



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Internacional

# **Derecho de acceso a la justicia de la víctima y proceso penal: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

---

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

**Autores**

Ignacio Mujica Torres  
Sebastián Morales Ramos

**Profesor Guía**

Claudio Nash Rojas

01/01/2011



## Índice

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>6</b>
1.	Planteamiento del problema e hipótesis	6
2.	Plan de trabajo	9
3.	Justificación: ¿Por qué es necesaria la comparación entre la jurisprudencial de la Corte y la del Tribunal Constitucional?	9
<b>II.</b>	<b>EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA: EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA</b>	<b>20</b>
1.	Graves Violaciones de Derechos Humanos y el rol de la víctima	21
1.1	El enfoque desde las obligaciones generales del Estado	22
1.2	El enfoque desde el derecho de la víctima y sus familiares	26
1.3	El desarrollo posterior relativo a casos de graves violaciones de derechos humanos	32
1.3.1	La denominación, el fundamento convencional del derecho y sus titulares	32
2.	Delitos no constitutivos de Graves Violaciones de Derechos Humanos y el rol de la víctima	38
2.1	Los casos controversiales: una errónea construcción del contexto	39
2.2	El enjuiciamiento penal y la garantía de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana	42
2.3	El diseño institucional del sistema procesal penal frente a la CADH	44
2.4	Sobre la existencia de un deber de persecución de los delitos no constitutivos de graves violaciones de derechos humanos	46
2.5	La conducción de los procedimientos penales	52
2.6	El rol de la víctima en el proceso penal	54
3.	Conclusiones al presente capítulo	57
<b>III.</b>	<b>EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO: EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA O TUTELA JUDICIAL EFECTIVA</b>	<b>59</b>
1.	El Derecho al Acceso a la Justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	60
2.	El derecho al acceso a la justicia o tutela judicial efectiva y el rol de la víctima en el proceso penal en la jurisprudencia del TC	63
3.	La Posición Original: los derechos de las víctimas prevalecen ante las facultades del Ministerio Público	68
4.	La posición intermedia: el derecho a una amplia participación en el proceso y al control jurisdiccional del actuar del Ministerio Público	75

4.1	El Rol 1244-2009: el derecho de la víctima a una amplia participación en el proceso penal	76
4.2	Los Roles 1337-2009, 1380-2009, 1467-2009 y 1484-2010: El derecho al control jurisdiccional del actuar del Ministerio Público.	80
4.3	El resultado de la fase intermedia: una moderación de la postura original del Tribunal	86
5.	El Rol 1341-2010: la constitucionalidad de las potestades del Ministerio Público y la reconfiguración del rol de la víctima en el proceso penal	88
6.	Conclusiones al presente capítulo	100
IV.	UN PARALELO ENTRE EL DESARROLLO DE LA CORTE IDH Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO SOBRE EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA DE LA VÍCTIMA	102
1.	Un paralelo en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH y el Tribunal Constitucional chileno	103
1.1.	Un déficit de justificación sobre la existencia del derecho al acceso a la justicia: una deuda pendiente en ambos tribunales	103
1.2.	El tránsito dese un amplio derecho al acceso a la justicia hacia una participación limitada	109
1.3.	Las razones que justifican el tránsito hacia un derecho de acceso a la justicia limitado	115
1.4.	Conclusiones: ausencia de un análisis dogmático y reconocimiento de tensiones entre los principios básicos del sistema procesal penal y el amplio derecho de la víctima al acceso a la justicia	121
2.	Las tensiones entre un amplio derecho al acceso a la justicia y el derecho penal de <i>ultima ratio</i> , ejercido a través de un proceso penal público, adversarial y basado en el principio de oportunidad.	126
2.1.	El principio de oportunidad en los sistemas procesales penales	127
2.1.1.	El principio de oportunidad y la eficiencia y eficacia	131
2.1.2.	El principio de oportunidad y la política criminal orientada a un derecho penal de <i>ultima ratio</i>	131
2.2.	Las tensiones entre el principio de oportunidad y el amplio derecho de acceso a la justicia	134
3.	Conclusiones al presente capítulo	137
V.	EL TEST DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS COMO SOLUCIÓN DE LAS TENSIONES ANTES DESCRITAS	139
1.	Sobre el test de restricción en general y su reconocimiento por la Corte IDH y por el Tribunal Constitucional	140
1.1.	El test de proporcionalidad en la Corte IDH: la visión tradicional y el nuevo enfoque del caso Kimel	141

1.2.	El test de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional chileno _	144
2.	El derecho de acceso a la justicia en el ámbito penal y su restricción__	148
3.	La aplicación del test de restricción al derecho de acceso a la justicia en el marco del proceso penal _____	150
3.1.	La legalidad de la medida _____	150
3.2.	El objetivo legítimo _____	151
3.3.	La proporcionalidad de la medida _____	157
3.3.1.	Idoneidad de la medida de restricción: _____	157
3.3.2.	Necesidad de la medida de restricción: _____	160
3.3.3.	Proporcionalidad en sentido estricto: _____	165
4.	Conclusiones en relación a la aplicación del test de restricción basado en la proporcionalidad _____	175
VI.	CONCLUSIONES GENERALES _____	177
VII.	TABLA DE ABREVIATURAS _____	182
VIII.	BIBLIOGRAFÍA CITADA _____	183
IX.	TABLA DE CASOS CITADOS _____	188

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Planteamiento del problema e hipótesis

En las últimas décadas ha existido un verdadero cambio en cómo se concibe el rol del derecho penal, desde la perspectiva de los derechos fundamentales. La mirada tradicional sobre la actividad punitiva del Estado estuvo enfocada hacia alcanzar su mayor limitación posible, en tanto se le reconoció como un ámbito del actuar estatal que importaba serias restricciones a los derechos fundamentales. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, esta mirada, si bien sigue reconociendo los riesgos de la actividad sancionatoria, ha incorporado una nueva mirada, esto es, que el derecho penal también puede constituir una herramienta útil para la protección de los derechos fundamentales.

En este cambio de paradigma, los organismos internacionales, como la Corte IDH, han jugado un rol protagónico. En este sentido, destacan las afirmaciones de la Corte IDH, siguiendo a la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre el uso de la vía penal como medida de garantía de los derechos humanos frente a los crímenes de lesa humanidad:

“106. Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones desde 1946 ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera, la Asamblea General sostuvo que la “investigación rigurosa” de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, “son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”. [...]”<sup>1</sup>

En definitiva, se trata de la asunción de que la actividad sancionatoria constituye un medio idóneo para la protección de los derechos fundamentales.

---

<sup>1</sup> Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párr. 106.

Este cambio en la manera de comprender el rol del derecho penal se ha visto aparejado de una modificación en la manera de entender la relación que surge en el marco del proceso penal. Si bien la visión tradicional reconocía que los procesos penales se configuraban a partir del binomio Estado – imputado; la nueva visión incorpora a la víctima –en tanto sujeto de una violación de sus derechos a través del delito- como un actor relevante dentro de dicho proceso.

Uno de los mecanismos de inclusión de la víctima dentro de la justicia penal ha sido a través del reconocimiento del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, destaca lo dispuesto por los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, que en su numeral 11 afirman:

“11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional:

- a) Acceso igual y efectivo a la justicia;
- b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido;
- c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.”<sup>2</sup>

En definitiva, esta nueva mirada incorpora a la víctima como sujeto cuyas expectativas de justicia en el ámbito penal deben ser atendidas por el Estado. En efecto, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional chileno han abordado la pregunta referente al rol de la víctima en el proceso penal, a través del derecho fundamental al acceso a la justicia.

En términos generales, el objeto de este trabajo será analizar de manera comparada el desarrollo que han realizado la Corte IDH y el Tribunal Constitucional, en relación a derecho de acceso a la justicia de la víctima en el marco del proceso penal. Nuestro análisis

---

<sup>2</sup> Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Numeral 11.

se centrará en uno de los aspectos fundamentales de este derecho, esto es, su reconocimiento frente a casos constitutivos de “criminalidad ordinaria” o “delitos comunes”. Con esto nos referimos a aquellos hechos delictivos que no constituyen graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos ni del derecho internacional humanitario.

En este trabajo expondremos cómo, tanto la Corte IDH como el Tribunal Constitucional, han transitado desde el reconocimiento de un amplio o robusto derecho de acceso a la justicia de la víctima en el marco del proceso penal (en delitos comunes), hacia un reconocimiento más reducido de dicha garantía. Dicho tránsito puede explicarse en que ambos tribunales reconocen la existencia de tensiones entre un amplio derecho de acceso a la justicia y un determinado modelo de persecución penal pública, adversarial y basada en el principio de oportunidad (en su variante reglada), modelo que se ha impuesto en Latinoamérica, fruto de las reformas de las últimas décadas a los sistemas procesales penales<sup>3</sup>. Sin embargo, las razones que han justificado el tránsito que ha experimentado la jurisprudencia de ambos tribunales no han resuelto estas tensiones de manera articulada.

Frente a esto, nuestra hipótesis es que las tensiones entre el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia de la víctima y el modelo de derecho procesal penal antes descrito, deben ser resueltas a través del mecanismo que ambos tribunales reconocen como el sistema adecuado para evaluar la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales: el test de restricción basado en el principio de proporcionalidad. De acuerdo a dicho modelo la adopción de un sistema procesal penal de carácter público, adversarial y basado en el principio de oportunidad reglada, debe ser concebido como una medida de restricción legítima del derecho de acceso a la justicia. Esta visión permitirá solucionar estas tensiones y con ello afirmar la legitimidad de tal modelo de enjuiciamiento penal a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política de la República, sin que ello implique el abandono y exclusión de la víctima.

---

<sup>3</sup> Tal como señala Bovino: “En los últimos años, un gran proceso de reforma del enjuiciamiento penal recorrió la gran mayoría de los países de América Latina –v. gr. algunas provincias de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Venezuela, entre otros- [...]”. Bovino, Alberto. Principios políticos del procedimiento penal. Editores del Puerto (2005). Buenos Aires, Argentina. P.113.



## **2. Plan de trabajo**

Nuestro plan de trabajo será el siguiente: como parte de este capítulo, justificaremos la necesidad de llevar a cabo un análisis comparado entre la jurisprudencia de la Corte IDH y el Tribunal Constitucional chileno; cuestión que será abordada desde una particular interpretación del art. 5 inc. 2° de la Constitución.

En el segundo capítulo abordaremos el tratamiento que ha dado la Corte IDH al rol de la víctima en el proceso penal a través del derecho de acceso a la justicia. Este análisis expondrá el desarrollo jurisprudencial de la Corte en relación al derecho de acceso a la justicia distinguiendo entre casos de graves violaciones de derechos humanos y casos no constitutivos de violaciones graves.

El tercer capítulo estará dedicado al análisis del rol asignado a la víctima en el marco del proceso penal por parte del Tribunal Constitucional chileno, cuestión que, como se verá en su momento, ha sido abordada menos sistemáticamente que en el Corte IDH.

El capítulo cuarto presentará algunas conclusiones generales que se puede obtener del análisis comparado en relación al derecho de acceso a la justicia en ambos tribunales; además de ello explicaremos en detalle la manera en que la concepción de tal derecho entra en conflicto con el modelo de persecución penal pública, adversarial, basada en el principio de oportunidad.

En el capítulo quinto nos avocaremos a evaluar si la adopción de tal sistema puede ser tenida como una restricción legítima al derecho al acceso a la justicia; esta tarea será abordada a través del análisis de cada uno de los elementos del test de restricción aplicado a la medida en cuestión.

Por último finalizaremos este trabajo con una serie de conclusiones de carácter general.

## **3. Justificación: ¿Por qué es necesaria la comparación entre la jurisprudencia de la Corte y la del Tribunal Constitucional?**

En esta sección abordaremos una cuestión preliminar de nuestra tesis, pero no por ello menos importante, esto es, la justificación de en qué medida es necesario un análisis comparativo entre la jurisprudencia de la Corte IDH y la del Tribunal Constitucional sobre el derecho al acceso a la justicia en el ámbito del proceso penal. Nuestra respuesta a esta interrogante es que dicho análisis adquiere una crucial importancia en el evento en que el desarrollo que esta garantía ha tenido en la Corte IDH deba ser tomado en cuenta por el Tribunal Constitucional a la hora de ejercer el control de constitucionalidad de los actos estatales que afecten derechos fundamentales. En lo sucesivo, expondremos que esto es así, en conformidad con lo previsto en la Constitución, en particular según el art. 5 de la carta fundamental.

Como ya hemos adelantado, la conexión que postulamos como necesaria entre ambos sistemas se hace posible a partir de cierta interpretación del polémico artículo 5, inc. 2 de la Constitución. Dicha norma, como sabemos, establece que:

“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos [derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana], garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”<sup>4</sup>

La interrogante que esta norma nos plantea es: ¿Los derechos humanos y los estándares desarrollados por la Corte en relación a los mismos, poseen o no rango constitucional en función del art. 5, inc. 2°? ¿Permite dicho artículo que estos derechos sean invocados como vulnerados por el Estado en sede nacional? En otras palabras: ¿se incorporan los derechos contenidos en la CADH al derecho interno por vía del art. 5 de la CPR, y con qué jerarquía? Si la respuesta es afirmativa, entonces cualquier análisis relativo a las garantías fundamentales en el marco del sistema constitucional chileno, deberá incorporar siempre el desarrollo que de dicha garantía se haya realizado en las instancias de control internacional.

Para justificar esta postura nos apoyaremos fundamentalmente en las consideraciones efectuadas por Nash, y en lo pertinente, por la doctrina que junto a este autor afirman que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales así como los estándares desarrollados por los órganos internacionales a cargo de su supervisión, forman parte del derecho constitucional vigente. Para sustentar nuestra postura, además, haremos referencia

---

<sup>4</sup> Art. 5 Inc. 2° de la CPR.

a una sentencia del Tribunal Constitucional chileno, en las que dicho órgano asume tal posición: la sentencia Rol 786-2007.

Ahora bien, en lo que sigue haremos referencia también al criterio interpretativo que, en concordancia con lo anterior, debe ser utilizado para resolver contradicciones o antinomias entre las normas y estándares internacionales y las disposiciones constitucionales. Una consecuencia obvia para la postura que asume que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales poseen rango constitucional es que el criterio jerárquico se vuelve insuficiente para dar solución a tales controversias. Propondremos que para solucionar estos problemas se deba recurrir a otro criterio interpretativo, a saber: el principio pro-persona. Este es un canon interpretativo que ha sido desarrollado por la Corte IDH y cuyo uso también ha sido promovido por cierto sector de la doctrina nacional.

### **3.1. El debate en la doctrina nacional en relación al art. 5 inc. 2° de la CPR**

Como señaláramos más arriba la interpretación del Art. 5 inc. 2° de la CPR ha suscitado un extenso en debate en la doctrina nacional<sup>5</sup>. Ello se explica fundamentalmente por el hecho que adoptar una u otra de las posturas en competencia significa resolver la cuestión fundamental de si los jueces nacionales –o a quien según la ley le corresponda ejercer control de constitucionalidad- deben o no aplicar los estándares internacionales en materia de derechos humanos cuando conocen de un caso en que estos se estiman vulnerados.

Antes de esbozar las coordenadas generales de la discusión nos parece esclarecedor precisar adecuadamente cual es el objeto del debate. Según Nash:

“[...] [L]o que debe discutirse no es el rango de los tratados propiamente dicho, sino el rango de las normas que consagran derechos humanos, incluyéndose en ellas no solamente las que los formulan, sino todas aquellas que regulan su alcance o contenido, como por

---

<sup>5</sup> Este debate se originó, por cierto, a partir de la reforma constitucional de 1989 – Ley n° 18.825-. Los siguientes autores representa las diferentes posturas adoptadas frente al alcance del art. 5 inc. 2°: Nogueira, Humberto. “El artículo 5 ° de la Constitución y la jerarquía normativa de los tratados internacionales” ponencia presentada en las Jornadas de derecho público de octubre de 1991; Medina, Cecilia. Constitución, tratados y derechos esenciales. Corporación Nacional de Reparación y Conciliación, Santiago, 1993; Bertelsen, Repetto. “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”. En: Revista Chilena de Derecho, Vol 23, N°s 2 y 3 TI, pp. 211-22; Troncoso, Claudio y Vial, Tomas. “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”, Revista chilena de Derecho, Vol 20, N°s 2 y 3, Tomo II, mayo-diciembre 1993, pp 695-704; y Fernández G, Miguel. La reforma al artículo 5° de la Constitución. Revista Chilena de derecho, vol 16, 1989, pp. 809-825.

ejemplo, las normas que imponen límites a su restricción en tiempos normales o a su suspensión en tiempo de emergencia, las que establecen criterios para su interpretación y otras semejantes, ya que la regulación de los derechos humanos constituye un todo que no se puede dividir”<sup>6</sup>

De esta forma, el problema se centra, en lo que aquí nos interesa, en el status normativo de las normas que confieren derechos humanos y aquellas que fijan las condiciones bajo las cuales es legítimo restringir su ejercicio, junto a los desarrollos jurisprudenciales de los órganos de control correspondientes. Ahora bien, nos parece que lo relevante de esta mirada del problema es que presenta una propuesta garantista<sup>7</sup> ante el asunto, cuestión que tiende a opacarse cuando solo nos preguntamos genéricamente por la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento interno.

Sin perjuicio de ello, la doctrina tradicional sobre el art. 5° ha afirmado que los tratados internacionales –sin distinciones– son normas jurídicas supra legales pero infraconstitucionales. La principal consecuencia de esta tesis es, por un parte, que el legislador ordinario no puede modificar, suspender, abrogar o anular un tratado suscrito y ratificado por Chile,<sup>8</sup> y por otra, que el juez constitucional no puede emplear normas internacionales como premisas justificatorias de su decisión en el control de las normas internas en perjuicio de las normas constitucionales, puesto que estas últimas tendrían mayor jerarquía que las primeras.

El argumento central de los partidarios de esta postura, es que con la regla del Art. 5 inc.2° el constituyente no quiso modificar el régimen general de enmienda constitucional previsto en el capítulo XV de la CPR. En otros términos, aceptar la incorporación de los derechos a la constitución por vía del art. 5 significaría realizar una verdadera reforma constitucional, cuestión que necesariamente debe pasar por las normas generales dispuestas a efecto en la CPR. Sostener lo contrario permitiría eludir el sistema de resguardos – altos

---

<sup>6</sup> Nash, Claudio. La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena. En la aplicación judicial de los tratados internacionales, p. 163.

<sup>7</sup> Por dimensión garantista entendemos que lo que está realmente en juego es la opción por un sistema que proteger mejor los derechos fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, el uso del término se aproxima sustancialmente al uso que de este se hace en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli. Véase. Ferrajoli, Luigi. Garantías. En Jueces para la Democracia, n° 38, 2000 pp. 39-46.

<sup>8</sup> Una exposición actualizada de esta posición puede consultarse en Zuñiga, Francisco. Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. Apostillas sobre tratados y constitución. En Revista de Derecho Político, N° 71-72, enero-agosto 2008, págs. 789-827.

quórum de aprobación, alta participación de los poderes del estado, etc.- establecidos en dichas normas<sup>9</sup>.

Los defensores de la segunda postura sostienen, en cambio, que las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales aprobados y ratificados, así como los estándares desarrollados por los órganos internacionales de control, son, por virtud del art. 5° inc. 2°, normas constitucionales, es decir, poseen la misma jerarquía que las demás disposiciones de la Constitución. Lo anterior trae aparejado, en lo que aquí nos interesa, que los derechos contenidos en los tratados y los estándares internacionales forman parte del parámetro de control a los que el Tribunal Constitucional echará mano en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento. Así, un ciudadano podrá en sede nacional alegar que tal o cual acto del Estado es inconstitucional en la medida en que infringe un derecho reconocido en la Convención por más que este no esté consagrado en la Carta Fundamental, o sostener que la interpretación ofrecida, por ejemplo, por la Corte IDH en relación a tal o cual derecho es más garantista y por tanto debe ser acogida por el Tribunal.

Ahora bien, la interpretación del Art. 5 inc. 2° de la CPR desarrollada por los partidarios de la postura aludida en el párrafo anterior se articula a partir de la pregunta por la necesidad de la norma en cuestión en el contexto de un sistema jurídico<sup>10</sup> que - ya antes de la reforma que originó dicha norma<sup>11</sup> - operaba sobre la base de ciertas orientaciones más o menos asentadas. Estas se pueden sintetizar del siguiente modo: a) no existía una norma constitucional que estableciera la jerarquía de los tratados internacional en el ordenamiento interno; b) en razón de lo anterior, la determinación de la jerarquía era una labor estrictamente jurisprudencial y doctrinal; y c) la jurisprudencia al respecto consideraba que los tratados internacionales estaban por debajo de la Constitución<sup>12</sup>, y existía un rechazo de parte de los Tribunales a aplicar las normas internacionales en la resolución de los casos en los que éstas eran invocadas como vulneradas por el Estado. Así vistas las cosas, ¿qué sentido tendría incorporar la regla del art. 5 inc. 2°, sino enmendar tal situación en pro de la mayor protección de los derechos humanos?

---

<sup>9</sup> Artículos 127 y 128 de la CPR.

<sup>10</sup> Estimamos que este es el enfoque adoptado por Nash, véase: Nash, Claudio. Op. Cit., nota 6, pp. 155-164.

<sup>11</sup> El Art. 5 inc. 2° de la CPR es producto de la reforma constitucional del año 1989.

<sup>12</sup> Sobre este último punto, véase. Benadava, Santiago. Las relaciones entre derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos. En Nuevos enfoques de derecho internacional, Editorial Jurídica de Chile, 1992. pp. 47-52.

Ahora bien, resulta claro que bajo un sistema como el esbozado precedentemente, la regla del Art. 5 inc.1° solo tiene sentido si se la interpreta, en términos de que:

“[...] « los derechos esenciales de la naturaleza humana» son un límite al ejercicio de la soberanía y, por tanto, gozan de esa jerarquía -constitucional- [...]”<sup>13</sup>

Esta postura se hace cargo de la objeción central formulada por sus detractores: la que dice relación con que la disposición aludida no habría modificado el procedimiento de reforma constitucional. En efecto, Nash afirma que:

“[...] [N]o existe un dogma que establezca que las constituciones deben tener un determinado procedimiento de enmienda, o que impida que una constitución tenga para ello procedimientos diferentes, atendido el carácter o la naturaleza de lo que se quiere modificar”<sup>14</sup>

De este modo, en el art.5 inc. 2° de la CPR establecería un procedimiento especial de enmienda, más flexible en razón de los valores fundamentales que tales derechos expresan, cuestión indispensable para una sana convivencia democrática. En definitiva, se trata de una norma que busca la mejor protección de los derechos fundamentales de todas las personas, por medio de la incorporación con jerarquía constitucional de los derechos contenidos en los tratados internacionales y los estándares desarrollados por los órganos de control.

### **3.2. La postura del Tribunal Constitucional: El caso rol 786-2007**

En lo que respecta a la postura adoptada por el Tribunal Constitucional sobre este debate, creemos que no es posible emitir un juicio categórico. Desde un punto de vista estrictamente jurisprudencial, el Tribunal no ha desarrollado una tesis clara al respecto<sup>15</sup>. Si bien en los casos Roles 46-1987 y 346 -2002 el Tribunal sostuvo la tesis de la prevalencia del derecho interno por sobre el derecho internacional, en sentencias posteriores esta tesis

---

<sup>13</sup> Nash, Op Cit, nota 6, p. 162.

<sup>14</sup> Nash, siguiendo a Nogueira, ibídem, p. 164.

<sup>15</sup> Peña, Marisol. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional Chileno. En Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pp. 205-222.

se ha modificado, aunque no podemos afirmar que de manera definitiva<sup>16</sup>. En este sentido el caso reciente de mayor interés a estos efectos es el Rol 786-2007.

En este caso, se cuestionó la constitucionalidad de una indicación legislativa, conforme a la cual se establecía como única sanción a ciertos delitos cometidos por adolescentes<sup>17</sup>, la internación en régimen cerrado, en vez de un rango de sanciones que variara entre el régimen semi-cerrado y el régimen cerrado. El grupo de parlamentarios que solicitó el pronunciamiento del Tribunal, en lo que aquí nos interesa, sostuvo que dicha indicación infringía ciertos principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño – específicamente lo que respecta al uso de penas privativas de libertad solo como último recurso-.

Lo que nos interesa destacar del razonamiento del Tribunal en el caso aludido no son, desde luego, las consideraciones sustantivas sobre la supuesta compatibilidad o incompatibilidad existente entre la indicación formulada en el senado y la convención. Sino, más bien, el hecho que el Tribunal usó como parámetro de control las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales. Desafortunadamente, el Tribunal se limitó a usar en su argumentación dichos estándares pero no justificó por qué estos serían criterios pertinentes de control de constitucionalidad<sup>18</sup>. De ahí que parte de la doctrina sostenga que el Tribunal eluda el problema<sup>19</sup> que, como sabemos, guarda relación con la jerarquía de las normas sobre derechos humanos – y estándares –en el ordenamiento jurídico nacional. Con todo, concordamos con la postura del profesor Nogueira en cuanto a que:

“La sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 786-2007, de fecha trece de junio de 2007, asume por primera vez esta perspectiva asimilada por la doctrina y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, contribuyendo con ello al desarrollo de un parámetro único de control de constitucionalidad en la materia, como asimismo

---

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, en caso Rol 346-2006 recoge en un extenso *dictum* el argumento central de la primera postura – tesis de la supralegalidad-, el cual dice relación con el hecho que el Art. 5 inc. 2° no puede ser leído como una modificación del procedimiento de reforma a la Constitución.

<sup>17</sup> Aquellos delitos que, en el caso de ser cometidos por adultos, son sancionados con una pena privativa de libertad de más de 5 años.

<sup>18</sup> Si bien el Tribunal desecha la solicitud de inconstitucionalidad, lo hace porque estima que la indicación legislativa impugnada no vulnera lo preceptuado por la Convención. Véase considerandos 26° Y 27° de la sentencia en cuestión.

<sup>19</sup> Zuñiga, Op Cit, nota 8, p. 16.

contribuyendo a otorgar seguridad jurídica e igualdad en la interpretación y aplicación a las personas de los derechos fundamentales.”<sup>20</sup>

De esta forma, consideramos que la sentencia antes mencionada no puede sino ser interpretada en el sentido de acoger la tesis de la incorporación con jerarquía constitucional. De no ser así, no tendría sentido alguno utilizar los estándares internacionales como parámetro de constitucionalidad de una ley.

Además, esta “igualdad en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales” que señala Nogueira, se consigue a través de esta interpretación del art. 5 inc. 2° de la CPR, en la medida que esta permite la articulación de un sistema único de protección de los derechos fundamentales. En otras palabras, esta interpretación permite un enfoque integrador entre los distintos órganos de de protección de derechos fundamentales, orientado a coordinar las interpretaciones relativas a las garantías fundamentales. En este sentido, Nash sostiene que:

“[...] [U]na visión actual de los derechos fundamentales debería ser el punto de partida de la integración de los derechos garantizados en el catálogo de derechos y aquellos consagrados en el ámbito internacional. Dicha integración no solo debería ser normativa, sino también práctica al momento de aplicar los derechos e interpretar su contenido y alcance”<sup>21</sup>.

En síntesis, estimamos que la sentencia Rol 786-2007, representa la incorporación por parte del Tribunal Constitucional de la postura que afirma que, por vía del art. 5 inc. 2° de la CPR, los derechos contenidos en los tratados internacionales y sus estándares se incorporan al sistema jurídico nacional con jerarquía constitucional. Si bien esta postura no se ha asentado completamente en el Tribunal Constitucional, dicha sentencia representa un avance en un paulatino proceso de incorporación de tal interpretación<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Nogueira, Humberto. Los derechos humanos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia rol n° 786 -2007 del Tribunal Constitucional. En Estudios Constitucionales, Año 5, n° 2, 2007, p. 464.

<sup>21</sup> Nash, Claudio, Op. Cit. Nota 6, p. 183.

<sup>22</sup> En este sentido, más recientemente el Tribunal Constitucional, utilizó los estándares entregados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, para determinar el alcance del derecho a la igualdad. Véase el considerando 103° del Rol 1710-2010.



### 3.3. El enfoque integrador y el criterio pro-persona

La adopción de un enfoque integrador no solo nos permite justificar el carácter constitucional de las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes y sus respectivos estándares, sino también permite enfrentar adecuadamente los problemas que pueden suscitarse en caso de existir una contradicción entre las normas internacionales y la Constitución. Si a las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales se les reconoce una posición equivalente a la Constitución en el sistema de fuentes, entonces la colisión entre estos dos cuerpos normativos no puede ser resuelta sobre la base del criterio de jerarquía. Este último criterio de solución de antinomias supone que las normas en conflicto poseen jerarquías diferentes<sup>23</sup>. De ahí que debamos encontrar otro criterio de solución.

En la tarea planteada anteriormente, el enfoque integrador propuesto en esta sección nos servirá para la solución del problema que genera la impertinencia del criterio de jerarquía como canon interpretativo idóneo. En efecto, en el marco de dicho enfoque resulta evidente que el principio pro-persona es la pauta que deberá orientar a los jueces en la resolución de los casos en que exista contradicción entre las normas internacionales y las constitucionales. La conexión existente entre el enfoque integrador y el principio pro-persona, es patente en la posición de Nogueira, según la cual:

“La normativa jurídica constitucional chilena y comparada latinoamericana no permiten que los derechos fundamentales asegurados y garantizados por el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos sigan siendo considerados en forma compartimentalizada, sino que deben ser abordados en una perspectiva integrada y complementaria, cuyas fuentes interna e internacional nutren un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana, abordándolos en forma integral, realizando una tarea de armonización e integración, eliminando prejuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales en base al *principio “pro homine” o “favor persona”*”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Véase, Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho, Bogotá, Temis, 1992, pp. 191-196.

<sup>24</sup> Nogueira, Op.Cit. nota 20, pp 458 -459.

De esta forma, entre dos normas en conflicto el intérprete deberá preferir aquella que mejor proteja a la persona frente a la intervención estatal. Cabe destacar que este canon interpretativo ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así el caso Rol 740-2008, el Tribunal sostuvo que:

“[...] [P]ara dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudirse a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésta la materia comprometida en el presente requerimiento.

En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) **debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana**” (Opinión Consultiva 5, 1985)”<sup>25</sup>

Es importante subrayar el hecho que el Tribunal a la hora de fijar el contenido del aludido principio, empleó una opinión consultiva de la Corte Interamericana. Lo anterior no hace más que confirmar la necesidad de que el principio *pro-homine* sea el criterio de solución a los problemas, a los que nos hemos referido y además se evidencia la conexión entre este y el enfoque integrador que propiciamos.

