones expresas del Código, sino que el espíritu mismo de la reforma procesal que busca reposicionar a la víctima transformando el resguardo de sus intereses en uno de sus principales objetivos¹⁵¹.

Baste con esto en lo que a derechos de la víctima en tanto interviniente se refiere. Es del todo sensato que nuestra legislación contemple que la víctima puede asistir a todas las audiencias que se celebren a lo largo del proceso penal, como también lo es que tenga una participación trascendente, en el sentido de tener derecho

¹⁵¹ **Oficio N° 145 del Fiscal Nacional Económico a los Fiscales que los Orienta en el Tema de la Citación de las Víctimas a las Audiencias del Proceso Penal, de 27 de marzo de 2002.**

a voz, en las mismas, pues, como ya se explicó en el capítulo anterior, la víctima suele ser un testigo privilegiado de los hechos investigados.

Los derechos que no van más allá de esto: de la presencia de las víctimas en las audiencias y de aquellos otros derechos que no influyen en la dirección del proceso son plenamente comprensibles, y su consagración se encuentra plenamente justificada.

II.4.2.2.2 Derechos de la Víctima en Tanto Tal

Un segundo, y más importante para los fines de esta investigación, grupo de derechos de rango legal que posee la víctima, son los que ostenta en su calidad de tal, es decir, que no tienen los demás intervinientes, si no que son propios de la víctima.

Lo anterior, es sin perjuicio de que los derechos de la víctima sean también predicables del querellante particular, debido a la cada vez mayor superposición que se da entre ambas figuras, y que nos llevará a sostener que lo más adecuado es fundirlas en una sola, y circunscribir sus derechos a lo sugerido en este trabajo.

II.4.2.2.2.a.- Derecho a Ejercer la Acción Penal

En primer lugar, y con el fin de dar aplicación al mandato constitucional contenido en el artículo 83 de la Carta Fundamental, los artículos 53 y siguientes del Código Procesal Penal regulan la acción penal y su ejercicio.

Así las cosas, el artículo 53 sostiene que si bien la acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometida a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, puede ser ejercida, además por las personas que determine la ley con arreglo a las disposiciones del Código Procesal Penal. A lo anterior, agrega que la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere

la denuncia previa de la víctima, y que la acción penal privada sólo puede ser ejercida por la víctima.

Hasta este punto, entonces, tenemos que la víctima, en ciertos casos, puede ejercer la acción penal pública, situaciones en la que su posición devendrá en la de querellante particular, lo que será analizado en el capítulo siguiente; que en un segundo grupo de casos, la denuncia por parte de la víctima es un requisito central para poder iniciar la persecución penal; y que, en un tercer grupo, la acción penal sólo puede ser ejercida mediante la interposición de una querrela por la víctima.

El mencionado segundo grupo de casos, es el que en el Código Procesal Penal se denomina delitos de acción pública previa instancia particular, y que son definidos como aquellos en que no podrá procederse de oficio por el Ministerio Público sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía¹⁵².

A reglón seguido, el propio Código establece que a falta de ofendido por el delito, podrán denunciar el hecho las personas indicadas en el artículo 108; y cuando el ofendido se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pudieren formularla por él se encontraren imposibilitados de hacerlo o aparecieren implicados en el hecho, el Ministerio Público podrá proceder de oficio. Iniciado el procedimiento, éste se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública.

¹⁵² El artículo 54 del Código Procesal Penal establece que tales delitos son:

- a) Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494, número 5º, del Código Penal;
- b) La violación de domicilio;
- c) La violación de secretos prevista en los artículos 231 y 247, inciso segundo, del Código Penal;
- d) Las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 del Código Penal;
- e) Los previstos en la ley N° 19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial;
- f) La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado, y
- g) Los que otras leyes señalaren en forma expresa.

La pertinencia de la consagración de este tipo de delitos parece, a lo menos, cuestionable. Si bien es entendible que se trata de delitos de un impacto público bastante reducido, eso no debe obstar a que si el acaecimiento de los hechos que podrían configurar esos delitos llegue a manos de la Fiscalía, la policía o la justicia, no se pueda iniciar la investigación.

Me parece que aquí las opciones se reducen a dos. En primer lugar, o entendemos que los delitos contemplados en el artículo 54 tienen una entidad tal que amerita que se encuentren contemplados como delitos en nuestra legislación punitiva, lo que no parece sensato, en la medida en que los bienes jurídicos que protegen no son de una relevancia connotada, y las afectaciones que pueden sufrir los mismos tampoco lo son; o, segundo, sacamos estas figuras del ámbito penal y las dejamos como parte integrante de un sistema de responsabilidad civil, administrativa u otras normativas sectoriales.

Estimamos que todos los delitos mencionados en el artículo 54 deberían ser quitados del ámbito penal, salvo, quizás el de la letra b), referido a la violación de domicilio, pues en este caso bien podría entenderse que se está protegiendo un bien jurídico de una entidad tal que su amparo debe ser dejado al más brutal de los sistemas.

Se podría decir que son figuras generalmente consideradas de lesividad muy limitada, considerados generalmente como hechos de bagatela, de modo que la imposición de las sanciones penales convencionales podría parecer escasamente justificada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.¹⁵³

Lo dicho recién sobre los delitos de acción pública previa instancia particular toma aún más respecto de las figuras del artículo 55 del Código Procesal Penal, esto

¹⁵³ **Silva Sánchez, Jesús María, “Delincuencia Patrimonial Leve: una Observación del Estado de la Cuestión” en Estudios Penales y Criminológicos XXV, Universidad de Santiago de Compostela, Año 2005. p. 333**

es, los delitos de acción privada.¹⁵⁴ Estos son aquellos delitos cuyas acciones sólo pueden ser ejercidas mediante la interposición de una querrela por la víctima.

Las cuatro figuras contempladas en este artículo no tienen porqué estar en un Código Procesal Penal, ni recibir el tratamiento de delitos, ni, probablemente, tampoco de faltas. La calumnia, la injuria y la falta del número 11 del artículo 496, son figuras que no deberían recibir un tratamiento penal. Así, el argumento no es que no debe ser el afectado por esas figuras el que debe dar pie a su persecución por parte de la justicia; el argumento aquí es que esos afectados no deben ser vistos como víctimas de delitos, pues el hecho de que esas figuras sean delitos no es sino una expresión del fenómeno que fue explicado en el capítulo anterior bajo la conceptualización de sociedad del riesgo.

La situación de las letras c) y d) es aún más extremas pues, por tratarse de figuras arcaicas y de nula aplicación práctica, no sólo deberían ser excluidas del ámbito del derecho penal, sino que de todo ámbito legal.

Con todo, aún en el remoto evento de que se estimare, como lo hace nuestra legislación, que se trata de figuras constitutivas de delito y que, en esa medida, deben ser tratadas conforme al Código Procesal Penal, el inicio de su persecución no debe quedar entregado a las víctimas de forma exclusiva. Es decir, estos casos deben ser tratados como cualquier otro: la víctima puede denunciar a las autoridades pero, si no lo hace, el Ministerio Público debería tener la facultad de iniciar la investigación de oficio.

¹⁵⁴ **El artículo 55 señala que son delitos de acción penal privada:**

a) La calumnia y la injuria;

b) La falta descrita en el número 11 del artículo 496 del Código Penal;

c) La provocación a duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado, y

d) El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

A su vez, el número 11 del artículo 496 del Código Penal establece que sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: (...)

11. El que injuriare a otro livianamente de obra o de palabra, no siendo por escrito y con publicidad.

Esto se funda en todas las consideraciones sistémicas dadas en el primer capítulo, y que dicen relación con que la decisión sobre qué delitos perseguir y qué acciones dejar pasar para no castigarlas como delito, no puede quedar entregada a la emocionalidad de las víctimas, sino que debe ser centralizada por el órgano que tiene, por mandato constitucional, la exclusiva dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito. El hecho de que el Ministerio Público, conociendo los hechos, no pueda iniciar una investigación por falta de denuncia de la víctima, atentaría contra la citada disposición constitucional.

Nótese que el argumento que se acaba de esgrimir es absolutamente comprensivo de que en ciertos casos la única posibilidad que tiene el Ministerio Público de enterarse de la ocurrencia de un hecho constitutivo de delito es a través de la denuncia de la víctima, y esa es una realidad innegable; la víctima debería denunciar el hecho ocurrido en virtud de los deberes de solidaridad que pesan sobre ella en los términos expresados en el capítulo anterior. El argumento no apunta a esos casos, sino a aquellos en que los hechos han llegado a conocimiento del Ministerio Público y éste se encuentre imposibilitado por ley de llevar adelante una investigación en la medida en que la víctima no denuncie el hecho¹⁵⁵.

II.4.2.2.b.- Derecho a Perseguir la Responsabilidad Civil del Imputado

Vinculado también con la titularidad para interponer acciones de parte de la víctima se encuentra la situación regulada por el artículo 59 del Código Procesal Penal, referido a la acción civil¹⁵⁶, que se encuentra recogido como derecho de la víctima en el

¹⁵⁵ **Un análisis complementario al realizado en este apartado se encuentra en las páginas 110 y siguientes, en las que se incluyen comentarios a sentencias del Tribunal Constitucional vinculadas con este punto**

¹⁵⁶ **Artículo 59.- Principio general. La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal, de conformidad a lo previsto en el artículo 189.**

Asimismo, durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este Código, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. La víctima podrá también ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente. Con

artículo 109 del citado Código. Al efecto, prevé ese precepto legal que la víctima tiene el derecho de ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible.

En este caso, tal como en el recién estudiado de la acción penal privada, lo que está en discusión no es quién debe ser el titular de la acción, pues en ambos casos es de toda lógica que lo sea la víctima (sujeto a la condición de que la figura sea sacada del ámbito penal, como se vio en el primer caso, pues, de no hacerse así, el titular debería ser el Ministerio Público), sino que la sede en la que debería conocerse de cada situación.

Lo que encontramos en el artículo 59 es una explicación del muy difundido, pero poco explicado concepto de economía procesal. Lo que se pretendió fue hacer que la víctima no inicie un nuevo procedimiento, esta vez en sede civil, para hacer efectiva las acciones de esa naturaleza, sino que el propio juez con competencia penal extienda su ámbito de atribuciones para llevarlo a abarcar cuestiones civiles.

Esta es, sin duda, una decisión con fundamentos políticos, y sólo debe ser evaluada en esos términos, ya que dogmáticamente hablando, bien podría sostenerse que las cuestiones civiles y penales deben seguir las vías civiles y penales, respectivamente.

Sin embargo, si, como se dijo, se entiende que se trata de una medida política que pretende evitar que se abra ante un juez civil un asunto que se está ventilando en sede penal, para poder aprovechar ciertas sinergias indesmentibles que se dan cuando es un sólo Tribunal el que se pronuncia sobre todas las variantes de un caso, entonces se trata de una decisión acertada.

todo, admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil.

Con la sola excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

En suma, estimamos que el gran inconveniente de la mentada acumulación es el de obligar a nuestros jueces y magistrados a utilizar, aplicar y manejar una doble mentalidad y técnicas jurídicas al mismo tiempo, pues deben investigar, probar y juzgar penal y civilmente en la misma causa. Esta opción es absurda, cuando por *mor* de las circunstancias se tiene que desarrollar un proceso penal para dictar un pronunciamiento únicamente civil¹⁵⁷.

La principal consecuencia positiva de erradicar la posibilidad de acumular la acción civil en el proceso penal es que se elimina uno de los incentivos más perversos tendientes a dar participación a las víctimas en los procesos punitivos: si no puede perseguir la responsabilidad civil del imputado en sede penal, existe una razón menos para que nuestros legisladores se sientan tentados a darle una participación que vaya más allá de lo dogmáticamente adecuado.

En todo caso, si tenemos presente que la acción civil sólo puede ser ejercida por la víctima en contra del imputado, y nunca por otro perjudicado por el delito en contra de un tercero civilmente responsable, y por otra parte, que su ejercicio sólo es posible dentro de un juicio oral, que no tiene lugar en más de un 6% de los asuntos, el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal será cada vez de más rara ocurrencia.

II.4.2.2.2.c.- Derechos Vinculados a la Suspensión Condicional del Procedimiento

Otro derecho que nuestro Código Procesal Penal concede a la víctima es el de ser oída si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada, en los términos de la letra d) del artículo 109.

¹⁵⁷ Núñez Ojeda, Raúl, "Comentario al Libro Derecho Procesal Penal chileno de Horvitz y López", en "Revista Actualidad Jurídica", número 17, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2008P. 598

Sin el afán de ser reiterativos, lo cierto es que esto también tiende a exceder el papel al que debe circunscribirse la víctima dentro del proceso penal.

En efecto, la posibilidad que se le brinda a la víctima de influir en esta decisión del fiscal, descansa en la premisa de que la condición a la que se sujeta al imputado para que proceda la suspensión condicional del procedimiento, puede no ser del todo satisfactoria para la víctima. Ello constituye según nuestro parecer un error. Esto es irrelevante. Tal como se argumentó en el capítulo primero, la reparación de la víctima no es tema para el derecho penal, no puede pretender sensatamente serlo.

Así, si se entiende que es irrelevante que la víctima quede o no contenta a la hora de determinar la sanción a la que se sujetará el imputado, ni el procedimiento que se aplicará en su caso, lo cierto es que no hay razones para oír a la víctima a la hora de decretar la suspensión condicional del procedimiento.

Además, en la audiencia en la que se discuta sobre la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento, la víctima, tal como el querellante, debe ser oída por el tribunal y tiene también, al igual que el querellante, derecho a apelar de la resolución que se pronuncie según lo establece expresamente el artículo 237 del Código.

Finalmente, tiene también la víctima el derecho a solicitar al juez de garantía que revoque la suspensión condicional del procedimiento y continúe de acuerdo a las reglas generales, tal como establece el artículo 239 del Código Procesal Penal.

Respecto de estas dos situaciones, se aplica plenamente lo dicho a propósito del primer derecho tratado respecto a la suspensión condicional del procedimiento.

II.4.2.2.2.d.- Derechos Vinculados al Sobreseimiento del Imputado

Otro derecho de la víctima, contemplado también en el artículo 109, pero en la letra e), es el de ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa.

La enumeración no taxativa de derechos que hace el artículo 109 termina con el derecho a impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Esta es una excepción de justificaciones poco sólidas. El hecho de que una persona que no hubiere intervenido en el procedimiento tenga el derecho a impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria es algo realmente poco común y, en esa medida, es que requiere bases extremadamente sólidas para sustentarlo.

No parece sensato que alguien que ha sido absolutamente ajeno a un proceso; que, por tanto, no cuenta con la intermediación que da el haber sido parte de un procedimiento; que no conoce las pruebas aportadas; en fin, que ha hecho nada por aportar a la resolución del conflicto, o a la búsqueda de la verdad, aparezca para reclamar de una sentencia porque esta no le gusta.

Finalmente, sería dificultosa la configuración del agravio para justificar el derecho de hacer valer una impugnación respecto una resolución respecto de quien no ha formulado petición alguna al tribunal.

II.4.2.2.2.e.- Posibilidad de Solicitar la Aplicación de Medidas Cautelares

Se hace necesario destacar también un derecho que ostenta la víctima y que comparte con el querellante, cual es el consagrado en el artículo 155 del Código Procesal Penal, y que la faculta para solicitar al juez de garantía, en tanto víctima, es decir, sin que sea necesario que interponga una querrela, que se imponga al imputado una o más de las medidas cautelares personales que enumera el citado artículo¹⁵⁸. Lo propio sostiene el artículo 157 del Código respecto de las medidas cautelares reales, aunque este artículo no hace alusión expresa al querellante.

Por cierto que aquellas medidas que tiendan a brindar protección a la víctima o a su familia se encuentran bastante justificadas y es sensato que la víctima pueda pedir esa protección, la que perfectamente podría canalizarse a través del deber de protección que tiene el Ministerio Público para con la víctima.

No puede predicarse lo propio de aquellas medidas cuya solicitud debería circunscribirse a la autoridad encargada de llevar adelante la investigación.

II.4.2.2.2.f.- Derechos Vinculados al Archivo Provisional

El artículo 167 del Código Procesal Penal, por su parte, y al hacer referencia al archivo provisional, entrega a las víctimas un derecho que va más allá de su papel de

¹⁵⁸ **Las citadas medidas son: a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal; b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez; c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare; d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal; e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares; f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.**

denunciante y testigo, y que incluso podría considerarse que le da poderes sobre la dirección del proceso.

En efecto, el mentado artículo señala que frente a la decisión del Ministerio Público de archivar provisionalmente la investigación, la víctima podrá solicitar al Ministerio Público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del Ministerio Público.

No hay mucho más que decir a estas alturas. Se trata de un derecho que con creces excede lo que se estima adecuado para el papel de la víctima, y que desvirtúa las bases de un sistema público de persecución procesal penal.

II.4.2.2.2.q.- Derechos Vinculados al Principio de Oportunidad

En este mismo sentido, el artículo 170 establece que el juez de garantía dejará sin efecto la decisión del Ministerio Público de aplicar el principio de oportunidad cuando la víctima, dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, manifieste de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal. Así, frente a la manifestación de la víctima, el juez de garantía obligará al fiscal a continuar con la persecución penal.

Este, y el derecho anterior, parecieran ser los que desvirtúan con mayor fuerza las bases que deben informar un procedimiento penal como el que existe en nuestro país, y como el que probablemente debe contemplar todo derecho público de persecución penal.

II.4.2.2.2.h.- Derechos Vinculados a los Acuerdos Reparatorios

Por su parte, el artículo 241 del Código, referido a los acuerdos reparatorios, establece que el imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para

escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

En el capítulo primero ya se analizaron los problemas que acarrea el introducir acuerdos reparatorios en el derecho penal, por lo que nos remitiremos a lo planteado entonces.¹⁵⁹

Baste como recordatorio el sostener que la reparación de la víctima no debe ser materia del derecho penal; que el castigo del imputado y la reparación de la víctima corren por vías separadas; que la reparación contribuye al expansionismo del derecho penal; y que produce una discriminación feroz entre los imputados que pueden pagar por cometer delitos y aquellos que no pueden hacerlo.

Sobre este punto, la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha tenido la oportunidad de realizar una delimitación de las esferas de acción entre el querellante particular y la víctima. En efecto, la Corte de Apelaciones de Copiapó, entendió que:

“Los acuerdos reparatorios sólo pueden convenirse entre el imputado y la víctima, y no entre aquel y el querellante. En efecto, conforme a los artículos 108 y 111 del Código Procesal Penal, relativas al concepto de víctima y al de querellante, el heredero testamentario puede interponer querrela, mas no celebrar acuerdos reparatorios pues, conforme a la segunda norma aludida, no cabe dentro del concepto legal de “víctima”.

“Si bien en el proyecto original del Código Procesal Penal se consideraba víctima al directamente ofendido por el delito, a los demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y al heredero testamentario, el Senado estimó que otorgar los derechos que el Código reconoce a la víctima debía hacerse extensivo sólo hasta los hermanos, pues, pues si no se comprendería un número excesivo de personas”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ **En este sentido, ver páginas 34 y siguientes.**

¹⁶⁰ **Causa Rol Ingreso de Corte 42-2008, N° Legal Publishing: 38607**

II.4.2.2.3 Derechos de la Víctima en Tanto Denunciante y Testigo

Ahora bien, en este apartado se hará alusión a los principales aspectos de participación que tiene la víctima de un delito como ofendido y como denunciante. En este sentido, y como se ha reiterado a lo largo de todo este trabajo, son estos los roles centrales que debe ostentar la víctima en la persecución de delitos, por ser ella quien se encuentra en mejor posición para desempeñarlos.

Es por esto que, por ejemplo, el artículo 130 del Código Procesal Penal acierta cuando establece que se entenderá que se encuentran en situación de flagrancia, entre otros, c) el que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice y e) el que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en tiempo inmediato. Es la víctima quien se encontrará, por regla general, en la posición más apropiada para señalar quién ha cometido el delito que le afectó, y eso la ubica en la posición de un testigo privilegiado.

En cuanto al régimen al que se sujeta la víctima en tanto testigo de un hecho que reviste caracteres de delito, es el de común aplicación para cualquier otro testigo (Artículos 190, 298, 308 y 312 del Código Procesal Penal).

Por su parte, en lo que respecta a la víctima denunciante, es necesario recordar que la denuncia es una de las formas en que se inicia la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito, según el artículo 172 del Código. Si bien como el propio artículo 173 la denuncia permite a cualquier persona poner en conocimiento de las autoridades la ocurrencia de hechos presuntamente constitutivos de delitos, no es menos cierto que quien se encuentra en mejor posición de denunciar esos hechos es quien los ha sufrido.

La víctima, en virtud de los deberes de solidaridad a los que se hizo alusión en el capítulo primero, debe denunciar los hechos constitutivos de delitos de los

que haya sido sujeto pasivo¹⁶¹. Sin embargo, y en virtud del artículo 175 del Código Procesal Penal, en ciertos casos es la ley, y no solamente los deberes de solidaridad, los que obligan a la víctima a denunciar¹⁶².

Pero, ¿es la víctima un denunciante como cualquier otro? El artículo 178 es central a la hora de hacer diferenciar entre el papel que juega un denunciante cualquiera y un denunciante víctima. En efecto, el citado artículo establece que el denunciante no adquirirá el derecho a intervenir posteriormente en el procedimiento, sin perjuicio de las facultades que pudieren corresponderle en el caso de ser víctima del delito.