A modo de resumen final podemos señalar lo siguiente: 1) el contexto en el que se originó la regla prevista en el Art. 5 inc. 2° de la CPR nos permite afirmar que esta norma buscó equiparar las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales y los derechos fundamentales asegurados en la Constitución; 2) de esta interpretación se sigue que los estándares internacionales son vinculantes para el Estado y por ello el juez constitucional debe echar mano de estos para juzgar la constitucionalidad de una ley, acto administrativo, etc.; 3) esta manera de entender el art. 5 inc. 2° da lugar a un enfoque “integrador”, orientado a la mayor y mejor protección de los derechos humanos; 4) este último enfoque nos permite además ofrecer una solución a los eventuales conflictos entre

---

<sup>25</sup> STC, Rol 740-2008, considerando 66° (el destacado es del original). En igual sentido, STC Rol 1361-2009, considerando 73°. Cabe destacar que en el Rol 1484 -2010 el Tribunal nuevamente empleó el criterio, pero esta vez no usó como respaldo la opinión consultiva 5/1989 sino cierta posición doctrinal, para la cual este canon interpretativo forma parte de la doctrina general de los derechos fundamentales, STC Rol 1484, considerando 25°.

las normas internacionales y la normas constitucionales; y 5) existen antecedentes jurisprudenciales que correctamente interpretados nos llevan a postular que esta interpretación del art. 5 inc. 2° de la CPR es también asumida por el Tribunal Constitucional.

Asumiendo lo anterior, queda en evidencia que un análisis sobre un derecho fundamental debe incorporar necesariamente los desarrollos jurisprudenciales tanto de los organismos de control internacionales como lo establecido por el Tribunal Constitucional. Es bajo esta perspectiva que nuestro trabajo abordará el desarrollo del derecho de acceso a la justicia de la víctima en el marco del proceso penal, según el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional.

Si bien podría argumentarse que bajo este modelo es necesario también hacer un exhaustivo análisis del desarrollo realizado por otros organismos internacionales de supervisión –v. gr. el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas-, no cabe duda que el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH tiene una particular importancia, en tanto se enmarca de lleno en el contexto latinoamericano. Por lo demás, un análisis que incluyera el desarrollo jurisprudencial de la misma u otras garantías fundamentales aplicables a la materia en otros organismos internacionales excede el alcance de una tesis como la nuestra.

En definitiva, de acuerdo a lo anterior, a continuación analizaremos el desarrollo jurisprudencial sobre el derecho de acceso a la justicia de la víctima en el marco del proceso penal, comenzando precisamente con el análisis de la Corte IDH.

## **II. EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA: EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA**

El tratamiento que la Corte Interamericana ha dado a la pregunta sobre cuál es el rol de la víctima en el marco del proceso penal a la luz de los derechos consagrados en la CADH no ha sido unívoco. La Corte ha dado un tratamiento diferenciado a esta problemática, distinguiendo entre casos de graves violaciones de derechos humanos y casos no constitutivos de violaciones graves. Como se verá más adelante, en casos de graves violaciones de derechos humanos la Corte reconocerá un rol más robusto a la víctima a través del llamado derecho al acceso a la justicia, mientras que en los demás casos tal derecho tendrá un alcance más restringido, permitiendo al Estado asignar un rol más débil a la víctima.

Además de lo anterior, al analizar casos de graves violaciones de derechos humanos, la Corte históricamente ha justificado sus decisiones desde dos posiciones distintas. En un primer momento, dichos casos fueron examinados desde las obligaciones generales del Estado; mientras que en una segunda etapa, el análisis se emprendió desde un derecho de la víctima o sus familiares a la investigación y sanción de los responsables, derecho que hoy se conoce como “derecho al acceso a la justicia”. La Corte considera que dicha garantía se deduce de una lectura coordinada de los artículos 1.1 (obligaciones generales del Estado), 8 (debido proceso) y 25 (protección judicial) de la CADH.

Cabe destacar que esta diferencia en el análisis tiene consecuencias para el rol que corresponderá a la víctima en el marco del proceso penal por graves violaciones de derechos humanos. Nuestro análisis dará cuenta de cómo la mirada desde las obligaciones generales del Estado conduce a la asignación de un rol marginal a la víctima, mientras que la mirada desde el “derecho al acceso a la justicia” fortalece su posición. Asimismo, este enfoque centrado en el derecho al acceso a la justicia fue utilizado más tarde al conocer de los casos que no configuran graves violaciones de derechos humanos.

En el presente capítulo expondremos cómo se ha abordado la pregunta sobre el rol de la víctima en el proceso penal. Primero analizaremos los casos de graves violaciones de derechos humanos, tanto desde la perspectiva de las obligaciones generales del Estado

como desde el reconocimiento del derecho al acceso a la justicia de la víctima (y sus familiares), exponiendo en definitiva el estado actual de la discusión. Y en segundo lugar, expondremos cómo se ha abordado dicha problemática frente a casos de delitos que no constituyen graves violaciones de derechos humanos, revisando el primer y más controversial enfoque utilizado por la Corte, para terminar con el razonamiento actualmente utilizado en la jurisprudencia.

### **1. Graves Violaciones de Derechos Humanos y el rol de la víctima**

En la presente sección expondremos cómo la jurisprudencia de la Corte ha llegado a establecer que ante casos de graves violaciones, el Estado estará obligado a investigar los hechos y sancionar a los responsables bajo estrictos estándares de diligencia, asignando a la víctima un grado amplio de participación en dicho proceso, en función del derecho al acceso a la justicia.

Antes de comenzar el análisis es preciso determinar qué entendemos por una violación grave de derechos humanos. A pesar de que la Corte no ha entregado una definición expresa de lo que constituye tal tipo de violación, el desarrollo jurisprudencial permite deducir que éstas guardan relación con hechos delictuales de la más alta gravedad como la desaparición forzada<sup>26</sup>, las ejecuciones extrajudiciales<sup>27</sup> y la tortura<sup>28</sup>, realizados por funcionarios públicos como parte de una política de ejecución sistemática de tales actos<sup>29</sup>, o al menos bajo la aquiescencia del poder público<sup>30</sup>. Esta clase de casos se han caracterizado por la inactividad del órgano judicial en relación a la investigación de estos hechos, tanto en relación a la tramitación de acciones urgentes (como el *habeas corpus*), como en relación a las investigaciones penales sobre los hechos.

---

<sup>26</sup> Véase por ejemplo: Corte IDH. **Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 45.

<sup>27</sup> Véase por ejemplo: Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Supra nota 1, Párr. 103.

<sup>28</sup> Véase por ejemplo: Corte IDH. **Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103. Voto Razonado del Juez A.A. Cancado Trindade, párr. 1.

<sup>29</sup> En este sentido resulta paradigmático el caso Barrios Altos (Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75).

<sup>30</sup> Para estos efectos resulta ilustrativo el caso Velásquez Rodríguez (Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 148 y 182).

## 1.1 El enfoque desde las obligaciones generales del Estado

La primera vía por la cual la Corte abordó estas situaciones no fue a través del derecho al acceso a la justicia, sino por medio de las obligaciones generales del Estado contenidas en el art. 1 de la CADH. Dicho artículo “establece dos importantes obligaciones para sus Estados partes: **respetar** los derechos humanos y **garantizar** su ejercicio y goce”<sup>31</sup>. La obligación de respeto implica que el Estado debe abstenerse de incurrir en violaciones directas de los derechos, mientras que la obligación de garantía tendría un contenido mucho más amplio:

“[...] Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, **investigar y sancionar** toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”<sup>32</sup>

En definitiva, en función de la obligación de garantía, ante una violación de un derecho surgirá para el Estado el deber de investigar los hechos y eventualmente sancionar a los responsables de los mismos.

Este razonamiento fue aplicado por la Corte en su primer caso contencioso, referente a una desaparición forzada. El tribunal dio por probado que Manfredo Velásquez Rodríguez fue víctima de desaparición forzada, lo cual constituyó una violación del derecho a la vida, integridad personal y libertad. Frente a dicha violación, y en atención la obligación de garantía contenida en el art. 1.1 de la CADH, el Estado de Honduras se encontraba en la

---

<sup>31</sup> Medina, Cecilia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos: Teoría y Jurisprudencia. San José, Costa Rica, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2005. Pág. 16 (párr. 14) (destacado en el original).

<sup>32</sup> Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Supra nota 30, párr. 166.

obligación de investigar, con la debida diligencia, los hechos y eventualmente sancionar a los responsables de tal desaparición forzada<sup>33</sup>:

“El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. [...]”<sup>34</sup>

La Corte además fija un estándar para evaluar el cumplimiento de tal deber de investigar derivado de la obligación de garantía, sosteniendo que:

“[...] La de investigar es, como la de prevenir, **una obligación de medio** o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, **debe emprenderse con seriedad** y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y **ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares**, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. [...]”<sup>35</sup>

Así la Corte arriba a la conclusión de que en los hechos el Estado de Honduras no cumplió diligentemente su obligación de investigar:

“Ha quedado comprobada, como ya lo ha verificado la Corte anteriormente, la abstención del poder Judicial para atender los recursos introducidos ante diversos tribunales en el presente caso. Ningún recurso de exhibición personal fue tramitado.

---

<sup>33</sup> Esto representa un notable avance en la protección de los derechos fundamentales, puesto que abre una nueva vía por la cual imputar responsabilidad al Estado frente a una violación de derechos. En este sentido la Corte sostuvo que: “[...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención” (Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Supra nota 30, párr. 172).

<sup>34</sup> Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Supra nota 30, párr. 176.

<sup>35</sup> Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Supra nota 30, párr. 177 (el destacado es nuestro).

Ningún juez tuvo acceso a los lugares donde eventualmente pudiera haber estado detenido Manfredo Velásquez. La investigación criminal que se abrió concluyó en un sobreseimiento.”<sup>36</sup>

Consideramos que la Corte, al construir el deber de investigar como correlato de la obligación de garantía, logra evitar abrir una discusión sobre qué derechos cabe a la víctima (o sus familiares) en el proceso penal. En otras palabras, la Corte está interesada en destacar el carácter público del deber de investigar, y en determinar un estándar de diligencia bajo el cual se ha de desarrollar dicha investigación, cuestiones frente a las cuales la víctima no juega un rol relevante.

Cabe destacar que la única mención que la Corte realiza en relación a los familiares de la víctima en el marco de la investigación de los hechos, guarda relación con su “derecho” a conocer el destino de Manfredo Velásquez y sus restos:

“[...] Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el **derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta** y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, **representa una justa expectativa** que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.”<sup>37</sup>

Sin embargo, el tribunal aborda este asunto de una manera ambigua puesto que se refiere al “derecho de los familiares”, y sin embargo, lo vincula al Estado tan solo como una “justa expectativa”. La razón de esto, creemos que se encuentra en un intento por parte de la Corte de reconocer que el fenómeno de la desaparición forzada tiene efectos sobre los familiares de la víctima, los cuales se mantienen mientras no exista certeza sobre su paradero, efectos que el Estado debe paliar a través del ejercicio de su deber de investigar<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Supra nota 30, párr. 179.

<sup>37</sup> Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Supra nota 30, párr. 181 (el destacado es nuestro).

<sup>38</sup> Posteriormente la Corte abordará este asunto desde el llamado “Derecho a la Verdad”. Para examinar el desarrollo temprano de tal derecho véase: Corte IDH. **Caso Castillo Páez Vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34; y Corte IDH. **Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala**. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.



El deber de investigar las graves violaciones y los derechos de la víctima son examinados también en el caso *Caballero Delgado y Santana*<sup>39</sup>. En dicha sentencia la Corte aborda la reparación de los familiares de víctima como un correlato también de la obligación de garantía con respecto al derecho a la vida y a la libertad personal, sosteniendo que:

“[...] Sin embargo, para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el Gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del Gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada, lo que en este caso no ha ocurrido.”<sup>40</sup>

Otro aspecto que vale destacar de dicho fallo, es lo referente al art. 8 de la CADH. Si bien la CIDH solicitó se declarara la responsabilidad del Estado colombiano por la infracción del art. 8 de la CADH, la Corte desestima dicho argumento. La interpretación realizada por la Corte deja entrever que el tribunal entiende que el derecho a las “garantías judiciales” no guardaría relación con la obligación de investigar diligentemente una violación grave de derechos humanos:

“Dado el corto tiempo transcurrido entre la captura de las personas a que se refiere este caso y su presunta muerte, la Corte considera que no ha habido lugar a la aplicación de las garantías judiciales contenidas en el artículo 8 de la Convención y que, en consecuencia, no existe la violación de ese artículo.”<sup>41</sup>

Lo anterior es relevante, puesto que como veremos en el próximo apartado, la lectura que la Corte hace del art. 8 es radicalmente distinta en los casos *Genie Lacayo y Blake* y en la serie de casos que siguió estos precedentes.

Para concluir, en la etapa más temprana de su jurisprudencia, la Corte considera que el Estado está obligado a investigar y eventualmente sancionar a los responsables de una grave violación de derechos humanos. Sin embargo la víctima no tiene propiamente un derecho fundamental a exigir dicha investigación y sanción, más bien el Estado se haya obligado a realizarla como cumplimiento de la obligación de garantía frente a un derecho

---

<sup>39</sup> Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22

<sup>40</sup> Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. *Ibídem*. Párr. 58.

<sup>41</sup> Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. *Ibídem*. Párr. 64.

violado (que en el caso de la desaparición forzada son la vida, la integridad y la libertad personal). En definitiva, según este enfoque a los familiares les compete tan solo un derecho a obtener una reparación y a determinar el paradero de la persona desaparecida. La Corte es enfática en establecer que el deber de investigar se ha de desarrollar seriamente y como un deber jurídico del Estado.

## 1.2 El enfoque desde el derecho de la víctima y sus familiares

Si bien la línea jurisprudencial desarrollada en Velásquez Rodríguez permitió a la Corte enfrentar otros casos de violaciones graves de derechos humanos<sup>42</sup>, a poco andar, el tribunal conoció dos casos en los que, en razón de cuestiones de competencia, el enfoque desde las obligaciones generales parecía insuficiente. Nos referimos a los casos Genie Lacayo<sup>43</sup> y Blake<sup>44</sup>.

En el caso Genie Lacayo, el hecho que da lugar a la demanda contra Nicaragua es la ejecución extrajudicial de Jean Paul Genie Lacayo, la cual ocurrió en octubre de 1990, meses antes de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado. En razón de ello, la Corte estimó que no podía pronunciarse sobre la ejecución misma de Lacayo, sino tan solo sobre la forma en la que se desarrollaron los procedimientos de investigación y juzgamiento de los supuestos responsables de la misma.

Por su parte en el caso Blake, la desaparición del periodista Nicholas Blake ocurrió en 1985, dos años antes de la aceptación de la competencia de la Corte, y su cuerpo fue hallado en 1992. En dicho caso, la Corte también estimó que estaba impedida de pronunciarse sobre la desaparición forzada, en función de su incompetencia *ratione temporis*<sup>45</sup>. En dicho caso la Corte se pronuncia, como se explicará más abajo, sobre la

---

<sup>42</sup> Véase por ejemplo: Corte IDH. **Caso Godínez Cruz Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

<sup>43</sup> Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30

<sup>44</sup> Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36

<sup>45</sup> La situación era quizás más compleja en el caso Blake, puesto que tal como señala Medina “el reconocimiento de competencia [de Guatemala] se hizo ‘con la reserva de que los casos en que se reconoce la competencia son exclusivamente los acaecidos con posterioridad a la fecha en que esta declaración sea presentada [...]’”. Medina, Cecilia. Op. Cit. Nota 31. Pág. 132 (párr. 66).

investigación los procesos judiciales destinados a la investigación de los hechos y las obstrucciones que estas sufrieron.

Este enfoque adoptado por la Corte en los dos casos antes mencionados, como veremos más adelante, tiene varias consecuencias tanto para la posición de las víctimas en el proceso penal como para la comprensión de la obligación de investigar las graves violaciones de derechos humanos.

Si bien no se sostiene explícitamente, la Corte parece entender en ambos casos que le era imposible utilizar el enfoque de las obligaciones generales para analizar la responsabilidad internacional del Estado. El razonamiento parece ser el siguiente: dado que no es posible declarar la violación a un derecho sustantivo (a la vida y la libertad personal), la Corte no encuentra un derecho sobre el cual fundar la obligación de garantía, y por ende el deber de investigar diligentemente los hechos queda sin fundamento. Por ello, la Corte busca un nuevo enfoque para abordar estos casos.

Para salvar este problema, en el caso *Genie Lacayo* la Corte sigue parcialmente los alegatos de la CIDH y decide examinar tan solo la forma en la que se tramitó el proceso penal en contra de los presuntos autores de la ejecución de Jean Paul a través del derecho a las “garantías judiciales”<sup>46</sup> (art. 8 de la CADH) del padre de la víctima. Este último actuó como querellante en dicho proceso, en razón de lo cual la Corte sostiene que:

“El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal” [...]

Para determinar la violación de este artículo 8 es preciso, en primer término, establecer si en el proceso para determinar la responsabilidad de los posibles autores de la muerte del joven Genie Lacayo se respetaron las garantías procesales de la parte acusadora.”<sup>47</sup>

La primera consecuencia de este nuevo razonamiento es que la Corte reconoce que el derecho a las garantías procesales se aplica al querellante penal. Esto representa un giro con respecto a la lectura mucho más estrecha que la Corte realizaba del art. 8 dos años antes en el caso *Caballero Delgado Santana*<sup>48</sup>. Lamentablemente la Corte no profundiza en por qué

---

<sup>46</sup> Sostenemos que se sigue parcialmente la posición de la comisión puesto que esta alegó la violación no sólo del art. 8, sino también los artículos 24 y 25.

<sup>47</sup> Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua**. Supra nota 47, párrs. 74 y 75.

<sup>48</sup> Véase supra nota 39.

esta garantía alcanza al querellante. Si bien el art. 8 con su amplia formulación es aplicable a la determinación de los “derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, para sostener que ello incluye también al querellante penal, es necesario justificar al menos qué derecho del querellante se busca determinar a través del proceso penal.

La Corte no aborda esta cuestión, sino que se avoca directamente a evaluar si el querellante fue oído dentro de un plazo razonable, si el tribunal que conoció del asunto era independiente e imparcial, y si es que contó con ciertos derechos procesales mínimos, a saber: intervenir en el proceso, ofrecer pruebas y ejercer recursos<sup>49</sup>.

Además de lo anterior, la Corte constata que el proceso penal sufrió una serie de dilaciones e impedimentos por parte de las autoridades militares, cuestión que como ya señalamos antes es propia del contexto en el que ocurren las graves violaciones de derechos humanos. Ahora bien, estas obstrucciones al proceso son abordadas también desde el art. 8:

“En el expediente existen abundantes constancias que demuestran que ciertas autoridades militares obstaculizaron o bien no colaboraron de manera adecuada con las investigaciones en la Procuraduría y con el juez de primera instancia [...] De acuerdo con lo anterior el juzgador que tuvo a su cargo la instrucción del proceso hasta el momento en que se declaró incompetente, afrontó problemas generados por las autoridades para reunir los elementos de convicción que consideró necesarios para el debido conocimiento de la causa, lo que constituye una violación del artículo 8.1 de la Convención[...].”<sup>50</sup>

En resumen, a partir de Genie Lacayo la Corte realiza una lectura amplia del art. 8, la cual alcanza también al querellante penal. Dicha garantía también abarcaría la responsabilidad del Estado por las obstrucciones a la justicia realizadas por agentes estatales. Cabe destacar que consecuentemente con este análisis la Corte declara violado el derecho a las garantías judiciales sólo con respecto a Raymond Genie Peñalba, en su

---

<sup>49</sup> El considerando relevante de la Corte establece que: “De los elementos de convicción que se han rendido en este asunto, se desprende que el señor Raymond Genie Peñalba **pudo intervenir en el procedimiento militar, ofrecer pruebas, ejercitar los recursos respectivos** y finalmente acudir en casación ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, a la que corresponde pronunciarse sobre el fondo de la controversia criminal y determinar, en su caso, la existencia de violaciones procesales concretas. Por tanto, respecto del afectado no puede afirmarse que la aplicación de los decretos sobre enjuiciamiento militar hubiese restringido sus derechos procesales protegidos por la Convención [...] ” (Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua**. Supra nota 47, Párr. 85) (el destacado es nuestro).

<sup>50</sup> Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua**. Ibídem. Párr. 76.

calidad de querellante, excluyéndose de las reparaciones al resto de los familiares de Jean Paul.

Por otra parte, el análisis que realiza la Corte en el caso Blake, es más exhaustivo en cuanto a las razones para la aplicación del art. 8 a la obligación de investigar las graves violaciones de derechos humanos. Como ya hemos mencionado, el caso Blake dice relación con la desaparición forzada de Nicholas Blake en el año 1985. Dado que la desaparición forzada ocurrió años antes del reconocimiento de la competencia de la Corte, el tribunal se ve enfrentado al hecho de ser incompetente *ratione temporis* para conocer de la eventual violación del derecho a la vida y la libertad personal de la víctima.

Para sortear esta dificultad la Corte argumenta que la desaparición forzada es una violación “múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención”<sup>51</sup>. Ello le permite sostener que:

“[...] [L]a desaparición del señor Nicholas Blake marca el inicio de una situación continuada, sobre cuyos hechos y efectos posteriores a la fecha del reconocimiento de su competencia por Guatemala, procede pronunciarse. [...]”<sup>52</sup>

Dado que la muerte de Nicholas Blake ocurrió en 1985<sup>53</sup>, la Corte se abstiene de pronunciarse sobre esta. Sin embargo, la investigación de los hechos es abordada como uno de aquellos efectos continuados de la desaparición que sí pueden ser examinados por el tribunal<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Supra nota 44, párr. 65.

<sup>52</sup> Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala**. *Ibidem*. Párr. 67.

<sup>53</sup> Sobre este punto cabe cierta controversia, como sostiene Medina: “El presunto acuerdo entre el Estado y la Comisión respecto de la fecha de la muerte, aceptado como un hecho por la Corte, es objetado por el juez Cançado Trindade, quien señala en su voto razonado que no se demostró que la Comisión haya aceptado que la desaparición y muerte del señor Blake se hayan producido en la fecha señalada por el Estado [...]” (Medina, Cecilia. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos: Teoría y Jurisprudencia*. Op. Cit. Nota 31, nota 198).

<sup>54</sup> Además de esto, entre lo párrafos 68 y 78 la Corte examina si las “patrullas civiles” (autores de la desaparición forzada de Nicholas Blake) actuaron con el apoyo del Estado, de modo que sus acciones le puedan ser imputadas a este último. La respuesta que entrega la Corte es que efectivamente los actos realizados por dichos grupos son imputables al Estado. Este análisis faculta a la Corte a afirmar que la desaparición de Blake no es un delito común. Sin perjuicio de ello, este razonamiento deja en evidencia una grave incoherencia en el razonamiento de la Corte: por un lado es incompetente en razón del tiempo para conocer de la violación del derecho a la vida ocurrida en 1985, pero no tiene problema en analizar y declarar que esos mismos hechos le son imputables al Estado.

Ahora bien, este examen se realiza desde el derecho a las garantías judiciales. El argumento de la Corte parte de una interpretación amplia del art. 8 de la CADH<sup>55</sup>, según la cual sostiene que:

“Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto *“todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia”* (subrayado no es del original) (Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas artículo 1.2). En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares. Por lo tanto, la Corte declara que Guatemala violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares del señor Nicholas Blake en relación con el artículo 1.1 de la Convención.”<sup>56</sup>

Cabe hacer presente que la Comisión sostuvo que el Estado había violado en conjunto los art. 8 y 25 (protección judicial) de la CADH. Sin embargo la Corte desestimó la violación de este último, sosteniendo que el art. 25 se vinculaba en específico con la protección judicial por medio de un recurso rápido, como el *habeas corpus* o las acciones de amparo, y dado que los familiares de Blake no interpusieron dichas acciones el derecho no había sido violado<sup>57</sup>.

En definitiva, el argumento de la Corte es que la desaparición forzada sustrae de la protección legal tanto a la víctima, como a sus familiares. Ello hace aplicable el derecho a las garantías judiciales, del cual se deduce el deber de investigar los hechos, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. La consecuencia de esto que los familiares de las víctimas tendrán derecho a que la desaparición forzada sea efectivamente investigada, y que la misma se lleve a cabo por un tribunal independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable.

---

<sup>55</sup> Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Supra nota 44. Párr. 96.

<sup>56</sup> Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Ibídem. Párr. 97.

<sup>57</sup> Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Ibídem. Párr.

Esto significa un cambio en el fundamento de la obligación de investigar. Mientras que en Velásquez Rodríguez esta era el correlato de la obligación de garantía del derecho a la vida y la libertad de Manfredo Velásquez, en Blake dicha obligación de investigar tiene fundamento en el derecho a las garantías judiciales de los familiares de Nicholas Blake en relación con la obligación de garantía del art. 1.1. O sea, a partir del caso Blake, la Corte reconoce un derecho fundamental de las víctimas o sus familiares a exigir del Estado la investigación y sanción de los responsables de una grave violación de derechos humanos.

Cabe destacar que en el caso Blake, la investigación de los hechos relativos a una grave violación de derechos humanos debe realizarse bajo las mencionadas garantías como parte del derecho de los familiares de la víctima, sin importar si estos participaron o no en el proceso penal.

Esta es una diferencia fundamental con el caso Genie Lacayo, puesto que en este último el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, tenía su fundamento en la calidad de querellante en el proceso y no en razón de ser familiar de la víctima. Tal como señala el juez Cançado Trindade en su extenso voto razonado a la sentencia del caso Blake, la Corte logra extender la noción de víctima frente a un caso de desaparición forzada<sup>58</sup>.

Las consecuencias de los casos Genie Lacayo y Blake para el desarrollo jurisprudencial de la Corte ante casos de graves violaciones de derechos humanos son las siguientes: 1) la Corte salva el problema de su incompetencia en razón del tiempo analizando los derechos de los familiares de la víctima<sup>59</sup>; 2) se modifica el fundamento de la obligación de investigar diligentemente una grave violación de derechos humanos, convirtiéndola en un derecho de los familiares de la víctima; 3) ese derecho implica que la investigación se ha de realizar ante un tribunal independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable; 4) las obstrucciones a la labor investigativa que sean imputables a otros órganos del Estado son también una violación de ese derecho; y, 5) en el caso de que los familiares participen en el proceso penal en calidad de querellantes, estos tendrán algunos derechos procesales específicos: intervenir en el proceso, ofrecer pruebas y ejercer recursos.

---

<sup>58</sup> Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala**. *Ibidem*. Voto razonado del Juez Cançado Trindade. Párr. 37.

<sup>59</sup> Con la salvedad de que en el caso Genie Lacayo se hace sólo en relación al querellante penal.

Si bien hasta este momento la noción de derecho al acceso a la justicia aún no ha aparecido en la Corte, es esta interpretación extensiva del art. 8 –con algunas modificaciones– la que más tarde será conocida como el fundamento del derecho al acceso a la justicia.

### **1.3 El desarrollo posterior relativo a casos de graves violaciones de derechos humanos**

La postura adoptada por la Corte en los dos casos antes analizados constituyó una solución ad-hoc al problema de la incompetencia competencia *ratione temporis*. A pesar de ello, la Corte continuó enfrentado los casos de graves violaciones de derechos humanos desde el derecho de los familiares a las víctimas a las garantías judiciales, en vez de retomar el enfoque de las obligaciones generales. Esta es la forma en la que hasta el día de hoy la Corte aborda esta clase de casos.

Con posterioridad a estos casos -Blake y Genie Lacayo- la jurisprudencia ha desarrollado varios aspectos de este derecho de las víctimas o sus familiares, contenido en el art. 8 de la CADH. A continuación expondremos los puntos más relevantes de este desarrollo para establecer cuál es el estado actual de la cuestión.

#### **1.3.1 La denominación, el fundamento convencional del derecho y sus titulares**

Como hemos indicado anteriormente, tanto la denominación, como el fundamento y la titularidad del derecho a que las graves violaciones de derechos humanos sean investigadas diligentemente han variado con posterioridad al caso Blake.

En cuanto a la nomenclatura utilizada, la Corte se ha referido de distintas formas al derecho a exigir del Estado la investigación diligente de las graves violaciones de derechos humanos. Así por ejemplo, la jurisprudencia ha abordado esta materia bajo distintos títulos como la “tutela judicial”<sup>60</sup>, el “derecho a acceso a la justicia”<sup>61</sup>, o como también a través el

---

<sup>60</sup> Véase: Corte IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Párrs. 210 y 211.

<sup>61</sup> Véase, entre otros: Corte IDH. **Caso Las Palmeras Vs. Colombia**. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90. Párr. 54; Corte IDH. **Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. Párr. 146.



“derecho a la verdad”<sup>62</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, en la actualidad la posición dominante en la jurisprudencia es la de entender la investigación y eventual sanción de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos son parte del derecho al acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares<sup>63</sup>.

En cuanto al fundamento convencional de este derecho, se ha retomado el argumento planteado por la CIDH en el caso Blake en cuanto a que dicha garantía (sin perjuicio de sus variadas denominaciones) se halla en una interpretación conjunta de los art. 1.1, 8 y 25<sup>64</sup>. No podemos dejar de mencionar que la Corte ha llegado a sostener esta postura tras más de una década de desarrollo jurisprudencial, el cual no estuvo exento de desacuerdos<sup>65</sup> y tropiezos<sup>66</sup>, y a través del cual, en ocasiones, se ha retomado el uso de la mirada desde las obligaciones generales<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> Podría sostenerse que el derecho a la verdad dice relación con un aspecto particular del derecho al acceso a la justicia, esto es, aquel que dice relación con la averiguación de las circunstancias en las cuales ocurrió una grave violación de derechos humanos y del paradero de la víctima en el caso de que esta haya sido desaparecida. Sin perjuicio de ello, el contenido de este derecho no es estrictamente el objeto de nuestra tesis, por lo que no será abordado en profundidad. Sobre el desarrollo jurisprudencial de esta garantía véase, entre otros: Corte IDH. **Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala**. Supra nota 38. Párr. 43; Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Supra nota 29. Párr. 48; Corte IDH. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

<sup>63</sup> Sobre este punto véase: Acosta, Paola. *El Derecho de Acceso a la Justicia en la Jurisprudencia Interamericana*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2007.

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, los recientes casos: Corte IDH. **Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217; y, Corte IDH. **Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

<sup>65</sup> Cabe destacar aquí los votos razonados de la Jueza Medina, en los cuales se plantearon serias críticas a la interpretación conjunta de los art. 1.1, 8 y 25 como fundamento de la obligación de investigar diligentemente las graves violaciones de derechos humanos. En particular en lo referente al uso del art. 25 véase: Corte IDH. **Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109. Voto Razonado de la Jueza Cecilia Medina Quiroga.

<sup>66</sup> Así por ejemplo, en el caso Villagrán Morales, la Corte estimó que “[a las] víctimas se les impidió ejercer, por sí mismas o a través de sus representantes, su derecho a un recurso efectivo [...] debido a que estuvieron detenidos bajo circunstancias de ilegalidad y clandestinidad” (Corte IDH. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Párr. 236.). Siguiendo esta línea argumentativa la Corte también debería llegar a la absurda conclusión de también se vieron violados todos los demás derechos que no pudieron ejercer dada la detención y ejecución (como, por ejemplo, la libertad de expresión).

<sup>67</sup> Por ejemplo en el caso Maritza Urrutia la Corte aborda la obligación de investigar la tortura como correlato de la obligación de garantía del derecho a la integridad personal, en conjunto con lo dispuesto por los art. 1 y 6 de la CIPST (Corte IDH. **Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala**. Supra nota 28. Párr. 96 y 98). Un razonamiento similar se realiza en el caso Tibi (Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114), aunque como ha señalado Nash, este caso no es propiamente un caso de violaciones graves de derechos humanos

En cuanto a la titularidad del derecho, la Corte ha tenido diferentes posturas desde el caso Blake hasta la actualidad. La postura adoptada en los casos más recientes es la siguiente: en los casos en que la víctima ha sobrevivido, ella misma es titular del derecho afectado<sup>68</sup>; mientras que en los casos en que la víctima no ha sobrevivido, pueden ser titulares la víctima y los familiares<sup>69</sup> o bien sólo sus familiares<sup>70</sup>. En ambos casos el derecho sigue encontrando su fundamento en la interpretación coordinada de los art. 1.1, 8 y 25.

### 1.3.2 El contexto de las violaciones graves de derechos humanos

---

(Nash, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007). Segunda Edición. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2009. P. 78).

<sup>68</sup> En los casos Corte IDH: **Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México**. Supra nota 64. Párr. 7 de los aspectos declarativos; y, Corte IDH. **Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. Párr. 7 de los puntos declarativos.

<sup>69</sup> Cabe destacar que esta postura raya en lo absurdo, puesto que implica reconocer la posibilidad de que una persona sea víctima de una violación de derechos con posterioridad a su muerte. El caso en cuestión dice relación con una ejecución extrajudicial, y dado que el derecho contenido en los art. 1.1, 8 y 25 se vincula a la obligación de investigar dicha ejecución, su violación sólo puede ocurrir con posterioridad a la misma, o sea cuando la víctima ya estaba muerta. (Corte IDH. **Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Párr. 3 de los puntos declarativos; la misma posición ya se había sostenido también en Corte IDH. **Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia**. Supra nota 65. Párr. 205).

Cabe destacar que en el caso Campo Algodonero la Corte refinó su análisis sosteniendo que: “Por lo expuesto, el Tribunal concluye que el Estado incumplió con su deber de investigar -y con ello su deber de garantizar- los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de [las víctimas] [...] Por los mismos motivos, el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Para, en perjuicio de los familiares de las tres víctimas [...]” (Corte IDH. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Párr. 389). Véase también, aunque con un análisis menos claro: Corte IDH. **Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167. Párr. 135.

<sup>70</sup> Véase: Corte IDH. **Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia**. Supra nota 64, Párr. 5 de los puntos declarativos; y, Corte IDH. **Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212. Párr. 6 de los puntos declarativos.

En el desarrollo posterior a los casos antes analizados, la Corte ha tenido oportunidad de hacer una determinación más exhaustiva de cuáles son los supuestos que permiten calificar una violación de derechos humanos como grave.

Por una parte la Corte determina con más precisión qué carácter deben revestir los hechos para constituir violaciones graves. Así en los casos *Almonacid Arellano*<sup>71</sup> y *Goiburú*<sup>72</sup> es claro que la Corte vincula las violaciones graves con hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad u otros delitos de equivalente gravedad<sup>73</sup>. A nuestro juicio, la Corte no pretende realizar un análisis exhaustivo de los elementos de los crímenes de lesa humanidad<sup>74</sup>, sino que busca rescatar algunos de sus elementos para construir el contexto en el que los hechos ocurren, en particular, el requisito de un ataque masivo y sistemático.

Así, en el caso *Almonacid Arellano*, la Corte enfatiza que la ejecución de la víctima fue parte de una política sistemática de comisión de actos de esta especie, la cual afectó a un gran número de personas<sup>75</sup>. Lo que la Corte consigue con esto es construir el contexto bajo el cual debe ocurrir el hecho para poder calificarlo de violación grave, y con ello marcar una diferencia con los casos en los que el hecho es solo un delito aislado y no forma parte de una política sistemática.

Paralelo a esto la Corte introduce la noción de impunidad, que da cuenta de otro de los elementos propios del contexto de las graves violaciones de derechos humanos. La impunidad es definida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”<sup>76</sup>. Con este concepto, la Corte pretende poner en evidencia la actitud característica del Estado en los casos calificables como violaciones graves, esto

---

<sup>71</sup> Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Supra nota 1, párr. 154.

<sup>72</sup> Corte IDH. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

<sup>73</sup> Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. supra nota 1, párr. 90; y Corte IDH. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. ibídem. Párr. 82.

<sup>74</sup> Ello estaría, en todo caso, fuera de su ámbito de competencia, en tanto no es un tribunal penal.

<sup>75</sup> “[...] [La dictadura militar,] dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura” Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Ibídem, párr. 103

<sup>76</sup> Entre otros, en: Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Ibídem, párr. 111.

es: el encubrimiento de los hechos y la protección de los autores<sup>77</sup>, o bien la negligente inactividad de los órganos del Estado en la investigación y sanción de los responsables<sup>78</sup>.

Con estos dos elementos la Corte da cuenta con mayor exactitud del contexto que permite calificar una violación como grave. Esto es, cuando el delito es de la más alta gravedad y ocurre en un contexto de comisión múltiple de actos análogos, y la respuesta estatal frente a estos es la inactividad en la investigación o, abiertamente, la protección de los presuntos culpables. Cabe destacar que la relevancia de visibilizar este contexto radica en que las obligaciones del Estado en cuanto a la investigación de los hechos y el rol que se asignará a la víctima en el proceso penal dependerán de que los hechos se den en el marco de este contexto<sup>79</sup>.

### 1.3.3 Los derechos de la víctima y sus familiares en el marco del proceso penal

En cuanto al fondo, la Corte ha reafirmado la obligación del Estado de realizar una investigación seria y diligente de las graves violaciones, la cual debe ser realizada por un tribunal independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable, buscando evitar las impunidad (tanto de jure como de facto) y asegurando incluso la debida cooperación internacional en la labor de persecución de los responsables<sup>80</sup>. Todo lo anterior como correlato del derecho de la víctima o sus familiares al acceso a la justicia.

En cuanto al rol específico que cabe a la víctima (o sus familiares) en el marco del proceso penal, la Corte ha señalado que estos “deben contar con amplias posibilidades de

---

<sup>77</sup> Por ejemplo, a través de la promulgación de una ley de amnistía. Véase, entre otros: Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Supra nota 29. 75

<sup>78</sup> Véase, entre otros: Corte IDH. **Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140

<sup>79</sup> “[...] [L]a Corte ha entendido que de la obligación general de garantizar los derechos [...] deriva la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. Así, **en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos**, [...] la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida” Corte IDH. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. Supra nota 72. Párr. 88.

<sup>80</sup> Por ejemplo, en cuanto a la obligación de evitar la impunidad *de jure*, véase: Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Supra nota 29. En cuanto a los deberes de cooperación en el plano internacional para evitar la impunidad, véase: Corte IDH. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. *Ibidem*.

ser oídos y actuar en los respectivos procesos”<sup>81</sup>. Ello representa un significativo fortalecimiento de la posición que estos han de detentar en el proceso, en comparación al rol marginal (limitado a la obtención de la reparación y la determinación de la verdad) que se le asignaba con el enfoque de las obligaciones generales del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte no ha determinado en qué garantías específicas se han de traducir esas amplias posibilidades de participación<sup>82</sup>.

A nuestro juicio, la Corte ha buscado enfatizar por sobre todo que la víctima o sus familiares pueden exigir al Estado investigar diligentemente las violaciones graves de derechos humanos<sup>83</sup>, mientras que el reconocimiento de derechos específicos para la víctima dentro del proceso penal, ha sido un punto más bien marginal en el análisis. Para efectos de la Corte basta con asegurar a la víctima una amplia participación, quedando a discrecionalidad del Estado qué derechos concretamente se han de reconocer dentro del proceso. Esto se debe a que los procesos penales por graves violaciones de derechos humanos cometidos en las décadas pasadas, son tramitados por lo general en sistemas procesales de corte inquisitorio. Lo cierto es que esta clase de sistemas procesales resguarda fuertemente al querellante (figura a través de la cual la víctima participa en el proceso)<sup>84</sup>, por lo que una mayor determinación de sus derechos no sería necesaria.

---

<sup>81</sup> Corte IDH. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**. Supra nota 66. Párr. 227.

<sup>82</sup> El único caso en el que se intenta hacer una determinación más específica del contenido de estas garantías es en el caso Blanco Romero, donde se sostuvo la violación del art. 8.2, dado que al familiar de la víctima no se le permitió expresar los fundamentos de su petición en una audiencia judicial y tampoco se le permitió presentar el poder de representación de su abogado, lo que se tradujo en que no pudiera participar en el proceso como querellante (Corte IDH. **Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138. Párr. 61). Es necesario hacer presente que estamos en desacuerdo con el análisis que realiza la Corte, al vincular estas infracciones al derecho a ser oído con el art. 8.2 de la CADH. Estas son, a nuestro juicio, infracciones al derecho a ser oído, contenido en el art. 8.1. Consideramos que el art. 8.2 protege al acusado en un proceso penal o en otra clase de procedimiento de carácter sancionatorio equiparable, pero no es aplicable al querellante, toda vez que este el proceso penal el este no se ve enfrentado a la eventualidad de sufrir una sanción, sea penal o de otra índole.

<sup>83</sup> El caso en el que más se ha detallado el contenido de esta obligación es el caso Campo Algodonero (Corte IDH. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México**. Supra nota 69)

<sup>84</sup> En este sentido véase DOAK, Jonathan. *Victim’s Rights, Human Rights and Criminal Justice*. Hart Publishing. 2008. Pág. 165, Nota 34; y ANTKOWIAK, Thomas. *Remedial Approaches to Human Rights Violations*, Vol. 46, No. 2 of *The Columbia Journal of Transnational Law* (2008), quien siguiendo a PASQUALUCCI, y en referencia a los sistemas procesales penales inquisitivo en Latinoamérica: “[...] Under such systems, the right to a fair trial refers not only to the alleged criminal's right to due process but also to the right of the victim to effectively assume the role played by the prosecutor in the U.S. criminal justice system. The victim thereby becomes the party making the charge in a criminal proceeding. [...]”

## **2. Delitos no constitutivos de Graves Violaciones de Derechos Humanos y el rol de la víctima**

Los casos que guardan relación con investigaciones penales por hechos que no constituyen graves violaciones de derechos humanos han llegado al conocimiento de la Corte durante los últimos años y de manera esporádica. Esta clase de casos dicen relación con hechos delictivos que carecen de gravedad homologable a la de un crimen de lesa humanidad y que son cometidos fuera del contexto característico de impunidad. En esta clase de casos las víctimas reclaman que ha existido negligencia o ineficiencia por parte de los sistemas penales para investigar y eventualmente sancionar a los responsables de estos delitos, lo cual constituiría una infracción a su derecho al acceso a la justicia. En definitiva, las víctimas han buscado que la Corte reconozca también para estos casos la obligación ineludible del Estado de investigar y sancionar los delitos.

El enfoque que ha dado la Corte a esta clase de casos es menos sistemático que en los casos de graves violaciones de derechos humanos. Tanto es así que en algunas ocasiones se ha examinado el asunto desde la perspectiva de las obligaciones generales del Estado<sup>85</sup> y en otras se ha examinado desde el derecho al acceso a la justicia contenido en los artículos 1.1, 8 y 25<sup>86</sup>. Sin perjuicio de ello, de un análisis exhaustivo de la jurisprudencia sobre esta materia podemos deducir importantes consecuencias en relación a las obligaciones del Estado frente a la persecución de delitos ordinarios y la posición que cabrá a la víctima frente a esta clase de casos.

Una primera forma de abordar esta clase de casos fue utilizar el mismo prisma que en los casos de graves violaciones. Como expondremos más adelante en esta sección, dicha solución resultó a todas luces insatisfactoria. Sin embargo, hoy podemos sostener que la Corte ha cambiado su manera de enfrentar los casos no constitutivos de graves violaciones.

---

<sup>85</sup> Véase casos: Corte IDH. **Caso Ríos y otros Vs. Venezuela**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194; y Corte IDH. **Caso Perozo y otros Vs. Venezuela**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

<sup>86</sup> Corte IDH. **Caso Tristán Donoso Vs. Panamá**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193. Párr. 140 y siguientes.

La jurisprudencia más actual, al abordar esta clase de casos, ha incorporado algunas interesantes consideraciones respecto a la legitimidad del uso de la vía penal como mecanismo de garantía de los derechos fundamentales, así como otras afirmaciones referentes a la libertad de la que goza el Estado para organizar su sistema procesal penal. Esta clase de consideraciones han acompañado un paulatino proceso de reducción del alcance del derecho de acceso a la justicia de la víctima frente a esta clase de casos.

A continuación expondremos primero el erróneo enfoque utilizado en los primeros casos de violaciones no catalogables como graves. Como segundo punto, abordaremos la jurisprudencia más reciente, donde daremos cuenta de las consideraciones esgrimidas por la Corte en cuanto a la legitimidad del uso de la vía penal y la libertad del Estado de organizar su sistema procesal penal. Posteriormente expondremos que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, frente a delitos que no constituyen graves violaciones de derechos humanos no existe un deber de persecución equiparable al que concurre frente a las graves violaciones.

### **2.1 Los casos controversiales: una errónea construcción del contexto**

Como ya hemos mencionado más arriba, la Corte ha analizado casos que guardan relación con investigaciones penales deficientes que, a pesar de ser casos de criminalidad ordinaria, han sido abordados desde la perspectiva de las graves violaciones de derechos humanos. Esto llevó a la Corte a sostener que el Estado está obligado a garantizar a las víctimas una amplia participación en el proceso penal, además de verse obligado a desarrollar una investigación y eventual sanción de los responsables bajo los más estrictos estándares, para evitar la impunidad. Esta aplicación irrestricta de los estándares desarrollados en casos de graves violaciones a hechos que no tienen ese carácter, desataron en su momento serias críticas a la labor de la Corte<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Véase en particular: PASTOR, Daniel R. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. En: Nueva Doctrina Penal N° 1, 2005, pp 73-114.

El caso paradigmático de esta tendencia fue *Bulacio vs. Argentina*<sup>88</sup>. En los hechos, la víctima, Walter Bulacio, fue detenido por agentes de la Policía Federal Argentina en una *razzia* realizada a las afueras de un concierto. Durante su detención, la víctima fue golpeada por los funcionarios policiales. Al día siguiente fue trasladado a un hospital, donde tras una semana murió producto de sus lesiones. Con posterioridad a la denuncia de los hechos, se dio inicio a un proceso penal en contra del Comisario Espósito, presunto responsable de las lesiones. Sin embargo, la defensa del imputado ejerció una serie de recursos que lograron entrapar el proceso, con el resultado que en 2002 la Cámara de Apelaciones declarara que la acción penal ya se encontraba prescrita, sin que se hubiera dictado aún sentencia definitiva. A la fecha del conocimiento del caso ante la Corte, esta última decisión había sido impugnada y aún no se había resuelto.

En su sentencia, la Corte estima que en el caso se configuraba una situación de impunidad, frente a la cual el Estado tenía la obligación de llevar a cabo la efectiva investigación y sanción de los responsables. Asimismo, la Corte sostiene que:

“De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos.”<sup>89</sup>

De esta forma el tribunal utiliza el enfoque de las graves violaciones, para abordar un caso en el que no existía el contexto que caracteriza a estos fenómenos. En efecto, los hechos del caso constituyen un delito de carácter común, sin duda grave, pero en caso alguno equiparable a un crimen de lesa humanidad. Asimismo, tampoco existía en Argentina a la fecha de los hechos una práctica sistemática de ejecuciones sumarias por parte de funcionarios policiales. Por último, tampoco se puede sostener que el Estado o sus agentes hayan sustraído al imputado del alcance de la justicia. En definitiva, este era un caso de un crimen común no calificable como una violación grave de derechos humanos.

El error de la Corte radica en que no es capaz de distinguir con precisión cuáles casos caen dentro del contexto de graves violaciones y cuáles no. Esta problema no ha sido

---

<sup>88</sup> Corte IDH. **Caso Bulacio Vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

<sup>89</sup> Corte IDH. **Caso Bulacio Vs. Argentina**. *Ibidem*. Párr. 117.



aislado en la jurisprudencia de la Corte, lamentablemente son varios los casos en los que se ha incurrido en el mismo error<sup>90</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia actual de la Corte ha logrado superar estos impases y ha sido capaz de distinguir con claridad qué casos ameritan ser vistos bajo la óptica de las graves violaciones. Un ejemplo digno de análisis es el caso Albán Cornejo. Dicho dice relación con la muerte de una niña producto de una negligencia médica. La familia de la niña se querelló contra los médicos que habrían causado la muerte de la misma, pero dada la ineficiencia del sistema procesal penal ecuatoriano los delitos prescribieron antes de la dictación de una sentencia. Si bien la Corte no se pronuncia sobre la posición de la víctima en el proceso penal, sí hace referencia a la institución de la prescripción, y a través de ese análisis diferencia claramente las obligaciones del Estado frente a las violaciones graves:

“La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. [...] En el presente caso no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales.

Por otra parte, el imputado no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir al imputado en un proceso penal que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley.”<sup>91</sup>

En definitiva, lo anterior pone en evidencia que la Corte logra diferenciar los contextos que caracterizan a los casos y en concordancia con ello evaluar diferenciadamente las obligaciones del Estado en materia de persecución penal. El mismo caso Albán Cornejo es

---

<sup>90</sup> En este sentido, siguiendo a Nash, podemos señalar los siguientes casos: Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Supra nota 67; Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149 (Nash, Claudio. Op. cit. 67. P. 78, nota 262).

<sup>91</sup> Corte IDH. **Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador**. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 111 y 112.

claro en este punto, toda vez que el Estado es declarado responsable por no haber desarrollado una investigación en un plazo razonable (como su propia legislación lo obligaba), pero la Corte no ordena que se prosiga en la persecución penal de los médicos a pesar de la prescripción, como si lo hace en casos de graves violaciones.

Esta nueva manera de enfrentar los casos no constitutivos de graves violaciones de derechos humanos se ha asentado hoy en día en la jurisprudencia de la Corte. A continuación expondremos un análisis de la jurisprudencia relevante sobre esta forma de análisis. Tal como indicamos arriba, nuestro análisis abordará primero las consideraciones generales que la Corte ha esgrimido en cuanto al enjuiciamiento penal como forma de garantizar los derechos, así como la libertad del Estado para organizar su sistema procesal penal. Posterior a ello, abordaremos las consideraciones de la Corte en relación a la pregunta sobre si existe un deber del Estado (en función de la CADH) de perseguir todos los delitos sin importar su carácter y gravedad. Luego expondremos cuál es el estándar de diligencia que se exige al Estado en la conducción de los procesos penales en casos no constitutivos de graves violaciones. Por último daremos cuenta de cuál es el rol que cabe a la víctima en dichos procesos de acuerdo a lo señalado por la Corte.

## **2.2 El enjuiciamiento penal y la garantía de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana**

La Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia referente a casos no constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, que la tipificación de una conducta y la consecuente persecución, enjuiciamiento y sanción penal, es una de las herramientas que están a disposición del Estado para lograr la efectiva garantía los derechos consagrados en la CADH. Ahora bien, la Corte considera que dicha herramienta, en tanto medio de restricción severo debe ser considerada una medida de *ultima ratio*:

“La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales

de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.”<sup>92</sup>

En definitiva, si bien el Estado puede elegir usar la vía penal como medio legítimo para garantizar ciertos derechos, este no será siempre el caso. Esto plantea la cuestión de bajo qué criterio puede ser evaluada la idoneidad del uso de medidas como la tipificación y persecución penal de una conducta como herramienta de garantía de un derecho. Para resolver esta cuestión la Corte ha sostenido que la justificación del uso de la herramienta penal se relaciona dos elementos: 1) la gravedad de la afectación a una garantía fundamental que la conducta ilícita produce, y 2) además de lo anterior, no todos los derechos en la CADH requerirán necesariamente de protección por vía de la tipificación penal y eventual persecución. Lo anterior fue expresado por la Corte en el caso Perozo, en relación a la tutela de la libertad de expresión por vía penal:

“En cuanto a la libertad de expresión, la idoneidad de la vía penal [<sup>93</sup>] como recurso adecuado y efectivo para garantizarla dependerá del acto u omisión violatorio de ese derecho. Si la libertad de expresión de una persona se ha visto afectada por un acto que a su vez ha vulnerado otros derechos, como la libertad personal, la integridad personal o la vida, la investigación penal puede constituir un recurso adecuado para amparar tal situación. Bajo otros supuestos, es posible que la vía penal no sea el medio necesario para garantizar la protección debida a la libertad de expresión. El uso de la vía penal “debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”.”<sup>94</sup>

Cabe destacar que lo sostenido por el tribunal se extiende no sólo a la tipificación de las conductas como ilícitos penales, sino precisamente a la necesidad de su investigación y sanción. Ello es coherente con lo sostenido por la Corte en el mismo caso Kimel, en cuanto a que el sometimiento a un proceso penal, por sí mismo ya representa una grave carga sobre una persona<sup>95</sup>. En otras palabras, la Corte entiende que la tipificación penal de una conducta y su persecución son momentos distintos, los cuales tienen efectos diferenciados. Mientras

---

<sup>92</sup> Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177. Párr. 76.

<sup>93</sup> En el caso en cuestión, la Corte se refiere a la vía penal no en cuanto tipificación de una conducta, sino en tanto investigación, enjuiciamiento y eventual sanción de la misma.

<sup>94</sup> Corte IDH. **Caso Perozo y otros Vs. Venezuela**. Supra nota 85, Párr. 300

<sup>95</sup> Véase: Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Supra nota 92, párr. 85.

la tipificación disuade de la realización de la conducta (lo que podría significar una eventual limitación a un derecho), la persecución de la misma implica una carga más fuerte sobre el “procesado”, y por último la imposición misma de la pena acarrea la máxima afectación a través de la imposición de una sanción (sea una multa o bien una pena privativa de libertad).

Además de lo anterior, la Corte consideró en el caso en cuestión que la libertad de expresión por sí misma no necesariamente justifica el uso de medidas penales. Sin embargo, frente a hechos que además de afectar la libertad de expresión amenazan de manera particularmente grave otros derechos como la vida, la libertad o la integridad personal, entonces la vía penal surge como una herramienta legítima.

En definitiva, según lo anterior la Corte afirma el carácter de *ultima ratio* de la vía penal, asumiendo que este constituye una carga (diferenciada según los momentos de tipificación, persecución y efectiva sanción), cuya legitimidad debe ser medida en función de los bienes que se pretende tutelar y el nivel de afectación que la conducta produce.

### **2.3 El diseño institucional del sistema procesal penal frente a la CADH**

A continuación expondremos como la Corte, en los casos de violaciones no calificables como graves, ha reconocido al Estado un amplio grado de libertad en el diseño de su sistema procesal penal. Sostendremos que la anterior libertad supone que el Estado podrá diseñar un sistema procesal penal regido por la eficiencia y eficacia en la persecución criminal. A su vez, la recepción de la eficiencia y eficacia como principios válidos bajo los cuales guiar la actividad persecutoria supone la posibilidad de que el Estado priorice en la persecución de ciertos delitos por sobre otros.

En cuanto a la forma en que el Estado organiza el sistema procesal penal, la Corte ha sostenido que el Estado tiene un grado amplio libertad para realizar esta tarea, sosteniendo que:

“Los Estados partes pueden organizar su sistema procesal penal, así como la función, estructura o ubicación institucional del Ministerio Público a cargo de la persecución penal,

considerando sus necesidades y condiciones particulares, siempre que cumplan con los propósitos y obligaciones determinadas en la Convención Americana [...]”<sup>96</sup>

Ahora bien, estimamos que en el marco de dicho margen de discrecionalidad otorgado al Estado para el diseño de su sistema procesal penal, es posible sostener que la incorporación de los principios de eficiencia y eficacia a la persecución penal puede ser considerada como un propósito legítimo frente a la CADH.

Si bien la Corte no ha tenido oportunidad de referirse a este asunto de manera expresa, podemos sostener que dicho tribunal ha abordado la cuestión de manera implícita. En este sentido, en nuestra opinión la Corte ha aceptado que los criterios de eficiencia y eficacia pueden constituir propósitos que válidamente guíen la actividad persecutoria del Estado. La Corte ha sostenidos específicamente que:

“No compete a este Tribunal sustituir a la jurisdicción interna estableciendo las modalidades específicas de investigación y juzgamiento en un caso concreto para obtener un **mejor o más eficaz resultado**”<sup>97</sup>

Somos de la opinión que lo señalado por la Corte no significa tan solo una limitación a la competencia *ratione materiae* de la Corte, sino que conlleva un reconocimiento de que la eficiencia y eficacia pueden en la práctica regir el sistema de enjuiciamiento criminal. Esto no quiere decir directamente que el Estado pueda dejar de investigar un delito en función de principios como la eficiencia y eficacia, sino que estos constituyen un propósito legítimo para el diseño de su política persecutoria.

Lo fundamental es que la incorporación de estos principios a la persecución penal se traducirán la institucionalización de sistemas de selección de casos: primordialmente, el órgano persecutor estará facultado, en un caso concreto, a no llevar adelante la persecución con miras a descongestionar el sistema penal<sup>98</sup>. Esta decisión de priorización en la persecución de ciertos delitos por sobre otros, consecuentemente con lo señalado por la Corte IDH, deberá realizarse en atención a la gravedad del hecho, medida como la afectación grave de garantías fundamentales a través del ilícito.

---

<sup>96</sup> Corte IDH. **Caso Tristán Donoso Vs. Panamá**. Supra nota 86, párr.164

<sup>97</sup> Corte IDH. **Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 80 (el destacado es nuestro).

<sup>98</sup> Duce, Mauricio. Selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 29 N° 2, 2002. p.260.

En definitiva, podemos sostener que bajo los criterios de la Corte, el establecimiento de un sistema procesal penal que funcione sobre la base de criterios de eficiencia y eficacia, y que conlleve la priorización de causas no sería *prima facie* contrario a la CADH, en la medida que dicha evaluación sea consecuente con el criterio legitimador del uso de la herramienta penal: la gravedad del hecho.

Como veremos a continuación, la incorporación de estas consideraciones, así como las enunciadas en el apartado anterior no son casuales. Por el contrario, siguiendo estos criterios (vía penal como herramienta de *ultima ratio* y libertad de organizar el sistema procesal penal) la Corte ha llegado a sostener que en casos que no configuran graves violaciones de derechos humanos el Estado gozará de una mayor libertad para decidir qué delitos han de ser investigados y a la vez asignar un rol más reducido a la víctima en dichos procesos, y por tanto podrá restringir el derecho al acceso a la justicia.

#### **2.4 Sobre la existencia de un deber de persecución de los delitos no constitutivos de graves violaciones de derechos humanos**

La pregunta central en torno a esta clase de casos, dice relación con la determinación de si acaso el derecho al acceso a la justicia de la víctima obliga al Estado a llevar a cabo la investigación, persecución y sanción de todo delito. En los casos de graves violaciones esta pregunta ya fue respondida desde la jurisprudencia sosteniendo que el Estado está obligado, y la víctima puede exigir, el uso de la vía penal. Ahora bien, ¿cabe a la víctima exigir una respuesta equivalente en el caso de hechos delictuales menos graves?

En este sentido, la Corte se ha pronunciado sobre las obligaciones del Estado en relación a la persecución penal en casos no constitutivos de violaciones graves de derechos humanos. En este análisis el tribunal ha diferenciando claramente entre casos de violaciones graves y casos no constitutivos de violaciones graves. Así en el caso Ríos, el tribunal sostuvo que:

“La investigación de la violación de determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o garantizar ese derecho. La obligación de investigar “adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los

derechos lesionados” [(referencia a los casos La Cantuta y Goiburú)][...]. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. [...] **Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si existe un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. [...]**

La obligación de investigar “no sólo se desprende de las normas convencionales de Derecho Internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas”. Así, **corresponde a los Estados Parte disponer**, de acuerdo con los procedimientos y a través de los órganos establecidos en su Constitución y sus leyes, **qué conductas ilícitas serán investigadas de oficio y regular el régimen de la acción penal en el procedimiento interno, así como las normas que permitan que los ofendidos o perjudicados denuncien o ejerzan la acción penal y, en su caso, participen en la investigación y en el proceso.** Para demostrar que es adecuado determinado recurso, como puede ser una investigación penal, será preciso verificar que es idóneo para proteger la situación jurídica que se supone infringida.”<sup>99</sup>

Los considerandos citados son relevantes puesto que marcan una clara diferencia entre las obligaciones del Estado en casos de violaciones graves y en los demás casos. En los primeros, como ya hemos sostenido, será obligatorio para el Estado en función del DIDH realizar una investigación diligente y *ex officio* (bajo los estándares que analizamos en los apartados anteriores), dada la gravedad de los hechos. Sin embargo, en los demás casos, será el Estado, con un mayor margen de discrecionalidad, quien deberá determinar qué delitos investigará *ex officio* y qué rol asignará a la víctima en cada procedimiento.

Ahora bien, ello no significa que el Estado podrá decidir arbitrariamente qué delitos investigar en cada caso. Por el contrario, la legislación procesal penal deberá delimitar qué delitos se investigarán *ex officio* y bajo qué circunstancias. El derecho al acceso a la justicia

---

<sup>99</sup> Corte IDH. **Caso Ríos y otros Vs. Venezuela**. Supra nota 85. Párr. 283 y 284.

permitirá a la víctima exigir que el Estado actúe con la debida diligencia en la investigación de esos delitos que él mismo determinó que serán investigados.