Por otra parte, en el capítulo anterior también se trató con profundidad la relación que existe entre el ser víctima y el ser testigo, por lo que nos remitiremos expresamente a lo dicho entonces.¹⁶³

II.4.3 Derecho Comparado.

Resta ahora preguntarse qué tiene que decir el derecho comparado respecto de la posición en la que se encuentran las víctimas en la persecución de delitos.

¹⁶¹ En este sentido, ver páginas 64 y siguientes

¹⁶² Sostiene el mentado artículo que estarán obligados a denunciar:

a) Los miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería, todos los delitos que presenciaren o llegaren a su noticia. Los miembros de las Fuerzas Armadas estarán también obligados a denunciar todos los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones;

b) Los fiscales y los demás empleados públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos;

c) Los jefes de puertos, aeropuertos, estaciones de trenes o buses o de otros medios de locomoción o de carga, los capitanes de naves o de aeronaves comerciales que naveguen en el mar territorial o en el espacio territorial, respectivamente, y los conductores de los trenes, buses u otros medios de transporte o carga, los delitos que se cometieren durante el viaje, en el recinto de una estación, puerto o aeropuerto o a bordo del buque o aeronave;

d) Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito, y

e) Los directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de todo nivel, los delitos que afectaren a los alumnos o que hubieren tenido lugar en el establecimiento.

¹⁶³ En este sentido, ver páginas 61 y siguientes

La respuesta es más bien obvia: bastante. Gran parte del desarrollo que la posición de las víctimas ha tenido entre nosotros responde, como se verá a un reflejo de la situación que se da en las legislaciones comparadas aunque con un evidente desfase cronológico como el que nos afecta en todo orden de cosas, implicando que los fenómenos económicos, sociales y culturales se manifiesten en nuestro país con cierto retraso.

En décadas recientes, se han manifestado en las legislaciones comparadas una tendencia pro-víctima que ha redundado en las legislaciones de países como Inglaterra y Nueva Zelanda, que en los años 1963 y 1964 plasmaron la recién reseñada tendencia. Posteriormente, México promulga su Ley de Protección y Auxilio a las Víctimas de Delitos. En la misma línea irían las legislaciones de Austria (1972); Finlandia (1973); Irlanda (1974); Holanda (1975); Noruega y República Federal Alemana (1976); Francia (1977), entre otras.¹⁶⁴

Esta tendencia es la que terminaría por plasmarse entre nosotros en las reformas introducidas al proceso penal en el año 2000, pero cuyo desarrollo, como se puede apreciar, había comenzado hace décadas.

Dada su mayor relevancia y sistematicidad, en las páginas siguientes se analizarán las regulaciones de Alemania y la de los Estados Unidos de América del Norte.

La elección tampoco es casual en el sentido de que cada una de estas legislaciones representan los dos sistemas jurídicos con mayor presencia en el mundo: el *civil* y el *common law*.

¹⁶⁴ En este sentido, para profundizar el caso latinoamericano, ver: Carlos Tiffer Sotomayor “La posición Jurídica del Ofendido en el Derecho Procesal Penal Latinoamericano” en www.cienciaspenales.org/revista%2001/tiffer01.htm (consulta en octubre 18, 2008).

II.4.3.1.- El Caso Alemán

La Ordenanza Procesal Alemana de 1877, aunque parezca increíble por su fecha, es una de las principales fuentes de las reformas llevadas adelante en nuestro país en el año 2000.

En el sistema alemán, el ofendido tiene un rol medular en el proceso. Si bien el Ministerio Público y la Fiscalía son los encargados de llevar adelante la persecución penal, no suelen ser estos los que inciden en el comienzo del procedimiento. De hecho, Albin Eser estima que sólo entre el 2 y el 9% de los procedimientos preliminares se inician de oficio; todos los demás casos se inician con la denuncia penal que corresponda, hecha por la víctima.¹⁶⁵

Con todo, hecha la denuncia por parte de la víctima, esta pierde ingerencia en la marcha del proceso, pasando a las autoridades públicas, en la mayoría de los casos (cuando se trate de delitos perseguibles de oficio). La mentada lógica implica, por ejemplo, que la retractación de la víctima no obstaculiza el cierre de la investigación ni importa en caso alguno el fin del procedimiento.

Con todo, el sistema contempla también una acción privada, que es aquella entregada al ofendido del delito para que asuma la marcha del procedimiento, teniendo, de forma relativa, las facultades propias del Ministerio Fiscal, aunque en la práctica las diferencias son importantes.

En estos casos, el procedimiento se inicia por una querrela, y a lo largo de la tramitación del proceso el ofendido no está obligado a guiarse por el principio de objetividad que sí recae sobre la autoridad estatal. Por otro lado, y dado que el ofendido carece de facultades coercitivas propias, le es extremadamente difícil reunir material de prueba suficiente como para sustentar el procedimiento que ha iniciado, por

¹⁶⁵ Albin Eser “Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Procedimiento Penal” en “De los Delitos y las Víctimas”, Varios Autores. Editorial Ad-Hoc, Argentina, 1992 p. 19

lo que sus posibilidades de éxito son sustancialmente más bajas frente a las que tendría si es que la autoridad estatal estuviese llevando adelante el proceso.

Probablemente esto es lo que justifica que la acción privada solamente pueda intentarse en delitos menos graves (Art. 374 StPO). Con todo, ni siquiera en estos casos la Fiscalía está completamente ausente. En efecto, en caso de existir interés público, la Fiscalía puede ejercer la acción penal (Art. 376 StPO).

Por otro lado, otra figura que merece la atención, y que deja el camino algo labrado para lo que vendrá en el próximo capítulo es la del acusador adhesivo. Se trata de que el ofendido pueda ocupar la posición procesal de participación penal en el proceso, a fin de velar por su satisfacción y controlar de una manera más directa la actuación Fiscal, frente a cualquier delito de acción pública.

Esta acción permite entregar al ofendido ciertos derechos de cooperación con la Fiscalía. Pueden constituirse como acusadores adhesivos todo aquel que esté legitimado para ser actor privado; los familiares cercanos del fallecido; el ofendido que hubiere triunfado en el procedimiento para forzar la acusación.

Parte de la doctrina alemana ha hecho reiterados llamados a que esta institución debe ser derogada, pues no cumple su fin teórico, en la medida en que es utilizada con el fin de preparar un posterior proceso civil de indemnización por daños y perjuicios, y de realizar necesidades retributivas¹⁶⁶.

Lo cierto es que es una crítica preocupantemente común aquella que hace expreso que lo que aporta el querellante adhesivo a la investigación es cercano a cero.

En seguida, es importante prestar atención al procedimiento de provocación de la Acción. Se trata de la posibilidad que tiene el ofendido , frente al hecho de que el Fiscal ha archivado su causa por estimar que no hay suficientes indicios para iniciar un procedimiento, o ha puesto término a uno ya iniciado por falta de evidencias, de pedir a

¹⁶⁶ José Francisco Leyton Jiménez, *Op. Cit.* p. 116

un Tribunal que examine si el persecutor ha actuado de acuerdo al principio de legalidad y, en caso de negativa, que lo fuerce a acusar.

El ofendido realizará una solicitud en la que señale los hechos en los que se debería fundar el ejercicio de la acción penal pública y los medios de prueba (172 StPO). El Tribunal decidirá si acepta o acoge la solicitud.

En relación a esta figura, el Profesor Eser¹⁶⁷ ha sostenido que en lo concerniente a la praxis, se debe admitir que sólo un pequeño número de estas peticiones de provocación de la acción tienen finalmente éxito. Esto, sin embargo, no constituye una objeción fundamental, ya que lo decisivo es el efecto preventivo: como ningún fiscal ve con agrado el exponerse a un procedimiento de provocación de la acción, sólo se abstendrá de iniciar un procedimiento oficial en casos verdaderamente fundados. En este sentido, ya la mera existencia de esta posibilidad de control ofrece un medio importante para asegurar los intereses del ofendido. De allí que, aún cuando algunos detalles de esta vía procesal puedan ser mejorables, en principio apenas existe alguna alternativa.

Es relevante también hacer mención a la recepción que tiene la reparación del ofendido en el proceso penal alemán. Por un lado, se permite ejercer la acción resarcitoria contra el imputado en el procedimiento penal (Artículo 403 StPO). En segundo lugar, aparece la indemnización del ofendido por medios estatales. Este es un seguro social para quienes han sufrido graves daños para su salud o capacidad laboral por un hecho de naturaleza violenta, no pudiendo, por esta vía, obtener compensación alguna.

Eser parece dar en el punto cuando explica la justificación de esta figura. En efecto, sostiene que la indemnización es prestada por el Estado, dado que el ciudadano deja su protección en manos de éste, por lo que parece legítimo que un ciudadano lesionado por un delito pueda esperar la correspondiente asistencia a través del Estado en aquellos casos en que la protección estatal contra el delito haya fallado.

¹⁶⁷ Albin Eser Op. Cit. p. 28

Si bien son posibles otras vías, y tal vez mejores soluciones para el resarcimiento de la víctima, con la conseguida hasta el momento se ha iniciado, en todo caso, un cambio fundamental: si hasta ahora el Estado se había abocado de modo excesivamente parcial al castigo del delito, dejando librada a la víctima a su suerte, ahora le dedica a ella, con toda justicia, mayor atención, puesto que la paz jurídica perturbada por el delito sólo es verdaderamente restablecida cuando se le hace justicia no sólo al autor, sino también a la víctima.¹⁶⁸ Sobre esto se volverá en el capítulo final de este trabajo.

Una última palabra dedicada al proceso alemán dice relación con otros derechos que ostenta la víctima en el mismo. En este sentido, destacan¹⁶⁹:

- Derecho del ofendido a examinar las actuaciones, en tanto no se opongan a ello intereses preponderantes dignos de atención del imputado o de un tercero (406e StPO).
- Derecho del ofendido a contar con asistencia jurídica (406f StPO)
- Derecho del ofendido a ser informado acerca del resultado del procedimiento (406d StPO).
- Derecho a mayor protección frente a una exposición pública, mediante la posibilidad de excluir al público durante la declaración testimonial del ofendido (171b de la Ley de Organización Judicial).

II.4.3.2.- El Caso de los Estados Unidos de América del Norte

El caso de los Estados Unidos de América es particular para nosotros en más de un sentido. Pero lo que lo hace más distinto a nuestro sistema es el hecho de que el proceso penal varía de Estado en Estado.

¹⁶⁸ Albin Eser Op. Cit. 30

¹⁶⁹ Enumeración tomada de José Francisco Leyton Jiménez, Op. Cit., pp. 122-123

Con todo, existen algunas normas comunes de aplicación práctica. Generalmente, para dar inicio al proceso basta la formulación de una denuncia en caso de tratarse de una falta; mientras que para un delito, es necesario una acusación emitida por un Juez o un Jurado de Instrucción. En algunos casos, cualquier ciudadano puede presentar una denuncia directamente ante el Juez, incluyendo la víctima, para decidir si hay suficientes indicios. En Estados como Alabama y Arizona, el Fiscal debe dar audiencia a la víctima antes de tomar una decisión acerca de la acusación, al menos, cuando se trate de delitos graves¹⁷⁰.

Tal como se vio en el caso alemán, y tal como ocurre entre nosotros, si el Fiscal estima que no existen antecedentes para iniciar un procedimiento, la víctima puede reclamar de esta decisión. Aparte de las vías procesales contempladas, es necesario tener presente que en los Estados Unidos de América los Fiscales son elegidos por votación popular, por lo que si su actuar no satisface los intereses de la ciudadanía, es muy probable que no sean electos por un próximo periodo.

Una vez iniciado el proceso, la víctima también tiene una alta relevancia. En algunos Estados, incluso tiene derechos tales como el ser informada de la liberación del autor de la prisión preventiva con prestación de fianza; o a estar presente y prestar declaración en la vista judicial de este tema.

Si bien es cierto que el Estado no está obligado a proporcionarle un abogado a la víctima, no es menos cierto que se entiende que todos los intervinientes (salvo, evidentemente el imputado y su defensa) representan los derechos de las víctimas. Tanto es así que es común ver a las víctimas sentadas junto al Fiscal en los juzgados.

Por otro lado, las víctimas tienen el derecho de entregar material probatorio al Fiscal, incluso material que se haya obtenido de forma ilegal, salvo en Nueva York, donde esto no está permitido.

¹⁷⁰ José Francisco Leyton Jiménez, *Op. Cit.* p. 130

En lo que respecta al sobreseimiento, esto no puede ser decretado por la propia víctima, pero en ciertos Estados, como en Arizona, el Fiscal no puede poner término al proceso sin antes celebrar una audiencia con la víctima. En un segundo momento, la decisión pasa a revisión judicial. El Juez, a la hora de tomar esta decisión no está obligado a oír a la víctima.

Una situación digna de comentario es la que se da respecto de lo que se conoce como justicia negociada. Mediante esta institución, el proceso penal termina, tras el visaje de un juez, por un acuerdo entre la víctima y el ofensor, con una reparación a favor de aquella. Es palmario el papel central que tiene la víctima en estos casos, que se refiere principalmente a delitos de entidad menor, que suelen ser los más abundantes en lo que a frecuencia de ocurrencia se refiere.

Merece también la atención la participación de la víctima en la ejecución de la pena. En ciertos casos, en donde se decide acerca de si una persona será condenada a cadena perpetua o a penal capital, los ofendidos, al plantear el tipo de pena requerida, influirán en lo decisivo del fallo, al explicitar su sufrimiento y padecimiento tanto propio como el de su familia producto de la comisión del hecho delictivo (*victim impact statement*)¹⁷¹.

Finalmente, en lo que se refiere a las indemnizaciones, existen diversos fondos para entregar ayuda a las víctimas.

¹⁷¹ Markus Dirk Dubber, "La Víctima en el Derecho Penal Estadounidense: Una Sinopsis Introductoria" en "La Víctima en el Derecho Penal y Procesal Penal", Varios Autores. Ediciones Jurídicas de Cuyo, Argentina, pp. 20 y siguientes.

CAPÍTULO III LA POSICIÓN DEL QUERELLANTE PARTICULAR EN LA PERSECUCIÓN DE DELITOS

III.1 Introducción

Resta ahora referirnos a la situación del querellante en el nuevo sistema procesal penal chileno. En efecto, el mentado sistema no se conforma con entregar derechos a las víctimas de los delitos, sino que les permite ser partes centrales, decisivas y determinantes en el devenir del proceso. Así las cosas, y tal como se verá, se produce una superposición de derechos entre la víctima y el querellante particular, por lo que es necesario constatar la existencia de diferencias sustanciales para poder justificar la consagración de ambas figuras de forma independiente.

El evento de que dichos argumentos, es decir, las diferencias que justifiquen el mantenerlas como figuras separadas, no concurran, lo cierto es que no se aprecian razones para consagrar ambas, y lo recomendable será que la figura del querellante desaparezca, para sólo considerar la participación de víctimas en el proceso penal, en los términos analizados en los dos capítulos anteriores.

Después de realizar un acercamiento a la actual regulación que impera en nuestro país, se analizarán algunas estadísticas obtenidas en el Ministerio Público que tenderán a apoyar la conclusión que emanará de este capítulo: la figura del querellante debe ser desterrada de nuestro sistema, en la medida en que no existen razones conceptuales para que se contemple una figura como esta, y dado que en la práctica, el impacto que tendría su desaparición tiende a cero.

Hacia el final de este capítulo se abordará el tema de los querellantes en los sistemas comparados, para así analizar alternativas posibles a las normas que nos rigen hoy en día.

Con todo, el presente apartado principiará con una breve exposición acerca de lo que se entiende, o de lo que debería entenderse por acusador particular, o

querellante particular, o querellante a secas. Este acercamiento se realizará, principalmente, desde la doctrina comparada, pues ha sido la instancia en la que más se ha profundizado en el tema del querellante particular.

III.2 El Querellante Particular

Tal como en los capítulos anteriores, este comenzará con la explicación de ciertas cuestiones conceptuales, que serán la base de todo lo que vendrá a continuación.

En este sentido, es importante aclarar que se entiende por acusador particular al ofendido por un hecho punible que interviene como parte acusadora privada en el enjuiciamiento criminal por delitos públicos y semipúblicos. En otras palabras, se trata del particular que ejercita la acción en calidad de ofendido por delitos perseguibles de oficio.¹⁷²

Ya de la definición dada se aprecia la superposición parcial (al menos) que se da entre la víctima y el querellante. En efecto, la definición se refiere al ofendido por un hecho punible, lo que es una alusión directa a la figura de la víctima, según se vio en el capítulo primero de este trabajo.

La institución del acusador particular encuentra su fundamento, desde un punto de vista netamente procesal, en la necesidad de controlar el cumplimiento del principio de legalidad de parte del Ministerio Público. En efecto, la idea de disminuir su ámbito de discrecionalidad, sobretodo cuando el principio de oportunidad comienza a tomar fuerza, es un argumento de peso a favor de su mantención.¹⁷³

Sin embargo, esta tarea entregada al acusador particular, debería radicarse en una unidad de control del propio Ministerio Público. Dejar entregado el control de la

¹⁷² Raúl Núñez Ojeda, “El Ofendido por el Delito y la Prueba” en “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral” p. 110

¹⁷³ Raúl Núñez Ojeda, “El Ofendido por el Delito y la Prueba” p. 111

actuación de los fiscales al acusador particular, pondrá los incentivos para que éstos se guíen de una forma más estricta cuando existe acusador particular, y a que no actúen con la misma dedicación cuando éste no exista.

Por el contrario, en el evento de que el control de los fiscales recaiga en una unidad del Ministerio Público, el actuar de los fiscales se encontrará sujeto a control a todo evento.

Con todo, ni siquiera es necesario que se trate de una unidad interna: lo medular es no poner esa carga de parte del eventual acusador particular, pues en muchos casos no lo habrá; y, en otros, quien esté en la duda de acusar o no, no puede verse inclinado a hacerlo por el miedo de que el fiscal guíe mal la investigación.

En una palabra, entender que la figura del acusador particular existe para controlar el actuar del Ministerio Público o de sus Fiscales es poner los incentivos donde no tienen que estar.

Pero, ¿qué ocurre con la eficacia procesal de las investigaciones privadas, realizadas por el acusador particular? De forma específica, ¿qué ocurre con los medios de prueba allegados por el acusador particular?

En términos generales, es posible concluir que los elementos de prueba obtenidos, de forma legal, por el acusador particular pueden ser utilizados con plena eficacia en el enjuiciamiento criminal seguido ante el Tribunal competente.¹⁷⁴ Esto pareciera ser bastante pacífico, y no generar mayores conflictos.

Pero ¿qué ocurre con los medios o elementos de prueba que obtiene el acusador particular con violación de algún derecho o garantía reconocido por la Constitución? Este es, sin lugar a dudas, uno de los temas más interesantes que genera la institución del querellante particular.

¹⁷⁴ Raúl Núñez Ojeda, “El Ofendido por el Delito y la Prueba”, p. 116

La solución dada en Alemania se inclina por sostener que los párrafos de la normativa alemana que regulan los métodos probatorios prohibidos, sólo se refieren a los órganos de persecución penal del Estado.¹⁷⁵

Este análisis se funda en la comprensión de que las razones que justifican la existencia de la exclusión de prueba por haber sido obtenida por medios ilícitos, descansa en el desequilibrio de poder que hay entre imputado y Ministerio Público; desequilibrio que, evidentemente, desaparece cuando quien lleva adelante el procedimiento es el querellante particular.

Lo anterior encontraría una excepción para aquellos casos en los que existe una violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, por ejemplo, en el caso del particular que obtiene una confesión a través de tormentos.¹⁷⁶

Por su parte, en Estados Unidos, la cuarta enmienda, que limita el poder de los órganos de persecución criminal en la investigación de los delitos, no es aplicable a las investigaciones realizadas por particulares. En efecto, las investigaciones y recogida de elementos de prueba realizadas por particulares pueden ser utilizadas en juicio contra el acusado sin importar lo ilegal de los métodos utilizados para obtenerla.¹⁷⁷

Excepcionalmente, la cuarta enmienda será aplicable a las investigaciones realizadas por los particulares cuando estos actúen como un instrumento o agente del gobierno, por ejemplo, cuando la policía ordena a un particular abrir un paquete que pertenece a otra persona.

Así las cosas, es necesario concluir que los medios de prueba obtenidos por el querellante particular a la hora de llevar adelante el proceso, serán plenamente admisibles incluso en el evento de haber sido obtenidos de forma ilegal, salvo las

¹⁷⁵ Raúl Núñez Ojeda, “El Ofendido por el Delito y la Prueba” p. 117

¹⁷⁶ Raúl Núñez Ojeda, “El Ofendido por el Delito y la Prueba” p. 117

¹⁷⁷ *Burdeau v. McDowell*, 256 US 465 (1921)

excepciones recién vistas a propósito del caso alemán y de los Estados Unidos de América del Norte.

En Chile, parecen no haber razones para alcanzar una solución distinta. Es sensato entender que la razón de la existencia de la prueba ilícita es la intención de equiparar el desequilibrio que existe entre el órgano persecutor del Estado y el imputado; desequilibrio que no concurre cuando la contraparte del imputado es el querellante particular.

Todo lo dicho es sin perjuicio de que se estime que el querellante particular no debe tener cabida en el proceso penal chileno. Lo único que se ha sostenido hasta este punto es que, en el evento de que se contemple la existencia del querellante particular en un sistema dado, las pruebas que este consiga deben ser tratadas tal como se acaba de sostener.