En este sentido, en los casos Ríos y Perozo, Venezuela determinó que los delitos de acción penal pública serían investigados de *motu proprio* por el Ministerio Público, mientras que en delitos de “acción penal privada” el Ministerio Público debía desestimar la denuncia, informando al denunciante que el organismo persecutor no participaría de la investigación de esos hechos (quedando el ejercicio de la acción enteramente en manos del denunciante). Al evaluar el funcionamiento de esta legislación en el caso concreto la Corte sostiene que:

“La actividad que podía o estaba en la obligación de realizar el Estado de oficio, en cuanto a las conductas denunciadas en el fuero interno, se rige por el principio de oficialidad respecto de los delitos de acción pública. Por ende, **una vez puestos en conocimiento de las autoridades estatales, los hechos que constituyeran delitos de acción pública** -como podían ser ciertas agresiones físicas- **debían ser investigados en forma diligente y efectiva** por el Estado y el impulso procesal correspondía al Ministerio Público. Otros hechos alegados como violatorios de la Convención y denunciados ante el Ministerio Público configuran en la legislación venezolana delitos perseguibles a instancia de parte o de acción privada.

El artículo 301 del COPP (2001) regula la desestimación de las denuncias o querellas por parte del Ministerio Público cuando, *inter alia*, hubieren sido puestos en conocimiento de dicho órgano delitos de acción privada. Respecto de los supuestos en que los hechos denunciados, que el Estado alega constituían delitos de acción privada, el Ministerio Público estaba en la obligación de solicitar la desestimación de la denuncia al Juez de control [...]. Así, la omisión de las autoridades estatales en emitir una decisión oportuna que aclarara que la vía procesal intentada no era la adecuada [...] no permitiría o no contribuiría a la determinación de algunos hechos y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales. El Estado no puede justificar su inactividad para llevar a cabo una investigación sobre la base de que los hechos no fueron puestos en conocimiento del órgano competente a través de la vía prevista en la legislación interna, pues al menos correspondía al Ministerio Público solicitar la desestimación de la denuncia en caso que “luego de iniciada la investigación se determinare que los hechos objeto del proceso constituyen delito cuyo enjuiciamiento solo procede a instancia de parte agraviada”.



[...]

“[...] En cuanto a los hechos que efectivamente fueron puestos en conocimiento del Ministerio Público, la Corte considera que correspondía a este órgano, como encargado de la persecución penal, emitir oportunamente una decisión para ordenar el inicio de la respectiva investigación o solicitar la desestimación de la denuncia, según correspondiere. Esto no ocurrió en el presente caso respecto de estos hechos.”<sup>100</sup>

La Corte no reprocha al Estado que ciertos delitos no sean investigados de oficio por el Ministerio Público, sino que lo declara responsable por no haber investigado diligentemente algunos delitos de acción pública y por no haber ejercido la facultad de desestimación de manera oportuna, dejando la solicitud del denunciante pendiente por varios años.

En definitiva, el Estado no está obligado a desarrollar necesariamente una investigación *ex officio* de todo delito, sino sólo de aquellos que él mismo haya determinado como delitos de acción pública. Para los demás casos, será legítimo que el Estado determine que estos sean perseguidos por la víctima sin que el Ministerio Público participe en tal proceso, y será exigible al Estado tan solo que comunique a la víctima dicha situación oportunamente (de acuerdo a lo que dispuso en su legislación).

Cabe hacer presente que en el caso *Kawas*<sup>101</sup>, la Corte estableció una excepción a esta libertad del Estado para la determinación de qué conductas deben ser investigadas de oficio. En el caso en cuestión, se evaluó la diligencia del Estado de Honduras en cuanto a la investigación penal por el homicidio de una activista ambientalista, hechos que no revestían el carácter de grave violación. En su sentencia, la Corte sostuvo que:

“Este deber de "garantizar" los derechos implica la obligación positiva de adopción, por parte del Estado, de una serie de conductas, dependiendo del derecho sustantivo específico de que se trate. En casos de muerte violenta como el presente, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por este tipo de situaciones.”<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Supra nota 85, Párr. 296, 297 y 304.

<sup>101</sup> Corte IDH. **Caso Kawas Fernández Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.

<sup>102</sup> Corte IDH. **Caso Kawas Fernández Vs. Honduras**. Ibídem. Párr. 75

En definitiva, estimamos que con lo anterior, la Corte IDH no hace sino especificar aún más el criterio relativo a qué delitos deberán ser investigado *ex officio*: dicha determinación quedará en manos del Estado, pero en todo caso, los delitos violentos que impliquen la afectación grave a la vida, la integridad y libertad de una persona, deberán siempre ser investigados de oficio. Esta especie de excepción a la libertad del Estado para determinar qué conductas deben ser investigadas de oficio resulta coherente con lo que hemos expuesto hasta aquí, en el sentido de afirmar un criterio de gravedad en la afectación de un bien jurídico fundamental como el baremo bajo el cual determinar la necesidad de usar la vía penal.

Ahora bien, el análisis de la Corte pasa por otro aspecto importante sobre la legislación procesal. Ello se refiere a la pregunta sobre si el órgano persecutor está obligado a ejercer la acción penal hasta las últimas consecuencias, esto es, sometiendo el asunto a la decisión de un juez para que este absuelva o condene a un imputado<sup>103</sup>.

En los casos Ríos y Perozo, se constata que la legislación venezolana permitía al Ministerio Público archivar las investigaciones (cuando estimare que no existían suficientes antecedentes para proseguir en el ejercicio de la acción) y también permitía que dicho organismo derechamente solicitara al juez el sobreseimiento (por estimar que los hechos no constituían delito)<sup>104</sup>. Paralelamente, dicha legislación proveía a la víctima de facultades de impugnar estas decisiones<sup>105</sup>. Lo interesante del análisis de la Corte es que ésta no juzga incompatibles las facultades del Ministerio Público de archivar o solicitar sobreseimientos, ni tampoco vincula las facultades de impugnar estas decisiones a un derecho fundamental de la víctima:

“Según fue señalado [...], en las investigaciones por varios de los hechos se decretó el sobreseimiento por prescripción de la acción penal y por atipicidad. En otra investigación, la Fiscalía decretó el archivo fiscal [...]. Sin embargo, en cuanto a la investigación de 3 de marzo de 2004, decretado el archivo de las actuaciones [...], los representantes solicitaron la

---

<sup>103</sup> Cabe desatacar que la posición de la Comisión en el caso Perozo era que dicho organismo debía ejercer la acción penal “hasta las últimas consecuencias”. Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Supra nota 85. Párr. 307; véase también: Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Supra nota 85. Párr. 293.

<sup>104</sup> Caso Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Supra nota 85. Párr. 323

<sup>105</sup> Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Supra nota 85. 326

reapertura de la investigación [...], pero [...] el Juzgado 36° de Primera Instancia en Funciones de Control [...] declaró improcedente la petición [...].

Esta Corte considera que la facultad de ejercer recursos contra decisiones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales es un derecho de la víctima, que representa un avance positivo en la legislación venezolana, pero dicha facultad no exime al Estado de realizar una investigación diligente y efectiva en los casos en que deba hacerlo. [...]”<sup>106</sup>

Como queda en evidencia de los párrafos citados, la Corte no estima contrario a la CADH el hecho que se haya realizado archivo de las investigaciones o bien que Ministerio Público haya solicitado el sobreseimiento. El reproche al Estado dice relación, tal como mencionamos antes, con que no se realizó una investigación diligente, tal como la legislación venezolana ordenaba. Lo interesante de este punto es que dichas facultades responden precisamente a la implementación de los principios de eficiencia y eficacia en la persecución penal: si no existen antecedentes para proseguir una investigación es más eficiente archivar la causa y no proseguir en su investigación.

Cabe desatacar también que la Corte aborda la cuestión de las facultades de impugnación de la víctima como “un avance positivo” sin vincularlo a un derecho de la víctima al acceso a la justicia. Esto ratifica la idea de que será el Estado el que determinará qué rol debe haber a la víctima en esta clase de procesos, sin que el derecho al acceso a la justicia imponga la obligación de reconocer tal o cual grado de participación a favor de la víctima.

En definitiva, la Corte ha concluido que el derecho al acceso a la justicia de la víctima no le faculta a exigir del Estado la investigación de oficio de cualquier delito. En casos de hechos que no constituyen graves violaciones la víctima podrá exigir a Estado, a través del mencionado derecho, que este investigue el delito, de acuerdo a lo dispuesto en su legislación procesal penal. Por otra parte, el derecho al acceso a la justicia no vuelve obligatorio el reconocimiento de tal o cual posición para la víctima dentro del proceso penal (por ejemplo otorgándole facultades de impugnación). Por último dicha garantía no limita la posibilidad del que el Estado establezca mecanismos como el archivo provisional o la

---

<sup>106</sup> Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Supra nota 85. 325, y 327.

facultad de solicitar sobreseimientos cuando el órgano persecutor estime imposible proseguir en la persecución o bien determine que los hechos no son constitutivos de delito.

## **2.5 La conducción de los procedimientos penales**

Ahora bien, habiendo establecido que queda en manos del Estado determinar qué delitos perseguirá de oficio y cuáles no (con la excepción de los delitos que impliquen graves afectaciones a la vida, la integridad y la libertad), la Corte fija un estándar para la conducción de dichas investigaciones. Si bien en los casos de graves violaciones la actividad de investigación y juzgamiento se evalúa bajo estrictos estándares de diligencia, en el caso de las investigaciones de delitos no constitutivos de graves violaciones la Corte somete al Estado a un estándar mucho más débil. Es preciso destacar que en ambas situaciones el Estado debe ser diligente en la investigación, pero la diferencia radica en el contenido del estándar de debida diligencia para cada situación.

A continuación expondremos los elementos que se desprenden de la jurisprudencia según los cuales podemos dar contenido a la noción de diligencia aplicada a los casos que no configuran graves violaciones.

El primer elemento que marca una diferencia fundamental con los casos de graves violaciones es el hecho que la Corte tome en consideración la oportunidad en que la víctima denunció los hechos para evaluar la diligencia del Estado en la conducción de las investigaciones:

“Al respecto, la Corte considera que la dilación de las presuntas víctimas en poner oportunamente en conocimiento de las autoridades competentes los presuntos hechos ilícitos debe ser tenida en cuenta al evaluar la debida diligencia y, en su caso, efectividad de las investigaciones. Ello es así, toda vez que el paso del tiempo dificulta, y aún torna nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de establecer la materialidad del hecho, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales.”<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Supra nota 85, Párr. 319

Un segundo elemento considerado por el tribunal es la complejidad de los hechos denunciados y el carácter de los mismos. Así en los casos Ríos y Perozo, varias de las supuestas agresiones que sufrieron las víctimas habrían ocurrido en manifestaciones públicas con gran concurrencia de público, y los autores de las mismas no fueron identificados por las víctimas. En concordancia con lo anterior la Corte sostiene que:

“[...] Por ello, el momento en que el Ministerio Público tomó conocimiento del hecho, de oficio o por denuncia, es relevante para evaluar si las investigaciones fueron conducidas diligentemente.

La pluralidad de hechos denunciados conjuntamente pudo haber contribuido a tornar compleja la investigación en términos globales [...] Además, la mayoría de los hechos sucedieron en circunstancias en que resultaba difícil identificar a los presuntos autores. En cuanto a la conducta desplegada por los interesados, este Tribunal ya resaltó que muchos de los hechos fueron denunciados varias semanas, meses o incluso años luego de ocurridos los hechos [...].”<sup>108</sup>

Por último, el tribunal agrega un elemento más para evaluar la conducta estatal, esto es la gravedad del hecho. En los casos Ríos y Perozo, algunos de los hechos denunciados por las víctimas consistieron en agresiones físicas, respecto a las cuales el Ministerio Público no solicitó oportunamente la constatación y evaluación de las lesiones. Sobre esto el tribunal estima lo siguiente:

“En una serie de hechos denunciados como agresiones físicas, no se realizó la evaluación médico legal para determinar la existencia de lesiones y la gravedad de éstas.

En casos de agresión física, el tiempo en el que se realiza el dictamen médico es esencial para determinar fehacientemente la existencia de la lesión y del daño. La falta de dictamen o su realización tardía dificultan o imposibilitan la determinación de la gravedad de los hechos, en particular, a fin de clasificar legalmente la conducta bajo el tipo penal que corresponda, más aún cuando no se cuenta con otras pruebas. La Corte considera que el Estado tiene la obligación de proceder al examen y clasificación de las lesiones cuando se realiza la denuncia y se presenta el lesionado, a menos que el tiempo transcurrido entre ésta y el momento en que ocurrió el hecho torne imposible la caracterización de aquéllas.

---

<sup>108</sup> Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Supra nota 85, 335, 336.

En los casos en que no se realizó la evaluación médico-legal las denuncias se presentaron entre 11 días y 6 meses después de ocurridos los hechos. En algunos de esos casos, el Tribunal considera que el transcurso del tiempo tornó imposible o nugatoria la realización de dicha diligencia. No obstante, la Corte observa que las investigaciones relativas a los hechos de 27 de febrero y 1 de marzo de 2004 [lesiones causadas por impactos de perdigones y bombas lacrimógenas] fueron iniciadas de oficio y, a pesar de ello, no se ordenó una evaluación médico legal. De tal forma, el Estado no aportó prueba suficiente para comprobar que el Ministerio Público desplegara las acciones pertinentes, lo que permite sostener que hubo falta de diligencia por parte del órgano encargado de la persecución penal con respecto a su deber de llevar a cabo una investigación en forma diligente y efectiva en esos casos.

Como se deduce de los párrafos anteriores, la Corte exige al Estado la pronta realización de diligencias en estos casos en atención precisamente a que los hechos denunciados ponían en evidencia la posible afectación de la integridad personal de los denunciantes. Es en razón de la relevancia de los bienes jurídicos afectados que la Corte eleva el estándar de conducta exigible al Estado.

En definitiva, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, la diligencia del Estado en la investigación de hechos no constitutivos de graves violaciones se evaluará de acuerdo a los criterios de: 1) actividad o diligencia de la víctima en denunciar los hechos; 2) complejidad del asunto y dificultades de obtener pruebas; y 3) gravedad de los ilícitos, definida en relación con la existencia de una afectación grave a un derecho como la vida, la libertad y la integridad personal. De esta forma, por ejemplo, ante un delito de poca gravedad, frente al cual existen pocas posibilidades de realizar una investigación exitosa y si es que la víctima denunció tardíamente el hecho, no será exigible a Estado que este lleve a cabo una “investigación exhaustiva” de los hechos, abriéndose así la posibilidad de que la causa sea archivada sin que se realicen más diligencias.

## **2.6 El rol de la víctima en el proceso penal**

Como último punto, a continuación expondremos algunas conclusiones que pueden derivarse de lo anterior en relación al rol de la víctima en el marco del proceso penal en casos que no configuran violaciones graves desde las obligaciones impuestas por la CADH.

Hasta este momento, la Corte no ha tenido ocasión de conocer un caso en el que se le exija explícitamente evaluar si la víctima debe contar, en esta clase de casos, con una amplia participación en el proceso, a diferencia de cómo si lo ha hecho en casos de graves violaciones. Las conclusiones que exponemos se deducen de lo que ha aportado el análisis realizado principalmente en los casos Ríos y Perozo.

El primer aspecto relevante es, como ya se ha mencionado antes, que en los casos de delitos menos graves la Corte ha sostenido que el Estado es libre de determinar, a través de su legislación “qué conductas ilícitas serán investigadas de oficio y regular el régimen de la acción penal en el procedimiento interno, **así como las normas que permitan que los ofendidos o perjudicados denuncien o ejerzan la acción penal y, en su caso, participen en la investigación y en el proceso**”<sup>109</sup>. Esto marca la diferencia fundamental con los casos de violaciones graves en los cuales la Corte señaló que el Estado debía garantizar a las víctimas amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos, como correlato de su derecho al acceso a la justicia contenido en los art. 1.1, 8 y 25.

En definitiva, la Corte parece sostener la posibilidad de restringir este aspecto del derecho al acceso a la justicia (el derecho a ser oído y participar). Si bien, no es explícito en el razonamiento del tribunal, nos parece que en esta etapa juegan un rol fundamental las consideraciones generales sobre la vía penal y la libertad de organizar el sistema procesal penal. En este sentido, en casos donde el delito no tiene la gravedad equivalente a un crimen de lesa humanidad, consideraciones como los principios la eficiencia y eficacia en la persecución penal y la concepción de que el enjuiciamiento penal no es necesariamente la vía idónea de protección de todos los derechos, son elementos que facultan al Estado a restringir el derecho de la víctima a ser oída y participar ampliamente.

Ahora bien, esta restricción estará establecida en el diseño institucional que el Estado adopte. En función de ello, si en dicha legislación otorga tal o cual derecho específico en el marco del proceso penal a la víctima, el Estado quedará atado por esta determinación. De esta forma, en el caso Perozo, el Estado es responsable por no haber dado una respuesta oportuna a los requerimientos realizados por los denunciantes, siendo que su legislación había determinado que el Ministerio Público tenía tal obligación; en definitiva, el Estado no

---

<sup>109</sup> Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Supra nota 85. Párr. 284 (el destacado es nuestro)

infringe sus obligaciones por asignar un rol más o menos limitado a la víctima en su legislación procesal, sino por no aplicar dicha legislación de manera diligente.

Lo anterior puede ser ratificado por lo señalado por la Corte en el caso Nogueira Carvalho<sup>110</sup>. En dicho caso se dio por probado que los familiares de la víctima, tuvieron una participación limitada en el proceso penal contra el presunto autor del homicidio de Nogueira: se les negó el pedido de que cierta testigo fuera escuchada en el juicio oral y se limitó la posibilidad de ejercer algunos recursos contra de las decisiones que afectaban el desarrollo del juicio oral en contra del imputado. Lamentablemente la Corte no realiza un análisis exhaustivo de las consecuencias de estas restricciones. Simplemente se limita a constatar que:

“En el presente caso, la Corte tomó en cuenta el acervo probatorio y los alegatos presentados por las partes, y efectuó un acucioso examen del conjunto de las actuaciones policiales y judiciales realizadas [...].

[...]

De lo expuesto, [...] [la Corte] considera que no se ha demostrado que el Estado haya violado los derechos a la protección y a las garantías judiciales, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con Jaurídice Nogueira de Carvalho y Geraldo Cruz de Carvalho.”<sup>111</sup>

A pesar de lo escueto del análisis de la Corte es posible concluir que una limitación a la participación de la víctima en cuanto a la presentación de un testigo y el acceso a ciertos recursos no sería *prima facie* contrario a la CADH.

En resumen, la CADH faculta al Estado a realizar una restricción al derecho al acceso a la justicia en cuanto a ser oído y participar ampliamente en el proceso penal. Dicha restricción tendrá que tener en consideración objetivos válidos de acuerdo a la CADH, como la eficiencia y eficacia en la persecución penal y la gravedad de los delitos investigados.

---

<sup>110</sup> Corte IDH. **Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil**. Supra nota 97.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, párr. 79 y 81.



### **3. Conclusiones al presente capítulo**

Para concluir, queremos poner en evidencia que la jurisprudencia de Corte sobre el rol de la víctima en el proceso penal puede ser claramente diferenciada en dos líneas, en atención al tipo de casos del que se trate.

La primera de estas líneas guarda relación con los casos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos. La Corte estima que los casos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos dan lugar a un deber del Estado de perseguir penalmente y sancionar tales ilícitos bajo estrictos estándares de diligencia. Ello puesto que constituyen afectaciones radicales a la vida, la integridad y la libertad personal, hecho que se ve agravado por el contexto de impunidad en el que se mantienen. La víctima de tales ilícitos o sus familiares cuentan con el derecho a la tutela judicial efectiva, contenido en los art. 1.1, 8 y 25 de la CADH, el cual les facultará a exigir del Estado la investigación y sanción del ilícito.

Por otra parte, la segunda línea jurisprudencial guarda relación con los casos que no constituyen graves violaciones de derechos humanos. En estos, el desarrollo de la Corte ha demostrado un tránsito desde una primera posición, expuesta en casos como Bulacio, en la que la víctima contaba con un derecho a exigir del Estado la investigación y sanción de los responsables del delito en los mismos términos que en los casos de graves violaciones. Dicha postura fue atenuada en lo sucesivo, llegándose a sostener que en casos de delitos menos graves, el uso de la herramienta penal no será obligatorio o incluso no será legítimo en lo absoluto. Coherentemente, en estos casos el Estado podrá valerse de herramientas que le permitan dar menor prioridad a la investigación de esos hechos (como el archivo de las causas y la no realización de nuevas diligencias investigativas). Estas facultades se presentarán, como restricciones al derecho a acceso a la justicia de las víctimas.

En definitiva, el derecho al acceso a la justicia, en la forma en que es entendido por la Corte, facultará a la víctima a exigir al Estado la tutela de sus derechos. Sin embargo ello no implica necesariamente, ni en todos los casos, exigir el uso de la vía penal como medio de tutela. Ella será exigible cuando su uso sea obligatorio por el derecho internacional (como en los delitos de lesa humanidad), o bien cuando el Estado haya establecido su uso

en la legislación interna. Pero si el Estado ha determinado que esta no sea usada o bien ha establecido condiciones de limitación a su uso, el derecho al acceso a la justicia no permitirá modificar dicha determinación. En otras palabras, el derecho de acceso a la justicia permitirá a la víctima exigir una investigación de un hecho delictivo (en los términos fijados por la legislación nacional), pero en ningún caso ello supone un derecho a que el delito sea efectivamente sancionado; asimismo, el deber de diligencia en la investigación de los hechos por parte del Estado se verá atenuado en esta clase de casos.

Además de lo anterior, cabe destacar que la Corte ha formulado algunas consideraciones generales en relación a la legitimidad del uso de la herramienta penal. En este sentido, el tribunal internacional entiende legítimo el uso de la vía penal sólo en la medida que se vea satisfecho un criterio de gravedad, esto es la grave afectación de garantías como la vida, la integridad y la libertad personal. Ello supone por una parte que no toda afectación de un derecho legitimará el uso de la vía penal y a su vez que no todo derecho requerirá protección penal. Esto significa, en términos simples, la afirmación de que el derecho penal y procesal penal deben responder al principio de intervención penal mínima o *ultima ratio*.

Paralelamente, y en relación a la organización del sistema procesal penal, la Corte ha sostenido que el Estado podrá legítimamente construir un sistema de enjuiciamiento penal que sea guiado por principios como la eficiencia y la eficacia en la persecución penal.

### **III. EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO: EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA O TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

En el presente capítulo se analizará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno (en adelante TC o el Tribunal) que guardan relación con la posición de la víctima en el marco del proceso penal.

Nuestro análisis se centrará en la mirada del problema desde la perspectiva del Derecho al Acceso a la Justicia o Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Como veremos más adelante en el capítulo, la nomenclatura para referirse a este derecho no ha sido unívoca, sin embargo plantearemos que a pesar de estas divergencias terminológicas el Tribunal se refiere al mismo derecho. En definitiva, en los casos que analizaremos, el Tribunal busca dar respuesta a las preguntas: ¿Tiene la víctima un derecho fundamental a exigir la persecución de un delito?, ¿tiene la víctima un derecho fundamental a participar en el proceso? y ¿cómo se relaciona ese derecho con las facultades de dirección de la investigación y ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público?

Uno de los aspectos fundamentales a considerar en este análisis es que si bien el Tribunal aborda la problemática desde la perspectiva del Derecho al Acceso a la Justicia o Tutela Judicial Efectiva, este derecho no se encuentra expresamente establecido en la Constitución Política de la República (en adelante CPR o Constitución). Sin perjuicio de ello, el Tribunal ha reconocido la existencia de este derecho a través de su jurisprudencia. En un primer momento, dicho reconocimiento se vinculaba con ámbitos distintos al proceso penal, y sólo recientemente este derecho ha sido aplicado a la problemática de la víctima en el marco del proceso penal. Es por ello que antes de exponer el análisis del Tribunal relativo al derecho al acceso a la justicia en el marco del proceso penal, y como primera parte de este capítulo, realizaremos una breve reseña de cómo se ha reconocido el derecho al acceso a la justicia en ámbitos no penales y qué contenido se ha asignado a dicha garantía. Esta rápida revisión facilitará la comprensión del reconocimiento de esta garantía en el ámbito penal y las particularidades que dicho reconocimiento acarrea.

La segunda parte de este capítulo, estará dedicada a exponer una revisión de la jurisprudencia del Tribunal sobre el derecho al acceso a la justicia o tutela judicial efectiva en relación a la posición de la víctima en el proceso penal. En dicha sección comenzaremos por contextualizar la problemática, explicando cuáles han sido las potestades del Ministerio Público cuyo ejercicio entra en tensión con el derecho a la tutela judicial efectiva y que han sido cuestionadas en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Con posterioridad a ello expondremos la revisión jurisprudencial, la cual dará cuenta de tres etapas que describen el tránsito desde: 1) una tesis radical, que asigna un rol robusto a la víctima; 2) el paso por una posición intermedia, que busca asegurar una “amplia participación a la víctima” así como el control jurisdiccional del actuar del Ministerio Público; 3) hasta llegar a una posición más débil, que reconoce un rol aún más reducido a la víctima y afirma la constitucionalidad de las facultades discrecionales del Ministerio Público.

## **1. El Derecho al Acceso a la Justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

La generalidad de los casos en los que el TC analiza el derecho al acceso a la justicia se refieren a situaciones en los que un sujeto ha sido objeto de un acto sancionatorio de carácter administrativo y desea impugnar dicho acto en sede judicial. Es en estos casos en los que el Tribunal ha sostenido la existencia de un derecho al acceso a la justicia, que faculta al individuo a acceder a una instancia o recurso judicial en la que pueda impugnar un acto que estima atentatorio de una garantía fundamental.

Los casos paradigmáticos sobre esta materia son los que se vinculan con la impugnación de la institución conocida como “*solve et repete*”. Esta figura consiste en que ante la imposición de una multa en sede administrativa, el acceso a una vía de impugnación del acto sancionatorio se encuentra condicionado al pago previo de un porcentaje de la multa en cuestión (el que después será reintegrado en caso de que se acoja la pretensión del impugnante). Al analizar estos casos, el Tribunal ha sostenido, como primer punto, la existencia del denominado Derecho al Acceso al Justicia o Tutela Judicial Efectiva, el cual faculta al administrado para impugnar el acto sancionatorio. Como segundo punto, el Tribunal ha declarado que la modalidad de “*solve et repete*” constituye una restricción a

dicha garantía que en ocasiones puede resultar desproporcionada, y por tanto se convertiría en una violación<sup>112</sup> del derecho a al acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

Ahora bien, como ya hemos mencionado anteriormente, el llamado derecho al acceso a la justicia no se encuentra establecido expresamente en la CPR. De esta forma, para afirmar su existencia el Tribunal se ha visto en la necesidad de realizar una interpretación sistemática de la Constitución, sobre la cual se fundaría el reconocimiento de este derecho. El Tribunal ha estimado que la interpretación de las garantías a la igual protección de los derechos y la garantía del debido proceso, ambas contenidas en el art. 19 n° 3 de la CPR (incisos 1 y 5, respectivamente), dan lugar al derecho al acceso la justicia o tutela judicial efectiva. Así el TC ha declarado:

“Que las normas constitucionales con las cuales habrá de contrastarse la norma legal en examen disponen literalmente lo siguiente:

*“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*...*

*3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.*

*...*

*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”;*

[...]

Que la primera premisa que habrá de establecerse para la resolución de este asunto es **que la Constitución sí incluye el derecho de acceso a la justicia entre las garantías de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, consagradas en el numeral 3° de su artículo 19**. Esta ha sido una doctrina reiterada en varios fallos anteriores de este Tribunal. Para tenerla por cierta debe tenerse presente, desde luego, que esa garantía es uno de los mecanismos que deben contemplar las reglas procesales para garantizar un justo y racional

---

<sup>112</sup> Cabe desacatar, sin embargo, que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha recogido de manera unívoca el test de restricción de derechos como ha sido configurado en el sistema interamericano de derechos humanos. Sobre el particular véase: Nogueira, Humberto. El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. EN: Carbonell, Miguel (coord.). El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. Librotecnia, Santiago, 2010.

procedimiento; porque constituye un supuesto necesario de otras garantías explícitas, como lo son el derecho a la defensa o al juez natural, y porque ella es un supuesto de la protección de la ley en el ejercicio de los derechos, que se consagra en el inciso primero de la norma en comento. [<sup>113</sup>][...]. El derecho de acceso a la justicia forma parte de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos consagrada por la Constitución, pues sin tal acceso la protección asegurada simplemente no es posible;”<sup>114</sup>

En definitiva, esta interpretación conjunta de la igual protección de los derechos y del debido proceso<sup>115</sup> da lugar al reconocimiento del derecho al acceso a la justicia, entendido como el derecho a acceder a un tribunal para obtener la tutela de las garantías afectadas. Cabe destacar que, como ya hemos mencionado, la nomenclatura usada por el TC no es unívoca. Así en un caso similar al antes mencionado el Tribunal sostuvo:

“Que, de este modo, jurisprudencia uniforme y reciente de este Tribunal ha reafirmado que el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, **también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva**, es uno de los derechos asegurados por el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente;”<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> Para facilitar la lectura trasladamos las referencias enunciadas por el tribunal a esta nota: (Así, por ejemplo, se ha razonado en sentencias de fechas 7 de marzo de 1994, Rol N° 184; 1° de febrero de 1995, Rol N° 205; 28 de octubre de 2003, Rol N° 389; 17 de junio de 2003, Rol N° 376; 8 de agosto de 2006, Rol N° 478; 4 de junio de 2006, Rol N° 481; 30 de agosto de 2006, Rol N° 536; 17 de noviembre de 2006, Rol N° 546; 3 de enero de 2008, Rol N° 792; 1° de julio de 2008, Rol N° 946; 22 de julio de 2008, Rol N° 1046, y 2 de abril de 2009, roles 1262 y 1279)

<sup>114</sup> STC, Rol 1345-2009. Considerandos 7° y 8° (el destacado es nuestro).

<sup>115</sup> Existe acuerdo en la doctrina nacional en cuanto a que la garantía consagrada en el art. 19 n° 3 inc. 5 es una formulación de los principios de debido proceso. En este sentido: "Esta cláusula ha sido tradicionalmente interpretada como equivalente a una garantía general de respeto a los principios del debido proceso." Riego, Cristián. Informe de Chile. En: Las Reformas Procesales Penales en América Latina. Maier, Ambos, Wojschnik (coords.). Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. P. 167.

<sup>116</sup> STC, Rol 1418-2009. Considerando 9° (el destacado es nuestro).

Como queda en evidencia del considerando recién citado, el Tribunal designa a la tutela judicial efectiva con el mismo contenido e igual fundamento que el derecho al acceso a la justicia. En definitiva, se trata tan solo de diversas denominaciones para el mismo derecho. Dicha garantía facultaría a los individuos a acceder a un tribunal para obtener la tutela de los derechos que les han sido violados.

Ahora bien, en los siguientes apartados analizaremos cómo este derecho ha sido trasladado al ámbito del proceso penal, para enfrentar las problemáticas que se generan entre las facultades del Ministerio Público en cuanto a la dirección de la investigación y las pretensiones de la víctima.

## **2. El derecho al acceso a la justicia o tutela judicial efectiva y el rol de la víctima en el proceso penal en la jurisprudencia del TC**

El Tribunal Constitucional se ha enfrentado a una serie de casos en los que se ha debatido en cuanto al rol que cabe a la víctima en el marco del proceso penal. Este asunto ha sido enfrentado desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o derecho al acceso a la justicia así como también desde otros derechos<sup>117</sup>. Para resolver el asunto, el Tribunal ha debido responder a las preguntas sobre si la víctima tiene un derecho fundamental a exigir la persecución penal de un hecho, sobre qué grado de participación le corresponde a ésta en el proceso penal y cómo se relacionan las potestades de dirección de la investigación del Ministerio Público con las pretensiones de la víctima.

Es necesario precisar que en los casos que examinaremos en la presente sección, quienes ocurren ante el Tribunal Constitucional detentan la calidad de querellantes en procesos penales. Sin embargo, debemos recordar que el querellante no es sino “la víctima, su representante legal o su heredero”<sup>118</sup>, por tanto, el concepto de querellante incluirá el de

---

<sup>117</sup> Más adelante expondremos que la jurisprudencia no ha sido unívoca en el tratamiento de de esta materia bajo la perspectiva del derecho de acceso a la justicia y ha utilizado también otras garantías como el debido proceso.

<sup>118</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. Tomo I, P. 304. Cabe destacar que como señalan los autores citados, también pueden detentar la calidad de querellantes otras personas cuando el delito en cuestión afecta viene jurídicos colectivos. En definitiva la víctima será quien ha sufrido la afectación de sus bienes jurídicos a través del delito, siendo una persona en

víctima, más específicamente se refiere a aquella víctima que se hace parte en el proceso penal deduciendo querrela en contra del responsable del delito.

Ahora bien, como es sabido, la Constitución ha otorgado al Ministerio Público la dirección exclusiva de la investigación, así como el ejercicio de la acción penal pública. Sin embargo, la misma disposición facultó a la víctima a ejercer la acción penal:

“Artículo 83. 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. [...]

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.”

Dichas facultades de dirección de la investigación y el rol central que juega el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal de acuerdo a la legislación procesal chilena, en ocasiones entran en conflicto con las pretensiones de la víctima (querellante) en el ejercicio de la acción. En este sentido, entre Ministerio Público y víctima (querellante) pueden surgir conflictos de diversa índole, por ejemplo: pueden ambos intervinientes discrepar sobre si acaso el hecho es o no constitutivo de delito; también podrían buscar una diferente calificación penal del hecho, cuestión que marcará tanto el tipo de procedimiento como las eventuales sanciones aplicables; por otra parte, el Ministerio Público puede estimar preferible aplicar en un caso concreto las salidas alternativas al proceso (como por ejemplo, la suspensión condicional del procedimiento) mientras que la víctima podrá defender una pretensión de punición efectiva, esto solo por enumerar algunos.

Sin perjuicio de la gran cantidad de eventos en los cuales las pretensiones de ambos intervinientes en el proceso penal pueden entrar en conflicto, el TC ha tenido oportunidad de abordar tres facultades cuyo ejercicio puede entrar en tensión con las pretensiones de la víctima, a saber:

### **2.1 La facultad discrecional de formalizar al imputado:**

---

particular cuando el bien jurídico es individual o bien una serie de personas en casos de delitos que afecten bienes colectivos.



Como es sabido, la formalización es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de Garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra por uno o más delitos determinados (art. 229 CPP). La institución de la formalización constituye una garantía a favor del imputado<sup>119</sup>, a la vez que faculta al Ministerio Público a solicitar al juez medidas de investigación invasivas y medidas cautelares<sup>120</sup>. Además, la formalización es una etapa fundamental en el desarrollo del proceso penal, puesto que su realización es condición para una eventual acusación y un posterior juicio oral.

Ahora bien, parte de la jurisprudencia estima que, desde la perspectiva del querellante, resulta fundamental que se realice la formalización. Ello puesto que en el evento de que el Ministerio Público no desee perseverar en el ejercicio de la acción penal, el querellante podrá ejercer la facultad de forzar la acusación (art. 258 del CPP) sólo si el imputado ha sido previamente formalizado<sup>121</sup>. En otras palabras, de no existir formalización previa, el querellante podría ver truncada su pretensión en el proceso, puesto que no podrá forzar la acusación y llevar a cabo un juicio oral.

Sin perjuicio de lo anterior, formalizar a un imputado es una facultad exclusiva del Ministerio Público<sup>122</sup> (de acuerdo al art. 230 del CPP), y la legislación procesal no prevé una instancia de control jurisdiccional a favor del querellante, en el evento que el Ministerio Público no estime necesario realizar dicha formalización<sup>123</sup>. Cabe destacar que el otorgamiento de esta facultad al Ministerio Público es el correlato de la incorporación de la eficiencia y eficacia en la persecución penal: el fiscal debe tomar una decisión estratégica en relación a si es aconsejable formalizar o no un individuo de acuerdo a los antecedentes de investigación que se posea<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> *Ibíd.* Pág. 540.

<sup>120</sup> *Ibíd.* Pág. 541.

<sup>121</sup> Véase Sentencia de la Corte Suprema Rol 6742-2008, de 26 de febrero de 2009. Citada en STC, Rol 1404-2010, considerando 38°.

<sup>122</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián, *Op. Cit.* Nota 118, pág. 541.

<sup>123</sup> El art. 186 del CPP establece la facultad de quien se considera “afectado” por una investigación para ocurrir ante el Juez de Garantía y solicitarle a este que exija al Fiscal realizar la formalización. Sin embargo, se ha entendido tradicionalmente (véase *Ibíd.*, Pág. 505) que esta es una garantía a favor del imputado, quién sería por antonomasia el potencial “afectado” en la una investigación no formalizada. Como se explicará más adelante, el TC ha sostenido una interpretación extensiva de esta norma, que, como veremos, permitirá tutelar también al querellante.

<sup>124</sup> Este punto será tratado en específico por el Tribunal Constitucional en el Rol 1341-2010.

En definitiva, el conflicto radica en que si la decisión de formalizar es condición necesaria del ejercicio de la querrela, una decisión del Ministerio Público en orden a no formalizar puede efectivamente impedir el ejercicio de la querrela.

## **2.2 La facultad de solicitar la suspensión condicional del procedimiento:**

El Código Procesal Penal chileno supone que el Ministerio Público podrá, en ciertos casos, utilizar vías alternativas al enjuiciamiento penal. Una de estas vías es la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 del CPP), la cual implica un acuerdo entre el Fiscal y el imputado, aprobado por el juez de garantía, para “dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez, que permiten suponer que el imputado no volverá a ser imputado [sic] de un delito”<sup>125</sup>. Esta es una importante herramienta que permite al Fiscal realizar un uso eficiente de su tiempo y de los recursos públicos (para priorizar la persecución de otros casos de mayor relevancia). A su vez, esta institución permite evitar “[...] los efectos nocivos inherentes a un proceso penal y de la eventual imposición de una penal [...]”<sup>126</sup>, y en ese sentido responde a un propósito político-criminal claro: reservar el uso de las sanciones penales a los casos más graves.

Por otra parte, la víctima o el querellante deben ser oídos por el Juez de Garantía en relación al uso de esta salida alternativa. Además de ello, en caso de ser aceptado el acuerdo de suspensión, la víctima y el querellante podrían apelar dicha decisión<sup>127</sup>. El querellante o la víctima podrían estimar que el uso de esta facultad coopta sus pretensiones de sanción de los supuestos responsables del ilícito. Ese será el conflicto que el TC deberá resolver.

## **2.3 La facultad de comunicar la decisión de no perseverar en la investigación:**

---

<sup>125</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián, Op. Cit. Nota 118, Pág. 552.

<sup>126</sup> *Ibidem*, pág. 552.

<sup>127</sup> Art. 237 del CPP.

En el evento de que en el transcurso de la investigación de un ilícito, el fiscal estime que no existen antecedentes suficientes para ejercer la acción penal de manera exitosa, el CPP contempla la posibilidad de ejercer la facultad de no perseverar en la investigación. En este caso el Ministerio Público no realiza nuevas diligencias de investigación, pero de aportarse nuevos antecedentes, esta podría reactivarse<sup>128</sup>. En el fondo se trata de una facultad otorgada al fiscal para que este evite someter a juicio un caso que estratégicamente es inviable.

En los casos que analizaremos posteriormente, el conflicto con esta facultad es similar al de la facultad discrecional de formalizar. En este sentido, no estando formalizada la investigación, y cuando el Ministerio Público aplica la facultad de no perseverar en la investigación, el querellante se ve impedido de forzar la acusación y proseguir con el ejercicio de la acción penal.

Como se deduce de lo anterior, los conflictos antes mencionados responden a facultades que derivan directamente de la adopción de un modelo de persecución penal que adopta la eficiencia y eficacia y la intervención penal mínima como principios rectores<sup>129</sup>.

Para abordar los conflictos derivados de estas tres potestades, el TC ha echado mano a su jurisprudencia relativa al derecho al acceso a la justicia o tutela judicial efectiva (aunque, como examinaremos más adelante, con notables imprecisiones conceptuales). Como veremos a continuación, la solución entregada por la jurisprudencia no ha sido única, sino que ha pasado por tres fases. En la primera, el derecho a la tutela judicial efectiva asignaría un rol central a la víctima en el proceso penal, lo que determina que en casos de conflicto

---

<sup>128</sup> El artículo 248 del CPP dispone:

“Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:

[...]

c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.”

<sup>129</sup> Más adelante en el capítulo IV, sostendremos que estas facultades son el correlato del llamado principio de oportunidad, el cual, a su vez, responde a la incorporación de los principios eficiencia y eficacia y el principio de intervención penal mínima.

con las facultades del Ministerio Público, se deberá decidir siempre a favor de la víctima. En un segundo momento, se morigera esta tesis, sosteniendo que el derecho a la tutela se ve satisfecho con el reconocimiento de un derecho a participar ampliamente en el proceso y con el sometimiento a control judicial de ciertas decisiones del Ministerio Público. Por último, en la tercera etapa, el Tribunal centra su análisis en constatar la constitucionalidad de las potestades discrecionales del Ministerio Público, y a su vez sostiene que no cabe reconocer a la víctima un derecho fundamental a exigir la persecución y sanción penal de los hechos, restringiéndose fuertemente el rol que en un principio se reconoció a la víctima en el proceso penal.

### **3. La Posición Original: los derechos de las víctimas prevalecen ante las facultades del Ministerio Público**

En la presente sección analizaremos el caso Rol 815-2008, el cual constituye el primer antecedente jurisprudencial en el cual se analiza la posición de la víctima en el proceso penal desde el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho al acceso a la justicia. Como ya hemos mencionado antes, este fallo presenta la visión más radical en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, según la cual dicha garantía otorga a la víctima un derecho a exigir la persecución penal y eventual sanción de los responsables del delito. De acuerdo a esta sentencia, en caso de que exista un conflicto entre tal garantía y las facultades discrecionales del Ministerio Público, primará siempre el derecho a la tutela, entendiéndose tales facultades como limitaciones a la “esencia” del derecho de la víctima.

Como veremos a continuación, el conflicto entre las facultades del Ministerio Público y la víctima (querellante) en este caso, guarda relación con la facultad discrecional del órgano persecutor de formalizar cuando lo estime conveniente, lo que, como ya indicamos arriba, pondría en jaque las posibilidades de la víctima (querellante) de proseguir con el ejercicio de la acción penal.

En el caso penal que provocó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el requirente dedujo querrela por el delito de falsificación de instrumento privado. Frente a ello, y tras la realización de algunas diligencias de investigación, el Ministerio Público solicitó el sobreseimiento definitivo del investigado, pues a su juicio el hecho imputado no

era constitutivo de delito, a lo que el juez de garantía accedió. Por su parte, el requirente apeló dicha decisión y la Corte de Apelaciones resolvió a su favor, sosteniendo que el Fiscal no podría solicitar el sobreseimiento si antes no había formalizado al imputado. Además la Corte ordenó realizar ciertas diligencias de investigación solicitadas por la víctima.

Con posterioridad, y tras la realización de las diligencias ordenadas, el Ministerio Público nuevamente solicitó el sobreseimiento del caso, argumentando que los antecedentes reunidos no permitirían concluir la existencia de delito alguno. Esta vez el Juez de Garantía aprobó la solicitud de sobreseimiento. Dicha resolución fue apelada nuevamente por el requirente. Sin embargo, en esta oportunidad la Corte de Apelaciones confirmó la decisión del Juez de Garantía.

Ante este escenario judicial, la víctima deduce la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad argumentado que el uso discrecional de la facultad de formalizar, establecida en el Art. 230 inc. 1 del Código Procesal Penal, impediría “el ejercicio de la acción penal ya que sin formalización no puede haber acusación”<sup>130</sup>. Ello vulneraría el Artículo 19 n° 3 inciso quinto de la Constitución, que consagra la garantía del debido proceso y el Artículo 19 n° 2 que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. En este sentido, el requirente sostiene:

“[...] [Q]ue no aparece racional ni justo que la víctima de un delito no pueda ejercer la acción penal que le otorga la Constitución sin la aquiescencia del Ministerio Público, quien a su arbitrio o capricho puede determinar si formaliza o no, prescindiendo de si existe mérito para hacerlo. Por la vía de negarse a formalizar, deja en la impunidad hechos delictuales en perjuicio de la víctima que dedujo querrela ante el tribunal competente.”

Para enfrentar esta tensión entre la facultad discrecional de formalizar y el derecho de la víctima, el Tribunal Constitucional utiliza precisamente el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho al acceso a la justicia para fundamentar la posición de la víctima en el proceso penal. Para ello, el Tribunal argumenta que dicha garantía se encuentra efectivamente consagrada en la Constitución, sosteniendo que:

---

<sup>130</sup> STC, Rol 815-2008. Fundamentos de la inaplicabilidad solicitada, apartado 5°.

“[...] [M]ás allá de las normas citadas de su texto, [la Constitución] reconoce de manera expresa el conjunto valórico [sic] normativo que configura la **tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas**, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado [...].

En este sentido, este derecho fundamental, que incluye entre sus elementos esenciales el acceso a la jurisdicción, es definido por los especialistas como “*aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión*” <sup>[131]</sup> [...]. Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias.”<sup>132</sup>

En definitiva, el Tribunal fundamenta la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva o acceso a la justicia en el reconocimiento de ciertos “valores” por la Constitución. Ahora bien, el Tribunal complementa lo anterior con una interpretación sistemática del art. 19 n° 3 y siguientes, conforme a la cual, estos enunciados normativos contendrían implícitamente el derecho a la tutela judicial:

“Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3º, y en las normas que lo complementan, al reconocerse con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto.

[...]

Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad

---

<sup>131</sup> El Tribunal remite a: Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, “Derecho Constitucional”, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005

<sup>132</sup> STC 815-2008. Considerando 9º (el destacado es nuestro).

que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de derecho.”<sup>133</sup>

Los considerandos antedichos no solamente exponen el carácter implícito del derecho a la tutela, sino que también dan cuenta de lo que, a juicio del Tribunal, constituiría el contenido del derecho a la tutela judicial o derecho al acceso a la justicia. En este sentido, resulta evidente que dicho contenido es el mismo que se asignaba a dicha garantía en la jurisprudencia general sobre tutela judicial, a saber: el derecho a acceder a un tribunal para obtener la salvaguarda de los derechos que se estiman vulnerados. Ahora bien, en el Rol 815-2008, el TC profundiza aún más en el contenido específico de este derecho en el ámbito penal al señalar que:

“En efecto, como lo señalara esta Magistratura en su reciente sentencia Rol N° 986, ‘...Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el **debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende, deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado**’.”<sup>134</sup>

En definitiva, el TC afirma la existencia de un derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito penal, el cual tendría un contenido específico, consistente en la facultad de buscar la reparación del mal causado con el delito y obtener el castigo de los culpables, por medio del enjuiciamiento penal del supuesto responsable<sup>135</sup>.

Ahora bien, más adelante en la misma sentencia, el Tribunal sostiene que este derecho a la tutela judicial efectiva o acceso a la justicia implica el reconocimiento de la garantía al “acceso a la jurisdicción”:

“Que en el marco [del reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, este] incluye, como única forma de garantizarlo, el acceso efectivo a la

---

<sup>133</sup> STC 815-2008. Considerando 10°.

<sup>134</sup> STC 815-2008. Considerando 12° (el destacado es nuestro).

<sup>135</sup> No podemos dejar de destacar, que el considerando 9° de la sentencia vincula la tutela judicial efectiva con el debido proceso, sosteniendo que este último es parte del primero.

jurisdicción, que se manifiesta en la exigibilidad de la apertura y, consecuentemente, de la sustanciación del proceso. A la hora de reconocerlo, deben tenerse en cuenta dos elementos que necesariamente son complementarios e interrelacionados: el derecho a la acción, de configuración constitucional autoejecutiva y el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso [...]”<sup>136</sup>

Estimamos que con el considerando antes citado, el Tribunal intenta especificar en qué garantías exigibles por la víctima dentro del proceso penal se traduce el derecho a la tutela (entendido como derecho a la reparación y la persecución penal). Dos de esas garantías serían el derecho a la acción y a la apertura y sustanciación del proceso. Sin embargo, el esfuerzo del Tribunal queda incompleto, puesto que no alcanza a realizar un verdadero desarrollo del contenido de estos elementos que constituirían el derecho al acceso a la justicia o tutela judicial<sup>137</sup>.

Ahora bien, otro punto fundamental en relación a la caracterización del derecho al acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, dice relación con la posibilidad de someterlo a restricciones. Si bien, el Tribunal no aborda este punto de manera directa<sup>138</sup>, su razonamiento sostiene en parte que dicha garantía sería susceptible tan solo de restricciones mínimas, como los requisitos de forma y plazo de presentación de la querrela:

“En este sentido, ha de cumplirse con las formalidades, plazos y requisitos establecidos en la legislación procesal dictada en conformidad al mandato constitucional, que es en este caso la preceptiva legal regulatoria que le da eficacia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

A este respecto, debe tenerse especialmente presente que al legislador le está vedado establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción o lo dejen condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes, ya que si así lo hiciere, incurre en infracción a la normativa constitucional básica que le da forma al derecho, porque contraviene lo establecido en el numeral 26° del artículo 19.”<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> STC, Rol 815-2008. Considerando 11° (El destacado es nuestro).

<sup>137</sup> En este sentido cabe preguntarse, por ejemplo, si acaso por “sustanciación del proceso” debemos entender la realización de diligencias de investigación. En tal caso cómo se compatibiliza eso con la facultad de dirección exclusiva de la investigación por parte del Ministerio Público.

<sup>138</sup> Como ya hemos mencionado arriba, la lógica de la restricción de derechos basada en el principio de oportunidad no ha sido enteramente recogida por el TC. Véase Nogueira, Humberto, op. cit. 112.

<sup>139</sup> STC, Rol 815-2008. Considerando 11°.



Cuando el Tribunal habla de las restricciones que devengan de la “voluntad de otro de los intervinientes” no hace referencia sino las facultades privativas del Ministerio Público. En la perspectiva del Tribunal Constitucional, en tanto el fiscal puede, a través de su facultad discrecional de formalizar, impedir el ejercicio de la querrela, dicha facultad se convierte en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto afecta la esencia misma del derecho (de ahí la referencia al numeral 26 del art. 19 de la Constitución<sup>140</sup>).

Lo anterior resultará crucial para la resolución de este caso. Así, constatado que las afectaciones a la tutela judicial efectiva que provengan de la “voluntad de otro de los intervinientes” son limitaciones excesivas al derecho en cuestión, al Tribunal le resta tan solo establecer cómo la facultad discrecional de formalizar cae dentro de esta categoría:

“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 y de la que pueda derivar la decisión de no investigar y eventualmente archivar, 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 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 [...]”<sup>141</sup>

De esta forma, el TC soluciona la tensión entre las potestades del Ministerio Público y la víctima a favor de esta última. Ahora bien, cabe destacar que esto no es propiamente una solución de la tensión sino más bien la elección por una de dos opciones radicalmente opuestas: el Tribunal reduce el problema a optar por la víctima o por el Ministerio Público

---

<sup>140</sup> Podemos sostener que el art. 19 n° 26 de la Constitución establece como baremo para la restricción de un derecho que esta no afecte la esencia misma de la garantía en cuestión. Sin embargo, la doctrina ha criticado la poca claridad de esta disposición:

“En Chile esta materia [restricción de los derechos fundamentales] debe ser analizada a luz de los preceptuado en el art. 10 N° 26 de la Constitución. Esta norma es confusa y estrecha. Es confusa en cuanto podría ser interpretada como una autorización al legislador para afectar los derechos legítimamente en la medida que no afecte su “esencia”, en circunstancias que toda restricción de derechos debiera estar prohibida, salvo aquellas que cumplan con ciertos requisitos mínimos de legalidad, objetivos legítimos y necesidad de la medida. También es estrecha ya que no aborda el tema de las restricciones en forma completa, sino que las limita a este mandato al legislador, sin establecer otros requisitos mínimos para la restricción de derechos (objetivos legítimos, necesidad, proporcionalidad, etc.)” Nash, Claudio. Los derechos fundamentales: ¿La reforma constitucional pendiente? En: Revista de Derecho. N° 217-218, año LXXIII, Diciembre 2005. P. 136.

<sup>141</sup> STC, Rol 815 – 2008. Considerando 12°.

en términos absolutos. El correlato de este razonamiento consiste en asignar a la víctima un rol particularmente robusto en el marco del proceso penal. En este sentido el Tribunal sostiene:

“Que, por otra parte, acogida a trámite la querrela por el juez de garantía, la misma es remitida al Ministerio Público, que de conformidad a lo ya razonado, **debe investigar los hechos punibles que en ella se señalen, en el marco de la tutela judicial efectiva** y el derecho a la investigación racional y justa. Sostener lo contrario implicaría dejar al arbitrio del órgano persecutor ambos derechos, de titularidad y ejercicio de la víctima.”<sup>142</sup>

De acuerdo al párrafo antes citado, presentada y acogida a tramitación la querrela, el Ministerio Público tendrá la obligación de realizar la investigación que corresponda. En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva confiere a la víctima la facultad de exigir la investigación de los hechos y a proseguir con el proceso penal hasta las últimas consecuencias, en el sentido que el Ministerio Público no podrá adoptar ninguna decisión que limite la posibilidad de proseguir con el enjuiciamiento:

“Que la obligación de investigar, entendida como carente de la obligación de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues significa la denegación de la misma al impedir el acceso al proceso [...].

[...]

Que de todo lo considerado precedentemente surge nítidamente que, en su conjunto, la preceptiva legal que limita el acceso a la jurisdicción resulta contraria a la Carta Fundamental, sin embargo, en esta oportunidad, limitado por el marco de la competencia específica, este Tribunal sólo podrá decidir que la aplicación del impugnado artículo 230 del Código Procesal Penal al caso concreto produce un resultado contrario a la Constitución, en específico al numeral 3° de su artículo 19 y a su artículo 83, además de sus artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19, número 26°, lo que conduce a concluir que si la acción que se contiene en la querrela debe contar con la voluntad del Ministerio Público para que tenga efectos, no responde a los principios procesales sobre la investigación de un hecho punible

---

<sup>142</sup> STC, Rol 815 – 2008. Considerando 39° (el destacado es nuestro).

que afecta a la víctima para lograr que la justicia abra proceso y resuelva, en el marco del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.”<sup>143</sup>

En consecuencia, en el Rol 815-2008, el Tribunal Constitucional estima que la facultad privativa del Ministerio Público de formalizar la investigación cuando lo estime pertinente infringe el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho al acceso a la justicia de la víctima, en tanto la decisión de no formalizar impide a esta última ejercer la acción penal hasta las últimas consecuencias.

A modo de resumen final, queremos enfatizar que el Tribunal, en el caso analizado, estima que el derecho a la tutela judicial o acceso a la justicia (contenido implícitamente en el art. 19 numeral 3 de la CPR), tiene un contenido particular en el proceso penal, el cual se traduce en el derecho a perseguir penalmente y obtener la reparación del mal causado con el delito. En el marco de este derecho, el Ministerio Público estará obligado a realizar la investigación de todo hecho consignado en la querrela, sin que sea posible ejercer cualquier facultad que implique impedir el enjuiciamiento penal efectivo.

Esta visión radical sostenida por el tribunal en Rol 815-2008 se vio atenuada en la posterior jurisprudencia del Tribunal sobre esta materia. A continuación abordaremos en específico esta etapa y cómo se reconfigura el contenido de la tutela judicial efectiva o derecho al acceso a la justicia.

#### **4. La posición intermedia: el derecho a una amplia participación en el proceso y al control jurisdiccional del actuar del Ministerio Público**

En la presente sección abordaremos la etapa de la jurisprudencia que hemos calificado como intermedia. Este período consta de cinco sentencias que abordan el rol de la víctima en el proceso penal. Nuestro análisis expondrá esta jurisprudencia de acuerdo al contenido que el Tribunal asignó al mencionado derecho en los diferentes fallos. En tanto dicho contenido no es idéntico en todos los casos que componen este período de la jurisprudencia, el análisis se dividirá en dos secciones. De esta forma, primero expondremos lo establecido por el TC en el Rol 1244-2009, en dicho caso el Tribunal afirma que la víctima cuenta con un derecho a la **amplia participación en el proceso penal**, el cual se traducirá en que el

---

<sup>143</sup> STC, Rol 815 – 2008. Considerandos 41 y 42°.

juez deberá oír a la víctima; en segundo lugar expondremos los Roles 1337-2009, 1380-2009, 1467-2009 y 1484-2010, donde el Tribunal sostendrá que el derecho a la tutela judicial efectiva se ve satisfecho en la medida en que la víctima pueda **someter a control jurisdiccional ciertas actuaciones del Ministerio Público**.

Cabe hacer presente que en este grupo de casos el Tribunal es particularmente poco consistente en cuanto a cuál es el derecho que sustenta la posición de la víctima en el proceso penal. Así, como veremos más adelante, en ocasiones se vincula al posición de la víctima al debido proceso, mientras que en otras ocasiones se utiliza el derecho de acceso a la justicia o incluso la noción de “derecho a la acción”.

#### **4.1 El Rol 1244-2009: el derecho de la víctima a una amplia participación en el proceso penal**

En el caso 1244-2009, que inaugura esta línea jurisprudencial<sup>144</sup>, el conflicto entre la víctima y las potestades del Ministerio Público se relaciona específicamente con el uso de la Suspensión Condicional del Procedimiento, en oposición al interés de la víctima de proseguir con el enjuiciamiento penal. Como veremos a continuación, la solución del Tribunal será de reconocer que la víctima goza de un derecho a una amplia participación en el proceso, el cual le faculta a oponerse al uso de esta facultad, pero su oposición no será vinculante para el Juez de Garantía ni para la fiscalía.

El caso que origina el requerimiento ante el TC dice relación con la querrela interpuesta por el requirente por el delito de apropiación indebida y estafa en contra de tres supuestos responsables. Acogida la querrela, el Ministerio Público realiza ciertas diligencias de investigación. De acuerdo a los antecedentes que se logra recabar, el Ministerio Público estima que los delitos se encontrarían en grado frustrado y que sólo uno de los sindicados en la querrela habría tenido participación punible. En función de lo anterior el fiscal formaliza la investigación en contra del único imputado supuestamente responsable y alcanza un acuerdo con el mismo para aplicar la suspensión condicional del procedimiento. El órgano persecutor arriba a esta decisión tomando en consideración la poca gravedad del

---

<sup>144</sup> El razonamiento sostenido en esta sentencia se ha reiterado también más recientemente en STC Rol 1445-2010.

delito y el hecho que al imputado le asistían las atenuantes de irreprochable conducta anterior y colaboración sustancial en la investigación. La víctima-querellante se opone al acuerdo, pero el Juez de Garantía no acoge dicha oposición estimando procedente el uso de la suspensión condicional.

Debemos hacer presente que en este caso el Tribunal no aborda el conflicto desde la tutela judicial efectiva, sino que lo hace desde el derecho al debido proceso, sin embargo existen buenas razones para incluir dicha sentencia en nuestro análisis. En primer lugar, el razonamiento del TC redundante en una moderación de la tesis planteada en el Rol 815-2008 en cuanto al rol de la víctima en el proceso penal, cuestión que vuelve a este fallo atinente para nuestro análisis. Por otra parte, en la misma lógica que plantea el Tribunal en el Rol 815-2008, el debido proceso formaría parte del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>145</sup>, si bien no coincidimos con dicha postura, no podemos negar que en la lógica en la que el TC formula el derecho a la tutela judicial este estaría vinculado con el debido proceso, y razón de ello, sería necesario abordar esta sentencia.

Cabe destacar, por su parte, que el requirente no es claro en sus alegaciones en cuanto a determinar qué garantía fundamental se encontraría violada. Sin embargo invoca la violación del art. 19 n° 3 incisos 1 y 5, de la CPR, los cuales, como ya hemos señalado, de acuerdo al TC contendrían el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho al acceso a la justicia. El Tribunal sintetiza la posición del requirente sosteniendo que este impugna el art. 237 por las siguientes razones:

“[...] la norma reprochada [, el art. 237 del CPP,] permite al fiscal –de acuerdo a “su particular buen o mal criterio, intereses o percepciones particulares”- llegar a un acuerdo con el o los imputados, a espaldas de la víctima y del querellante, y adecuando su formalización a los hechos que estime y las penalidades necesarias para favorecer la salida alternativa. Con ello, según estima, se está otorgando al Ministerio Público la facultad de juzgar, privando de tal potestad al juez de garantía, quien debiera simplemente allanarse. Lo anterior es aun más grave, a su juicio, si se tiene presente 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;”<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> STC 815-2008. Considerando 9°. Véase supra nota 135.