III.3 El Querellante en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno

A continuación se analizará la posición del querellante particular en nuestro derecho positivo vigente. Para comenzar, se verá quiénes se ven abarcados por el concepto de querellante en nuestro derecho, para posteriormente analizar los derechos que nuestro ordenamiento jurídico les concede.

III.3.1 Cuestiones Previas

Como se sostuvo, nuestro Código Procesal Penal contempla también la figura del querellante particular. En efecto, la facultad de presentar una querrela está contemplada por el artículo 109 del Código Procesal Penal como uno de los derechos que asisten a las víctimas a lo largo del proceso. Así las cosas, se entiende como un derecho consagrado a favor de las víctimas, aunque el artículo 111 del mismo Código se encarga de extender el círculo de quienes pueden presentar una querrela.

En este sentido, el citado artículo 111 del Código Procesal Penal, referido al querellante, establece que “la querella podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario. También se podrá querellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública”.

Así las cosas, en ciertos y calificados casos ni siquiera es necesario ser víctima, su representante legal o su heredero testamentario para presentar una querella, pues dadas situaciones específicas que el legislador ha considerado particularmente graves (delitos terroristas y delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública), cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma, puede presentar una querella.

En seguida, el inciso segundo del mismo artículo agrega que “los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querella cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes”, como ocurre, por ejemplo, con el caso del Consejo de Defensa del Estado.

La mentada querella puede presentarse en cualquier momento, mientras el Fiscal no haya declarado cerrada la investigación. En el evento en que sea admitida a tramitación, el querellante podrá hacer uso de los derechos que le confiere el artículo 261, que, dispone que hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá:

- a) Adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación;

- b) Señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección;
- c) Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el artículo 259, y
- d) Deducir demanda civil, cuando procediere.

¿No es acaso una influencia sobre el devenir del proceso el derecho consagrado en la letra a) recién detallada? Sin duda que sí. La calificación de los hechos, la solicitud de la pena y la amplitud de la acusación, son temas que deben quedar absolutamente circunscritos a decisiones de la Fiscalía.

Ahora bien, en el evento en que la querrela no sea admitida a tramitación, dado que una resolución la declara inadmisibile, tal resolución será apelable por el querellante, pero sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento, en los términos del artículo 115 del Código Procesal Penal.

Además, cuando no se diere curso a una querrela en que se persiguere un delito de acción pública o previa instancia particular, por aplicación de alguna de las causales previstas en las letras a) y b) del artículo 114, el juez la pondrá en conocimiento del Ministerio Público para ser tenida como denuncia, siempre que no le constare que la investigación del hecho hubiere sido iniciada de otro modo, según lo establece el artículo 117 del citado Código.

Al momento de tratarse ciertas iniciativas que la Intendencia de Santiago y algunas Municipalidades llevaron adelante, se dejó pendiente el análisis de la procedencia de que estos organismos públicos presenten querellas por delitos cometidos en su territorio. De lo analizado en este punto, la respuesta negativa salta a la vista. Si bien el artículo 111 amplía el rango de personas que pueden presentar

querellas, esto no alcanza a cubrir a Intendencias o Municipalidades, a menos que concurren los requisitos de la parte final del artículo, es decir que se entienda que se trata de vecinos de la comuna en la que ocurrió el delito, y que se trate de uno terrorista, o de delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública.

III.3.2 Otros Derechos que Asisten a los Querellantes

En el capítulo segundo de este trabajo se analizaron los derechos de los intervinientes y los derechos de las víctimas en el proceso penal. Como se advirtió oportunamente, esos derechos son también derechos de los querellantes, en la medida en que son intervinientes, y en la medida en que sean víctimas.

III.3.2.1 Derecho a Apelar la Resolución que Declara Inadmisibile la Querella

Entre los derechos que asisten al querellante en el ámbito específico que se comentó hacia el final de las cuestiones previas de este capítulo, se encuentra la posibilidad de apelar tanto de la resolución que declara inadmisibile la querella presentada, como de aquella que la declara abandonada.

Esto es plenamente entendible en la medida en que se trata de resoluciones que agravan al querellante. Lo que no parece adecuado es el mismísimo hecho de que la querella pueda ser presentada; de que exista la figura del querellante, pero si estimamos que debe existir como parte, y resulta agraviada por una resolución, es de toda lógica que puede recurrir de tal resolución.

III.3.2.2 Derechos Vinculados a la Prisión Preventiva

Por otro lado, y en relación con la prisión preventiva, el querellante, tal como puede hacerlo el Ministerio Público, tiene el derecho de solicitar al tribunal que la decreta, siempre que acredite el cumplimiento de los requisitos que enumera el artículo 140 del Código.

Este derecho, tal como prácticamente todos los que se comprenden en este estudio, es consistente con el hecho mismo de que exista un querellante; está muy bien que alguien en su posición pueda ejercer un derecho como este: el punto que se quiere hacer acá, de nuevo, es que es la propia institución del querellante la que debería desaparecer y, como consecuencia de ello, los derechos que el ordenamiento le garantiza.

También vinculado con la prisión preventiva, el artículo 141 del Código Procesal Penal establece que si por cualquier motivo fuere a cesar el cumplimiento efectivo de la pena y el fiscal o el querellante estimaren necesaria la prisión preventiva o alguna de las medidas previstas en el Párrafo 6º, podrá solicitarlas anticipadamente, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad.

Finalmente, el querellante también puede solicitar que se decrete la prisión preventiva del imputado cuando este no asistiere a la audiencia del juicio oral.

Respecto a estas últimas dos facultades, se replica lo dicho a propósito de la primera. La prisión preventiva es de por sí una institución polémica y con la que no todos estamos de acuerdo. Ya es problemático adelantar la punibilidad a alguien cuya culpabilidad no ha sido demostrada a propósito de la petición de un fiscal. Sustancialmente más problemático es hacerlo a propósito de la petición del querellante.

III.3.2.3 Derechos Vinculados a la Suspensión Condicional del Procedimiento

En lo que respecta a la suspensión condicional del procedimiento, el artículo 237 del Código establece que si el querellante o la víctima asistieren a la audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberán ser oídos por el tribunal. Por otro lado, la resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el Ministerio Público y por el querellante.

Este caso se expone para ilustrar una de las variadas superposiciones que se dan entre la figura de la víctima y la del querellante. En efecto, con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 20.074 de 2005, resultaba de mayor relevancia la distinción entre ambos sujetos procesales al momento de describir sus roles y facultades, pues la regulación del Código hacía diferencias respecto a uno y otro, específicamente, en relación a la posibilidad de interponer un recurso de apelación respecto de la resolución que se pronuncia sobre la solicitud del fiscal de someter el caso a la suspensión condicional del procedimiento., caso en que se concedía recurso sólo al querellante, mas no a la víctima.

Con la reforma de 2005, se homologan víctima y querellante en relación a esa facultad, por lo que la víctima ya no necesitará interponer querrela para recurrir de apelación en tal caso. Con tal reforma, puede perfectamente afirmarse que se marca una tendencia hacia la prescindencia de la figura del querellante particular en el proceso penal.¹⁷⁸

A propósito del mencionado derecho de recurrir, es importante citar las palabras de los Profesores López y Boffil, en la minuta de Comentarios al texto del proyecto de

¹⁷⁸ Lübbert Álvares, Valeria, “La Suspensión Condicional del Procedimiento” Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2007. pp. 80-81

Código Procesal Penal, aprobado por la Cámara de Diputados, en la que manifestaron que supone una confusión conceptual sobre las tareas del querellante en un sistema tendencialmente acusatorio, como el que se propone. El interés público es representado por el Ministerio Público y si éste ha acordado la suspensión condicional del procedimiento bajo ciertas condiciones, ello ha sido previa ponderación, precisamente, de las prioridades en la persecución penal que, anualmente y de conformidad a la Ley Orgánica del Ministerio Público, dicho organismo deberá auto imponerse. La víctima no representa el interés público, a diferencia de lo que puede ocurrir en el sistema procesal penal hoy vigente, en el que la acción pública le abre la puerta para actuar, a falta de otro acusador. La insatisfacción de la víctima en sus intereses es algo que, o bien debe solucionarse por la vía de la imposición de una condición consistente, precisamente, en la indemnización, o bien por la persecución de la vía civil. Sin embargo, la opinión contraria del querellante respecto de la procedencia de la suspensión del procedimiento no puede afectar el programa de política criminal establecido por la legislación y por los organismos creados por la ley al efecto.¹⁷⁹

Así, es este un buen ejemplo en que la figura de la víctima y del querellante han tendido a la superposición, y que justifican la eliminación de la figura del querellante de nuestro sistema procesal penal.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia Rol 1244/2009, a propósito de la suspensión condicional del procedimiento, señaló:

TRIGESIMOSEXTO: Que, por la misma razón anotada, este Tribunal no comparte la alegación del actor en cuanto a que la víctima y querellante ha debido limitarse, en la audiencia respectiva, a ser oída, sin poder efectivamente oponerse y tener derecho a un debido proceso. En efecto, ya se ha recordado que el propio artículo 237 del Código Procesal Penal permite que el querellante o la víctima asistan a la audiencia en que se ventile la suspensión condicional del procedimiento, debiendo ser oídos

¹⁷⁹ Maturana Miquel, Cristian, “Los Derechos de la Víctima y del Imputado en el Nuevo Proceso Penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 20, Santiago, 2005, p. 229

por el tribunal (inciso cuarto). Ello efectivamente ocurrió en el presente caso.

Sin embargo, no resistiría un test de constitucionalidad, desde el punto de vista del debido proceso legal y, particularmente, de la igualdad procesal, que el juez quedara vinculado por la posición expresada por el querellante o por la víctima, en desmedro de las posiciones de los demás intervinientes en el proceso. Más bien, en ejercicio de la facultad jurisdiccional que le compete, el juez deberá ponderar los distintos argumentos vertidos en la audiencia, concediendo o denegando la solicitud de suspensión del procedimiento sobre la base de la concurrencia de los requisitos legales que la hacen procedente;”

A diferencia de lo dicho por el Tribunal Constitucional a propósito del derecho del ofendido a ejercer la acción penal, parece que al referirse a la suspensión condicional del procedimiento, sí acierta. Las formulaciones de la víctima no pueden estar ni cerca de ser vinculantes para el Tribunal a la hora de tomar sus decisiones; tienen una voz que debe ser oída, pero que en ningún caso ha de vincular al Juez, y que en caso alguno debe determinar el devenir del proceso, pues este debe depender de las decisiones del Ministerio Público.

El derecho de veto que algunos han querido otorgarle a la víctima sobre al decisión del Fiscal de suspender el procedimiento no tiene asidero conceptual, ni tampoco constitucional, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional. Como se ha dicho a lo largo de todo este trabajo, toda medida que tienda hacia la expansión del derecho penal debe ser rechazada, y esta medida, no hace sino propender a un derecho penal cada vez más grande. Debemos propender a buscar menos y mejor derecho penal, no más.

III.3.2.4 Derechos Vinculados a la Solicitud de Sobreseimiento

El artículo 258 del Código Procesal Penal establece que 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.

Esta es una facultad que influye de forma casi abusiva en la dirección del proceso: dirección que, por mandato constitucional debe recaer de forma exclusiva en el Ministerio Público.

El inciso segundo del mencionado artículo agrega que 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 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 a cargo 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.

Esto si que excede las facultades que puede tener un querellante en el proceso (si es que asumimos que este debe existir). La formulación de la acusación debe contemplarse de manera exclusiva y excluyente como una facultad del Ministerio Público. Es inconcebible que alguien distinto de un fiscal pueda acusar a un imputado.

III.3.2.5 Derechos Vinculados a la Decisión del Fiscal no Perseverar

En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248, esto es, la decisión de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior.

El referido inciso implica que el querellante particular puede incluso llegar a presentar la acusación en contra del imputado, o a solicitar que se decrete el sobreseimiento del imputado.

La resolución que negare lugar a una de las solicitudes que el querellante formule de conformidad al citado artículo será inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedieren en contra de aquella que pusiere término al procedimiento.

Ya se dio la opinión sobre este tipo de facultades radicadas en el querellante. Supera todo tipo de límites en la medida en que incluso podría considerarse que se trata de una facultad que le brinda al querellante la posibilidad de dirigir el devenir del proceso, lo que no es sensato.

III.3.2.6 Derecho a Corregir Vicios Formales de la Querella

Tiene el querellante también la facultad de corregir los vicios formales de los que adolezca su querella en la audiencia de preparación del juicio oral, en los términos del artículo 270 del ya tantas veces citado Código.

Esta es una facultad absolutamente secundaria y que se justifica en que un proceso no sea dilatado por cuestiones menores.

III.3.2.7 Derechos Vinculados a la Conciliación sobre la Responsabilidad Civil del Imputado

El querellante tiene también una importante participación en la conciliación sobre la responsabilidad civil del imputado en la audiencia de preparación del juicio oral. En efecto, y según lo establece el artículo 273 del Código, el juez deberá llamar al querellante y al imputado a conciliación sobre las acciones civiles que hubiere deducido el primero y proponerles bases de arreglo.

Los intereses civiles del querellante son centrales a la hora de determinar la procedencia y cuantía de la indemnización debida por este concepto, por lo que su intervención en la audiencia en la que se discutan estos temas es de toda lógica y pertinencia.

Distinto es el tema de si las cuestiones civiles deben o no ser vistas en sede penal, tal como se discutió en el capítulo segundo de este trabajo, y a lo que nos remitimos de forma expresa.¹⁸⁰

III.3.2.8 Derechos Vinculados a las Convenciones Probatorias

Respecto de las convenciones probatorias, el artículo 275 establece que durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que de por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia.

Las convenciones probatorias son de por sí cuestionables si se entiende que la verdad es uno de los fines del proceso. Si a eso se agrega que es el querellante quien puede transar sobre los hechos que se dan por probados, la situación es aún más compleja.

¹⁸⁰ **En este sentido, ver páginas 159 y siguientes.**

III.3.2.9 Derechos Vinculados al Alegato Final y Clausura de la Audiencia de Juicio

Por su parte, el artículo 338, referido al alegato final y clausura de la audiencia del juicio oral., establece en lo pertinente que concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular, al actor civil y al defensor, para que expongan sus conclusiones. El tribunal tomará en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto.

Seguidamente, se otorgará al fiscal, al acusador particular, al actor civil y al defensor la posibilidad de replicar. Las respectivas réplicas sólo podrán referirse a las conclusiones planteadas por las demás partes.

No tiene participación en este punto, entonces, la víctima, a diferencia de lo que ocurre con el querellante, que sí la tiene.

III.3.2.10 Derecho a Recurrir la Sentencia Definitiva

En lo que respecta a la posibilidad de recurrir de la sentencia definitiva, el artículo 399 establece que en su contra sólo podrá interponerse el recurso de nulidad previsto en el Título IV del Libro Tercero, y que el fiscal requirente y el querellante, en su caso, sólo podrán recurrir si hubieren concurrido al juicio.

El fundamento de todo recurso es el agravio que produce en quien pretende recurrir, lo que concurre en este caso, por lo que si hay querellante agraviado, es de toda lógica que tenga la facultad de interponer recursos en contra de las sentencias que los agravian.

III.3.2.11 Derechos En el Procedimiento por Delito de Acción Penal Privada

Es necesario referirse ahora al procedimiento por delito de acción penal privada, contemplado en los artículos 400 y siguientes del Código Procesal Penal. El citado artículo 400 establece que el procedimiento comenzará sólo con la interposición de la querrela por la persona habilitada para promover la acción penal, ante el juez de garantía competente.

El propio artículo agrega que en la misma querrela se podrá solicitar al juez la realización de determinadas diligencias destinadas a precisar los hechos que configuran el delito de acción privada.

Las referencias a este procedimiento fueron hechos en el capítulo relativo a la posición de las víctimas, por lo que nos remitimos a lo dicho entonces.¹⁸¹

III.3.2.12 Derechos En el Procedimiento Abreviado

En lo que se refiere al procedimiento abreviado, el artículo 407 establece que una vez formalizada la investigación, la tramitación de la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado podrá ser acordada en cualquier etapa del procedimiento, hasta la audiencia de preparación del juicio oral, pero, si no se hubiere deducido aún acusación, el fiscal y el querellante, en su caso, las formularán verbalmente en la audiencia que el tribunal convocare para resolver la solicitud de procedimiento abreviado, a la que deberá citar a todos los intervinientes. Deducidas verbalmente las acusaciones, se procederá en lo demás en conformidad a las reglas del Título que consagra este procedimiento.

¹⁸¹ **En este sentido, ver páginas 159 y siguientes**

Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N° 9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena.

Con todo, el querellante sólo podrá oponerse al procedimiento abreviado cuando en su acusación particular hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las consignadas por el fiscal en su acusación y, como consecuencia de ello, la pena solicitada excediere el límite señalado en el artículo 406.

Esto puede perfectamente ser visto como una facultad del querellante que le permite influir sobre la dirección del proceso más allá de lo que se ha estimado adecuado en este trabajo, incluso para las víctimas. Y, si se le adjudica a una figura que ni siquiera debería existir, el panorama es bastante negativo.

Una regulación diversa recibe el procedimiento simplificado. En efecto, si el fiscal realiza una calificación jurídica de los hechos diversa de la realizada por el querellante, por ejemplo, para hacer aplicable el procedimiento simplificado, el querellante queda de manos atadas, lo que es plenamente consistente con la exclusiva dirección del proceso que debe recaer sobre la Fiscalía.

Esto es así a tal punto, que en una causa de gran connotación pública que se estaba ventilando ante el Juzgado de Garantía de Puente Alto, el querellante dedujo un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del artículo 390 del Código Procesal Penal, específicamente de su inciso segundo, en cuanto sostiene que: *“Asimismo, si el fiscal formulare acusación y la pena requerida no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, la acusación se tendrá*

como requerimiento, debiendo el juez disponer la continuación del procedimiento de conformidad a las normas de este Título. “

Lo anterior, dado que, a juicio de los recurrentes:

“No se contempla en la ley una instancia de discusión para analizar si efectivamente los antecedentes recabados ameritan la sustitución de un procedimiento ordinario por el simplificado, con la consiguiente rebaja de la pena máxima. El juez de garantía aparece amarrado por la decisión del fiscal.(...)”

4.- No se contempla instancia alguna de participación del querellante en la decisión de sustitución del procedimiento, no obstante éste haya ejercido su derecho a la acción en tiempo y forma, habiéndose acogido la querrela a tramitación. La pretensión punitiva del querellante, víctima u ofendido, se ve necesariamente truncada por la decisión unilateral del fiscal, sin intervención del juez de garantía.

5.- Esta potestad exorbitante del Ministerio Público impide que se ejerza el control judicial referente a un aspecto sustancial del procedimiento. Es el mismo Ministerio Público el que ha propiciado la intervención judicial a través de la formalización. Sin embargo, el órgano jurisdiccional se ve impedido de intervenir en un aspecto tan relevante como el procedimiento a aplicar y la pena, conforme a los hechos que se van a juzgar, pues la ley lo obliga a aceptar el criterio del fiscal, sin posibilidad de alterar la determinación del Ministerio Público.”¹⁸²

A propósito de esto mismo, nuestra Corte Suprema sostuvo que:

¹⁸² **Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado en autos RIT 3755-2007, RUC 0700315518-2, del Juzgado de Garantía de Puente Alto. Recurso pendiente de fallo.**

“Es la fiscalía la que debe realizar la calificación jurídica del hecho punible para efectos de determinar el tipo de procedimiento a seguir; no procediendo la nulidad de la sentencia si en la audiencia de formalización se discutió la procedencia del juicio simplificado, desestimando el juez de garantía la calificación jurídica del delito hecha por la parte querellante y por tanto la realización de un juicio oral, resolución que fue confirmada por la Corte de Apelaciones ante la impugnación de dicha parte. No se ha violentado, por tanto, la garantía del debido proceso (Considerandos Noveno y Décimo, Corte Suprema).”¹⁸³

Sobre este punto, hay que remitirse a lo dicho a propósito de otras sentencias del Tribunal Constitucional citadas en este trabajo a partir de la página 115, en la medida en que las consideraciones vertidas entonces resultan plenamente aplicables a lo discutido en los párrafos precedentes.

Permítaseme un último comentario a propósito de este tipo de procedimiento, y su vinculación con la justicia penal negociada. Un sistema procesal penal corre el riesgo de perder legitimidad ante el uso reiterado y sin control de las figuras afines a la institución del *plea bargaining* norteamericano. Por tanto, con la excusa de la modernización del sistema penal, o con cualquier otra, no se puede poner en riesgo la legitimidad del sistema en su conjunto. Además, lo anterior desconoce todos los avances que la dogmática alemana ha realizado en relación con los efectos comunicativos que produce el proceso penal, es decir, el juicio oral mismo.¹⁸⁴

En el procedimiento abreviado se requiere un acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público. El primero reconoce los hechos contenidos en la acusación y los antecedentes reunidos en la investigación, mientras que el segundo rebaja su pretensión punitiva para entrar en el rango señalado por la ley. También se requiere entrar en negociación con el querellante particular, cuando este exista, es decir, se

¹⁸³ Causa Rol 2693-2005, N° Legal Publishing: 32537

¹⁸⁴ Raúl Núñez Ojeda, "Comentario al Libro Derecho Procesal Penal chileno de Horvitz y López", en "Revista Actualidad Jurídica", número 17, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2008 P. 594

requiere llegar a un acuerdo económico con el mismo para evitar que se oponga al acuerdo entre el imputado y el Fiscal.¹⁸⁵

Por otro lado, también es criticable la influencia que tiene la sentencia condenatoria u absolutoria dictada en el proceso penal en el juicio civil posterior. En una primera aproximación al problema parece lógico que la declaración penal de inexistencia del hecho trascienda al proceso civil posterior. Sin embargo, al analizar la cuestión desde el prisma de los distintos criterios de organización de la tutela procesal que rigen en el orden jurisdiccional civil y penal, cabe concluir que la solución legal puede ser injusta.¹⁸⁶

III.3.2.13 Derechos En el Procedimiento Relativo a Personas que Gozan de Fuero Constitucional

Respecto al procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, el querellante también tiene una participación relevante. En efecto, el artículo 416 establece que una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo a cuarto del artículo 58 de la Constitución Política, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare que ha lugar a formación de causa.