<sup>146</sup> STC 1244-2009. Considerando 31°.

En definitiva, el requirente sostendría, primero, que el Ministerio Público se arrogaría facultades jurisdiccionales por la manera en la que está configurada la institución de la suspensión condicional del procedimiento, y segundo, que ello vulneraría el derecho a un debido proceso de la víctima, por la imposibilidad de oponerse efectivamente al uso de esta institución.

El Tribunal se hace cargo de estos argumentos siguiendo ese mismo orden. El Tribunal descarta el primero de estos argumentos, sosteniendo que en caso alguno el uso de la suspensión condicional del procedimiento implicaría la atribución de facultades jurisdiccionales, ello puesto que:

“[...] quien decreta la suspensión condicional del procedimiento es el juez de garantía a solicitud del fiscal, quien procede con acuerdo del imputado [...]. Se trata, por tanto, de una decisión jurisdiccional que el representante del Ministerio Público sólo puede solicitar sin que el juez esté obligado a concederla, pues bastará que no concurra alguno de los requisitos previstos por la ley para que se deniegue. Al Ministerio Público no le cabe otra intervención que formular la solicitud pertinente previo acuerdo con el imputado, lo que, lógicamente, no puede estimarse configurativo del ejercicio de una función jurisdiccional que sustituya la potestad privativa del juez de garantía.”<sup>147</sup>

Descartado ese argumento, el Tribunal se avoca a determinar si es que la supuesta imposibilidad de la víctima de “oponerse efectivamente” al uso de la suspensión condicional infringiría o no el derecho al debido proceso. Cabe destacar que el Tribunal no repara en justificar en qué medida la garantía del debido proceso sería aplicable a la víctima de un delito en el proceso en contra del supuesto responsable, derecho que ha sido tradicionalmente entendido como medio de tutelar al imputado frente al poder estatal<sup>148</sup>.

El análisis del Tribunal se centra en constatar –primero– que la víctima cuenta con posibilidades de ser oída en sus objeciones al uso de la suspensión condicional, por medio de su participación en la audiencia en la que se discute el uso de dicha institución:

“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

---

<sup>147</sup> SRC 1244-2009. Considerando 35°.

<sup>148</sup> Véase *mutatis mutandi*: Horvitz, María Inés. Estatus de la Víctima en el Proceso Penal Comentario a Dos Fallos de la Corte Suprema. Revista de Estudios de la Justicia, N° 3, 2003. Pág. 136-138.

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 por el tribunal (inciso cuarto). Ello efectivamente ocurrió en el presente caso.”<sup>149</sup>

A renglón seguido, el Tribunal se encarga de establecer que la facultad de oponerse no podría significar atar al Juez de Garantía a la voluntad de la víctima:

“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;”<sup>150</sup>

El Tribunal cierra su análisis, reafirmando que la víctima incluso contó con la posibilidad de impugnar, por vía de apelación, la resolución del Juez de Garantía que dio lugar a la suspensión condicional:

“Se asegura, de este modo, la posibilidad de impugnar, si es del caso, la resolución del juez de garantía, consagrando otro de los elementos claves del debido proceso legal, como es el acceso al recurso;”<sup>151</sup>

En resumen, el Tribunal desestima la alegación del requirente, rechazando con ello el recurso, estimando que el proceso penal contempla la posibilidad de la víctima oponerse al uso de la suspensión condicional, por medio de la participación en la audiencia donde se determinará su aplicación. Sin embargo, el derecho a oponerse al uso de esta institución, no puede ser entendida como un derecho a someter al Juez de Garantía a su teoría del caso y forzar con ello a proseguir en el enjuiciamiento penal.

Cabe destacar que el Tribunal, implícitamente reconoce la constitucionalidad de la figura de la suspensión condicional del procedimiento. Esto significa una moderación de la

---

<sup>149</sup> SRC 1244-2009. Considerando 36°.

<sup>150</sup> Ídem.

<sup>151</sup> SRC 1244-2009. Considerando 37°.

tesis planteada en el rol 815-2008, puesto que, según dicha sentencia, la víctima, de acuerdo a su derecho al acceso a la justicia, tendría un derecho a proseguir con el enjuiciamiento penal del imputado, volviéndose inconstitucional cualquier figura que tienda a obstaculizar dicha pretensión. En esa primera línea jurisprudencia, la figura de la suspensión condicional sería abiertamente contraria al derecho a la tutela o derecho al acceso a la justicia<sup>152</sup>. Sin embargo, en el Rol 1244-2009, el derecho de la víctima<sup>153</sup> supone tan solo la posibilidad de oponerse en la audiencia respectiva a la solicitud de suspensión condicional. Esto último constituye una moderación de la postura original del Tribunal.

#### **4.2 Los Roles 1337-2009, 1380-2009, 1467-2009 y 1484-2010: El derecho al control jurisdiccional del actuar del Ministerio Público.**

En la presente sección efectuaremos un análisis conjunto de los casos resueltos en Roles 1337-2009, 1380-2009, 1467-2009 y 1484-2010, en los cuales se presenta una visión moderada del derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo a la cual este derecho se satisface en la medida en que a la víctima se le reconozca la posibilidad de someter a control jurisdiccional las actuaciones del Ministerio Público. Los casos antes mencionados serán abordados en conjunto, ello puesto que los cuatro presentan una igual forma de concebir la tutela judicial efectiva. En este sentido, el razonamiento desarrollado por el Tribunal en el Rol 1337-2009 se reitera en los restantes fallos, los cuales tan solo agregan algunos nuevos argumentos a dicho razonamiento. Por último, en los cuatro casos a revisar se cuestionó la misma potestad del Ministerio Público, a saber, la facultad de formalizar cuando este lo estime oportuno.

---

<sup>152</sup> Ello queda en evidencia en el voto de minoría del mismo Rol 1244-2009. En tal voto, parte de los ministros reiteran el análisis sostenido en el Rol 815-2008, arribando a la conclusión de que el art. 237 sería inconstitucional: “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” (voto de minoría a la sentencia Rol 1244-2009, considerando 15°)

<sup>153</sup> Llámese tutela judicial efectiva o debido proceso.



Nuestro análisis expondrá primero los hechos que son comunes a los cuatro casos conocidos por el Tribunal. Como segundo punto nos detendremos en cómo se configuró el problema ante el Tribunal (esto es, cuáles son los derechos invocados y cuál es la potestad del Ministerio Público que fue impugnada). La última parte de esta sección se avocará a exponer cómo se resolvió en definitiva el conflicto y cuál es el resultado para la posición de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

Los hechos en los cuatro casos en cuestión son similares: en el juicio penal que da origen al pronunciamiento del TC, el Ministerio Público estimaba innecesario formalizar al investigado, frente a lo cual el querellante solicitó al Juez de Garantía la realización de una audiencia, para que en esta se llevar a cabo la formalización de la investigación. En todos los casos, el Juez de Garantía estimó improcedente la petición de la víctima (querellante): la razón de fondo sería que la víctima no estaría facultada a instar a la formalización de la investigación, en tanto esta es una potestad privativa del Ministerio Público.

Ahora bien, en cuanto a la configuración del problema, en el Rol 1337-2009 el Tribunal efectúa una importante consideración preliminar que se reiterará en los restantes casos que componen esta línea jurisprudencial. Esta consideración se relaciona con la óptica desde la cual se abordará el conflicto de cada uno de los casos. En este sentido, en todos los casos las víctimas alegaron infringidos el derecho a la tutela judicial efectiva (Art 19 n° 3 inc. 1°), el debido proceso (Art. 19 n° 3 inc. 5°) y el “derecho ejercer la acción penal” (Art. 83 inc. 2° CPR). Sin embargo, el Tribunal decide abordar el conflicto específicamente desde el derecho a ejercer la acción penal, considerando que:

“[...] el requirente [...] ha deducido la presente acción de inaplicabilidad respecto de los artículos 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal, aduciendo que su aplicación vulneraría diversos preceptos constitucionales, entre los cuales el más relevante para el caso es el artículo 83 de la Carta Fundamental (cuya aplicación subsume la de todos los demás que se invocan como trasgredidos).”<sup>154</sup>

A renglón seguido, el Tribunal estima que dicho artículo contiene el derecho a ejercer la acción penal:

---

<sup>154</sup> STC, Rol 1337, considerando 3°

“[...] Que, según lo pretendido por el actor de esta causa, la aplicación de los artículos reprochados del Código Procesal Penal vulneraría el derecho que el precepto constitucional recién transcrito [el art. 83, inc. 2º, de la CPR] le confiere para ejercer la acción penal en su calidad de ofendido por el delito [...]”<sup>155</sup>

Dicha garantía tendría el siguiente contenido:

“Que, con el fin de dilucidar la interpretación adecuada desde la Constitución, debe aclararse, en primer término, que cuando el inciso segundo del artículo 83 de la Ley Suprema, prescribe que: *“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”*, **no sólo está situando a aquellos sujetos en un plano de igualdad con el Ministerio Público, en lo que respecta al ejercicio de la acción penal pública, sino que, en esencia, consagra el ejercicio de la referida acción como un verdadero derecho**, que debe ser respetado y promovido por todos los órganos del Estado, en obediencia a lo mandado por el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental;”<sup>156</sup>

Si bien en estos casos, el Tribunal parece no abordar el problema a través de la tutela judicial efectiva, sino desde el “derecho a la acción”, es necesario recordar que de acuerdo a lo sostenido en el Rol 815-2008, la tutela judicial efectiva incluiría el “derecho a la acción”<sup>157</sup>. Sin embargo, sostenemos que esto se debe tan solo a una constante falta de claridad conceptual demostrada por el Tribunal en relación a la estructura del derecho, puesto que, en el fondo, el análisis sigue siendo el mismo: qué rol y qué derechos específicos corresponden a la víctima en el marco del proceso penal y cómo estos se relacionan con las potestades de dirección de la investigación del Ministerio Público. En definitiva, en nuestra opinión, la idea de derecho a la acción estaría vinculada con un aspecto específico de lo que constituye la tutela judicial efectiva, esto es la posibilidad de la víctima de ejercer la acción penal pública y la mencionada “igualdad” entre Ministerio Público y víctima en el ejercicio de la misma.

En definitiva el conflicto que se analiza en el Rol 1337-2009 y los demás casos análogos, consiste en que el “derecho a ejercer la acción penal”, entendido como derecho a querrellarse se vería obstaculizado por el eventual ejercicio arbitrario de la potestad

---

<sup>155</sup> STC, Rol 1337, considerando 4º

<sup>156</sup> STC, Rol 1380-2009, considerando 14º (el destacado es nuestro).

<sup>157</sup> STC, Rol 815 -2008, considerando 11º.

discrecional de formalizar. En este sentido, el hecho que el Ministerio Público no formalice una investigación y solicite su sobreseimiento o decida no perseverar, impediría que la víctima pueda continuar con el proceso a través del forzamiento de la acusación, vulnerándose de esta manera su “derecho a ejercer la acción penal”.

El punto de partida del análisis del Tribunal sobre el conflicto examinado en estos casos es evaluar en qué medida el otorgamiento de facultades discrecionales al Ministerio Público es o no compatible con la Constitución. En este primer punto ya existe una importante digresión de lo sostenido en el Rol 815-2008: en el Rol 815-2008, cualquier facultad discrecional que impidiera el ejercicio irrestricto de la querrela a la víctima era inconstitucional, y por lo tanto, se estimaba inconstitucional el otorgamiento al Ministerio Público de la facultad de formalizar cuando este lo estime conveniente. Por el contrario, en esta nueva línea jurisprudencial, el Tribunal afirma como un presupuesto del análisis que las facultades discrecionales del Ministerio Público, en particular la de determinar cuándo formalizar, sí son compatibles con la CPR. En este sentido, el Tribunal afirma que:

“[...] la Carta Fundamental expresamente ha configurado la **dirección de la investigación penal como una prerrogativa propia y exclusiva del Ministerio Público** [Art. 83 inc. 1° CPR], nada tiene de extraño ni transgrede la preceptiva constitucional el que sólo el fiscal pueda formalizar el procedimiento [en tanto esta es la mera comunicación de que se desarrolla una investigación en su contra por hechos determinados] y que, consecuentemente, de conformidad a lo dispuesto en el precepto reprochado, sea éste quien decida el momento adecuado para ello de conformidad al mérito y avance de las pesquisas que dirige;”<sup>158</sup>

De esta forma, el Tribunal considera que la potestad discrecional de formalizar es expresión directa del mandato constitucional que ordena al Ministerio Público dirigir en forma exclusiva la investigación de los “[...] hechos constitutivos de delitos, y los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado” (Art. 83 inc. 1° CPR), y por lo mismo, esta se ajusta a la Constitución.

---

<sup>158</sup> STC, Rol 1467-2009, considerando 9° (el destacado es nuestro). Nos parece que en este caso el Tribunal presenta la mejor versión del argumento. En los restantes casos el argumento se expone en los siguientes considerandos: STC, Rol 1337- 2009, considerados 5 y 6; STC Rol 1380 – 2009 considerando 6. En el último caso, el Rol 1484-2010 el tribuna asume la posición desarrollada en los casos anteriores, concentrándose en reforzar la tesis de la que víctima puede ejercer la prerrogativa prevista en el Art. 186 del CPP.

Constatado lo anterior, el Tribunal declara que no existirá infracción constitucional en la medida que existan mecanismos que permitan controlar la actuación del Ministerio Público:

“[...] [E]l que la formalización de la investigación sólo pueda realizarla el fiscal en el momento que lo juzgue adecuado, de conformidad al mérito y al avance de las pesquisas que dirige, no obstaculiza el desarrollo del proceso penal ni vulnera los derechos del querellante. Lo anterior, atendido que, como se expondrá en las motivaciones posteriores, **la legislación procesal prevé los mecanismos necesarios para que el juez de garantía controle la actuación de los fiscales** y, de esta manera, promueva los derechos de la víctima querellante;”<sup>159</sup>

Aquí es donde se encuentra la moderación de la postura original del Tribunal: si bien, en un principio se estimaba que la facultad discrecional de formalizar era violatoria del derecho a la tutela en cuanto impedía el ejercicio de la acción penal, en esta nueva línea de casos se estima que esta restricción no es necesariamente inconstitucional, en tanto existan controles que permitan asegurar el ejercicio no arbitrario de la potestad en cuestión.

Ahora bien, el mecanismo en el cual el tribunal encuentra la vía de control para satisfacer el derecho de la víctima es el art. 186 del Código Procesal Penal, disposición que establece que:

“Cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.”<sup>160</sup>

El mencionado artículo ha sido entendido tradicionalmente como un mecanismo de control de judicial del actuar del Ministerio Público, establecido a favor del imputado<sup>161</sup>. Ahora bien, el Tribunal extiende la noción de “persona que se considere afectada” de modo que ésta abarque también al querellante. El argumento del Tribunal es el siguiente:

---

<sup>159</sup> STC, Rol 1380 - 2009, considerando 9°. En un igual sentido, STC Rol 1337-2009, considerando 6°, STC Rol 1467-2009, considerando 9° y STC 1484 -2010, considerandos 17°, 18° y °19°, donde se recapitula la postura asumida en los casos anteriores.

<sup>160</sup> Artículo 186, CPP.

<sup>161</sup> Al permitir al imputado solicitar al juez que fije un plazo para realizar la formalización, se busca en el fondo poner límites al actuar de la fiscalía, dado que la formalización implicará la fijación a su vez de un plazo máximo de investigación. Véase Horvitz, María Inés y López, Julián, Op. Cit. Nota 118, pp. 465 y 505.

“Que el requirente ha aducido, en respaldo de su pretensión, que la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales de justicia ha entendido la facultad contemplada en el artículo aludido como circunscrita únicamente al imputado respecto de una investigación no formalizada, pero, en estricto rigor y aplicando la regla hermenéutica según la cual donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, nada se opone a que el juez de la causa haga aplicación de este precepto, en cuyo caso dicha aplicación no sólo no infringiría la Constitución sino que, por el contrario, permitiría respetar cabalmente la letra y el espíritu del inciso segundo del artículo 83 constitucional;”<sup>162</sup>

En definitiva, siguiendo el criterio de interpretación de que “donde el legislador no distingue, no es lícito al intérprete distinguir” y evocando la “letra y espíritu” del art. 83 (que establecería el “derecho a la acción”), el Tribunal extiende la aplicación del mecanismo de protección contemplado en el art. 186 a la víctima (querellante). De este modo, el querellante también podrá solicitar al juez la fijación de un plazo para formalizar la investigación, quedando a salvo su “derecho a la acción”.

En los casos restantes el Tribunal se limita a entregar razones adicionales para sustentar su interpretación del art. 186 del CPP. En efecto, en el rol 1380-2009 el Tribunal agrega que dado que el Art. 6 del CPP ordena al Juez de Garantía a velar por la protección de los derechos de la víctima, ese mandato se satisface precisamente por medio del control de la decisión de no formalizar la investigación a través del art. 186<sup>163</sup>. Y, finalmente, en el Rol 1484-2010 el Tribunal añade un argumento de tipo semántico, sosteniendo que de acuerdo a la definición del término “afectado” otorgada por la Real Academia de la Lengua Española, sería suficientemente amplia como para comprender a la víctima en el marco del art. 186<sup>164</sup>.

En definitiva, el Tribunal desestima los requerimientos en las cuatro sentencias, siguiendo el argumento de la “interpretación conforme a la constitución”. De acuerdo a este último, si la norma impugnada permite ser interpretada en conformidad con la CPR, entonces no cabe al Tribunal declarar su inaplicabilidad. Así, en tanto el art. 186 correctamente interpretado permite a la víctima querellante instar a la formalización del caso no cabe declarar su inconstitucionalidad:

---

<sup>162</sup> STC 1337-2009. Considerando 8.

<sup>163</sup> STC, Rol 1380 -2009, considerando 15°

<sup>164</sup> STC, Rol 1484 – 2009, considerando 14°

“Que, según lo ha declarado más de una vez esta Magistratura, no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma (en la especie, por la inaplicabilidad de ella) si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental, como es la que respecto del artículo 186 del Código Procesal Penal se hace en el considerando séptimo de este fallo;”<sup>165</sup>

En síntesis, en esta serie de casos, el Tribunal analiza el rol de la víctima en el marco del proceso penal estimando que el art. 83 de la CPR le confiere a la víctima el “derecho a la acción”, el cual facultaría a la víctima a “ejercer la acción penal en su calidad de ofendido por el delito”<sup>166</sup> en igualdad de condiciones con el Ministerio Público<sup>167</sup>. Paralelamente el Tribunal estima que las facultades discrecionales del Ministerio Público, son *prima facie* constitucionales, en tanto son el correlato de un mandato constitucional. De esta forma, ante un eventual conflicto entre dichas potestades y la pretensión de la víctima en el proceso, el derecho fundamental “a la acción” exigirá que exista un control jurisdiccional del actuar del Ministerio Público, el cual deberá evaluar si el ejercicio en concreto de las potestades es o no arbitrario. Por último, dado que el art. 186 del CPP, correctamente interpretado, permite a la víctima solicitar al juez que controle la decisión discrecional de formalizar la investigación, el derecho de la víctima se haya adecuadamente garantizado.

#### **4.3 El resultado de la fase intermedia: una moderación de la postura original del Tribunal**

Los dos grupos de casos que hemos examinado anteriormente significan una notable moderación de la tesis originaria del TC en cuanto al rol de la víctima en el proceso penal desde el derecho a la tutela judicial efectiva.

El primer punto en el que existe una diferencia importante es en la consideración de que las facultades discrecionales del Ministerio Público, no son *per se* inconstitucionales. En el Rol 815-2008, en tanto dichas facultades podían impedir que la víctima prosiguiera con la acción libremente, se estimaba inconstitucional; sin embargo, en esta nueva línea jurisprudencial, la mera existencia de estas facultades no es problemática, lo definitorio será

---

<sup>165</sup> STC, Rol 1337, considerando 9°.

<sup>166</sup> STC, Rol 1337, considerando 4°.

<sup>167</sup> STC, Rol 1380, considerando 14°.

determinar si existen mecanismos de control del ejercicio arbitrario de las mismas. En este sentido en el primer caso expuesto (Rol 1244-2009) dicho control lo realizará el Juez de Garantía en la audiencia en la que se discute la procedencia del acuerdo de suspensión condicional del procedimiento, mientras que en el segundo grupo de casos el control del uso de la facultad discrecional de formalizar se realizará también ante el Juez de Garantía, a través del mecanismo dispuesto en el art. 186 del CPP.

Lo anterior nos lleva al segundo aspecto que demuestra una moderación de la tesis del Tribunal. Aunque el TC no lo hace explícito, asumir la constitucionalidad de las facultades discrecionales es asumir la posibilidad de someter el derecho de la víctima (llámese derecho a la acción, tutela judicial efectiva o derecho al acceso a la justicia) a una restricción, cuestión que no era clara en el Rol 815-2008<sup>168</sup>. Lo anterior toda vez que la solución del Tribunal supone que el control que realizará el Juez de Garantía **no se inclinará necesariamente a favor de la víctima**. En otras palabras, existirán eventos en los que el Juez de Garantía estimará que es razonable que el Ministerio Público alcance un acuerdo de suspensión condicional con el imputado, o bien, que decida no formalizar la investigación y desestime la pretensión de la víctima. En el Rol 815-2008, el derecho de la víctima **suponía el ejercicio irrestricto de la acción penal** y por lo tanto, cualquier conflicto entre víctima y Ministerio Público se resolvería a favor de la víctima, en esta línea jurisprudencial el derecho de la víctima podrá ser restringido en ocasiones, cuestión que deberá ser controlada por el Juez de Garantía.

En síntesis, en esta nueva línea de casos se reconfiguró el contenido del derecho de la víctima. Este ya no implica perseguir y sancionar al responsable del delito, sino tan solo participar en el proceso en los términos previstos por la ley y contar con instancias de control de la actividad potencialmente arbitraria del Ministerio Público.

En la siguiente sección examinaremos como el Tribunal, en el Rol 1341-2010, desarrolla aún más esta postura, alcanzando la versión más alejada de su posición original, llegando a afirmar derechamente la inexistencia de un “derecho a la acción”.

---

<sup>168</sup> Toda vez que, como indicamos más arriba, las únicas restricciones aceptables eran los plazos y formalidades de interposición de la querrela, mientras que todas las demás afectaban la “esencia” del derecho y por tanto eran contrarias al art. 19 n° 26 de la CPR.

## **5. El Rol 1341-2010: la constitucionalidad de las potestades del Ministerio Público y la reconfiguración del rol de la víctima en el proceso penal**

El caso Rol 1341-2010 marca la posición final a la que ha llegado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en cuanto al rol de la víctima en el proceso penal. A diferencia de los casos antes analizados, en esta sentencia el Tribunal se remonta a la historia del proceso penal, analizando exhaustivamente los problemas que aquejaban al sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo y cómo se buscó superarlos con la reforma constitucional y la reforma al proceso penal, que instauraron el sistema adversarial. Además de lo anterior, el Tribunal describe en profundidad el marco constitucional en el que se inserta el Ministerio Público, el cual estaría dado por tres principios centrales: 1) un modelo de persecución penal pública; 2) desconcentración de funciones de investigación y juzgamiento; y 3) el reconocimiento del principio de legalidad atenuado.

A partir de lo anterior el Tribunal explica en qué medida las facultades de dirección exclusiva de la investigación y las facultades discrecionales del Ministerio Público son el correlato de esos principios recogidos en la CPR. Asimismo, el Tribunal se vale de esos principios para describir cual es el rol que cabe a la víctima en el marco del proceso penal. Lo anterior tendrá como consecuencia el reconocimiento de un rol mucho más limitado a la víctima, llegando a afirmar que este en ningún caso implica que esta esté en condiciones igualdad con el Ministerio Público, ni que tenga un derecho a la acción, entendido como el derecho de someter a otro individuo al enjuiciamiento penal.

A continuación expondremos primero los hechos que dieron lugar al requerimiento y las pretensiones que dedujo el requirente ante el Tribunal Constitucional. Más adelante expondremos una síntesis del razonamiento del TC en relación a la configuración de sistema procesal penal adversarial en la Constitución y en el CPP, y cómo se enmarca en ello el Ministerio Público. Para terminar daremos cuenta cómo el Tribunal desarrolla el rol que cabe a la víctima en el marco del proceso penal y cómo resuelve la tensión entre los derechos de esta y las facultades del Ministerio Público.

En el caso penal que dio lugar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el requirente presentó querrela en calidad de víctima de los supuestos delitos de estafa y apropiación indebida. Con posterioridad a ello, en noviembre de 2008, el fiscal a cargo de la causa solicitó se declarara el sobreseimiento del supuesto responsable, en tanto en los



hechos no se configuraba “engaño suficientemente constitutivo del delito de estafa”<sup>169</sup>. El Juez de Garantía, en enero de 2009, rechazó la solicitud por estimar que los hechos sí constituían engaño suficiente para ser calificados como estafa. Ante ello, el Ministerio Público decidió cerrar la investigación y comunicar su decisión de no perseverar. En la audiencia citada al efecto el querellante se opuso a la decisión de no perseverar. En esta ocasión el Juez de Garantía estimó que la oposición del querellante era extemporánea en tanto debió haberse deducido en noviembre de 2008 cuando la fiscalía cerró la investigación y solicitó el sobreseimiento.

Con estos antecedentes, el requirente ocurre ante el Tribunal Constitucional, sosteniendo la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 248 letra c) (que regula la facultad de no perseverar en la investigación), argumentando que:

“[...] se aplicó de manera incorrecta la facultad de no perseverar, contenida en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Señala que esta facultad sólo debe aplicarse cuando falten los antecedentes suficientes para fundar una acusación; sin embargo, afirma, [que en los hechos] la decisión de no perseverar es más bien el resultado de la velada intención de no investigar, que de una falta de antecedentes. En efecto, señala, en la investigación el fiscal se limitó a contar solamente con las declaraciones de la víctima y del querellado.

Agrega que todo ello se agrava por el hecho de que [...] la investigación aún no estaba formalizada. Al respecto sostiene que dado que la formalización depende de la discrecionalidad del Ministerio Público, los derechos de las víctimas también dependen de dicha discrecionalidad, puesto que *“el querellante no se encuentra en condiciones de continuar por sí mismo con la acción penal toda vez que para ejercer ésta, la formalización es requisito necesario”* (fs. 6).

En consecuencia, prosigue, la aplicación incorrecta de la facultad de no perseverar lo ha dejado en la más completa indefensión y le ha impedido ejercer los derechos que la Constitución le reconoce. Específicamente, se habría transgredido su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 19 N° 3 CPE), su derecho a la acción penal (art. 83, inc. inciso, CPE),

---

<sup>169</sup> STC Rol 1341, considerando 2°.

el principio de la esencialidad de los derechos (art. 19 N° 26 CPE) y la obligación básica de investigación por parte del Ministerio Público (art. 83 CPE).”<sup>170</sup>

En síntesis, el requirente sostiene: 1) la errónea aplicación de la facultad de no perseverar; 2) la existencia de parte de la fiscalía de una intención de no investigar los hechos; 3) la imposibilidad de ejercer la acción en tanto la investigación no estaba formalizada; y 4) que la facultad de no perseverar deja en la indefensión a la víctima y vulnera sus derechos a la tutela judicial y a la acción. El Tribunal comienza su análisis descartando de inmediato los primeros tres argumentos.

El supuesto error en la aplicación de la facultad de no perseverar (esto es, el rechazo del Juez de Garantía a la oposición de la víctima en relación al uso de esta facultad) se descarta en tanto se fundó en la extemporaneidad de la oposición y esta no sería una materia que caiga dentro del ámbito de competencia del Tribunal<sup>171</sup>. Luego, el TC sostiene que no cabe “hacerse cargo del hecho de que [...] el fiscal de la causa no haya formalizado”<sup>172</sup> en tanto el requirente no impugnó el art. 230, que consagra la facultad discrecional de formalizar cuando se estime pertinente. Por último, el Tribunal sostiene que tampoco le corresponde evaluar la conducta del fiscal a cargo del caso, y que “[l]a eventual arbitrariedad con la que habría actuado el fiscal al aplicar la facultad de no perseverar en la investigación, es una cuestión que debe ser dilucidada en las instancias correspondientes que establece la ley, a través de los controles administrativos y jurisdiccionales [...]”<sup>173</sup>.

A continuación el Tribunal emprende un detallado análisis de su propia jurisprudencia que aborda el conflicto entre las potestades discrecionales del Ministerio Público y los derechos de la víctima en el proceso penal. El Tribunal estima:

“Que, en la resolución de esa tensión, la jurisprudencia de esta Magistratura ha ido evolucionando desde una posición original [en el rol 815-2008,] que consideraba que los derechos de la víctima estaban por sobre las facultades del fiscal, hasta una postura más atenuada, que establece ciertos criterios a través de los cuales se logra un equilibrio entre los derechos de ésta y las facultades de aquél.”<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> STC Rol 1341, considerando 2°.

<sup>171</sup> STC Rol 1341, considerando 5°.

<sup>172</sup> STC Rol 1341, considerando 6°.

<sup>173</sup> STC Rol 1341, considerando 7°.

<sup>174</sup> STC, Rol 1341, considerando 10°.

De acuerdo al Tribunal, la manera en la que se ha avanzado hacia este equilibrio entre víctima y Ministerio Público ha sido el reconocimiento de una “discrecionalidad no arbitraria”, esto es, el ejercicio de dichas facultades sujeto a control en cuanto a su eventual uso arbitrario.<sup>175</sup>

Habiendo constatado este tránsito en la jurisprudencia, el Tribunal profundiza en las razones que justifican el otorgamiento de facultades discrecionales. El TC afirma que:

“[...] [L]a razón de la existencia de potestades con elementos discrecionales radica, por una parte, en que en la potestad íntegramente reglada no hay espacio para ningún juicio subjetivo, salvo el de constatación o verificación del supuesto para su ejercicio. Ese diseño puede hacer extremadamente difícil su aplicación. Por la otra, hay un criterio de eficacia. Para lograr ciertos propósitos de modo idóneo, el legislador convoca a la apreciación singular de un órgano determinado.”<sup>176</sup>

En otros términos, las facultades discrecionales permitirían al órgano que las detenta, la incorporación de criterios de eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus labores.