Igual declaración requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra.

¹⁸⁵ Raúl Núñez Ojeda, "Comentario al Libro Derecho Procesal Penal chileno de Horvitz y López" p. 595

¹⁸⁶ Raúl Núñez Ojeda "Comentario al Libro Derecho Procesal Penal chileno de Horvitz y López" pp. 598-599

Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía.

III.3.2.14 Derechos En el Procedimiento de Querrela de Capítulos

En cuanto a la querrela de capítulos, el artículo 425 señala que una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito contra un juez, un fiscal judicial o un fiscal del Ministerio Público, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare admisibles los capítulos de acusación.

En el escrito de querrela se especificarán los capítulos de acusación, y se indicarán los hechos que constituyeren la infracción de la ley penal cometida por el funcionario capitulado.

Igual declaración a la prevista en el inciso primero requerirá el fiscal si, durante la investigación, quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva de algunas de esas personas u otra medida cautelar en su contra.

Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación por el juez de garantía la querrela que hubiere presentado por el delito.

III.3.2.15 Derechos Vinculados a la Extradición Activa

Importantes facultades tiene también respecto de la extradición activa. En efecto, el Código plantea que cuando en la tramitación de un procedimiento penal se hubiere formalizado la investigación por un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año, respecto de un individuo que se encontrare en país extranjero, el Ministerio Público deberá solicitar del

juez de garantía que eleve los antecedentes a la Corte de Apelaciones, a fin de que este tribunal, si estimare procedente la extradición del imputado al país en el que actualmente se encontrare, ordene sea pedida. Igual solicitud podrá hacer el querellante, si no la formulare el Ministerio Público.

III.3.2.16 Derechos Vinculados a la Solicitud de Detención Previa u otra Medida Cautelar Personal en la Extradición

Finalmente, y en lo que respecta a la solicitud de detención previa u otra medida cautelar personal, el Código, en su artículo 436 establece que durante la tramitación de la extradición, a petición del fiscal o del querellante que la hubiere requerido, la Corte de Apelaciones podrá solicitar del Ministerio de Relaciones Exteriores que se pida al país en que se encontrare el imputado que ordene la detención previa de éste o adopte otra medida destinada a evitar la fuga de la persona cuya extradición se solicitará, cuando el juez de garantía hubiere comprobado la concurrencia de los requisitos que admitirían decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar personal.

La solicitud de la Corte de Apelaciones deberá consignar los antecedentes que exigiere el tratado aplicable para solicitar la detención previa o, a falta de tratado, al menos los antecedentes contemplados en el artículo 442.

III.3.3 Conclusiones respecto a los Derechos de los Querellantes

Más de alguna conclusión puede hacerse en este punto. En primer lugar, es necesario constatar que en aquellos aspectos realmente relevantes, como derechos fundamentales o participaciones centrales en el proceso, como la que tienen a

propósito de la suspensión condicional del procedimiento, la figura del querellante y la de la víctima tienden a superponerse.

En este primer sentido, parece no justificarse la existencia de la figura del querellante como una distinta de la víctima. En lo central, entonces, víctima y querellante coinciden. Pero ¿qué ocurre con los derechos que tienen los querellantes, pero no las víctimas? Bueno, se trata más bien de derechos accesorios y absolutamente funcionales a la posición que se le quiso dar al querellante. Ahora bien, existen derechos que tiene las víctimas y no los querellantes, tales como la posibilidad de alcanzar acuerdos reparatorios con el imputado¹⁸⁷. Si bien el punto de partida es que esos derechos exceden la esfera de atribuciones de las víctimas, en el entendido de que entendamos que deben mantenerse, la figura que consolide al querellante y a la víctima en una sola institución, debería tener tales atribuciones.

Sin embargo, cuando se ha comprendido que no es necesario dar cabida a una figura como la del querellante, todos los derechos instrumentales y accesorios que pululan a su alrededor pierden plenamente su sentido, en virtud del gastado principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Así, no es necesario que un querellante que no existe tenga derecho a recurrir, participe del procedimiento abreviado o influya en la extradición activa, pues ocurre que si no se justifica tener una víctima con poderes importantes en el proceso, tanto menos se justifica la existencia de un querellante al lado del Ministerio Público. Este es el segundo punto que se puede hacer en este momento.

Sin embargo, resta aún un tercer punto por hacerse, el que será abordado a continuación.

¹⁸⁷ **Sobre este punto, ver lo dicho por la Corte de Apelaciones de Copiapó, referido en la página 179 de este trabajo**

III.3.4 El Querellante Particular en la Práctica

Como se ha sostenido a lo largo de toda esta exposición, toda esta participación otorgada a los querellantes no hace sino desvirtuar el sistema de persecución penal desde un punto de vista conceptual, permeando también, hacia la práctica.

Sin embargo, tal como se verá en las estadísticas que se acompañan en este capítulo, la influencia, relevancia y participación de los querellantes particulares en los procesos penales es marginal, tendiente a nula. Esto hace aún más fuerte el argumento que llama a concentrar efectivamente en el Ministerio Público la dirección de la investigación, y a limitar la participación de la víctima en el proceso (lo que conlleva a tornar innecesaria la existencia de un querellante).

En otras palabras, si tal vez se concediera que existen razones que justifican la participación de los querellantes en la persecución de delitos, sin importar en este punto cuáles fueren esas razones, el objetivo no se estaría cumpliendo, en la medida de que dada la marginal participación práctica que tienen los querellantes, cualesquiera que haya sido el objetivo tenido a la vista a la hora de conceptualizar su participación, éste no se está alcanzando.

Por ello, lo mejor que se puede hacer, en aras de alcanzar una coherencia y consistencia dogmática y conceptual, es eliminar esta figura de nuestros procedimientos penales.

Véanse las estadísticas que siguen:

DELITOS 2007

IMPUTADO	DELITOS	RELACIONES TERMINADAS DURANTE EL AÑO 2007 ⁽⁴⁾													
		Facultad no investigar		Archivo Provisional		Principio de Oportunidad		Suspension Condicional del Procedimiento		Acuerdo Reparatorio		Sentencia Definitiva Condenatoria		Sentencia Definitiva Absolutoria	
		Querellante	No querellante	Querellante	No querellante	Querellante	No querellante	Querellante	No querellante	Querellante	No querellante	Querellante	No querellante	Querellante	No querellante
IDENTIFICADO	Homicidios ⁽¹⁾	0	2	0	10	0	0	0	1	0	0	3	70	0	2
	Parricidio	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	4	0	0
	Secuestro	0	4	0	6	0	0	0	2	0	0	0	8	0	0
	Sustracción de menores	0	3	0	4	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	Violación ⁽²⁾	0	7	0	133	0	0	0	4	0	0	0	29	0	4
	Otros delitos sexuales ⁽³⁾	0	39	0	300	0	5	1	27	0	0	1	81	0	3
	Robo con violencia	0	1	0	107	0	4	0	52	0	11	0	364	0	19
	Robo con intimidación	0	2	0	183	0	4	0	19	0	1	0	943	0	21
	Lesiones graves	8	9	0	253	0	9	2	105	0	14	0	62	0	1
Lesiones graves en VIF	0	0	0	27	0	1	0	17	0	0	0	2	0	0	
III	Homicidios ⁽¹⁾	0	0	0	18	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	Parricidio	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	Secuestro	0	7	0	93	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	Sustracción de menores	0	1	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	Violación ⁽²⁾	0	12	0	142	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	Otros delitos sexuales ⁽³⁾	0	36	0	375	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	Robo con violencia	0	1	1	2.840	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	Robo con intimidación	0	2	2	8.114	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	Lesiones graves	0	96	0	655	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Lesiones graves en VIF	0	0	0	5	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	

(1) La categoría Homicidios incluye los delitos de Homicidio, Homicidio Calificado y Homicidio en riña o pelea.

(2) La categoría Violación incluye los delitos de VIOLACION, VIOLACION DE MAYOR DE 14 AÑOS y VIOLACION DE MENOR DE 14 AÑOS.

(3) La categoría Otros Delitos Sexuales incluye los delitos de ABUSO SEXUAL ADULTO, ABUSO SEXUAL CALIFICADO, ABUSO SEXUAL DE 14 A MENOR DE 18 AÑOS, ABUSO SEXUAL DE MAYOR DE 14 (CON CIRCUNSTANCIAS DE VIOLACION, ABUSO SEXUAL DE MENOR DE 14 AÑOS, ABUSO SEXUAL IMPROPIO MAYOR 14 AÑOS Y MENOR DE 18 AÑOS, ABUSO SEXUAL IMPROPIO MENOR 14 AÑOS, ADQUISICION O ALMACENAMIENTO MATERIAL PORNOGRAFICO INFANTIL, ESTUPRO, INCESTO, PRODUCCION MATERIAL PORNOGRAFICO INFANTIL, PROMOVER O FACILITAR PROSTITUCION DE MENORES, OBTENCIÓN DE SERVICIOS SEXUALES DE MENORES y SODOMIA.

(4) Las relaciones indicadas son aquellas terminadas en el año 2007, independientemente de su fecha de ingreso.

Resulta palmario que la influencia en las relaciones terminadas en el año 2007 de los querellantes es absolutamente marginal. El costo de su eliminación en la práctica, es nulo en comparación con los beneficios dogmáticos que ello acarrearía, ya analizados en el capítulo primero de esta exposición¹⁸⁹, y que se profundizarán en el apartado dedicado a las conclusiones de este trabajo.

Si es que algo justifica ir en contra de la razón que manda la dogmática; si algo pretende justificar que se distorsione un sistema, pero luego ese algo no concurre, entonces, ya no hay razones para corromper el sistema ni para ir en contra de lo que manda la recta razón: la satisfacción de los intereses de la víctima no cabe en el proceso penal (ni como víctima ni como el injerto que es la figura del querellante), y será necesario buscar soluciones extra-penales para satisfacer sus intereses.

Las cifras recién analizadas parecen hablar por sí mismas y no requerir mayores interpretaciones. Las siguientes estadísticas no hacen sino confirmar las apreciaciones vertidas en los dos párrafos anteriores:

¹⁸⁹ **En este sentido, ver páginas 12 y siguientes**

DELITOS 2007 ¹⁹⁰			
IMPUTADO	DELITOS	RELACIONES INGRESADAS DURANTE EL AÑO 2007	
		Querellante	No querellante
IDENTIFICADO	Homicidios ⁽¹⁾	2	153
	Parricidio	0	10
	Secuestro	0	21
	Sustracción de menores	0	10
	Violación ⁽²⁾	1	256
	Otros delitos sexuales ⁽³⁾	9	647
	Robo con violencia	1	909
	Robo con intimidación	11	1.983
	Lesiones graves	40	672
	Lesiones graves en VIF	0	35

NN	Homicidios ⁽¹⁾	2	22
	Parricidio	0	3
	Secuestro	1	50
	Sustracción de menores	0	1
	Violación ⁽²⁾	2	218
	Otros delitos sexuales ⁽³⁾	8	541
	Robo con violencia	14	3.297
	Robo con intimidación	30	9.291
	Lesiones graves	6	1.009
	Lesiones graves en VIF	0	3

(1) La categoría Homicidios incluye los delitos de Homicidio, Homicidio Calificado y Homicidio en riña o pelea.

(2) La categoría Violación incluye los delitos de VIOLACION, VIOLACION DE MAYOR DE 14 AÑOS y VIOLACION DE MENOR DE 14 AÑOS.

(3) La categoría Otros Delitos Sexuales incluye los delitos de ABUSO SEXUAL ADULTO, ABUSO SEXUAL CALIFICADO, ABUSO SEXUAL DE 14 A MENOR DE 18 AÑOS, ABUSO SEXUAL DE MAYOR DE 14 (CON CIRCUNSTANCIAS DE VIOLACION, ABUSO SEXUAL DE MENOR DE 14 AÑOS, ABUSO SEXUAL

¹⁹⁰ Estadísticas Oficiales obtenidas en el Ministerio Público (Fiscalía Centro Norte).

No parece necesario agregar mayores comentarios. La participación del querellante en el proceso penal chileno es extremadamente menor, en comparación a las distorsiones que su existencia provoca en el sistema penal y procesal penal.

Su erradicación es el camino adecuado a seguir.

Conclusiones

- Hemos llegado al punto en que es necesario hacer un alto y analizar lo que se ha avanzado. En los capítulos anteriores, se concluyó que víctimas y querellantes no deben tener papeles que les entreguen poderes sobre la investigación ni sobre la dirección del proceso que vayan más allá de la posibilidad de presentar una denuncia y de comparecer como testigos, además de contemplarse en su favor todo derecho que se estime necesario para el correcto desenvolvimiento de tales roles.
- ¿Debe la víctima entonces quedar a la deriva y restringir su papel al de denunciante y testigo? En el ámbito del derecho penal, sí. Sin embargo, no es posible dejar de atender los intereses de las víctimas, lo que, sin embargo, debe hacerse desde un acercamiento diverso al del derecho penal, acercamiento que será detallado al final de estas conclusiones.
- Por otro lado, oportunamente se concluyó también que a la víctima no debe serle asignado el papel de una parte en el juicio penal. Esto se sostiene, en palabras de Schünemann, desde luego, si, y solo si, nosotros tenemos un juicio penal tradicional, esto es, un proceso apuntando a la imposición de una pena criminal en el sentido estricto.
- La situación cambia súbita y completamente cuando uno pondera reemplazar la pena con la restitución y reconciliación, las cuales tienen que ser definidas y llevadas a cabo con la participación de la víctima. Es evidente que la víctima, en estos casos, sí adquiere un papel de parte. Con todo, los prerequisites para el reemplazo de la pena con restitución no son una cuestión de procedimiento, sino de derecho penal sustantivo¹⁹¹, cuestión que ya fue abordada en el primer capítulo de esta exposición, donde se concluyó que era inadecuado dar cabida a la restitución y a la conciliación en el proceso penal.

¹⁹¹ **Bernd Schünemann “El Papel de la Víctima dentro del Sistema de Justicia Criminal: un Concepto de Tres Escalas” en “La Víctima en el Sistema Penal” p. 31**

Las críticas a la mediación ofensor-víctima apuntan, en breve, al hecho que el derecho civil ya obliga al ofensor a compensar a la víctima y que el cumplimiento de esta obligación legal independiente no debe limitar la responsabilidad criminal en el área del derecho penal. Detrás de este argumento descansa el imperativo de no debilitar los efectos de prevención general positiva del derecho penal, permitiendo al ofensor calcular de una manera fácil, evadiendo su responsabilidad a través de la mera compensación financiera¹⁹².

Además, se confía en el principio de que la sanción debe comunicar la reprobabilidad moral de la conducta, por lo que los efectos preventivos de prevención general positiva son amenazados cuando la única consecuencia es la compensación económica, que pertenece, en su esencia, al derecho civil y no comunica desprecio moral.

Se cuestiona, asimismo, a la reparación su desigual carácter. Es que aunque la reparación del delito no implica necesariamente la realización de un acto de resarcimiento patrimonial o material del delito y puede tener también un contenido simbólico, es evidente que son los aspectos patrimoniales los que se privilegian, contexto que favorece a quienes tienen capacidad de responder a las expectativas resarcitorias de las víctimas.

- Todo esto no es sino una consecuencia de entender que el castigo del ofensor y el tratamiento de los intereses de la víctima son cuestiones diversas, y que deben circunscribirse a tratamientos también distintos.
- Respecto a la conveniencia de reconocer a la reparación del delito como una tercera vía del derecho penal, es indudable que la respuesta pasa por establecer si la reparación del delito cumple con los fines propios del derecho penal. En ese contexto, más allá del hecho de que la restitución del daño puede cumplir alguno de los

¹⁹² **Bernd Schünemann “El Papel de la Víctima dentro del Sistema de Justicia Criminal: un Concepto de Tres Escalas” p. 33**

propósitos asignados al derecho penal, ello no abona a favor de considerar la restitución como una pena.¹⁹³

- La aún no demostrada capacidad de rendimiento que pueda tener la reparación como tercera vía parecería encontrarse más bien limitada a dos casos: a) los supuestos de escasa lesividad; y, b) los delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales.¹⁹⁴

Frente a la criminalidad de gran intensidad, la reparación no parece tener muchas posibilidades de éxito, por lo que la doctrina suele limitar la reparación a los supuestos de bagatela que se encuentran, adicionalmente, en el divague entre la criminalización y la descriminalización, lo que implicaría resolver la interrogante ya no de si la reparación del daño puede ser una tercera vía, sino si el derecho penal debe seguir castigando esa conducta.¹⁹⁵

La viabilidad de la reparación parece exigir la intervención o el consentimiento de la persona afectada mediante el hecho punible, lo que no es posible en los delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos, en los que las víctimas se encuentran más bien atomizadas.

Finalmente, se sostiene que la mediación ofensor-víctima es antisocial y viola el principio de igualdad. Una porción importante de los delincuentes que pertenecen a las clases bajas no está en posición de pagar la compensación económica y, por lo tanto, no puede incluso participar seriamente en el proceso; mientras para el opulento criminal de cuello blanco, la mediación ofensor-víctima crea otra avenida para permitir al ofensor escapar de la red del sistema de justicia penal¹⁹⁶.

De nuevo, Schünemann, ayuda a concluir que el reemplazo completo o parcial de la pena con la mediación ofensor-víctima, basado en la prevención general, puede

¹⁹³ Joachim Hirsch, "La Reparación del Daño en el Marco del Derecho Penal Material" p. 60

¹⁹⁴ Luis Reyna Alfaro, "La Víctima en el Sistema Penal" p. 145

¹⁹⁵ Luis Reyna Alfaro, Op. Cit. p. 145

¹⁹⁶ Luis Reyna Alfaro Op. Cit. pp. 21-22

sólo ser justificado en dos situaciones: primero, en los casos de expiación genuina, que tienen únicamente un alcance relativamente pequeño de aplicación y frecuentemente sólo compensará circunstancias especialmente agravantes; y segundo, donde la conducta actualmente deba haber sido descriminalizada y el conflicto asignado solamente a los tribunales civiles en la forma específica de compensación financiera activamente perseguida por el Estado¹⁹⁷.

- Sin embargo, el proceso penal es más que sólo un conflicto entre privados, a diferencia del supuesto de conductas que deben descriminalizarse. La injusticia sufrida por la víctima transforma un conflicto privado entre la víctima y su agresor en un asunto público. En efecto, si esto fuera simplemente un conflicto entre partes privadas, entonces nuestra consideración convertiría el papel del Estado en la administración de daños.
- Así, pareciera no encontrarse razones para dar cabida a víctimas y querellantes en el proceso penal de la forma en que la tienen en nuestro sistema. Con todo, se analizó si la inclusión de víctimas o querellantes con un papel relevante en el proceso penal podría venir justificada por la teoría de la pena que se elija, lo que también se demostró equivocado.
- En efecto, la teoría penal absoluta afirma la libertad limitando el poder estatal para la represión de la justicia actual. Sólo con este propósito podría el Estado impulsar los medios del poder que él posee a través del contrato social. De este modo, la ejecución de poder entre los individuos, cuando este excede los meros conflictos y produce injusticia, podría ser asumida por el Estado y de tal modo formalizada y limitada para la aplicación de normas irrenunciables. La neutralización de la víctima es la consecuencia y condición de la formalizada y, por lo tanto, limitada ejecución del poder en la justicia penal. Decisivo es el hecho que este poder formalizado posee una exclusiva demanda de legitimidad.¹⁹⁸

¹⁹⁷Luis Reyna Alfaro Op. Cit. p. 36

¹⁹⁸ Peter-Alexis Albrecht “La Funcionalización de la Víctima en el Sistema de Justicia Penal” en “La Víctima en el Sistema Penal” p. 43

- Por otra parte, las teorías preventivas, orientadas hacia el futuro, a primera vista no proveen un papel lógico para la víctima. La prevención se produce (y hace legítima la pena) si mediante la estabilización de la quebrada norma en la percepción pública o cuando el público general aprende que el delito no paga.

Las teorías de prevención especial, por otro lado, sugieren que la pena tiene (y cumple) la misión de prevención del delito mediante la incapacitación del ofensor, intimidándolo de cometer nuevos delitos o rehabilitándolo. La víctima no es mencionada en estos conceptos y no juega papel alguno en este esfuerzo, salvo adicional como parte del público general que supuestamente es intimidado o estabilizado.¹⁹⁹

En este sentido, y si el derecho penal, por definición está relacionado a la prevención de delitos futuros, ¿qué papel puede o debe jugar la víctima en este proceso? Discutiblemente, la víctima debería estar contenta acerca de no tener papeles adicionales que jugar. El derecho penal, el proceso penal y la pena son programas públicos en los cuales los ciudadanos son forzados a participar ¿por qué alguien querría jugar tal papel?²⁰⁰

- Así las cosas, y dado que se ha comprobado que las víctimas parecen no tener relevancia en la persecución de delitos ni siquiera fundada en los fines de las penas, el reto interesante es precisamente, integrar a las víctimas dentro de la justificación de la pena. De hecho, uno podría hacerlo sencillamente mediante la afirmación de que el propósito de la pena es gratificar los deseos de las víctimas de dar testimonio del sufrimiento de aquellos que cometieron delitos contra ellas. Esta aproximación reduciría la pena a la simple venganza y apenas sería muy atractiva, prevista quizás como una rendición frente a las emociones populares. Otro inicio falso sería transformar la cuestión de los derechos de las víctimas en el derecho a no convertirse

¹⁹⁹ Peter-Alexis Albrecht, *Op. Cit.* p. 43

²⁰⁰ Peter-Alexis Albrecht, *Op. Cit.* p. 73

en una víctima, que proporcionaría un puente conveniente a variadas teorías de intimidación y protección social.²⁰¹

- La sociedad suele identificarse con las víctimas de los delitos, no con los agresores, justamente por ello se explica el importante papel que juegan los discursos políticos orientados a la víctima y que se plantea mediante propuestas como las de “ley y orden”, “lucha contra el crimen”, entre otras. Lógico, si la sociedad no se identificase con las víctimas el discurso político se orientaría quizás más hacia la resocialización del delincuente.
- Todo esto demuestra que la evolución del derecho penal sufrió una alteración de su centro de atención: de la víctima hacia el autor, evolución que se analizó en el primer capítulo de este trabajo²⁰². El derecho penal se ha trasladado desde la reacción privada ejercida por la víctima o sus familiares hasta, finalmente, llegar al monopolio de *ius puniendi* a favor del Estado.²⁰³

Esta situación ha llevado a Hassemer a sostener que el moderno derecho penal se inicia con la neutralización de la víctima²⁰⁴, fenómeno que encontró su punto álgido durante el debate de reforma penal alemán de los setenta, especialmente en las discusiones del Proyecto Alternativo alemán, en donde el principio de resocialización del delincuente fue dotado de la misma jerarquía que el principio de protección de bienes jurídicos como uno de los fines de la pena.

Como consecuencia lógica, su contraparte en el fenómeno criminal, la persona afectada por la conducta del delincuente: la víctima, vio mermado su papel y degradada su posición. La víctima, en palabras de Maier, pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal.²⁰⁵

²⁰¹ Peter-Alexis Albrecht, *Op. Cit.* p. 88

²⁰² En este sentido, ver páginas 21 y siguientes

²⁰³ Luis Reyna Alfaro “La Víctima en el Sistema Penal” p. 109

²⁰⁴ Winfried, Hassemer, “Fundamentos de Derecho Penal” p. 92

²⁰⁵ Julio Maier “La víctima y el Sistema Penal p. 186

- En tal contexto surgió la victimología, que plantea un estudio científico de la víctima del delito. En el auge de la victimología han tenido gran relevancia la aparición de instrumentos de *soft law*, como los ya analizados en el capítulo dos de esta memoria.²⁰⁶
- Así las cosas, tampoco es que la víctima haya tenido siempre un papel marginal en el derecho penal. Históricamente, según Silva Sánchez y como se vio en el capítulo primero de esta memoria²⁰⁷, es posible observar dos etapas, a la que se sumaría la actual, en cuanto a su relevancia para el derecho penal.²⁰⁸

La primera, como se vio, se inició en el derecho romano primitivo, continuó en el derecho germano y se prolongó en cierta forma en el derecho medieval, constituyendo lo que se ha llamado la edad de oro de la víctima. Durante dicho periodo, la reacción frente a la conducta delictiva quedaba siempre a cargo de la víctima o sus cercanos. Esta concepción de un derecho penal de la venganza privada se debe, en cierta forma, a la confusión que en ese entonces existía entre el derecho civil y el penal.

Posteriormente, al asentarse la idea del derecho penal como derecho de carácter público y producirse la monopolización del *ius puniendi* a favor del Estado, se produjo también una más clara distinción entre el derecho civil y el penal, concediéndose al derecho civil la relación indemnizatoria entre delincuente y víctima, y al derecho penal la relación punitiva entre delincuente y Estado.²⁰⁹

- Es innegable el hecho que la consolidación del carácter público del derecho penal trajo consigo consecuencias favorables: pacificación social, objetivización, imparcialidad, proporcionalidad, entre otros. Este proceso, no obstante, generó que

²⁰⁶ En este sentido, ver páginas 90 y siguientes

²⁰⁷ En este sentido, ver páginas 21 y siguientes

²⁰⁸ Jesús María Silva Sánchez, “La Consideración del Comportamiento de la Víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones Doctrinales y Jurisprudenciales sobre la Víctimo-dogmática” p. 27

²⁰⁹ Luis Reyna Alfaro, “La Víctima en el Sistema Penal” p. 113

una de las partes involucradas en el delito, la víctima, haya visto afectada su posición.²¹⁰

- Para enfrentar esto, se sostuvo que a través de la reparación a la víctima se realizarían, por una parte, objetivos de prevención general positiva mediante la generación de un efecto de satisfacción, que provocaría la estabilización normativa, mientras que, por otro lado, se provocaría la reconciliación entre el autor y su víctima obligando al primero a asumir los daños causados y relacionarse con la víctima.

Se utiliza como argumento adicional a favor de su inclusión como tercera vía que, mediante la misma, se evita que el ofensor entre en la cárcel permitiendo que, de ese modo, en libertad pueda ocuparse del pago de la reparación.

Pero, no es sólo que se pretenda incluir a la reparación dentro del catálogo de consecuencias jurídicas del delito, sino que incluso un sector doctrinal más radical ha propuesto la abolición de las penas a favor de un sistema exclusivamente reparatorio.

Las objeciones respecto a una tendencia a la reparación como tercera vía o, incluso, de la abolición del derecho penal, tienen que ver con la privatización del derecho penal (o publicización de la reparación civil) que ello supondría y con la falta de utilidad hacia la víctima; privatización que, por lo demás, contribuye a un expansionismo extremo del derecho penal, lo que ya ha sido tratado latamente en este trabajo.²¹¹

- Además de esta indeseada expansión del derecho penal, la intromisión de la víctima en la dirección del proceso en los términos analizados y descartados, hace que las protecciones procedimentales, como el deber de instruir al acusado o el derecho a permanecer silente, pierdan su efectividad porque ellos no fueron destinados para aplicarse a las acciones de partes privadas, vinculadas por una relación de

²¹⁰ Luis Reyna Alfaro, "La Víctima en el Sistema Penal" p. 114

²¹¹ Luis Reyna Alfaro, "La Víctima en el Sistema Penal" pp. 142-143

horizontalidad, sino que fueron pensadas para aquellas situaciones en las que hay verticalidad entre las partes.

- Esto no significa que el papel de la víctima en el proceso penal no sea importante. En efecto, en la activación del ejercicio de la acción penal y su permanencia es innegable el papel que tiene la víctima. Es un hecho incontestable que la *notitia criminis* es, por regla general, puesta en conocimiento del sistema de administración de justicia por la propia víctima.
- La única excepción a tan restringido rol de la víctima en el ejercicio de la acción penal está referida a los delitos de acción privada, en los que el agraviado, denominado acusador privado o acusador particular, asume totalmente las riendas de la prosecución penal. Ciertamente, tratándose de una parcela bastante restringida, las posibilidades de que la víctima se vea dotada de tales facultades son limitadas.²¹² Además, en concepto de este memorista, tales conductas deben ser descriminalizadas, como se concluyó más arriba.
- A este papel debe sumarse el de testigo privilegiado que tiene la víctima, lo que hace necesario que se le brinde una protección tan relevante como la que obliga tal rol. En el derecho comparado el interés por brindar a la víctima atención ha surgido fundamentalmente en los últimos veinte años, en que se observa un incremento notable de los programas de servicios destinados a las víctimas del delito. Por ejemplo, en los Estados Unidos se calcula la existencia de alrededor de cinco mil programas de servicios a las víctimas, frente a la total ausencia de los mismos veinte años atrás.²¹³
- Tras haber concluido todo lo anterior a lo largo del desarrollo de este análisis, se cotejaron tales conclusiones con la realidad del sistema procesal penal chileno. ¿El diagnóstico? No del todo bueno. Si bien es cierto que estamos sustancialmente mejor de lo que nos encontrábamos antes de las reformas del año 2000, en la medida en que tenemos un proceso penal mucho más rápido, público y transparente, no es menos

²¹² Luis Reyna Alfaro “La Víctima en el Sistema Penal” p. 149

²¹³ Luis Reyna Alfaro , “La Víctima en el Sistema Penal” p. 160

cierto que de otros aspectos, como del papel de las víctimas en el proceso, los avances no son del todo predicables. Lo anterior, dado que los poderes que las víctimas tienen en el proceso penal chileno van mucho más allá de los que entendemos adecuados (como los que tiene a propósito del mal llamado forzamiento de la acusación, o en la suspensión condicional del procedimiento, entre otros también analizados), y porque se da demasiada presencia a la reparación como tercera vía.

- Positivo es que las víctimas hayan ganado en lo que respecta a la protección de sus derechos fundamentales, tales como el derecho que tienen a que se resguarde su seguridad individual o a tener un debido proceso, pues tales derechos son necesarios para que la víctima pueda denunciar y testificar con tranquilidad.
- Bastante tiempo hemos dedicado al papel que las víctimas deberían tener en el proceso penal a la hora de perseguir delitos. Otro tanto se dedicó al rol que debería desempeñar el querellante, habida cuenta de las distorsiones vitales que introduce en el sistema procesal penal, y de la mínima relevancia práctica que su introducción en nuestro sistema ha tenido, como demostraron las estadísticas emanadas del Ministerio Público que se adjuntaron en el capítulo tercero de este trabajo.
- Oportunamente se concluyó que el querellante no es una figura necesaria y que, muy lejos de serlo, lo que hace su inclusión en nuestro sistema es acarrear problemas y distorsiones que ni siquiera se compensan por los motivos que pudieron haberse tenido a la vista a la hora de incluir al acusador particular en el sistema procesal penal, dado que, independiente de cuales estos hayan sido, la marginal relevancia que el querellante ha tenido en la práctica no permite que estos se cumplan.
- A partir de este punto, y para finalmente intentar dar una salida adecuada a la satisfacción de los intereses de las víctimas, será útil parafrasear a un expositor de la doctrina francesa que es particularmente ilustrativo a la hora de explicar el punto que se quiere hacer en este trabajo con respecto a la posición que debe tener la persona que ha sido víctima de un delito.

Sostiene que el recrudecimiento de la criminalidad en el mundo moderno es una realidad que los Estados aún no logran encauzar de forma adecuada. La multiplicación de las infracciones y la ausencia de una indemnización para las víctimas no hacen sino crecer el sentimiento de inseguridad. Dado que el principio de responsabilidad es indisoluble con la obligación de reparación, y dado que el Estado asumió el deber de proteger a las personas y sus bienes desde el momento en que aquellas renunciaron a la autotutela, es que el Estado debe responder cuando falla a la hora de prestar la protección que debe a la ciudadanía.²¹⁴

La finalidad esencial del proceso penal ha sido, durante largo tiempo, la de asegurar la protección de la sociedad, castigando los atentados al orden social. Tal es el objeto principal del proceso penal, en oposición al de la acción civil, que pretende reparar el daño causado a la víctima de la infracción, y que tiene un carácter accesorio o secundario.²¹⁵

Sin embargo, la aplicación de una sanción penal, en ausencia de una indemnización efectiva y suficiente para la víctima, no basta para reestablecer el orden social perturbado. La indemnización efectiva ocupa un lugar central en el sentimiento de justicia de la víctima de una infracción, y es una de las condiciones esenciales de la reparación del conflicto introducido en el orden social.²¹⁶

²¹⁴ Traducción libre de: **“La recrudescence de la criminalité dans le monde moderne est un véritable fléau que les Etats n’arrivent pas à endiguer. La multiplication des infractions et l’absence d’indemnisation des victimes créent un sentiment d’insécurité Dans la population, et un mécontentement général par rapport à l’institution de la justice. La commission d’une infraction ne démontre-t-elle pas la responsabilité de l’Etat, sinon sa carence dans la mission de protection des biens et des personnes qui lui incombe? Le principe de responsabilité est indissociable de l’obligation de réparation »** Mbarga, Armand, **“L’Indemnisation Publique des Victimes D’Infractions: L’Indemnisation par le Fonds de Garantie”** p. 11.

²¹⁵ Traducción libre de: **« La finalité essentielle du procès pénal a longtemps été d’assurer la protection de la société, en réprimant les atteintes portées à l’ordre social. C’est l’objet principal du procès pénal, par opposition a l’action civile, qui a pour objet de réparer le dommage causé a la victime de l’infraction, et qui a un caractère accessoire ou secondaire ». Ídem.**

²¹⁶ Traducción libre de: **« L’application d’une sanction pénale, en l’absence de l’indemnisation effective et suffisante de la victime, ne suffit pas a rétablir l’ordre social troublé. L’indemnisation effective occupe une place primordiale dans le sentiment de justice de la victime d’une infraction. Elle est l’une des conditions essentielles de la réparation du trouble causé à l’ordre social ». Ídem p. 13.**

Así las cosas y dada la necesidad de compensar a la víctima, y lo inadecuado de que lo haga el ofensor, es que se propone la creación de un sistema público de indemnizaciones para víctimas de delitos. La creación de tales sistemas es imperiosa para compensar el olvido en que el derecho penal se ve forzado a dejar a las víctimas.

En Francia, la indemnización está garantizada por los fondos de garantías a las víctimas de atentados y de otras infracciones, creados por la ley de 8 de julio de 1983. A pesar de la aparente laxitud con la que se ha venido hablando, el derecho a la indemnización pública es limitado, en la medida en que no se encuentra abierto a todas las víctimas, mas cuando sí se aplica, pretende asegurar la reparación de todo perjuicio sufrido por éstas y, junto a la operación del derecho penal, reestablecer el orden social perturbado. La indemnización pública se erige, así, como un considerable fortalecimiento de los derechos de las víctimas de delitos. Se trata de un verdadero derecho a la indemnización.²¹⁷

Como se dijo recién, el fondo de indemnización de las víctimas no se aplica a todas ellas y, cuando lo hace, no se aplica a todas por igual. En efecto, se excluyen, por ejemplo, infracciones que contemplan una reparación por medios específicos, como las emanadas de accidentes automovilísticos o de actos terroristas.

En esta misma línea, no toda víctima recibe indemnización. La doctrina y legislación francesa han considerado que es necesario atender a criterios tales como la nacionalidad de la víctima y la fortaleza de su patrimonio a la hora de determinar la procedencia y cuantía de la indemnización. Otro caso que también recibe un tratamiento singular es el de las víctimas por rebote.

²¹⁷ Traducción libre de : « L'indemnisation est assuré par le Fonds de garantie des victimes d'attentats et d'autres infractions, créée par la loi du 8 juillet 1983. Malgré ces assouplissements, le droit a l'indemnisation publique reste limité. Il n'est pas ouvert à toutes les victimes. Sa mise en œuvre est loin d'assurer la réparation de Tous les préjudices causés par l'infraction et de rétablir l'ordre social troublé. L'indemnisation publique constitue néanmoins un renforcement considérable des droits des victimes d'infractions. Il s'agit d'un véritable droit a l'indemnisation. Ídem p. 16.

De este modo, la indemnización se encuentra sujeta a varias condiciones, algunas de las cuales se vinculan con la acción dañosa, mientras que otras lo hacen con la persona de la víctima. El alcance de la indemnización depende igualmente de la naturaleza del daño y de la relevancia del perjuicio sufrido. Los mentados requisitos son diversos de los que se aplican en el derecho civil.²¹⁸

El sistema de indemnización pública para las víctimas de infracciones es generalmente presentado como un sistema de indemnización por actos de violencia. La exigencia de un acto intencional de violencia se prevé en la Convención Europea sobre la Indemnización de Víctimas de Violencia, que contempla también la reparación de los daños sufridos por atentados a bienes materiales.²¹⁹

Pero por otro lado, el sistema contempla una multiplicidad de faltas voluntarias e involuntarias, a diferencia de la Convención Europea de 24 de noviembre de 1983, que limita la indemnización a los actos de violencia. Para obtener una indemnización por sus lesiones, la víctima podrá reclamar una violación de su persona. Desde la Ley de 2 de febrero de 1981, víctimas de un ataque a la propiedad también pueden solicitar una indemnización por daños y perjuicios.²²⁰

²¹⁸ Traducción libre de: «L'indemnisation des victimes d'infractions pénales par le Fonds de garantie des victimes de terrorisme et d'autres infractions est soumise a de nombreuses conditions. Certaines sont relatives au fait dommageable, et d'autres a la personne de la victime. L'étendue du droit a l'indemnisation dépend également de la nature de dommage, et de l'importance du préjudice subi. Ces conditions différentes de celles du droit commun de la responsabilité civile, font de l'indemnisation publique des victimes d'infractions un Système spécifique de réparation». Ídem p. 19

²¹⁹ Traducción libre de: «Le système d'indemnisation publique des victimes d'infractions est généralement présenté comme un Système d'indemnisation des actes de violence. L'exigence d'un acte intentionnel de violence est prévue par la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'actes de violence. Il Prévu aussi la réparation des dommages qui résultent d'une atteinte aux biens». Ídem p. 21

²²⁰ Traducción libre de: « Le système d'indemnisation publique vise une multitude de faits volontaires ou non contrairement à la Convention européenne du 24 novembre 1983 qui limite l'indemnisation aux faits intentionnels de violence. Pour obtenir la réparation de son dommage, la victime peut invoquer une atteinte à sa personne. Depuis la loi du 2 février 1981, les victimes d'une atteinte aux biens peuvent également demander la réparation de leur préjudice ». Ídem p. 38

La obligación de indemnizar será generalmente una sanción emanada de la responsabilidad provocada por una falta probada o presunta. Por su parte, la indemnización debe ser integral para resarcir a la víctima y dejarla en la situación en la que se hallaba antes de la comisión del hecho dañoso.

La justificación de que sea el Estado el que debe responder en este sentido, radica en que en virtud del desarrollo de la socialización del riesgo, la obligación de reparar el daño se extiende sobre toda la comunidad. Dicha obligación no es más la sanción de una falta, y el ofensor penal ya no debe ser tenido por el obligado a reparar a la víctima; esta es un obligación que debe pesar en el Estado, por no haber dado la protección adecuada a los miembros de su sociedad civil.²²¹

Así las cosas, lo que se pretende con el sistema aquí propuesto es complementar la aplicación de principios retributivos con principios de restitución. En términos de parte de la doctrina norteamericana:

Retribution seeks to right the balance by lowering the offender to the level to which the victim has been reduced. It tries to defeat the wrongdoer, annulling his or her claim to superiority and confirming the victim's sense of worth. Restitution, on the other hand, seeks to raise the victim to his or her previous level.^{222 223}

²²¹ Traducción libre de: « L'obligation d'indemnisation est généralement la sanction d'une responsabilité pour faute prouvée ou présumée. L'indemnisation doit être intégrale pour rétablir la victime Dans la situation antérieure à la commission du fait dommageable. Avec le développement de la socialisation des risques, l'obligation de réparation du dommage est répartie sur la collectivité toute entière. L'obligation de réparation n'est plus la sanction d'une faute, et le débiteur de l'obligation de réparation peut ne pas être tenu à réparer intégralement le dommage subi. L'étendue de l'indemnisation dépend du fondement de l'obligation de réparation mise a la charge de l'Etat ». Ídem p. 101

²²² Johnstone, Gerry, "Restorative Justice: Ideas, Values, Debates" p. 62

²²³ Traducción libre de este párrafo:

“La retribución busca equiparar el balance entre las partes, bajando al defensor a la posición a la que la víctima fue reducida. Se trata de derrotar al infractor, anular su reclamación de superioridad y de confirmar el sentimiento de valor de la víctima. La restitución, por otro lado, busca elevar a la víctima a su nivel anterior.

En síntesis, *“no matter how much the position of the victims is strengthened, within a punitive system, the victim’s interest will necessarily remain secondary to the wider public interests represented by the Crown”*.^{224 225} Por eso es que el llamado es a satisfacer a la víctima fuera del derecho penal.

Por supuesto, la extensión y requisitos específicos del sistema de indemnización aquí propuestos ameritan amplio debate que trasciende las intenciones de este trabajo, el que, de cualquier manera, pretende dejar planteada la discusión y señalar que este es el camino a seguir. Cómo transitemos este camino es una cuestión que nos compete determinar a todos.

Así las cosas, si víctimas y querellantes fueran capaces de abstraerse de su papel de tales (lo que difícilmente puede pedirse a quien tiene serios intereses involucrados en un conflicto) y dieran al sistema procesal penal una mirada panorámica, seguramente pedirían que este no se preocupara tanto por ellos.

²²⁴ Gerry Johnstone, *Op. Cit.* p. 63

²²⁵ Traducción libre de este párrafo:

“Sin importar cuánto se fortalezca la posición de la víctima, dentro de un sistema punitivo, la víctima necesariamente se mantendrá en un plano secundario con respecto al amplio interés público representado por la Corona”

Anexo Primero

OFICIO FN N° 337/

ANT.: No hay.