Ahora bien, constatado lo anterior, el Tribunal sostiene que el problema central del caso en cuestión (la existencia de la facultad de no perseverar en el procedimiento), se relaciona con la nueva forma de entender la persecución penal instaurada a través de la reforma procesal penal, la cual modificó dos principios centrales existentes en el antiguo sistema de enjuiciamiento inquisitorio: la concentración de las funciones de investigación y juzgamiento, y el principio de legalidad procesal. Esta aseveración da pie a un extenso análisis que comienza por constatar la evolución histórica en los modelos de enjuiciamiento penal<sup>177</sup>, para luego examinar en detalle la manera en la que se ha configurado, en nuestra Constitución y en el CPP, la desconcentración de las funciones de investigación y juzgamiento, y el principio de legalidad atenuado.

Al realizar la revisión histórica de la evolución de los sistemas de enjuiciamiento penal, el Tribunal destaca que esta ha llevado a la instauración de un sistema procesal penal de carácter público:

---

<sup>175</sup> STC, Rol 1341, considerando 13°.

<sup>176</sup> STC, Rol 1341, considerando 14°.

<sup>177</sup> STC, Rol 1341, considerandos 17° a 20°.

“Que de esta evolución histórica se puede subrayar que el derecho procesal penal pasó de manos de los particulares a manos del órgano jurisdiccional. Por ello se ha señalado que si bien los órganos jurisdiccionales *“no tienen monopolio alguno en la aplicación del derecho privado, sí lo tienen cuando se trata de la actuación del derecho penal, de modo que no existe aplicación de este derecho fuera del proceso”* [...].”<sup>178</sup>

Asimismo, el Tribunal destaca que la reforma al sistema procesal penal introducida con el CPP, modifica los dos principios que antes mencionamos:

“Que el sistema inquisitivo era el que imperaba en nuestro ordenamiento hasta la Reforma Procesal Penal. Esta última modifica, tal como se explicará a continuación, tanto la concentración de funciones como el principio de legalidad procesal.”<sup>179</sup>

Lo anterior da pie al análisis pormenorizado de estos dos principios. En cuanto a la desconcentración de funciones, el Tribunal sostiene que esta reforma responde a la intención de prevenir una falta de independencia e imparcialidad del juzgador penal<sup>180</sup>. Esto es, en otros términos, la compatibilización del sistema de enjuiciamiento penal con las garantías mínimas del debido proceso.

A continuación, el Tribunal se avoca a analizar el segundo aspecto que fue modificado con la reforma al proceso penal, esto es, el reconocimiento atenuado del principio de legalidad procesal. Como es sabido, dicho principio indica que todo aquel delito que llegue al conocimiento de la autoridad deberá ser efectivamente investigado y sancionado. Ahora bien, el Tribunal constata que la reforma procesal penal, al radicar las facultades de investigación en el Ministerio Público, otorgó a dicho órgano potestades discrecionales, que se traducen en una atenuación del principio de legalidad procesal:

“Que, en ese sentido, se le han otorgado al Ministerio Público amplias facultades para dirigir la investigación y decidir sobre el curso de la misma, facultades en las cuales puede actuar con cierta discrecionalidad.

En los modelos con esta dosis de discrecionalidad, *“la facultad de selección de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Es decir, este principio se mantiene como la regla general de funcionamiento del sistema, pero, a la vez, se permite*

---

<sup>178</sup> STC, Rol 1341, considerando 18°.

<sup>179</sup> STC, Rol 1341, considerando 20°.

<sup>180</sup> STC, Rol 1341, considerando 23°.

*que los agentes u órganos de persecución penal puedan, por excepción, suspender, no continuar o poner término anticipado a la misma”. [...]*

Es lo que consagra, respecto de la investigación, el artículo 166 del CPP. Este dispone, en su inciso segundo, que *“cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”*.

La ley, entonces, puede establecer excepciones. <sup>181</sup>

A renglón seguido, el Tribunal vincula estas potestades discrecionales con el principio de racionalidad del uso de los recursos públicos. De esta forma, la facultad de dirección de la investigación se ha configurado de manera que permite al órgano persecutor decidir discrecionalmente, en ciertos casos y de acuerdo a criterios de eficiencia y eficacia, que un hecho supuestamente delictivo no será investigado o perseguido:

*“Que dicha discrecionalidad se justifica en el principio de racionalidad del uso de los recursos públicos, en virtud del cual éstos deben ser usados de manera eficiente.*

Para maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo eficiente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. [...].<sup>182</sup>

Ahora bien, el Tribunal estima que las estas facultades discrecionales que permiten la selección de casos, se hayan íntimamente ligadas con el carácter público de la persecución penal. Ello, puesto que la lógica de la selección de casos solo tendría sentido si la persecución penal se haya concentrada en un solo organismo público y no en los particulares. En este sentido el tribunal afirma:

*“Que, por otra parte, es fundamental tener presente que la persecución penal que lleva adelante el Ministerio Público se caracteriza por ser una persecución penal pública, en que los órganos encargados de la persecución penal forman parte del aparato estatal. Sólo en*

---

<sup>181</sup> STC, Rol 1341, considerando 28° (el primer destacado es nuestro).

<sup>182</sup> STC, Rol 1341, considerando 29°

una persecución penal de este tipo tiene sentido hablar de selección de casos y de aplicación del principio de eficiencia en el uso de los recursos. En cambio, en los modelos de persecución penal privada, en que la persecución penal está entregada a los ofendidos por el delito, *“las ideas de legalidad, selectividad o discrecionalidad son completamente desconocidas, ya que se trata de modelos que operan sólo en la medida que el afectado quiera accionar de alguna forma en contra del ofensor.”* [...]”<sup>183</sup>

En síntesis, el Tribunal afirma que la reforma al proceso penal, que incluyó la reforma a la Constitución y la introducción del CPP, estableció un sistema de persecución penal pública, que desconcentra las funciones de investigación y juzgamiento a través de la incorporación de la figura de Ministerio Público. A su vez, el accionar del Ministerio Público se regirá por criterios de eficiencia y eficacia, cuestión que se efectiviza a través de, entre otras, el otorgamiento de algunas facultades discrecionales. Dichas facultades implican una atenuación del principio de legalidad procesal en tanto permiten al Ministerio Público seleccionar casos en función de los criterios establecidos en la ley. Este es, a juicio del Tribunal, el marco constitucional de las funciones del Ministerio Público, que se expresa en la carta fundamental en la frase: “El Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación [...]”<sup>184</sup>.

Habiendo constatado este marco constitucional de las potestades del Ministerio Público, el Tribunal se avoca a examinar si la impugnada facultad de no perseverar en la investigación es o no constitucional. Para esto el Tribunal retoma el art. 83, sosteniendo que la dirección exclusiva de la investigación, implica no sólo que ninguna persona u órgano intervenga en esta etapa, sino que también incluye la posibilidad de que el Ministerio Público defina “la estrategia de persecución del caso”<sup>185</sup>. Y es en esta definición de la estrategia del caso en la que el principio de eficiencia y racionalidad en el uso de los recursos públicos obligará al Ministerio Público, siempre en el marco de su discrecionalidad reglada, a no proseguir en el ejercicio de la acción penal pública si es que esta no es viable (por ejemplo, si los antecedentes son insuficientes podrá archivar la causa o bien decidir no perseverar) o bien no es aconsejable (por ejemplo, si el delito no compromete gravemente el interés público podrá aplicar el principio de oportunidad; o, si

---

<sup>183</sup> STC, Rol 1341, considerando 32°

<sup>184</sup> Art. 83 de la CPR.

<sup>185</sup> STC, Rol 1341, considerando 42°

se dan los presupuestos, podrá promover un acuerdo de suspensión condicional del procedimiento con el imputado). En concreto el Tribunal afirma que:

“[...] Como se observa, estas facultadas materializan el principio de eficacia, la nueva concepción de la legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva.”<sup>186</sup>

Lo anterior, permite al Tribunal constatar que la impugnada facultad no es sino el correlato del modelo de persecución penal pública instaurado en la constitución en el art. 83, y por tanto no es contrario a la carta fundamental<sup>187</sup>.

Ahora bien, habiendo constatado la constitucionalidad *prima facie* del modelo de persecución que contempla la asignación de potestades discrecionales, queda pendiente determinar qué rol y qué derechos caben a la víctima. En este sentido, si la víctima detenta un derecho fundamental a la tutela judicial que implica la facultad de ejercer la acción penal sin ninguna restricción, entonces la constitucionalidad del modelo antes descrito podrá ser puesta en duda una vez más. Al respecto el Tribunal reconoce que a pesar de la existencia de un modelo de persecución penal pública, la víctima sí cuenta con derechos exigibles en el proceso penal:

“Que el hecho de que se trate de una persecución penal pública y no privada tiene una relevancia fundamental al momento de evaluar la legitimidad del rol que se le asigna al ofendido por el delito dentro del respectivo modelo de persecución penal.

En el nuevo modelo diseñado por la Reforma Procesal Penal, se ha justificado abundantemente la necesidad de que el Ministerio Público pueda actuar con discrecionalidad, ya que con ello se beneficia al sistema de manera completa e íntegra. Ello no obsta, como se analizará más adelante, a que también se reconozcan derechos a la víctima dentro del proceso y a que exista control sobre su actuación.”<sup>188</sup>

Ahora bien, el Tribunal sostiene que la ley (el CPP) reconoció a la víctima una serie de derechos legales (como el derecho de protección, derecho de intervención en ciertas etapas del proceso, derecho de audiencia, entre otros<sup>189</sup>).

---

<sup>186</sup> STC, Rol 1341, considerando 43°

<sup>187</sup> STC, Rol 1341, considerando 44°

<sup>188</sup> STC, Rol 1341, considerando 33°

<sup>189</sup> STC, Rol 1341, considerando 67°

Sin perjuicio de lo anterior, el TC niega la existencia tanto de un derecho fundamental a exigir la investigación por parte del Ministerio Público, como un derecho fundamental a la acción penal. Estos dos últimos puntos son de particular relevancia para nuestro análisis, es por ello que nos detendremos a analizarlos con mayor detalle.

En cuanto al derecho a exigir la investigación el Tribunal afirma que:

“Que a pesar de que, tal como se ha relatado, la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga **directamente** un derecho a que se investigue [...]”<sup>190</sup>

La razón de la que aduce el Tribunal para afirmar que tal garantía no existe, estaría vinculada con la posición que detenta la víctima en el proceso penal:

“Que la víctima no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que excepcionalmente ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencias de investigación. En otras palabras, los intereses de la víctima no son vinculantes ni para el fiscal en sus labores investigativas, ni para el juez en sus labores jurisdiccionales, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico le reconozca una serie de derechos. [...]”<sup>191</sup>

“Que si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito.”<sup>192</sup>

Ahora bien, como señaláramos más arriba, el Tribunal también descarta la existencia de un derecho a la acción de la víctima. De acuerdo al Tribunal, no existe en la constitución propiamente un derecho a la acción específicamente en el ámbito penal. Si bien la carta fundamental dispone en el art. 83 que “[e]l ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”<sup>193</sup>, el Tribunal estima que dicho inciso no puede ser leído en el sentido de otorgar un derecho a la acción como el derecho someter a otro ciudadano al enjuiciamiento penal:

“Que, de acuerdo a lo señalado, hay que interpretar el sentido del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución. [...] ¿A qué se refiere la Carta Fundamental con el derecho a la

---

<sup>190</sup> STC, Rol 1341, considerando 68° (el destacado es nuestro)

<sup>191</sup> STC, Rol 1341, considerando 70°.

<sup>192</sup> STC, Rol 1341, considerando 72°.

<sup>193</sup> Art. 83 inc. 2°, CPR.



acción penal? Al respecto se ha señalado que *“una alternativa es entender que cuando la Constitución le asegura al ofendido por el delito ejercer igualmente la acción penal, está presuponiendo una actividad que supone la activación de la investigación penal mediante la respectiva querrela y luego la posibilidad de acusar. Si se le permite a un sujeto acusar, previamente se le debe haber permitido querrellarse. A todo ello parece tener derecho la víctima. Pero **tener derecho a querrellarse y luego a acusar no quiere decir que se tenga un derecho fundamental de acción en los mismos términos que se da cuando se pide la tutela para un derecho o interés legítimo a un juez civil o laboral.** Esa negativa no responde a una cuestión sistemática que diría que el derecho de acción está regulado en el artículo 19 N° 3 inciso 1° CPR y no en otras disposiciones del texto constitucional, sino a que es inconcebible un derecho de acción en un procedimiento penal público y regido por el principio de oficialidad. El derecho de acción sólo es concebible tratándose de intereses privados o, más en general, donde figure la confrontación de los intereses pretendidos por dos sujetos antagónicamente, lo cual no existe en materia penal. El artículo 83 CPR debe ser analizado fuera del ámbito del derecho fundamental de acción. Debe significar para el legislador procesal penal la obligación de considerar desde luego a la víctima como parte activadora del deber estatal de perseguir las conductas delictivas. Es decir, el legislador procesal penal se ve en la obligación de considerar a la querrela particular como una de las vías de inicio de la persecución penal y la posibilidad del querellante de acusar particularmente, si es que se llega a ese estado. **No se trata de un derecho fundamental de acción entendido como el poder para deducir una pretensión ante un tribunal de justicia y obtener una sentencia de ese tribunal,** porque ello, en materia procesal penal, sería propio de un sistema radicalmente acusatorio, completamente privatizado, sistema que es incompatible con la existencia de un órgano público que tiene como deber dirigir en forma exclusiva la investigación penal, y en su caso, acusar, como lo consagra el sistema constitucional chileno (art. 83, inc. 1°, CPR).”* (Bordalí Salamanca, Andrés; ob. cit.; pág. 248).<sup>194</sup>

El extenso considerando antes citado es, en su mayoría, una transcripción del trabajo de Bordalí<sup>195</sup>, en el cual dicho autor comenta críticamente el Rol 815-2008. Con este considerando, el Tribunal hace suyas las críticas de Andrés Bordalí en cuanto a negar la

---

<sup>194</sup> STC, Rol 1341, considerando 74° (el destacado es nuestro).

<sup>195</sup> Bordalí, Andrés. No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal: sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal. Revista de Derecho (Valdivia) vol. 21 n° 2, Valdivia (2008).

existencia de un derecho a la acción en el ámbito penal. Ahora bien, la razón por las que en opinión del Tribunal (y también del citado autor) no es posible concebir este derecho a la acción, es precisamente el carácter público de la persecución penal. El Tribunal vuelve a reafirmar este argumento, sosteniendo que:

“Que el hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema”<sup>196</sup>.

En definitiva, el Tribunal estima que el proceso penal es esencialmente distinto a un proceso civil, en tanto el primero busca el eventual ejercicio de una potestad pública (el ejercicio del *ius puniendi*), mientras que el segundo pretende confrontar dos intereses privados contrapuestos, y por ello no es dable sostener la posibilidad de reconocer un derecho a la acción en los mismos términos en ambos procesos. Pero entonces ¿qué alcance tiene el inciso segundo del art. 83 de la CPR? ¿No otorga acaso este artículo el derecho a ejercer la acción penal? La respuesta del Tribunal a estas preguntas, no es enteramente clara. Como indica la cita que hace el TC al texto de Bordalí, este autor entiende que dicho artículo debe ser leído como la obligación del Estado de facultar a la víctima a “iniciar” la acción penal por vía de la querella y de “acusar particularmente, si es que se llega a ese estado”. El Tribunal parece complementar lo anterior señalando que existiría una “especie” de equiparación entre Ministerio Público y víctima, que si bien no los pone en situación de igualdad, sí entrega a esta una serie de facultades análogas que le defender sus intereses en el proceso, sin que ello sustituya el rol preponderante del órgano persecutor:

“[...] [E]l Código Procesal Penal diseña una especie de equivalencia entre el Ministerio Público y la víctima. En ese sentido, podemos apreciar que mientras el Ministerio puede archivar provisionalmente (art. 167 CPP), no iniciar investigación (art. 168 CPP), cerrar la investigación (art. 248 CPP) o formalizar (art. 230 CPP), la víctima puede querellarse en cualquier momento (arts. 111 y 112 CPP), desistirse (118 CPP) y abandonar la querella (art. 120 CPP).

De este modo, **a pesar de que no son equivalentes con las facultades del Ministerio, se establecen facultades equiparables para que la víctima pueda hacer valer sus intereses**

---

<sup>196</sup> STC, Rol 1341, considerando 75°

**en el proceso.** Pero unas son potestades públicas, es decir, poderes jurídicos para imponer conductas, y los otros, derechos.”<sup>197</sup>

Debemos hacer presente que no nos parece completamente satisfactoria la solución del Tribunal, ya que no determina con suficiente claridad cuál es el derecho que posee la víctima. ¿Tiene entonces la víctima un derecho fundamental exigible en el proceso? ¿La facultad de querellar es realmente algo más que un derecho de petición a la autoridad? ¿Esta equivalencia parcial entre Ministerio Público y víctima es una forma de tutela judicial efectiva específicamente penal? Cabe destacar también que, si bien el requirente alegó la infracción de su derecho a la tutela judicial efectiva y su derecho a la acción, el Tribunal solo se pronuncia sobre este último<sup>198</sup> ¿quiere eso decir que el TC estima ahora que acción y tutela judicial son el mismo derecho? Sin embargo, todas estas preguntas quedan sin respuesta en esta sentencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia Rol 1341-2010 modifica radicalmente lo planteado en el rol 815-2008. Mientras en la sentencia de 2008 el Tribunal afirmaba un derecho a la tutela judicial, que contenía el derecho a la acción, o cual se traducía en un derecho a obtener la reparación y la sanción del (o los) responsable(s) de un delito, en el Rol 1341-2010 se afirma categóricamente la inexistencia de esta garantía, reduciéndose el rol de la víctima al ejercicio de una serie de derechos específicos, como el inicio de la acción por vía de la querrela y la eventual acusación particular.

Es menester destacar que esta sentencia representa también un cambio en relación a lo que hemos descrito antes como la posición intermedia. En los casos que integran dicha fase, existía una equiparación entre víctimas y Ministerio Público en términos absolutos. Ahora bien, en el Rol 1341-2010, es enfático en afirmar la existencia de un modelo de persecución

---

<sup>197</sup> STC, Rol 1341, considerando 75° (el destacado es nuestro).

<sup>198</sup> Es posible encontrar referencias secundarias al derecho a la tutela judicial efectiva en los dos casos que siguen la tesis desarrollada por el Tribunal en el Rol 1341. En Rol 1404-2010 y 1394-2010 el Tribunal sostuvo “Que, así las cosas, las facultades investigativas privativas del Ministerio Público, si bien son discrecionales, incluyen elementos reglados y, además, deben entenderse en armonía con los derechos del afectado, quien puede ejercer un conjunto de prerrogativas tendientes a obtener la tutela jurisdiccional efectiva de sus intereses. Por consiguiente, no puede estimarse que la facultad de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento constituya una prerrogativa que vulnere por sí misma el derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos o impida **la tutela judicial efectiva** de los intereses del querellante, a lo que debe agregarse que se trata de una actuación administrativa que no se encuentra exenta del todo de control procesal” considerando 30° en ambos casos. De esta forma para el Tribunal en el medida en que la decisión de no perseverar en la investigación se someta a algún tipo de control, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

penal pública, donde la investigación recae de manera exclusiva en el Ministerio Público, lo cual hace imposible considerar a la víctima y al Ministerio Público como sujetos en igualdad dentro del proceso. La configuración del Ministerio Público como órgano rector de la investigación redundante en la asignación de un rol marginal a la víctima, que se traduce en la mencionada equiparación parcial.

## **6. Conclusiones al presente capítulo**

A modo de resumen final, podemos constatar que el Tribunal Constitucional ha analizado la posición de la víctima en el proceso penal y sus derechos en una serie de sentencias. Este análisis se emprendió en un primer momento desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva o derecho de acceso a la justicia (nociones que en la jurisprudencia del TC tienen igual contenido). El resultado de este primer análisis fue el otorgar a la víctima un rol preponderante dentro del proceso penal, afirmando que el derecho a la tutela se traduce en la facultad de exigir la reparación del mal causado y la sanción de los responsables, a través del ejercicio pleno de la acción penal; esto último se tradujo en que cualquier conflicto entre las facultades del Ministerio Público y el derecho a la acción de la víctima, se debería resolver el asunto a favor de los derechos de la víctima, en tanto cualquier limitación a este afectaba la esencia misma del derecho.

Una segunda etapa en la jurisprudencia del Tribunal fue menos clara en enfrentar la problemática, en tanto emprende el análisis desde el debido proceso, el derecho a la tutela y el supuesto derecho a la acción, sin que se determine con claridad el fundamento ni la relación entre cada una de estas garantías. Sin perjuicio de ello, el resultado de esta segunda fase fue moderar la posición original del Tribunal, afirmando que las potestades discrecionales del Ministerio Público son correlato de un mandato constitucional, por lo que son *prima facie* compatibles con la carta fundamental; sin perjuicio de ello se reconoce que estas pueden entrar en conflicto con los derechos fundamentales de la víctima, en dicho caso la forma de resolver el conflicto consiste en determinar si la víctima contó o no con instancias de control sobre el ejercicio eventualmente arbitrario de dichas facultades y con posibilidades de ser oído en su oposición al uso de las mismas. En otras palabras, en esta fase, la víctima goza de un amplio derecho de participación en el proceso (sin que quede

enteramente claro si dicho derecho es correlato de la tutela judicial, el debido proceso o el derecho a la acción), el cual la faculta para ejercer la acción penal en condiciones de igualdad con el Ministerio Público y además para defender sus intereses frente al Juez de Garantía, quien se convierte en el garante de los derechos de esta, al controlar la actividad potencialmente arbitraria del Ministerio Público.

Por último, la tercera etapa en la jurisprudencia del Tribunal tampoco aborda la controversia directamente desde el derecho a la tutela judicial efectiva (aunque tampoco niega la existencia de dicha garantía). En esta fase se desarrolla ampliamente el carácter público del modelo de persecución penal reconocido en la Constitución y en el CPP. A partir de ello, el Tribunal sitúa al Ministerio Público con un rol preponderante en el proceso penal, como director exclusivo de la fase de investigación, regido por el principio de eficiencia y eficacia. Por su parte, la víctima carecería de un derecho a la acción en los términos desarrollados en la posición original de Tribunal, sino que tan solo detentaría, además de algunos derechos de carácter legal, la facultad de instar al inicio de la acción penal por medio de la querrela y eventualmente acusar particularmente. Lo cual, configura un rol de la víctima mucho más limitado que en el primer caso analizado por el Tribunal Constitucional.

En síntesis la, jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno demuestra un tránsito desde el reconocimiento de un robusto derecho a la tutela judicial o acceso a la justicia en el proceso penal, hacia el reconocimiento de un rol francamente marginal a la víctima.

#### **IV. UN PARALELO ENTRE EL DESARROLLO DE LA CORTE IDH Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO SOBRE EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA DE LA VÍCTIMA**

Este capítulo estará dedicado a una doble tarea, primero expondremos un paralelo entre la jurisprudencia de la Corte IDH y el Tribunal Constitucional, en relación al derecho al acceso a la justicia de la víctima en el marco del proceso penal, de acuerdo a lo analizado en los dos capítulos anteriores. Dicho paralelo abordará la justificación del reconocimiento del derecho en ambas sedes, la descripción de un tránsito hacia un reconocimiento más débil de dicha garantía y las razones que se han aducido para dicha reconstrucción. Este análisis nos permitirá concluir, entre otros puntos, que ambos tribunales han detectado tensiones entre el reconocimiento del derecho al acceso a la justicia para las víctimas y un modelo de persecución penal pública basada en un sistema adversarial y en el principio de oportunidad.

La segunda parte del capítulo estará dedicada a abordar cuáles son -en específico- las tensiones que existen entre un sistema penal como el antes descrito y el amplio derecho al acceso a la justicia de las víctimas. Este análisis se centrará en la atenuación del principio de legalidad en pos del reconocimiento del principio de oportunidad, propio de los sistemas adversariales, y cómo este se encuentra en tensión con el amplio derecho al acceso a la justicia.

Habiendo constatado las razones que entregan ambos tribunales para reformular el derecho al acceso a la justicia, y delimitado cuáles son las tensiones que existen entre dicha garantía y el sistema penal, podremos abrir paso a nuestra propuesta de solución de dichas tensiones, la cual será abordada en el capítulo V.

## **1. Un paralelo en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH y el Tribunal Constitucional chileno**

En la presente sección llevaremos a cabo un paralelo en cuanto al desarrollo jurisprudencial de ambos Tribunales, según lo desarrollado en los dos capítulos anteriores. Los puntos que consideramos son tres: primero daremos cuenta de un déficit común al desarrollo jurisprudencial de ambos tribunales en cuanto a la justificación de la existencia del derecho de acceso a la justicia; segundo, constataremos que ambos tribunales han avanzado desde el reconocimiento de un amplio derecho de acceso a la justicia hacia una construcción más limitada de dicha garantía; por último, daremos cuenta de que ambos tribunales han entregado una serie de razones para justificar esta limitación al derecho de la víctima, las cuales se enmarcan en el reconocimiento de las tensiones que genera un amplio derecho al acceso a la justicia con el modelo de persecución penal pública, adversarial, basada en el reconocimiento del principio de oportunidad; como parte de este último punto, constataremos que no ha existido en ninguna de las líneas jurisprudenciales analizadas, un razonamiento que incorpore estas diversas razones en un esquema único de justificación para estas limitaciones al derecho de acceso a la justicia.

### **1.1. Un déficit de justificación sobre la existencia del derecho al acceso a la justicia: una deuda pendiente en ambos tribunales**

El primer punto en el que es menester plantear un paralelo entre el desarrollo de la Corte IDH y el TC chileno en relación al derecho al acceso a la justicia, dice relación con la justificación de la existencia misma de este derecho. Como es sabido, ni la CADH ni la Constitución chilena han consagrado de manera expresa el llamado derecho al acceso a la justicia. Ambos tribunales han tenido que reconocer jurisprudencialmente la existencia de tal garantía a través de la interpretación extensiva<sup>199</sup> de ciertas disposiciones de la CADH y

---

<sup>199</sup> Utilizamos la expresión “interpretación extensiva” en el sentido afirmado por Wróblewski, esto es que la interpretación se puede calificar de extensiva cuando el alcance otorgado por el adjudicador a la norma es más amplio que aquel que se deduce del texto expreso de la misma y del contexto de la misma (esto es, su

la CPR, respectivamente. Sin embargo, estimamos que dicha labor ha fallado en cuanto a satisfacer estándares mínimos de justificación.

Por una parte, la Corte Interamericana, a partir del caso Blake, sostuvo que el debido proceso otorgaba a las víctimas el derecho a la investigación y sanción de los responsables de una violación de derechos humanos<sup>200</sup>. El desarrollo posterior de la jurisprudencia complementó este razonamiento, sosteniendo que los art. 1.1, 8 y 25 de la CADH, conjuntamente interpretados, configuran el derecho de acceso a la justicia<sup>201</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el Rol 815-2008, consideró que el art. 19 n° 3, inc. 1 y 5 de la CPR (las garantías de igual protección de los derechos y el debido proceso), otorgaban a las víctimas el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual suponía el derecho a buscar la reparación y sanción de los responsables de un delito. Como expusimos en el capítulo anterior, el desarrollo posterior de esta garantía en el Tribunal Constitucional está lejos de ser claro, sin perjuicio de ello, la noción de tutela judicial efectiva sigue presente en los razonamientos del Tribunal<sup>202</sup> en cuanto a la posición de la víctima en el proceso penal.

Las interpretaciones extensivas sostenidas por ambos tribunales plantean la pregunta relativa a bajo qué estándar debemos medir la argumentación de cada tribunal, para determinar si esta es o no satisfactoria. En este sentido, Alexy ha sostenido que cuando el órgano adjudicador –v. gr. la Corte IDH o el TC- pretende asignar un determinado alcance a una norma de derechos fundamentales, el cual no se deduce directamente del texto expreso –v. gr. de la CADH o la CPR-, el órgano en cuestión deberá ofrecer “una *fundamentación isufundamental correcta*”<sup>203</sup>. Ello, a grandes rasgos, supone que una fundamentación se estimará correcta (o suficiente), cuando al menos: a) de cuenta del desarrollo jurisprudencial anterior sobre el derecho en cuestión; b) se haga cargo del consenso dogmático existente sobre la materia, esto es, la forma en que la doctrina ha entendió el derecho en cuestión; y c) satisfaga los demás estándares propios de toda

---

coherencia con otras reglas válidas del mismo sistema). Wróblewski, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p 53.

<sup>200</sup> Véase supra página 24.

<sup>201</sup> Véase supra página 30.

<sup>202</sup> Véase, como ya mencionamos en supra nota 198, los Roles 1404-2010 y 1394-2010.

<sup>203</sup> Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2001). P. 71.



argumentación jurídica<sup>204-205</sup>. Los dos primeros requisitos planteados por este esquema son los que estimamos que no han sido satisfechos por ninguno de los dos tribunales.

Por una parte, la interpretación de la Corte IDH según la cual el derecho al debido proceso otorga a la víctima o sus familiares el derecho a que una violación de derechos fuera investigada y sancionada, se aparta radicalmente del entendimiento doctrinario y jurisprudencial del debido proceso al menos en dos puntos: la titularidad del derecho y el alcance del mismo. En este sentido, las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias de la garantía del debido proceso han entendido que este es un derecho establecido **a favor del imputado y no de la víctima**<sup>206</sup>; al mismo tiempo, el contenido del debido proceso se asocia a garantías en el juzgamiento, y en este sentido no estaría vinculado al derecho a que alguien sea sancionado por el Estado, sino a las condiciones bajo las cuales el juzgamiento se llevará cabo. Es por ello que, siguiendo a Alexy, la Corte IDH debió haber argumentado porqué cabía alejarse de esta lectura del debido proceso.

En relación al primer punto, cabe recordar que el entendimiento tradicional de la doctrina sostiene que el debido proceso es precisamente un derecho establecido a favor de un imputado en una investigación penal<sup>207</sup>. Esta lectura tradicional es razonable, en tanto supone que quien se verá afectado por la investigación penal y por la eventual sanción que devenga del enjuiciamiento es el imputado<sup>208</sup>, y es esta situación la que justifica el

---

<sup>204</sup> Esta es una referencia a la Teoría de la Argumentación Jurídica del mismo autor, la cual desarrolla en detalle los requisitos de toda argumentación en el ámbito jurídico (justificación interna y externa). Véase *Ibidem*.

<sup>205</sup> *Ibidem*, pp. 70 y 71.

<sup>206</sup> Objeciones en este sentido ya han sido planteadas a la jurisprudencia interamericana por parte de la doctrina. En este sentido véase Medina, Cecilia. La convención americana teoría y práctica. Op. Cit. Nota 31, p. 281 y ss.