MAT.: Introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N.º 11, sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal.

SANTIAGO, julio 11 de 2003

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y FISCALES ADJUNTOS DEL PAÍS

Explicación general

El presente oficio se refiere a una serie de materias contenidas en la Instrucción General N.º 11 que se ha propuesto refundir en un texto sistematizado y actualizado, en atención a la experiencia acumulada desde su dictación en esta área.

A continuación se explican a grandes rasgos las modificaciones que se insertan en el nuevo texto refundido de las instrucciones generales sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal.

1.- En primer lugar, se establece que para que le fiscal pueda cumplir sus deberes para con la víctima con un representante de ésta, bastará con que el ofendido haya designado a tal representante a través de cualquier medio idóneo. En el evento de que el representante acudiere a la fiscalía local sin que el fiscal tenga conocimiento previo de su designación, éste de todos modos podrá cumplir sus obligaciones respecto de la víctima con dicho representante, si este último exhibiere poder simple, conferido por escrito por el ofendido (número 6 del texto definitivo y sistematizado).

2.- Asimismo, se agrega que, en aras de cumplir con las instrucciones generales previstas en el documento, los fiscales podrán solicitar la colaboración necesaria a los ayudantes de fiscal (número 7 del texto definitivo y sistematizado).

3.- El consentimiento de la víctima se constituye como un elemento básico al momento de adoptar medidas para prevenir la victimización secundaria y para que la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos le brinde sus servicios (números 8 y 16 del texto definitivo y sistematizado).

4.- Además, se plantea que la División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos procurará que se efectúe un informe anual acerca de las condiciones de atención a las víctimas en las fiscalías locales (número 9 del texto definitivo y sistematizado).

5.- Por otra parte, se establecen nuevos criterios de derivación para efectos de una atención integral a las víctimas (número 15 del texto definitivo y sistematizado).

6.- Asimismo, se fija un plazo máximo para derivar a las víctimas a las unidades regionales: 5 días siguientes a aquél en que se hubiere iniciado el procedimiento penal (números 15 y 38 del texto definitivo y sistematizado).

7.- Se establece que, durante el curso del proceso penal y tratándose de los casos derivados a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos, los fiscales deben informar a ésta de los hitos significativos del procedimiento, y remitir copia de las presentaciones y resoluciones significativas para la víctima (número 15 del texto definitivo y sistematizado).

8.- Además, se señala que los informes que emita la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos sólo podrán referirse a materias que digan relación con la atención brindada o las funciones propias de las unidades regionales (número 15 del texto definitivo y sistematizado).

9.- Junto con lo anterior, se agrega que no obstará a la derivación de la víctima a una institución de la red asistencial el hecho de que aún se encuentre pendiente el proceso penal (número 17 del texto definitivo y sistematizado).

10.- Por otra parte, se establece que, tratándose de casos derivados, el fiscal procurará grabar la declaración de la víctima a través de un medio audiovisual, para contar con un registro del relato que pueda ser examinado por los demás agentes vinculados con la investigación penal o la atención de las víctimas (número 19 del texto definitivo y sistematizado).

11.- Asimismo, se contempla la posibilidad de que la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos haga un seguimiento de la suspensión condicional del procedimiento que se hubiere decretado, siempre que las condiciones digan relación con la satisfacción de los intereses concretos de las víctimas (número 24 del texto definitivo y sistematizado).

12.- Se consagra la posibilidad de que la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos apoye a la víctima para concurrir o declarar en la audiencia de juicio oral, no sólo cuando ésta tuviere dificultades psicológicas para comparecer, sino también cuando sea necesario prepararla metodológicamente para el juicio (número 32 del texto definitivo y sistematizado).

13.- Además, la nueva versión de la instrucción prevé la posibilidad de que la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos adopte por sí misma ciertas medidas de protección, cuando se tratare de casos urgentes y necesarios, dando aviso inmediato al fiscal a cargo del caso (número 39 del texto definitivo y sistematizado).

14.- Finalmente, se amplía el catastro ejemplar de medidas autónomas de protección y se contemplan expresamente algunas medidas judiciales de protección que el fiscal puede solicitar (números 40 y 58 del texto definitivo y sistematizado).

En consecuencia, el siguiente es el texto definitivo y sistematizado de las instrucciones generales sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal.

La presente instrucción general tiene por objeto orientar a los fiscales respecto de los deberes y obligaciones con las víctimas, de acuerdo al nuevo ordenamiento procesal penal en que la víctima es un interviniente del proceso, sea o no querellante (Art. 12 y 108 y siguientes del Código Procesal Penal, en adelante, indistintamente, CPP).

Esta instrucción general se encuentra basada en una interpretación del Código Procesal Penal como instrumento de garantía de los derechos fundamentales, a partir de la cual entendemos posible aseverar que las normas del CPP, que reconocen derechos a la víctima, están preordenadas, en forma amplia, a la tutela de sus derechos fundamentales y a la consagración de los valores superiores del ordenamiento jurídico en relación con el ofendido por el delito.

Esta visión es consistente con la función de protección a las víctimas, establecida en la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional N.º19.640, que

debe ser entendida en el sentido amplio de que nuestro proceso penal no se encuentra ordenado sólo con relación al ejercicio del poder penal del Estado, sino también a la promoción de los intereses concretos de los ofendidos por el delito. Este deber es asignado al Ministerio Público, en tanto órgano del Estado que no sólo tendría entonces a su cargo la persecución penal pública, sino también la cautela de los derechos fundamentales de la víctima.

Tal deber de cautela puede ser decodificado, a partir de las normas contenidas en el CPP respecto de esta materia, en a lo menos cuatro funciones o dimensiones diferentes: protección en sentido estricto –esto es, protección de ciertos derechos fundamentales de la víctima frente a hostigamientos, amenazas o atentados-, atención –entendida como prevención de la victimización secundaria-, promoción de la reparación y promoción de la participación.

En consecuencia, el rol del fiscal es sostener la persecución penal pública en representación del Estado y la sociedad, y realizar acciones tendientes al cumplimiento de las cuatro funciones ya referidas respecto de la víctima. Para cumplir esta segunda tarea, el fiscal puede contar con la asesoría de las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos (en adelante, las Unidades o la Unidad).

I. DISPOSICIONES COMUNES

Concepto de víctima

1.- El art. 108 inciso 1º del CPP dispone que, “para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito”. Ofendido por el delito es el sujeto pasivo del mismo, es decir, el titular de los bienes jurídicos que se ven afectados por el delito o el sujeto pasivo de la acción, esto es, el que sufre la acción delictiva, aunque no sea titular del bien jurídico afectado²²⁶.

En el segundo trámite constitucional, el Senado había aprobado un concepto de víctima un poco más restringido toda vez que estimaba que la víctima era el ofendido “directo” por el delito, concepto que no fue aceptado por la Cámara y tampoco en la Comisión Mixta de Diputados y Senadores²²⁷.

²²⁶ En contra HORVITZ, María Inés – LÓPEZ, Julián, *Derecho procesal penal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, p. 298.

²²⁷ Véase PFEFFER, Emilio, *Código Procesal Penal anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001, p.135.

Por consiguiente, los conceptos de “ofendido por el delito” y “víctima” son sinónimos para todos los efectos del CPP.

En cambio, no son víctimas los perjudicados indirectamente por el delito, v. gr.: la familia de la víctima en un delito de lesiones graves, la entidad aseguradora del patrimonio de una víctima en un delito de robo, etc., en la medida en que no son titulares del bien jurídico afectado ni sufren la acción delictiva, sin perjuicio de la facultad de presentar demanda civil ante el tribunal civil competente.

2.- Para los efectos del CPP, sólo son víctimas las personas, sean naturales o jurídicas.

3.- En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que el CPP le otorga, v. gr.: en el delito de secuestro, se considera víctima a las personas enumeradas en el inciso 2º del art. 108 del mismo código. Para los efectos de la intervención en el procedimiento penal, esta enumeración constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

En consecuencia, la intervención de aquellas personas no excluye a las comprendidas en las categorías anteriores y, por tanto, la intervención posterior de personas pertenecientes a estas últimas categorías sigue prevaleciendo por sobre las que ya hubieren intervenido. Por ejemplo, si al faltar cónyuge, hijos y ascendientes del occiso interviniese en el procedimiento el conviviente del mismo, la intervención posterior del cónyuge no conocido hasta el momento excluye al conviviente, sin perjuicio del principio de preclusión de las facultades procesales. De igual manera, la intervención posterior del hasta entonces secuestrado, por ejemplo, excluye a las personas que hubieren intervenido como víctima. Naturalmente, esta exclusión no tiene efecto retroactivo y todo lo obrado por los parientes o personas excluidas, debe considerarse como válido para todos los efectos legales hasta el momento de su exclusión.

4.- En los delitos que afectaren bienes jurídicos colectivos, v. gr.: los previstos en la ley 19.366, los arts. 313 a y siguientes del Código Penal, los delitos contra la seguridad colectiva (v. gr., manejo en estado de ebriedad), los delitos económicos, etc., la colectividad no es víctima para los efectos del CPP, puesto que no se trata de una persona concreta, natural o jurídica, que pueda ejercer sus derechos directamente o mediante representante. No obstante, es función del Ministerio Público asumir la persecución penal pública de estos delitos, sin perjuicio de las atribuciones que la ley le otorga expresamente a otros organismos del Estado y de la facultad de presentar querrela prevista en el inciso 3º del art. 111 del CPP. Para los efectos del CPP, en estos delitos sólo son víctimas las personas que se ven afectadas concretamente en sus bienes jurídicos individuales (vida, salud, patrimonio, etc.).

No son víctimas las asociaciones intermedias constituidas para la defensa de determinados intereses sociales relevantes o colectivos por el hecho de verse afectados estos intereses por un delito, sin perjuicio de la facultad de presentar querrela criminal en conformidad al inciso 3º del art. 111 del CPP.

En los delitos que afectaren bienes jurídicos estatales, v. gr: la administración de justicia, la administración pública, la seguridad del Estado, etc., se considerará víctima a la persona jurídica Estado o Fisco, según el caso, correspondiendo a los organismos estatales facultados expresamente para su representación judicial el ejercicio de los derechos pertinentes, sin perjuicio de la atribución exclusiva del M.P. de dirigir exclusivamente toda investigación penal y de la facultad para presentar querrela prevista en el art. 111 inciso 2º del CPP.

Intervención de la víctima en el proceso penal

5.- La víctima puede intervenir personalmente en el proceso penal, es decir, no constituye requisito para el ejercicio de sus derechos la designación de abogado, sin perjuicio de que facultativamente pueda designar a un abogado que la represente, en tal caso, los fiscales no podrán negarse a comunicar también sus decisiones a este representante.

No obstante, la presentación de la querrela criminal por parte de la víctima contiene una pretensión procesal que tiene peticiones y que obviamente tendrá que ser patrocinada por un letrado, porque se trata de la primera presentación en juicio que se formula ante un tribunal, en este caso un Juez de Garantía que debe examinar la admisibilidad de la querrela antes de enviarla al M.P. para la investigación criminal.

6.- Para que el fiscal pueda cumplir sus deberes para con la víctima con un representante de ésta, bastará que el ofendido haya designado a tal representante a través de cualquier medio idóneo.

En el evento de que el representante acudiere a la Fiscalía Local sin que el fiscal tenga conocimiento previo de su designación, éste de todos modos podrá cumplir sus obligaciones respecto de la víctima con dicho representante, si este último exhibiere poder simple, conferido por escrito por el ofendido.

Del apoyo de los ayudantes de fiscal

7.- En aras de cumplir con las instrucciones previstas en este documento, los fiscales podrán solicitar la colaboración necesaria a los ayudantes de fiscal.

II. ATENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Deberes generales del Ministerio Público

8.- Todos los fiscales y funcionarios del Ministerio Público estarán obligados a brindar una atención adecuada a las víctimas, otorgando una atención expedita, digna y respetuosa en todo momento.

De esta forma, se procurará dar cumplimiento al deber del Ministerio Público de evitar o disminuir al mínimo las perturbaciones que hubieren de soportar las víctimas con ocasión de las diligencias o actuaciones en que participen en su calidad de intervinientes (inciso primero del art. 78 del CPP). Todas las medidas que se adopten en el cumplimiento de tal obligación deberán contar con el consentimiento de la víctima.

Los fiscales atenderán a las víctimas durante los horarios de atención externa que fijen los fiscales jefes respectivos. Las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos atenderán a las víctimas durante todo el horario de la jornada de trabajo, salvo en la hora de colación, según el sistema que fijen los Jefes respectivos de aquéllas.

9.- La División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos procurará que se efectúe un informe anual acerca de las condiciones de atención a las víctimas en las fiscalías locales. Asimismo, dicha División impartirá las directrices técnicas a que deba atenerse el funcionamiento de las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos (art. 20 letra f) ley 19.640).

Participación de la víctima en el proceso penal: deberes de información y de escuchar a la víctima

10.- Recibida la denuncia en la Fiscalía Local, el fiscal informará a la víctima, por un medio que sea eficaz (personalmente o por carta, teléfono, etc.), de los derechos contemplados en el art. 109 del CPP y de las actividades que debiera realizar para ejercerlos. De esta manera, el fiscal informará a la víctima que, para ser oída antes de que se pida o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada, debe solicitarlo expresamente (art. 109 letra d)). Si la víctima hubiere designado abogado, el fiscal cumplirá este deber también respecto del mismo (art. 78 inciso 2º letra a)).

La solicitud expresa de la víctima de ser escuchada se exigirá una sola vez y se entenderá de esta manera cumplido el requisito para ser oída por el fiscal en todas las oportunidades pertinentes.

Asimismo, el fiscal informará a la víctima acerca del curso y eventuales resultados del procedimiento, debiendo también realizar esta actividad respecto del abogado de la víctima, si hubiere designado uno (art. 78 inciso 2º letra a)). El fiscal indicará a la víctima los trámites que pudiere realizar para contribuir a la investigación, tales como aportar documentos, ubicar testigos, concurrir al Servicio Médico Legal, etc.

Asimismo, registrará estas actividades y la solicitud de la víctima de ser oída, en su caso.

11.- El fiscal evaluará la situación de peligro en que pudiere encontrarse la víctima y su familia (art. 78 inciso segundo letra b.- del CPP).

12.- El fiscal informará a la víctima sobre su eventual derecho a indemnización, la forma y oportunidad para impetrarlo, las medidas que puede solicitar para asegurar el resultado de las acciones civiles y la facultad de preparar la demanda civil (art. 78 inciso 2º letra c), primera parte, del CPP).

Tratándose de los delitos de homicidio, lesiones corporales y duelo, el fiscal le informará acerca de los derechos previstos en el art. 410 del Código Penal. Tratándose de los delitos sexuales contemplados en los arts. 361 a 366 bis del Código Penal, el fiscal informará a la víctima del derecho previsto en el art. 370 del Código Penal. Tratándose de delitos contra la propiedad, el fiscal informará a la víctima que fuere dueña de las cosas hurtadas, robadas o estafadas, de la forma en que puede reclamar la restitución, en conformidad al art. 189 inciso 2º del CPP. Asimismo, registrará estas actividades.

El fiscal remitirá los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles (art. 78 inciso 2º letra c), segunda parte, del CPP).

Asimismo, de ser procedente, el fiscal solicitará medidas cautelares reales a favor de la víctima, con el propósito de garantizar las responsabilidades civiles provenientes del presunto delito (art. 157 del CPP).

El Fiscal registrará las actividades señaladas en los párrafos precedentes.

Formas anticipadas de poner término al procedimiento: deberes de información y de escuchar a la víctima

13.- Antes de archivar provisionalmente la investigación, ejercer la facultad para no iniciar la misma o aplicar el principio de oportunidad, el fiscal informará a la víctima sobre el significado de su decisión, los motivos que la fundan, sus efectos penales y civiles y los derechos que puede ejercer.

En particular, tratándose del archivo provisional, el fiscal informará a la víctima respecto de sus derechos a solicitar la reapertura del procedimiento y diligencias de investigación, reclamar en caso de denegación ante el Fiscal Regional, provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva y, cuando fuere pertinente, los efectos del archivo provisional respecto de la acción civil en conformidad al art. 68 del CPP. Si el delito mereciere pena aflictiva (art. 167 inciso segundo del CPP), el fiscal informará a la víctima de la decisión del Fiscal Regional.

Antes de ejercer la facultad de no iniciar la investigación, el fiscal deberá informar a la víctima de su derecho a provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva. De igual manera, ejercida esta facultad, el fiscal informará a la víctima de haber sometido la decisión a la aprobación del juez de garantía y del derecho de ser oída, si lo solicitare, por éste antes de resolver (arts. 78 inciso 2º letra a) y 109 letra e) del CPP) como, asimismo, de la decisión del juez de garantía.

Tratándose del principio de oportunidad, el fiscal informará a la víctima respecto de los trámites siguientes a la decisión, del plazo y forma para ejercer su derecho de oposición ante el juez y, cuando fuere pertinente, los efectos de la aplicación del principio de oportunidad respecto de la acción civil en conformidad al art. 68 del CPP. Vencido el plazo para la oposición de la víctima o rechazada por el juez la reclamación respectiva, el fiscal informará a la víctima del plazo y forma para reclamar ante el Fiscal Regional.

Cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal informará también a éste de las materias previstas en el párrafo anterior (art. 78 inciso final del CPP).

El fiscal registrará las actividades señaladas en este número.

Asimismo, tratándose de casos derivados, los fiscales podrán requerir a la Unidad la colaboración necesaria para informar a la víctima sobre la terminación anticipada que se hubiere dispuesto en el caso.

14.- Antes de tomar una decisión que implique poner término anticipado al procedimiento, el fiscal escuchará el parecer de la víctima a este respecto. Cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal escuchará también la opinión de aquél (inciso final del art. 78 del CPP). Asimismo, registrará estas actividades.

El cumplimiento de este deber de escuchar a la víctima es especialmente relevante cuando se trata del ejercicio del principio de oportunidad.

Cuando se tratare de un caso derivado, el fiscal informará a la Unidad de su posible terminación anticipada y ésta podrá cumplir el deber de escuchar a la víctima, transmitiendo al fiscal la opinión de esta última.

Sistema de derivación a la Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos

15.- Para efectos de una atención integral a las víctimas, el fiscal derivará a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos en los siguientes casos (art. 34 letra e.- de la Ley 19.640):

- a) Cuando se trate de homicidio simple, homicidio calificado, parricidio, infanticidio, robo calificado, castración, mutilación, lesiones graves gravísimas, lesiones simplemente graves o menos graves cometidas en un contexto de violencia intrafamiliar, manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, violación, estupro, abuso sexual propio cometido contra menores de 18 años, abuso sexual impropio (art. 366 quater CP), favorecimiento de la prostitución de menores (art. 367 CP), delitos de secuestro y abandono. Asimismo, previa apreciación de la gravedad del caso, abuso sexual cometido contra mayores de 18 años, lesiones simplemente graves y menos graves.
- b) Cuando se trate de víctimas con daño psicológico grave provocado por el delito, enfermedad mental grave o incapacidad física notoriamente disminuida. Asimismo, previa apreciación del estado de la persona, víctimas menores de edad, mayores de 65 años, analfabetas o pertenecientes a otra etnia.

La derivación deberá efectuarse lo más pronto posible, dentro del plazo máximo de cinco días siguientes a aquél en que se hubiere iniciado el procedimiento penal.

Al derivar una víctima a la Unidad, los fiscales deberán especificar el propósito de la derivación.

La derivación deberá formalizarse a través del ingreso de la actividad "Derivación UR" en el SAF. Sin perjuicio de ello, los fiscales podrán poner en conocimiento de la Unidad la circunstancia de la derivación, a través de cualquier medio idóneo.

Respecto de los casos derivados, los Jefes de las Unidades correspondientes y el Gerente de la División de Atención a las Víctimas y Testigos, tendrán acceso al sistema computacional de apoyo de los fiscales (SAF), sin perjuicio del secreto que éstos dispusieren conforme al CPP.

Las Unidades emitirán los informes y opiniones que fueren requeridos por cualquier medio idóneo, como correo electrónico, fax o teléfono. En todo caso, estos informes sólo podrán referirse a materias que digan relación con la atención brindada o las funciones propias de las Unidades Regionales (v. gr., informes de daño psicológico causado por el delito, etc.).

Durante el curso del proceso penal y tratándose de los casos derivados a la Unidad, los fiscales informarán a ésta de los hitos significativos del procedimiento. Asimismo, les remitirán copia de las presentaciones y resoluciones significativas para la víctima.

16.- Derivado un caso a la Unidad, el fiscal le informará a la víctima que su caso ha sido derivado para una mejor atención.

El consentimiento de la víctima es requisito para que la Unidad le brinde sus servicios, salvo cuando las circunstancias del caso permitieren inferir que la ausencia de dicho consentimiento no es libre.

17.- La Unidad evaluará las necesidades de asistencia y de protección de la víctima y determinará la estrategia de acompañamiento adecuada para todo el procedimiento penal.

La Unidad explicará a la víctima el alcance de las funciones del Ministerio Público a su respecto, conforme a la nueva legislación procesal penal, esta instrucción general y las directrices técnicas de la División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos.

Asimismo, le consultará sobre la atención brindada por la policía, la fiscalía local, los tribunales y demás órganos del sistema penal con los cuales hubiere tenido contacto.

Cuando la Unidad estimare que la víctima requiere de una terapia psicológica, asistencia social u otro servicio que no pudiese otorgar, coordinará la concurrencia del ofendido a una institución de la red asistencial. No obstará a esta derivación el hecho de que aún se encuentre pendiente el proceso penal.

La Unidad consignará todas las actividades que realizare en el Sistema Informático de Víctimas y Testigos (SIVT), el que deberá mantener actualizado durante todo el caso.

Diligencias de la investigación y audiencias ante el Tribunal de Garantía: prevención de la victimización secundaria

18.- Tratándose de casos derivados, el fiscal informará a la Unidad de las diligencias de investigación que pudieren afectar a la víctima, para que aquélla le recomiende los resguardos necesarios o intervenga directamente en orden a evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que pudiere soportar la víctima con ocasión de dichas actuaciones (art. 78 inciso 1º del CPP).

19.- Antes de tomar la declaración, el fiscal informará a la víctima sobre el motivo de la citación, la importancia de su declaración y los derechos que puede ejercer como testigo (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP). El fiscal le tomará la declaración evitando o disminuyendo al mínimo cualquier perturbación que hubiere de soportar con ocasión de la diligencia, empleando siempre un lenguaje adecuado a su condición de víctima (art. 78 inciso 1º). Tratándose de casos derivados, solicitará a la Unidad un informe u opinión sobre los resguardos que fuere necesario adoptar o su intervención directa para no ocasionar a la víctima menoscabo a su dignidad y para garantizar su seguridad e integridad psíquica y física en la actuación.

Asimismo, tratándose de casos derivados el fiscal procurará grabar la declaración a través de un medio audiovisual, para contar con un registro del relato que pueda ser examinado por los demás agentes vinculados con la investigación penal o la atención de las víctimas (policías, peritos, profesionales de las Unidades, etc.), evitando exponerlas a una nueva relación de los hechos.

20.- Cuando excepcionalmente el fiscal citare a la víctima a un careo con el imputado o un testigo, tratándose de casos derivados, el fiscal solicitará a la Unidad un informe u opinión sobre los resguardos que fuere necesario adoptar o su intervención directa para no ocasionar a la víctima menoscabo a su dignidad y para garantizarle su seguridad e integridad psíquica y física en la actuación (art. 78 inciso 1º del CPP).

Cualquier careo de la víctima de un delito con un imputado o testigo debe realizarse ante el fiscal. Antes de practicar el careo, el fiscal informará a la víctima sobre el motivo de la citación, la importancia de la diligencia y los derechos que puede ejercer como testigo (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP). El fiscal practicará el careo evitando o disminuyendo al mínimo cualquier menoscabo a la dignidad, seguridad e integridad psíquica y física de la víctima, empleando siempre un lenguaje adecuado a ella (art. 78 inciso 1º).

El procedimiento de careo respecto de niños y víctimas de delitos sexuales se regirá por los criterios de actuación contenidos en las instrucciones generales dictadas sobre esas materias.

21.- Cuando el fiscal estimare necesario practicar un examen corporal a víctimas de delitos sexuales o niños, y se tratare de casos derivados, solicitará a la Unidad un informe u opinión sobre los resguardos que fuere necesario adoptar o su intervención directa para no ocasionar a la víctima menoscabo a su dignidad y para garantizar su seguridad e integridad psíquica y física en la actuación (art. 78 inciso 1º del CPP).

El fiscal también solicitará tal informe, opinión o intervención a la Unidad, tratándose de víctimas derivadas respecto de quienes exista temor de que el examen corporal provoque perturbaciones psicológicas significativas.

El fiscal y la Unidad Regional procurarán que en el servicio médico se otorgue a la víctima un trato acorde con su condición de tal y se le facilite al máximo su participación en la diligencia, en cumplimiento del art. 6º inciso 3º del CPP.

El fiscal pondrá a disposición del perito que fuere a practicar el examen copia de la grabación de la declaración tomada a la víctima, si se hubiere efectuado, recordando el deber de secreto establecido en el art. 182 inciso final del CPP.

22.- En todas las audiencias que se realizaren ante el juez de garantía, con concurrencia de la víctima, el fiscal solicitará la aplicación de las sanciones contempladas en el art. 294 del CPP a quienes incumplieren los deberes previstos en el art. 293, en perjuicio de la víctima. Asimismo, solicitará al tribunal que impida que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles y afecten la dignidad, salud, intimidad, el honor o la seguridad de la víctima, en conformidad al art. 292 del mismo código (arts. 71 y 78 inciso 2º letra b) CPP).

Participación de la víctima: salidas alternativas al proceso penal

23.- Antes de solicitar la suspensión condicional del procedimiento en conformidad al art. 237 del CPP, el fiscal informará a la víctima sobre el significado de esta institución, los efectos penales y civiles de la misma y los derechos que puede ejercer, escuchando su parecer, especialmente en lo que diga relación con las condiciones a solicitar.

En particular, informará a la víctima sobre su derecho a solicitar la revocación en caso de incumplimiento de las condiciones, su derecho a conocer la información relativa al imputado del registro reservado y, cuando fuere pertinente, los efectos de la suspensión condicional del procedimiento respecto de la acción civil en conformidad al art. 68 del CPP.

De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto (art. 78 inciso 2º letra a)). Asimismo, registrará estas actividades.

Antes de solicitar la suspensión condicional del procedimiento, tratándose de casos derivados, el fiscal podrá solicitar a la Unidad un informe u opinión sobre las condiciones previstas en el art. 238 del CPP que fueren más convenientes para la víctima. Previo a emitir su informe u opinión, la Unidad consultará a la víctima sobre el punto.

El fiscal deberá preferir aquellas condiciones que tiendan a la reparación del daño o a la protección del ofendido, como es el caso de aquellas establecidas en el art. 238 letras b) y e) del CPP.

24.- Una vez decretada la suspensión condicional del procedimiento, tratándose de casos derivados, el fiscal informará de ello y de las condiciones impuestas a la Unidad. En el caso de haberse decretado condiciones vinculadas a la satisfacción de los intereses concretos de las víctimas, la Unidad hará un seguimiento del cumplimiento de las mismas e informará periódicamente a la víctima y al fiscal.

Transcurrido el plazo fijado por el juez sin que la suspensión fuere revocada, el fiscal informará a la víctima de su derecho de ser oída, si lo solicitare, por el juez antes de pronunciarse sobre el sobreseimiento definitivo y de impugnar el mismo (arts. 78 inciso 2º letra a) y 109 letras e) y f) del CPP).

Asimismo, tratándose de casos derivados, los fiscales podrán requerir a la Unidad respectiva la colaboración necesaria para informar a las víctimas sobre la suspensión condicional del procedimiento que se hubiere dispuesto en su caso.

25.- Los deberes de los fiscales y de la Unidad en relación con los acuerdos reparatorios se regulan en la Instrucción General N.º 34.

Sobreseimiento temporal o definitivo y decisión de no perseverar en el procedimiento: deberes de información y de escuchar a la víctima

26.- Antes de solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa o de decidir no perseverar en el procedimiento, el fiscal informará a la víctima sobre los efectos civiles y penales de ello, y escuchará su parecer. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto (art. 78 inciso segundo letra a) del CPP). Asimismo, registrará estas actividades.

El fiscal deberá, además, informar acerca de la causal por la cual pide el sobreseimiento, el curso del procedimiento, del derecho de la víctima a ser oída, si lo solicitare, por el juez antes de pronunciarse, de su derecho a impugnar el sobreseimiento que se decretare, de su derecho a reiterar diligencias de investigación en conformidad al art. 257 del CPP y, cuando fuere pertinente, los efectos del sobreseimiento respecto de la acción civil en conformidad al art. 68 del CPP.

27.- Cuando la causal del sobreseimiento temporal fuera la prevista en el art. 252 letra a) del CPP, el fiscal evaluará la eventual necesidad de adoptar una medida de protección en conformidad a esta instrucción general. De igual manera procederá cuando el tribunal suspendiere la audiencia del juicio oral, conforme al art. 283 inciso 2º del mismo código (art. 171 inciso 2º).

28.- El fiscal informará a la víctima del pronunciamiento del juez y de sus efectos penales y civiles. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP). Asimismo, registrará estas actividades.

Asimismo, tratándose de los casos derivados, los fiscales podrán requerir a la Unidad la colaboración necesaria para informar a las víctimas sobre el sobreseimiento o decisión de no perseverar que se hubiere dispuesto en su caso.

Fase intermedia y de juicio: deberes de información y de escuchar a la víctima

29.- Antes de formular la acusación, el fiscal informará a la víctima sobre el curso del procedimiento, sus derechos y las actividades que debiere realizar para ejercerlos.

En especial, informará de la forma y plazo para interponer la demanda civil, en conformidad a los arts. 59, 60 y 261 del CPP, del efecto de su incomparecencia injustificada a la audiencia de preparación del juicio oral o la audiencia del juicio oral, conforme al art. 64 del mismo código, y de su derecho a solicitar la devolución de los documentos que hubiere acompañado, de acuerdo al art. 279 del CPP.

De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto (art. 78 inciso 2º letras a) y c) del CPP). Asimismo, registrará estas actividades.

30.- Cuando el fiscal solicitare que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado, informará a la víctima sobre el significado de este procedimiento, los motivos que fundan la solicitud, sus efectos penales y civiles y los derechos que

puede ejercer. En especial, le informará del efecto civil regulado en el art. 68 del CPP (art. 78 inciso 2º letras a) y c) del CPP).

31.- El fiscal informará a la víctima sobre el lugar, día y hora en que se desarrollará la audiencia del juicio oral y los derechos que pudiere ejercer en calidad de interviniente y de testigo (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP).

32.- La Unidad podrá apoyar a la víctima cuando tuviere dificultades psicológicas para concurrir o declarar en la audiencia del juicio oral o cuando fuere necesario prepararla metodológicamente para el juicio, y, en casos calificados por el Jefe de la Unidad, acompañarla a la audiencia de juicio oral respectiva.

33.- El fiscal solicitará la aplicación de las sanciones contempladas en el art. 294 del CPP a quienes infringieren las medidas sobre publicidad que se hubieren decretado en conformidad al art. 289 del mismo código o incumplieren los deberes previstos en el art. 293, en perjuicio de la víctima.

De igual manera, el fiscal se opondrá a la toma de fotografías, filmación o transmisión de alguna parte de la audiencia por parte de los medios de comunicación social y le informará del derecho que también tiene a oponerse, conforme al art. 289 inciso 2º del CPP, cuando estimare ello perjudicial para la víctima.

Asimismo, el fiscal solicitará al tribunal que impida que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles y afecten la dignidad, salud, intimidad, el honor o la seguridad de la víctima, en conformidad al art. 292 del mismo código. Cuando el comportamiento del acusado perturbare el orden y ello afectare a la víctima, el fiscal solicitará al tribunal que aplique la medida prevista en el art. 285 inciso 3º del CPP (art. 78 inciso 2º letra b) del CPP).

34.- Cuando el tribunal dictare sentencia absolutoria, el fiscal informará a la víctima del derecho de impugnación contemplado en el art. 109 letra f) del CPP (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP).

III. PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Deber general

35.- Conforme lo dispone el art. 6º del CPP, el Ministerio Público debe velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Para el cumplimiento de este deber, en su sentido estricto (protección de

ciertos derechos fundamentales de la víctima frente a hostigamientos, amenazas o atentados), los fiscales pueden, en virtud del art. 78 inciso 2º letra b) del Código, proceder de dos maneras:

- a) Adoptar, sin intervención judicial, cualquier **medida autónoma de protección** de los derechos de la víctima y su familia, que no implique privación ni restricción de los derechos del imputado.
- b) Solicitar al tribunal que decrete una **medida judicial de protección**, cuyo fundamento se encuentre previsto expresamente en la ley.

Medidas autónomas de protección

36.- Cuando el fiscal estimare, en virtud de las consultas que le hiciere a la víctima y de la evaluación que efectuare o de la sugerencia de la Unidad en su caso, que existen indicios de hostigamiento, amenazas o de probable atentado, adoptará una medida autónoma de protección de los derechos a la vida, integridad y seguridad de la víctima o su familia (art. 78 inciso 2º letra b) del CPP). Cuando la policía le hubiere brindado protección en virtud del art. 83 letra a) del CPP, el fiscal podrá mantener dicha protección o adoptar otra medida que resulte adecuada. El fiscal registrará estas actividades.

37.- Antes de adoptar cualquier medida autónoma de protección, el fiscal solicitará la aceptación de la víctima o su familia. Sin embargo, cuando hubiere indicios de coerción o participación de un miembro de la familia en el delito, podrá adoptar una medida de protección incluso contra la voluntad del ofendido o su familia. El fiscal registrará estas actividades.

38.- Para los efectos de la debida protección de los derechos de las víctimas, el fiscal las derivará a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos en los siguientes casos (art. 34 letra e.- de la Ley 19.640):

- a) Los previstos en el número 15 de esta instrucción general.
- b) Por delitos cometidos por organizaciones criminales o por cualquier otro delito en que existiere un vínculo familiar, de amistad o de vecindad o una relación de subordinación o dependencia entre el imputado y la víctima.
- c) Por cualquier delito en que, a juicio del fiscal, existieren antecedentes concretos de hechos reiterados de violencia, de hostigamientos o amenazas, de alcoholismo, drogadicción u otra causa de inestabilidad psicológica del imputado o de acceso a armas por parte del mismo.

- d) Cuando, a juicio del fiscal, se requiere de la intervención de la Unidad para la ejecución de medidas de protección de difícil implementación.

La derivación deberá efectuarse lo más pronto posible, dentro del plazo máximo de cinco días siguientes a aquél en que se hubiere iniciado el procedimiento penal.

Al derivar una víctima a la Unidad, los fiscales deberán especificar el propósito de la derivación.

La derivación deberá formalizarse a través del ingreso de la actividad “Derivación UR” en el SAF. Sin perjuicio de ello, los fiscales podrán, a través de cualquier medio idóneo, poner en conocimiento de la Unidad la circunstancia de la derivación.

Respecto de los casos derivados, los Jefes de las Unidades correspondientes y el Gerente de la División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos, tendrán acceso al sistema computacional de apoyo a los fiscales (SAF), sin perjuicio del secreto que éstos dispusieren conforme al CPP.

Las Unidades emitirán los informes y opiniones requeridos por cualquier medio idóneo, como correo electrónico, fax o teléfono. En todo caso, estos informes sólo podrán referirse a materias que digan relación con la atención brindada o las funciones propias de las Unidades Regionales (v. gr., informes psico-sociales y jurídicos recomendando medidas de protección, etc.).

Durante el curso del proceso penal y tratándose de los casos derivados a la Unidad, los fiscales informarán a ésta de los hitos significativos del procedimiento. Asimismo, les remitirán copia de las presentaciones y resoluciones significativas para la víctima.

39.- Antes de adoptar una medida autónoma de protección, tratándose de casos derivados, el fiscal solicitará a la Unidad un informe u opinión sobre la medida de protección que resultare más eficaz y adecuada al caso particular, a menos que la urgencia lo impidiere.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, tratándose de casos previamente derivados, la Unidad podrá adoptar por sí misma las medidas de protección previstas en las letras f), g), h), i) y p) del número 40 de esta instrucción general, cuando se tratare de casos urgentes o necesarios, dando aviso inmediato al fiscal a cargo del caso.

40.- Cuando la evaluación del riesgo lo amerite, el fiscal podrá adoptar medidas de protección tales como:

- a) Disponer que la víctima declare en un lugar distinto de la fiscalía local durante la fase de investigación.
- b) Reserva de la identidad de la víctima y de los antecedentes que conduzcan a la misma, durante la investigación.
- c) Utilizar una clave para indicar el domicilio, lugar de trabajo y profesión u oficio de la víctima.
- d) Señalar la fiscalía local como domicilio de la víctima para efectos de las citaciones y notificaciones judiciales, en conformidad al art. 26 del CPP, evento en el cual se le harán llegar a la víctima en forma estrictamente reservada.
- e) Impedir que se tome fotografía o que por cualquier otro medio se capte la imagen de la víctima, especialmente en los traslados de ella al Ministerio Público o a los tribunales. Para ello, el fiscal podrá instruir a las policías para que arbitren las medidas necesarias.
- f) Tomar los resguardos necesarios para impedir la identificación física de la víctima en determinadas actuaciones de la investigación.
- g) Entregar a la víctima algún mecanismo portátil de protección, tal como teléfono celular o una alarma sonora.
- h) Tramitar en la compañía de teléfonos respectiva el cambio del número telefónico del domicilio de la víctima.
- i) Tramitar en la compañía de teléfonos respectiva un número telefónico privado para la víctima.
- j) Rondas periódicas de Carabineros de Chile al domicilio de la víctima.
- k) Consultas telefónicas periódicas de la policía a la víctima.
- l) Contacto telefónico prioritario de la víctima con la policía.
- m) Protección policial de la víctima en traslados a determinadas audiencias ante los tribunales.
- n) Excepcionalmente, previa instrucción particular del Fiscal Regional, punto fijo policial en la casa de la víctima o en la casa de acogida en que hubiere sido ubicada.

- o) Excepcionalmente, previo informe de la Unidad Regional acerca de la pertinencia de la medida, instalación de alarmas radiales domiciliarias con conexión directa a Carabineros de Chile.
- p) Provisión de dineros o pago de prestaciones destinadas a la protección (v. gr., pago de traslados, mejoramiento de seguridades básicas del hogar, etc.).
- q) Ubicación de la víctima en una casa de acogida u otra que ella señale, por un período determinado. Cuando fuere necesario, podrá disponer que la policía traslade a la víctima a una de esas casas.
- r) Relocalización permanente de la víctima en un domicilio diverso del propio. Esta medida se sujetará a las normas del Programa de Protección de Testigos.
- s) Las medidas de protección indicadas en las instrucciones generales sobre atención y protección de testigos, en la medida que la víctima intervenga como testigo.

El fiscal registrará las medidas de protección que adopte.

El fiscal podrá decretar una o más medidas autónomas de protección antes o durante el desarrollo del juicio. En casos excepcionales podrá también adoptarlas o mantenerlas con posterioridad a la realización del juicio, si concurrieren los criterios de riesgo que las hicieren necesarias.

41.- Una vez adoptada una medida de protección autónoma, tratándose de casos derivados, la Unidad hará un seguimiento de ella e informará periódicamente al fiscal sobre el cumplimiento y resultado de la medida. En caso que detectare un incumplimiento o problemas en el cumplimiento de la misma, dará cuenta de ello al fiscal, a fin de que modifique la medida de protección o adopte otra distinta. La Unidad informará al fiscal sobre la modificación que fuere necesaria o le propondrá una medida alternativa.

42.- Cuando el fiscal estimare necesario mantener en reserva la identidad y los antecedentes de la víctima dispondrá, como medida autónoma de protección, que las actuaciones, registros o documentos en que aparezcan tales datos se guarden en secreto respecto de los demás intervinientes o de terceros ajenos al procedimiento, en conformidad a los arts. 80 A de la Constitución y 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. De esta manera, dará inicio a la cadena de reserva, la que se extenderá por todo el período que fuere necesario para proteger a la víctima. El fiscal registrará estas actividades

Tratándose de casos derivados en conformidad al número 38 anterior, la Unidad podrá recomendar al fiscal la adopción de esta medida.

43.- Dispuesta la reserva como medida de protección, el fiscal procurará que los funcionarios del Ministerio Público y de la policía que participaren en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieran conocimiento de estos antecedentes, los guarden en secreto. Asimismo, los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que les sirvieren de sustento o complemento directo y esencial, en que aparecieren antecedentes relativos a la víctima, se mantendrán en reserva, en conformidad al art. 8 de la ley 19.640 y al Reglamento sobre acceso y uso de la información del Ministerio Público. De igual manera, sólo el fiscal tendrá acceso a estos antecedentes en el sistema computacional de apoyo de los fiscales (SAF), salvo que autorizare el acceso a un funcionario determinado y sin perjuicio de la intervención del Fiscal Regional, en su caso.

44.- De mantenerse la reserva de identidad hasta la acusación, el fiscal no individualizará a la víctima en la lista de testigos, en ejercicio de la facultad contemplada en el art. 259 del CPP.

En estos casos, se recomienda acompañar un sobre sellado que contenga la indicación del domicilio e individualización de la víctima, para su posterior envío al juez presidente del tribunal oral en lo penal, con el objeto de que este último ordene la citación de rigor.

Medidas judiciales de protección

45.- Junto con las medidas autónomas de protección, el fiscal podrá solicitar al tribunal que decrete otras medidas que tengan por objeto también la protección de los derechos de las víctimas a la vida, integridad y seguridad, pero que por afectar derechos constitucionales o relacionarse con la vigencia de alguno de los principios formativos del proceso penal, requieran del pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Se trata de las **medidas judiciales de protección**, que pueden ser de dos tipos: **medidas cautelares personales** y **otras medidas judiciales de protección**.

Medidas cautelares personales

46.- De acuerdo al art. 122 del CPP, las medidas cautelares personales sólo pueden imponerse cuando son absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento -entre los cuales se encuentra la

protección de los derechos de las víctimas (inciso primero del art. 140, y art. 155, ambos CPP)- y sólo por el tiempo en que subsiste la necesidad de su aplicación.

En consecuencia, los fiscales solicitarán la imposición de las medidas cautelares personales previstas en el art. 155 del CPP, previa formalización de la investigación, solamente cuando las medidas autónomas de protección que hubieren adoptado fueren insuficientes para proteger los derechos de la víctima.

47.- Antes de solicitar una medida cautelar personal del art. 155 CPP, tratándose de casos derivados en conformidad al N.º 38 anterior, el fiscal requerirá a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos un informe u opinión sobre la medida que resultare más eficaz y adecuada al caso particular, a menos que la urgencia lo impidiere. De compartir el fiscal el informe u opinión de la Unidad, ésta efectuará las coordinaciones y contactos previos con las instituciones que podrían ejecutar la medida propuesta, para que así el fiscal pueda proponer al tribunal las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento (art. 155 inciso 2º del CPP).

Por ejemplo, si la Unidad propusiere la imposición de la medida prevista en el art. 155 letra b) del CPP, hará los contactos previos con la persona o institución que pudiere ejecutar la medida y le informará de ello al fiscal, o si postulare la conveniencia de aplicar la medida contemplada en la letra e) del mismo art., se coordinará con las autoridades locales pertinentes, a fin de preparar su posible ejecución.

48.- Una vez decretada una medida cautelar personal del art. 155 CPP, el fiscal informará de ello a la víctima (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP). Tratándose de casos derivados, la Unidad se contactará periódicamente con la persona, autoridad o institución ejecutora de la medida con el objeto de hacer un seguimiento de ésta e informará periódicamente al fiscal sobre el cumplimiento y resultado de la medida decretada. En caso que detectare un incumplimiento o problemas en su cumplimiento, dará cuenta de ello al fiscal a fin de que solicite la sustitución o modificación de la medida cautelar personal. La Unidad dará una opinión al fiscal sobre la medida cautelar por la cual podría substituirse o la modificación que pudiere solicitar al tribunal.

En caso de incumplimiento de las medidas cautelares personales del art. 155 CPP, el fiscal puede pedir prisión preventiva conforme al art. 141 inciso 4º del CPP. El fiscal o la Unidad, en su caso, informará a la víctima de la modificación o sustitución que se hubiere decretado.

49.- El fiscal se opondrá a la suspensión temporal de la medida cautelar del art. 155 CPP que se hubiere decretado, cuando a su juicio ello pusiera en peligro la seguridad de la víctima (art. 156 del CPP). En caso que el tribunal decretare la suspensión temporal, el fiscal avisará de ello a la víctima. También le avisará cuando se decretare el término de la medida cautelar por cualquier causa. Lo

anterior, sin perjuicio de adoptar una medida autónoma de protección en conformidad a esta instrucción general y de avisar a la Unidad la suspensión temporal o el término de la medida.

50.- El fiscal, previa formalización de la investigación, sólo solicitará la prisión preventiva, para proteger la seguridad de la víctima, cuando se dieran las siguientes condiciones:

- a) Las medidas de protección autónomas no resultaren eficaces;
- b) Las medidas cautelares personales previstas en el art. 155 del CPP que pudiere solicitar tampoco fueren eficaces o hubieren sido incumplidas por el imputado, y
- c) Concurrieren los demás requisitos legales previstos en los arts. 140 y 141 del CPP.

51.- En el evento que el tribunal decidiere conceder al imputado un permiso de salida durante el día, el fiscal solicitará que se asegure convenientemente la protección de la víctima y avisará a ella de este permiso (art. 150 inciso 5° del CPP). Lo anterior, sin perjuicio de adoptar una medida autónoma de protección en conformidad a esta instrucción general y de avisar a la Unidad la concesión del permiso, si el caso le hubiere sido derivado.

52.- Cuando el tribunal pusiere término a la prisión preventiva por cualquier causa, el fiscal le avisará de inmediato a la víctima de esta decisión, sin perjuicio de adoptar una medida autónoma de protección. Asimismo, tratándose de casos derivados, informará a la Unidad de tal término.

53.- Tratándose de los delitos sexuales previstos en los arts. 361 a 367 bis del Código Penal, el fiscal podrá solicitar la imposición de alguna de las medidas cautelares personales contempladas expresamente en el art. 372 ter del mismo código o de alguna de las medidas cautelares personales previstas en el CPP.

54.- En caso de delitos que reunieren las características de un acto de violencia intrafamiliar, el fiscal podrá solicitar la aplicación de medidas cautelares contempladas en la letra h.- del art. 3° de la Ley N.° 19.325 (arts. 3° letra a.- y 7° de la Ley 19.325).

Otras medidas judiciales de protección

55.- Las disposiciones establecidas en los arts. 224, 289, 307 y 308 del CPP tienen por objeto permitir al tribunal limitar la aplicación de ciertos principios

formativos del proceso penal cuando lo considere necesario para proteger la vida, integridad, seguridad u honor de víctimas, testigos u otras personas que deban tomar parte en el juicio.

56.- En virtud de lo anterior, tratándose de casos derivados, el fiscal solicitará, antes de la audiencia de juicio oral, un informe u opinión a la Unidad sobre la necesidad de pedir una o más de las medidas previstas en el art. 289 del CPP, para proteger la seguridad, honor o intimidad de la víctima. De igual manera procederá cuando decidiera solicitar **juicio inmediato** (art. 235 CPP), requiriere por juicio simplificado (art. 389 CPP) o tuviere lugar una audiencia adelantada de prueba (inciso 3º art. 191 CPP).

57.- Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 307 CPP, el fiscal podrá solicitar al juez o presidente de la sala, en su caso, autorizar a no hacer indicación pública de su domicilio, en los casos en que ello pudiere significar peligro para su seguridad. En caso de que tal solicitud fuere aceptada, el fiscal solicitará se dé estricto cumplimiento a lo dispuesto por el inciso tercero de dicho artículo.

58.- Por otra parte, en conformidad a lo dispuesto por el inciso primero del art. 308 del CPP, el fiscal podrá, con la debida anticipación, solicitar al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, entre otras medidas, las siguientes:

- a) Que se permita a la víctima que declare como testigo ante el tribunal oral en lo penal sin enfrentar físicamente al imputado (v. gr. uso de biombos o mecanismos que impidan su identificación física normal);
- b) Que la declaración de las víctimas sea prestada desde una sala contigua a aquella en que se lleva adelante el juicio, mediante un sistema de circuito cerrado de televisión;
- c) De aceptarse alguna de las medidas descritas en las dos letras anteriores, el uso de monitores que permitan al testigo observar toda la sala, si fuere relevante que identifique al acusado, y
- d) Cualquier otra medida que, en opinión del fiscal, sea adecuada y necesaria para el caso concreto en que se solicite.

Lo anterior será especialmente recomendable tratándose de víctimas con daño psicológico grave a consecuencia del delito, que deban prestar declaración en el juicio oral.

Para la solicitud y ejecución de las medidas descritas en este número, el fiscal solicitará el apoyo técnico de la Unidad.

Por consiguiente, se envía el texto definitivo y sistematizado de las instrucciones generales sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal, para ser distribuido a todos los fiscales adjuntos y para todos los fines que haya lugar.

Saluda atentamente a UDS.,

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

GPR/SRV/crz

Bibliografía

- ALBARRÁN, JORGE, “Los Derechos de las Víctimas”, en Cuadernos de Criminología del Instituto de la Policía de Investigaciones de Chile, N° 7, 1997.
- ALBRECHT, PETER-ALEXIS, “La Funcionalización de la Víctima en el Sistema de Justicia Penal” en “La Víctima en el Sistema Penal Dogmática, Proceso y Política Criminal”, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2006.
- ARAYA ESPINOZA, GABRIELA CAROLINA, “Los Derechos de las Víctimas en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno y en Derecho Comparado”, Memoria para optar al Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2005.
- ATRIA, FERNANDO “El Derecho y la Contingencia de lo Político” Revista CEP, Santiago, Chile, 2004, p. 319 y ss.
- BECCARIA, CESARE, “Dei Delitti e Delle Pene”, en Opere, Editorial Mediobanca, Milano, 1984.
- BELOFF, MARY, “Teorías de la Pena: la Justificación Imposible”, en “Determinación Judicial de la Pena”, Editorial del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- BILLARD ACUÑA, JOAQUÍN E IBARRA MENDOZA, VIVIANA, “El Individuo Pasivo en el Procedimiento Penal: La Víctima”, en “Cuadernos de Análisis Jurídicos”, Serie Seminarios Número 39, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile, Noviembre de 1998.
- BINDER, ALBERTO, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Segunda Edición Actualizada y Ampliada, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- BOLAND, MARY L. “Crime Victim’s Guide to Justice”, Ediciones Sphinx Legal, Tercera Edición, Estados Unidos.
- BOVINO, ALBERTO, “La Víctima como Sujeto Público y el Estado como Sujeto sin Derechos”, en “Revista Derecho y Humanidades”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Números 3 y 4, Volumen 2, 1993.

- BOVINO, ALBERTO, “La Participación de la víctima en el Procedimiento Penal”, en Reyna Alfaro, Luis Miguel (coordinador), “Victimología y Víctimo-Dogmática; Una Aproximación al Estudio de la Víctima en el Derecho Penal, Ara, Lima, Perú, 2003.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, “Presente y Futuro de la Victimología”, en “Revista de Ciencias Penales”, Quinta Época, 1990-1993, Tomo XL Número 1.
- Burdeau v. McDowell, 256 US 465 (1921)
- CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal; Estudio sobre los Ámbitos de Responsabilidad de Víctima y Autor en Actividades Arriesgadas”, segunda edición, JM Bosch, Barcelona, España, 2001.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, “Las Políticas de Orientación a la Víctima Examinadas a la Luz del Derecho Penal”, en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I Año 2005.
- Carta Criminológica de Porto Alegre, en Cuadernos de Criminología del Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile, Número 9, 1999.
- CASTILLO VIAL, IGNACIO, “La reparación de la víctima en el proceso penal y su relación con el Ministerio Público” en www.udp.cl (fecha de la consulta: Diciembre 10, 2008).
- Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de los Delitos Violentos, de 24 de noviembre de 1983.
- Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de la Justicia en Relación con las Víctimas de los Delitos y de los Abusos de Poder.
- Decisión Marco de 15 de Marzo de 2001, Relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. DOCE L 82, 22.03.2001.
- DIRK DUBBER, MARKUS, “La Víctima en el Derecho Penal Estadounidense: Una Sinopsis Introdutoria” en “La Víctima en el

Derecho Penal y Procesal Penal”, Varios Autores. Ediciones Jurídicas de Cuyo, Argentina.

- DOMÍNGUEZ, CARMEN “Esfuerzos Locales en el Combate contra la Delincuencia”, en www.lyd.com/municipales2004/esfuerzos_locales.pdf. Fecha de consulta: 31 de julio de 2009
- ESER, ALBIN, “Nuevos Horizontes en la Ciencia Penal”, Recopilación y Prólogo del Doctor Edgardo Alberto Donna, Fundación Editorial de Belgrano, Buenos Aires, Argentina, Edición de 1999.
- ESER, ALBIN, “Sobre la Exaltación del Bien Jurídico a Costa de la Víctima”, Editorial del Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, Colombia, Edición de 1998.
- FERNÁNDEZ BLANCO, JORGE, “Los Últimos Días de la Víctima, (Hacia una Revalorización del Rol del Ofendido)”, en “Revista No hay Derecho”, Buenos Aires, 1993, Año IV, Número 9.
- FLETCHER, GEORGE P., “With Justice for Some: Victims’ Rights in Criminal Trials”, Addison Wesley Publishing Co., 1995.
- FLETCHER, GEORGE, “El Lugar de las Víctimas en la Teoría de la Retribución” en “La Víctima en el Sistema Penal Dogmática, Proceso y Política Criminal”, Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006.
- FOUCAULT, MICHEL, “La Verdad y las Formas Jurídicas”, Editorial Gedisa, México, 1988.
- Ganger v. Peyton, 379 F.2d 709 (4th Cir. 1967).
- GARCÍA PABLOS, ANTONIO, “Sobre la Función de la Víctima en el Estado de Derecho: Víctima, Política Criminal, Criminología y Política Social”, en Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, Volumen XIV, N° 46, Enero-Abril de 1992.
- GARGARELLA, ROBERTO, “De la Justicia Penal a la Justicia Social”, Material presentado en el Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, Santiago, Chile, Septiembre de 2008.

- GIEZEN, HANS P. J., “Criminología Emancipadora y Manejo de Situaciones-Problema”, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1989.
- GONZÁLEZ, MARCO ANTONIO, “La Víctima y su Contribución al Delito”, en Cuadernos de Criminología del Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile, Número 2, 1994.
- HASSEMER, WINFRIED, “Fundamentos del Derecho Penal”, Traducción de Francisco Muñoz y Luis Arroyo, Bosch, Barcelona, España, 1984.
- HIRSCH, JOAQUIM, “La Reparación del Daño en el Marco del Derecho Penal Material” en “De Los Delitos y las Víctimas”, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- HORVITZ, MARÍA INÉS, “Estatus de la Víctima en el Proceso Penal. Comentario a Dos Fallos de la Corte Suprema”, en “Revista de Estudios de la Justicia”, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Número 3, 2003.
- HORVITZ, MARÍA INÉS Y LÓPEZ, JULIÁN, “Derecho Procesal Penal Chileno”, Dos Tomos, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Hughes v. Bowers, 711 F. Supp. 1574 (N.D. Ga. 1989).
- JAKOBS, GUNTHER, “Derecho Penal. Parte General”, Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano, Marcial Pons, Madrid, España, 1997.
- JOHNSTONE, GERRY, “Restorative Justice: Ideas, Values, Debates”, Editorial Willan Publishing, Estados Unidos, 2002.
- LEYTON JIMÉNEZ, FRANCISCO, “Víctimas, Proceso Penal y Reparación” Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2007.
- LÜBBERT ÁLVAREZ, VALERIA, “La Suspensión Condicional del Procedimiento” Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2007.

- MAIER, JULIO, “¿Es la Reparación una Tercera Vía del Derecho Penal?”, en: De Figueiredo, Dias, Jorge / Serrano, Alfonso / Politoff, Sergio / Zaffaroni, Eugenio (directores), “El Penalista Liberal. Controversias Nacionales e Internacionales en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología”, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- MAIER, JULIO B. J., “La Víctima y el Sistema Penal” en Maier Julio (comp.) “De los Delitos y de las Víctimas”, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- MAIER, JULIO B. J., “El Sistema Penal Hoy: Entre la Inquisición y la Composición”, en “Revista “Derecho penal”, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 1993, Nº 2.
- MAIER, JULIO B. J., “El Ingreso de la Reparación del Daño como Tercera Vía al Derecho Penal Argentino” en “El Derecho Penal Hoy”, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- MAÑALICH, JUAN PABLO, “El Derecho Penal de la Víctima”, en “Revista Derecho y Humanidades”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Número 10, 2004.
- MAÑALICH, JUAN PABLO, “Víctima y reparación en el derecho penal” en www.acceso.uct.cl/congreso/docs/juan_pablo_mañalich.doc, (fecha de la consulta: 19 de noviembre de 2008).
- MAÑALICH, JUAN PABLO, “La Pena como Retribución” en Estudios Públicos 108, Primavera de 2007.
- MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, “Los Derechos de la Víctima y del Imputado en el Nuevo Procedimiento Penal”, en Revista de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Número 2, 2005.
- Marshall v. Jerrico, Inc., 446 U.S. 238, 248 (1980).
- MBARGA, ARMAND, “L’Indemnisation Publique des Vltimes D’Infractions: L’Indemnisation par le Fonds de Garantie”, Editorial L’Harmattan, Paris, Francia, 2000.
- Morris v. Slappy, 461 U.S. 1, 14-15 (1983).
- NAHRA, KIRK J., “The Role of Victims in Criminal Investigation and Prosecutions”, en

http://www.wileyrein.com/publication.cfm?publication_id=8062, (Fecha de la Consulta: 19 de Noviembre de 2008).

- NOGUERA ALCALÁ, HUMBERTO, “Derecho Constitucional”, Editorial Jurídica, Santiago, Chile.
- NÚÑEZ OJEDA, RAÚL “El Ofendido por el Delito y la Prueba” en “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral”, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2005.
- NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, "Comentario al Libro Derecho Procesal Penal chileno de Horvitz y López", en “Revista Actualidad Jurídica”, número 17, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2008, págs. 592 y ss.
- NÚÑEZ OJEDA, RAÚL “Los Procedimientos del Derecho Penal Moderno y del Derecho Penal Clásico” en Estado de Derecho y Reformas a la Justicia del Heidelberg Center para América Latina, Santiago de Chile, 2004.
- Oficio N° 145 del Fiscal Nacional Económico a los Fiscales que los Orienta en el Tema de la Citación de las Víctimas a las Audiencias del Proceso Penal, de 27 de marzo de 2002.
- Oficio N° 164 del Fiscal Nacional a los Fiscales, que los Orienta en el Tema de la Protección de las Víctimas Durante las Audiencias de Juicio Oral, de 12 de abril de 2002.
- PÉREZ ALONSO, FRANCISCO, “Introducción al estudio de la Criminología”, Editorial Reus S.A. Madrid, 1999
- People v.Eubanks, 927 F.2d 310 (Cal. 1996)
- PIEDRABUENA, GUILLERMO, Exposición del Fiscal Nacional del Ministerio Público sobre la materia: “La Constitución y los Derechos de la Víctima en el Nuevo Proceso Penal”, en www.ministeriopublico.cl/shnoti.asp?noticia=330 (consultado en Noviembre de 2008).
- PIZZI, WILLIAM, “Victims’ Right: Rethinking Our “Adversary System”, Utah Law Review, 1999.

- PRITTWITZ, CORNELIUS, “La Resurrección de la Víctima en la Teoría Penal” en “La Víctima en el Sistema Penal Dogmática, Proceso y Política Criminal”, Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006.
- REYNA ALFARO, LUIS “La Víctima en el Sistema Penal” en “La Víctima en el Sistema Penal Dogmática, Proceso y Política Criminal”, Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006.
- RIAÑO IBÁÑEZ, JESÚS, “La Víctima en el Juicio Oral” en www.derechopenalonline.com/index.php?=14,127,0,0,1,0 (consulta en Agosto de 2008).
- RIEGO, CRISTIAN Y DUCE, MAURICIO, “Las Víctimas de los Delitos en el Proceso Penal Chileno”, en Revista de Ciencias Penales, Quinta Época, 1990-1993, Tomo XL, Número 2.
- ROBINSON, PAUL H., “Should the Victims’ Rights Movement Have Influence Over Criminal Law Formulation and Adjudication?”, McGeorge Law Review 749, año 2002.
- ROBINSON, PAUL H., “The Virtues of Restorative Processes: The Vices of “Restorative Justice””, en el Simposio de Justicia Restaurativa, celebrado en Utah, Estados Unidos, 2002.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, “Victimología: Estudio de la Víctima” Editorial Porrúa S.A. México, 1990.
- ROXIN, CLAUS, “Pena y Reparación”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LII, MCMXCIX, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, España.
- ROXIN, CLAUS, “Derecho Penal. Parte General”, traducción de Diego Manuel Luzón Peña / Miguel Díaz y García Conlledo /Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997.
- RUZ HERNÁNDEZ, VALERIA “El Papel de la Víctima en el Proyecto de Código y en el Derecho Comparado” Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1999.
- SCHÜNEMANN, BERND, “Sistema de Derecho Penal y Victimodogmática” Traducción de Mariana Sacher, en: Díez Ripollés,

José Luis / Romeo Casabona, Carlos / García Martín, Luis (editores): “La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo”, Tecnos, Reimpresión de la Primera Edición, Madrid, España, 2003.

- SCHÜNEMANN, BERND, “El Papel de la Víctima dentro del Sistema de Justicia Criminal: un Concepto de Tres Escalas” en “La Víctima en el Sistema Penal Dogmática, Proceso y Política Criminal”, Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “La Consideración del Comportamiento de la Víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones Doctrinales y Jurisprudenciales sobre la Victimodogmática”, en A.A.V.V., “La Victimología”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1993.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, JM Bosch, Barcelona, España, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “Delincuencia Patrimonial Leve: una Observación del Estado de la Cuestión” en Estudios Penales y Criminológicos XXV, Universidad de Santiago de Compostela, Año 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “Sobre la Relevancia Jurídico Penal de la Realización de Actos de “Reparación””, en Poder Judicial 3ª Época, Número 45, año 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales” Madrid, 2001.
- SOLÉ RIERA, JAIME, “La Tutela de la Víctima en el Proceso Penal”. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- Standards for Criminal Justice: The Prosecution Function, American Bar Association Standards § 3-3.1(d)
- State v. Eldridge, 1997 WL 230200 (Tenn. Crim. App. May 7, 1997).
- STELLA, FEDERICO, “Giustizia e Modernità: La Protezione Dell’Innocente e la Tutela Delle Vittime”, Ediciones Gluffré, Milano, Italia, 2003.
- TIFFER SOTOMAYOR, CARLOS, “La posición Jurídica del Ofendido en el Derecho Procesal Penal Latinoamericano” en

www.cienciaspenales.org/revista%2001/tiffer01.htm (consultado en Agosto de 2008).

- TORO JUSTINIANO, CONSTANZA, “El Debido Proceso: Un Estudio Comparativo de la Doctrina Procesal Penal y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2008.
- TYLER, TOM R., “Why People Obey the Law?”, Princeton University Press, Estados Unidos, 2006.
- Wayte v. United States, 470 U.S. 598, 607-08 (1985).
- Wright v. United States, 732 F.2d 1048 (2nd Cir. 1984).
- ZPIF, HEINZ, “Introducción a la Política Criminal”, Traducción de Miguel Izquierdo, Edersa, Madrid, España, 1979.