<sup>207</sup> La misma CIDH ha sostenido en referencia al debido proceso que:

“Como es evidente en los textos anteriores, [...] estas disposiciones garantizan protecciones sustantivas y procesales fundamentales en la determinación de acusaciones de carácter penal. Tal como se discutirá en más detalle adelante, estas garantías están definidas abarcando ciertos principios fundamentales del derecho penal, incluido el derecho a que se presuma la inocencia, y los principios *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, y *non-bis-in-idem*. También se protege el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, y un número no taxativo de garantías procesales que se consideran esenciales para un juicio justo.” CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116. Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002. Párr. 218.

Véase en el mismo sentido Horvitz, María Inés. Op. Cit. nota 148, pág. 136-138.

<sup>208</sup> Sobre este punto son ilustrativas las palabras de Roxin: “El imputado es objeto de la coacción estatal en tanto debe soportar el procedimiento penal y, dado el caso, también debe tolerar intervenciones enérgicas,

otorgamiento de las garantías procesales mínimas de un debido proceso<sup>209</sup>. Sin embargo, en tanto la víctima no es objeto de las medidas intrusivas de la investigación penal, ni tampoco es objeto de restricciones a su libertad impuestas a través de medidas cautelares, ni menos aún puede resultar sancionada por el tribunal penal, es razonable sostener que la víctima no se encuentra en una posición en el proceso penal que amerite que le sea reconocido el derecho al debido proceso. En términos simples: ¿por qué extender a la víctima el derecho al debido proceso si esta no será “juzgada”?

Ahora bien, el art. 8 de la CADH, dispone el “derecho a ser oída [...] en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada **contra ella**, o **para la determinación de sus derechos** y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”<sup>210</sup>; esto podría servir a la Corte IDH para vincular el art. 8 con la víctima en el proceso penal, si es que esta lograra justificar en qué medida el proceso penal busca la determinación de un derecho de la víctima y no, como lo ha entendido la doctrina tradicionalmente, que esta clase de procesos buscan solamente determinar la procedencia del ejercicio de una potestad estatal<sup>211</sup>.

Por otra parte, el segundo aspecto que el tribunal debió justificar exhaustivamente es, en qué medida el debido proceso puede servir de base de un derecho a exigir la investigación y eventualmente la sanción del responsable de un ilícito. De nuevo, la comprensión tradicional del derecho al debido proceso vincula esta garantía a salvaguardas procesales mínimas en el desarrollo de un proceso de investigación criminal (o de otra índole)<sup>212</sup>, pero

---

contra su voluntad, en su libertad personal o en su integridad personal” Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. p. 124.

<sup>209</sup> En este sentido, la doctrina ha afirmado que: “Esta garantía en su origen tenía como norte evitar castigos arbitrarios y violaciones ilegales de la libertad personal y los derechos relativos a la propiedad, sirviendo a su vez como principio orientador para los jueces dirigido a la obtención de un juicio justo.” Solís, Daniel. Síntesis histórica de la aparición del principio del Debido Proceso y su incorporación en el sistema de enjuiciamiento penal chileno. EN: Corpus Juris Regionis, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina. N° 8, año 8. P. 77.

<sup>210</sup> Art. 8 de la CADH (el destacado es nuestro).

<sup>211</sup> Zaffaroni, Eugenio. Tratado de Derecho Penal – Parte General. EDIAR (1998). Bueno Aires, Argentina. Tomo I. p. 33.

<sup>212</sup> En cuanto al amplio alcance del debido proceso, vinculado a cualquier procedimiento en el que se haga determinación de los derechos de la persona, véase en particular: Corte IDH. **Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61.

no se vincula con el fondo de la cuestión, esto es, si tal o cual conducta debe ser sancionada o no<sup>213-214</sup>.

Por otra parte, si la Corte IDH pretendió más tarde reconocer el derecho al acceso a la justicia con base en una interpretación de los art. 1.1, 8 y 25, dicha lectura sistemática debió satisfacer los mismos estándares antes mencionados: justificar por qué alejarse de la lectura tradicional, tanto doctrinaria como jurisprudencial, de dichas garantías. Cabe destacar en este punto las críticas son similares: ¿No supone el art. 25 el acceso a un recurso o remedio efectivo en el sentido de una acción de protección o amparo<sup>215</sup>? ¿En qué medida el enjuiciamiento penal constituiría un “recurso efectivo” para la tutela de los derechos (art. 25 de la CADH), si es que, tal como sostiene el entendimiento tradicional del proceso penal, este busca determinar tan solo si corresponde o no aplicar una pena a un individuo?

Ahora bien, en el Tribunal Constitucional, como ya hemos indicado en el capítulo III<sup>216</sup>, el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva se fundó en la interpretación extensiva de las garantías del debido proceso y del derecho a la igual protección de los derechos. En este punto, la misma crítica anterior es aplicable también al TC: el Tribunal no justifica adecuadamente en qué medida el debido proceso y la igual protección de los derechos puede ser la base de un derecho a exigir la sanción penal de un individuo, en tanto ello significa una lectura alejada del entendimiento tradicional de dichas garantías. Sobre el particular, cabe destacar que la doctrina tradicional chilena entendió que el derecho a la igual protección de los derechos se vincula con la erradicación de los fueros

---

<sup>213</sup> En particular sobre esta crítica véase Medina, Cecilia. La convención americana Teoría y Práctica. Op. Cit. Nota 31, p. 280 y 281.

<sup>214</sup> El problema de la argumentación de la Corte radica en que, no justifica por qué el art. 8 (asumiendo que este se aplica a la víctima), conlleva el derecho a exigir que el Estado investigue y sancione penalmente a un individuo. El vacío en la argumentación queda claro en el considerando párrafo 97 de la sentencia de fondo del caso Blake:

“Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto *“todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia”* [...]. En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares” (Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Supra nota 44, párr. 97.)

<sup>215</sup> Véase Medina, Cecilia. La convención americana: Teoría y Práctica. Op. Cit. Nota 31, p. 364 y siguientes.

<sup>216</sup> Véase supra página 67.

o cualquier otro privilegio equiparable al recurrir ante una autoridad, sin que ello se vincule a la exigibilidad de una sanción penal. En este sentido Evans sostiene que:

“En lo fundamental [, la igual protección de los derechos], es una consecuencia de la igualdad ante la ley y con ella se pretenden que todos quienes deban recurrir ante cualquier autoridad, incluyendo los tribunales, de cualquier naturaleza, para la protección de sus derechos, se encuentren en un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios o fueros especiales en razón de raza, sexo condición social o situación económica y sin que sean admisibles discriminaciones arbitrarias, es decir, odiosas, injustas irracionales[...]<sup>217</sup>”

De nuevo aquí, el Tribunal se aleja del entendimiento que la dogmática ha hecho de la garantía interpretada, sin que exista una argumentación sólida en cuanto a porqué corresponde dicho alejamiento

No queremos afirmar con esto que no sea dable sostener una interpretación extensiva del derecho al debido proceso, del derecho a la protección judicial o de la garantía de la igual protección en el ejercicio de los derechos, ni que sea imposible encontrar en estas un fundamento para el reconocimiento de un derecho de acceso a la justicia de la víctima. Simplemente afirmamos que **no es evidente** que tales garantías tengan el alcance que los tribunales les han asignado. Las interpretaciones emprendidas por ambos tribunales, en tanto se alejan de la comprensión tradicional sobre el contenido y alcance de estas garantías, y carece de un respaldo en el texto expreso (tanto de la CADH como de la CPR), requieren de una exhaustiva labor de justificación, que hasta ahora no se ha realizado ni en la Corte ni en el Tribunal Constitucional.

Por último, cabe destacar que aunque se haya asentado -al menos en la Corte IDH- una jurisprudencia constante en cuanto al reconocimiento del derecho de acceso a la justicia, fundando el mismo en la interpretación de los art. 1.1, 8 y 25, ello no releva a este tribunal, de razonar exhaustivamente en cuanto al fundamento de tal garantía. En otros términos,

---

<sup>217</sup> Evans, Enrique. Los derechos constitucionales. Editorial Jurídica, 2 edición, 1999. p. 140. En un sentido similar Silva sostiene que:

“La igualdad ante la justicia supone no solamente un trato igualitario a todas las personas comprometidas o sometidas a un mismo proceso o a un mismo juicio, sino también el derecho de quienes son juzgados en un juicio determinado a recibir el mismo trato que otros en juicio o procesos han recibidos otras personas que estaban en su misma situación” Silva, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, T XI, 2 edición, 2006, Verdugo, Mario [et al], Derecho Constitucional chileno, p 217.

sostener que el derecho existe en tanto este ya ha sido reconocido por la jurisprudencia no es más que un mero argumento de autoridad que no sustituye la labor de justificación de una interpretación extensiva<sup>218</sup>.

## **1.2. El tránsito dese un amplio derecho al acceso a la justicia hacia una participación limitada**

Como segundo punto en el que puede plantearse un paralelo entre el desarrollo jurisprudencial de la Corte y del Tribunal Constitucional en relación al derecho al acceso a la justicia de la víctima en el marco del proceso penal, es que ambos tribunales han evidenciado un tránsito desde el reconocimiento de un robusto o amplio del derecho al acceso a la justicia, hacia la asignación de un contenido más limitado.

Antes de abordar este punto es necesario acotar con claridad cuáles son los “períodos” a los que nos referimos. En concreto la construcción que la Corte ha hecho en relación a la posición de la víctima en el proceso se remonta a los casos Genie Lacayo y Blake; sin embargo, dicha jurisprudencia guarda relación con casos de graves violaciones de derechos humanos frente a las cuales el Estado ha sido incapaz de realizar una investigación criminal seria y diligente. En tanto estos supuestos no han concurrido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no podemos válidamente comparar esa etapa de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Como ha sido explicado en extenso en el capítulo III, la jurisprudencia del TC se ha referido en su totalidad a casos de criminalidad cometida por particulares y, en su mayoría<sup>219</sup>, se trata de delitos de orden patrimonial o contra la fe pública<sup>220</sup>. En definitiva,

---

<sup>218</sup> En este sentido, los párrafos 151, 152 y 153 de la sentencia al caso Ibsen Cárdenas (Corte IDH. **Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia**. Supra nota 64) demuestran claramente que la Corte justifica su posición sobre el derecho al acceso a la justicia en referencia a su propia jurisprudencia. Si bien esto no es incorrecto, ello no libera al Tribunal de justificar de mejor medida el fundamento sobre el cual se construye el derecho en cuestión.

<sup>219</sup> La única excepción sería los Roles 1380-2009 y 1445-2009, que guardan relación con un delito de lesiones.

<sup>220</sup> Lo delitos analizados son: A) Falsificación de instrumento privado (Rol 815-2008); B) Estafa (Roles 1337-2009, 1244-2009, 1341-2010, 1404-2010 y 1484-2010); C) Apropiación Indebida (Rol 1244-2009); D) Falsificación de Instrumento Público (Roles 1467 – 2009 y 1484-2010); E) Presentación de Medios de Prueba Falsos (Rol 1394-2010).

aquel contexto característico de las violaciones graves de derechos humanos, no concurre en ninguno de los casos conocidos por el Tribunal Constitucional.

De esta forma, el período de la jurisprudencia de la Corte IDH que puede ser válidamente comparado con el del TC, es aquel que guarda relación con casos no constitutivos de graves violaciones de derechos humanos. Dicho período, como indicamos en el capítulo II, tiene su origen en el caso Bulacio y se extiende hasta la reciente jurisprudencia de la Corte en casos como Ríos, Perozo, Kawas y Tristán Donoso<sup>221</sup>.

Como ya hemos expuesto en el capítulo II, frente a casos no constitutivos de graves violaciones, la Corte transitó desde el reconocimiento de un amplio derecho de acceso a la justicia para las víctimas (y sus familiares), hacia la asignación de un rol más acotado a la misma. El primer momento, expresado con toda claridad en el caso Bulacio, en el que se expone este amplio derecho de acceso a la justicia, se explica por la aplicación irrestricta del modelo de análisis propio de las graves violaciones de derechos humanos. El resultado de tal análisis es que en la sentencia en cuestión se estima que el derecho de las víctimas obliga al Estado a llevar adelante la persecución penal a toda costa (esto es, incluso desconociendo los plazos de prescripción del delito).

Paralelamente, el primer caso conocido por el Tribunal Constitucional sobre la posición de la víctima en el proceso penal, tuvo un resultado análogo al de Bulacio en el sistema interamericano. En el Rol 815-2008, el TC estima que el derecho al acceso a la justicia (o tutela judicial efectiva) otorgaba a la víctima el derecho a exigir del Estado las vías para obtener la reparación y la sanción de los responsables del delito, ello otorgaba a la víctima el derecho a ejercer la acción penal sin que ningún órgano estatal pudiera restringirlo. Lo cual se traduce en un derecho a exigir la investigación y sanción de los supuestos responsables.

Como queda en evidencia, ambos tribunales inauguraron su jurisprudencia relativa a la posición de la víctima en el proceso penal por casos no constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, **con la asignación de un rol central a la víctima a través del derecho al acceso a la justicia**. Lo fundamental en este punto de partida es la afirmación,

---

<sup>221</sup> Véase supra Capítulo II: “**Delitos no constitutivos de Graves Violaciones de Derechos Humanos y el rol de la víctima**”, página 37.

de ambas judicaturas, de que el derecho fundamental de la víctima al acceso a la justicia le permite a esta exigir del Estado la persecución penal de un individuo, sin que sea posible para el Estado limitar dicha pretensión.

Ahora bien, los dos tribunales han abandonado esta postura original y se han desplazado hacia un reconocimiento de un derecho al acceso a la justicia de la víctima con un contenido más débil.

Por una parte, la Corte Interamericana ha establecido en su reciente jurisprudencia que el derecho al acceso a la justicia de la víctima (en casos no constitutivos de graves violaciones) supone que el Estado tiene un deber de investigar diligentemente el delito, pero ello no implica el deber de juzgar y sancionar efectivamente al responsable<sup>222</sup>. Por su parte, la diligencia en la investigación misma se construirá en atención a la gravedad del ilícito: en la medida que el delito constituya una grave afectación a garantías como la vida, la integridad o la libertad, el Estado está obligado a actuar de oficio y con celeridad; por oposición a ello, en casos de delitos de menor importancia, no será exigible al Estado el mismo nivel de exhaustividad y celeridad en las investigaciones criminales. Paralelamente, la Corte estima que el mencionado derecho al acceso a la justicia faculta a la víctima a participar en el proceso penal sólo en la medida que lo disponga la legislación procesal del Estado: si la ley otorgó ciertos derechos a la víctima ejercibles dentro del proceso, el Estado estará obligado sólo a respetar dichas facultades.

Paralelamente el Tribunal Constitucional, aunque de manera menos sistemática, también ha progresado hacia el reconocimiento de una posición más débil a la víctima. Así, a través de la etapa que describimos como intermedia, el Tribunal fijó como estándar para la satisfacción de los derechos de la víctima (a veces referido como derecho a la acción, y en otras ocasiones debido proceso) el aseguramiento de una amplia participación en el proceso y, paralelamente, el acceso a instancias de control del actuar potencialmente arbitrario del Ministerio Público. El Tribunal tuvo posibilidad de profundizar este análisis en el más reciente Rol 1341-2010, afirmando de manera categórica la constitucionalidad de un modelo de persecución penal pública. Dicho modelo, en tanto público, asigna un rol

---

<sup>222</sup> Así, por ejemplo, en el caso Albán Cornejo la Corte reconoció que en el caso de un supuesto homicidio culposo, cumplido el plazo de prescripción, no era exigible al Estado la persecución penal de los imputados. En este sentido véase *supra* nota 91.

esencial al Ministerio Público, quien dirige de forma exclusiva la investigación. Como correlato de lo anterior, la víctima cumple en este modelo un rol más débil, gozando tan solo de una “especie de equivalencia” con el Ministerio Público, lo cual la faculta a ejercer ciertos derechos, a saber: instar al inicio de la investigación por medio de la querrela y eventualmente acusar de manera particular por medio de la figura del forzamiento de la acusación; además de otros derechos establecidos en la ley. Más allá de la aparente falta de claridad conceptual, lo central en el razonamiento del Tribunal Constitucional es que esta abandona definitivamente la idea de que la víctima tiene un derecho a exigir el juzgamiento y sanción del responsable.

El paralelo en la atenuación del rol de la víctima en la jurisprudencia de ambos tribunales resulta evidente, ya que **ambos han abandonado la idea de un derecho a exigir el juzgamiento y sanción efectiva del responsable.**

Sin embargo existen dos puntos que fueron remarcados por el Tribunal Constitucional en su última sentencia que merecen una mención específica en tanto podría significar un alejamiento de lo planteado por la Corte IDH. El Tribunal Constitucional afirmó la **inexistencia** de un **derecho a la acción** por parte de la víctima y de un **derecho a exigir la investigación**. La negación de la existencia de estos aspectos del derecho al acceso a la justicia merece ser examinada para determinar si en ella hay un verdadero paralelo con el estado de la cuestión en la Corte IDH.

El primero de los puntos nos parece, desde ya, un acierto y creemos que no se aleja de lo señalado por la Corte IDH. Tal y como señala el Tribunal Constitucional, siguiendo a Bordalí, no parece concebible un derecho propiamente a la acción en el plano penal, toda vez que lo que se resuelve en el proceso penal es el ejercicio de una potestad pública y no un interés privado (más allá de que el proceso penal pueda, sin duda, tener efectos en otros planos como la reparación de la víctima en un sentido simbólico<sup>223</sup>). En otros términos, dado que sólo el Estado tiene la facultad de castigar a un individuo por la comisión de un ilícito, el Tribunal afirma que solo el Estado podrá decidir cuándo someter a un individuo a

---

<sup>223</sup> Sobre esta idea y la crítica a su establecimiento como objetivo de derecho penal, véase: MacLeod, Adam J. All for One: A Review of Victim-Centric Justifications for Criminal Punishment. Berkeley Journal of Criminal Law, Spring 2008, 13 Berkeley J. Crim. L. 31.



un proceso de carácter penal, pudiendo la víctima sólo instar a ello por medio de la denuncia o la querrela. Lo anterior, resulta compatible con la posición a la que ha llegado la Corte Interamericana, en tanto el “ejercicio de la acción” no ha sido una verdadera preocupación en la jurisprudencia interamericana; lo relevante en esta sede ha sido la determinación un estándar de diligencia en la investigación y en el juzgamiento, pero la cuestión relativa a quién ha de ejercer la acción penal es una cuestión que, siguiendo el razonamiento de la Corte, quedará a la determinación del Estado.

El segundo punto que merece especial análisis es la afirmación del Tribunal Constitucional relativa a que la víctima **no tendría el derecho de exigir la investigación** de una conducta delictiva. Este punto parece alejar al TC de la Corte IDH, en tanto esta última afirma precisamente que la víctima tiene un derecho a una investigación diligente. Como expondremos a continuación, estimamos que la negación de tal derecho por parte del Tribunal Constitucional es errónea.

Para entender por qué era innecesario declarar la inexistencia del derecho a exigir la investigación, primero debemos aclarar qué problema buscaba resolver el Tribunal Constitucional al hacer esta categórica afirmación. De la argumentación del Tribunal queda en evidencia que el objetivo del Tribunal es descartar la idea de que la víctima puede controlar el actuar del Ministerio Público en la realización de la investigación, ello es claro cuando el TC afirma:

“Que, en consecuencia, la **estrategia de investigación que lleva adelante el Ministerio Público no es, diríamos, “pautada” por la voluntad de la víctima**”<sup>224</sup>.

En definitiva el Tribunal busca enfatizar el carácter público de la potestad de investigación y el hecho que dicha actividad no puede quedar a merced de los intereses de la víctima<sup>225</sup>.

La solución que adopta el Tribunal es declarar precisamente la inexistencia de un derecho fundamental a exigir la investigación, sin perjuicio de la existencia de una obligación por parte del Estado de llevarla a cabo (en este sentido, parece ser una solución muy cercana a la más temprana jurisprudencia de la Corte Interamericana, en cuanto a

---

<sup>224</sup> STC, Rol 1341-2010, considerando 71°.

<sup>225</sup> Ello se explica también por el exhaustivo desarrollo de la constitucionalidad de la potestad de dirección **exclusiva** de la investigación que se desarrolla a lo largo de la sentencia.

derivar la obligación de investigación de las obligaciones generales de la CADH y no de un derecho fundamental de la víctima o sus familiares<sup>226</sup>). Sin embargo, creemos que esta solución es poco afortunada, puesto que no apunta al problema mismo que se pretende evitar, el cual dice relación con el desarrollo de la investigación, y **no con la posibilidad de exigir que tal investigación se lleve a cabo**. En otras palabras, para afirmar que la víctima no cuenta con un derecho fundamental a exigir que el Ministerio Público desarrolle la investigación en la forma que esta lo desee, no se desprende necesariamente que la víctima carece por completo de un derecho a exigir una investigación.

Estimamos que la solución correcta a este problema era determinar un estándar bajo el cual examinar el derecho de la víctima a una investigación, un baremo, por cierto, más estricto que permitiera afirmar la independencia del Ministerio Público en el desarrollo de la investigación. En este sentido, resulta particularmente útil el estándar desarrollado por la Corte IDH en cuanto a la diligencia en la investigación de hechos no constitutivos de graves violaciones. Siguiendo dicho estándar, el Tribunal debería haber afirmado que, si bien la víctima tiene derecho a que el Ministerio Público investigue un ilícito, dicha investigación será dirigida por el órgano en cuestión, y la diligencia en su desarrollo se evaluará bajo tres criterios: 1) actividad o diligencia de la víctima en denunciar los hechos; 2) complejidad del asunto y dificultades de obtener pruebas; y 3) gravedad de los ilícitos (definida en relación con la existencia de una afectación grave a un derecho como la vida, la libertad y la integridad personal)<sup>227</sup>. La aplicación de estos tres criterios redundará en que las controversiales facultades de dirección de la investigación del Ministerio Público podrán ser estimadas legítimas. En síntesis, al fijar estándares en relación al derecho a la investigación, el Tribunal podría haber dejado a salvo la existencia de este derecho, sin que ello implique someter al Ministerio Público a la voluntad de la víctima.

Por otra parte, cabe preguntarse si es que la víctima tiene derecho a presentar una querrela, qué implica este derecho sino la exigencia que determinada conducta sea

---

<sup>226</sup> Esto puede deducirse en particular del siguiente considerando:

“Que si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito.” (STC, Rol 1341-2010, considerando 72°)

<sup>227</sup> Sobre el particular véase supra Capítulo II, “**La conducción de los procedimientos penales**”, en página 51.

investigada. En este sentido, si bien la doctrina no ha abordado enteramente la cuestión sobre si la víctima tiene el derecho a exigir la investigación, sí se ha sostenido que la investigación se puede iniciar “[...] de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela”<sup>228</sup>; ello parece indicar que la querrela sería precisamente un mecanismo para instar al inicio de la investigación. En definitiva, la afirmación de que no existe un derecho a la investigación es problemática también porque falla en explicar cuál sería el objeto de reconocer el derecho a interponer la querrela.

En síntesis, estimamos que es posible constatar que ambos tribunales comenzaron sus respectivas líneas jurisprudenciales sobre acceso a la justicia de la víctima en el proceso penal, asignando a tal garantía un contenido amplio. Sin embargo, el desarrollo posterior de ambos tribunales los ha llevado a reformular esta tesis, **afirmando ahora un derecho al acceso a la justicia limitado**. Si bien puede constatarse la existencia de una diferencia en el resultado de esta evolución, en cuanto el Tribunal Constitucional afirmó la inexistencia de un derecho a la investigación, consideramos que tal afirmación es errónea, puesto que parece una solución desmedida a un problema específico, así como por el hecho que ello no da cuenta apropiadamente del rol de la querrela en el proceso penal.

Se puede concluir, en todo caso, que ambos tribunales abandonaron la idea de que el derecho de acceso a la justicia faculta a la víctima a exigir el juzgamiento y sanción de un individuo.

### **1.3. Las razones que justifican el tránsito hacia un derecho de acceso a la justicia limitado**

Habiendo constatado que en ambos tribunales existe un tránsito desde una construcción robusta del derecho al acceso a la justicia hacia la asignación de un contenido más débil al mismo, es menester analizar cuáles han sido las razones que han aducido ambos tribunales para justificar esta reducción.

Como expondremos a continuación, ambos tribunales han introducido razones vinculadas con el carácter del derecho penal, la función de la persecución penal y las

---

<sup>228</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián, Op. Cit. Nota 118, Pág. 470.

funciones de cada interviniente en el proceso. Estas razones dejan entrever el reconocimiento de la existencia de tensiones entre el reconocimiento amplio del derecho al acceso a la justicia y un determinado modelo de persecución penal que acoge tal visión sobre el carácter de derecho penal y la función de la persecución criminal. Ahora bien, ninguno de los dos tribunales ha podido presentar estas razones que justifican la restricción del derecho de la víctima al acceso a la justicia desde una dogmática de derechos fundamentales, esto es, bajo un test de restricción de derechos basado en el principio de proporcionalidad.

### **1.3.1.Las razones aducidas en la Corte Interamericana**

La Corte IDH, como hemos indicado en el capítulo II, junto a la reducción del contenido del derecho al acceso a la justicia de la víctima, ha introducido consideraciones sobre el carácter del derecho penal y en qué medida este constituye una herramienta útil o conducente para la tutela de los derechos fundamentales que han sido vulnerados. Por otra parte, la Corte también ha introducido argumentos relativos a la libertad del Estado para organizar su sistema procesal penal de la manera más eficiente y eficaz. A continuación expondremos cómo estas razones sirven de base para la asignación de un rol más limitado a la víctima en el proceso penal.

#### **1.3.1.1. El derecho penal y el enjuiciamiento penal como medidas de garantía de los derechos**

En los casos no constitutivos de violaciones graves de derechos humanos, la Corte ha sostenido, que la tipificación, el enjuiciamiento y la sanción penal, son herramientas útiles para la garantía de los derechos consagrados en la CADH. Sin embargo, de acuerdo a la Corte, la intervención penal debe siempre tener carácter de *ultima ratio*, en tanto esta importa una grave restricción de derechos.

Frente a la pregunta de en qué casos será legítimo para el Estado utilizar la vía penal como herramienta de garantía, la Corte ha afirmado que ello se determina por **la gravedad de la afectación a una garantía fundamental** producida por la conducta ilícita. A lo

anterior se debe sumar una limitación adicional, a saber, que no todos los derechos consagrados en la CADH requerirán necesariamente de protección por vía penal (como señalamos más arriba, la libertad de expresión *per se* no necesariamente requiere de protección penal, sin embargo, frente a actos que afecten gravemente la libertad de expresión y otros derechos como la vida, integridad y libertad, la herramienta penal puede ser útil). En definitiva, la Corte afirma una **concepción de derecho penal mínimo, orientado a la protección frente a las conductas que afecten más gravemente los derechos fundamentales.**

Ahora bien, la Corte también constata -acertadamente- la existencia de tres momentos en la intervención penal, con efectos diferenciados: la tipificación de la conducta, la persecución de la misma y la sanción penal. La Corte ha aducido que estas tres etapas conllevan un grado ascendente de afectación de los derechos fundamentales. Mientras que la tipificación disuade de la realización de la conducta, lo que puede ser una limitación más o menos leve a un derecho<sup>229</sup>, la persecución de la conducta implica una fuerte carga para el imputado, mientras que la imposición de la sanción implicaría el más alto grado de afectación de los derechos del individuo.

Lo interesante de este razonamiento es que deja en manos del Estado la elección de en qué casos utilizar la herramienta penal (con cada uno de sus momentos), rigiéndose siempre por el criterio de *ultima ratio*. Así, podemos sostener que en un extremo del espectro será obligatorio (como la misma Corte lo ha afirmado) el uso de la herramienta penal -incluyendo la sanción efectiva- en los casos de los crímenes más graves: las violaciones graves de derechos humanos. El extremo opuesto de este espectro estará dado por las afectaciones leves a bienes jurídicos, como la libertad de expresión, frente a los cuales el uso de la herramienta penal no será siquiera legítimo en cuanto a la tipificación<sup>230</sup>. En los puntos intermedios el Estado podrá evaluar si la tipificación, persecución y sanción serán o no legítimos atendida siempre la gravedad de la lesión y los bienes jurídicos que se pretende tutelar.

---

<sup>229</sup> Un ejemplo de esto sería la tipificación penal de las injurias, la cual generaría autocensura, ergo, una limitación del derecho a la libertad de expresión. Sin perjuicio de que esta pueda ser un límite legítimo a la libertad de expresión, esta representa sin duda una limitación.

<sup>230</sup> No queremos sostener con esto que la libertad de expresión no sea en ningún caso digna de protección penal, sino que no todas las afectaciones a la misma merecen dicha protección.

Ahora bien, la incorporación de estos razonamientos a la jurisprudencia de la Corte ha aparecido coincidentemente en los casos recientes, en los cuales, como ya indicamos en el capítulo II, se ha afirmado un contenido más limitado del derecho al acceso a la justicia.

La constatación del carácter grave de las sanciones penales y los tres niveles de operatividad del derecho penal, significan afirmar que, no solo el derecho penal, sino que también el derecho procesal penal, deben regirse bajo el principio de intervención penal o *ultima ratio*: debe evaluarse en cada nivel de funcionamiento del sistema penal si es que esta es o no, según los antecedentes del caso, la herramienta adecuada para garantizar los derechos vulnerados.

Si bien la Corte no lo ha hecho de manera explícita, nos parece que estas razones son las que en el fondo permiten sostener que la víctima tendría derecho a exigir la persecución penal efectiva de las graves violaciones de derechos humanos, mientras que en los casos de delitos que signifiquen afectaciones menos graves a sus derechos, la víctima solamente tendrá derecho a exigir la investigación diligente de los hechos, pero no necesariamente el enjuiciamiento y sanción de un individuo. Ello, en tanto la decisión de utilizar la herramienta penal, bajo el criterio de la Corte, deberá quedar en manos del Estado, el que tendrá que evaluar la necesidad de su utilización de acuerdo al principio de intervención penal mínima.

#### **1.3.1.2. El diseño institucional del sistema procesal penal: la libertad del Estado para organizar su institucionalidad**

Además de lo anterior, en los casos en los que la Corte se ha pronunciado sobre el derecho al acceso a la justicia de la víctima frente a hechos constitutivos de graves violaciones, se ha afirmado que el Estado es libre de organizar su sistema procesal penal de acuerdo a sus necesidades. Más específicamente, estimamos que la Corte ha admitido que en el marco de dicha libertad de organización, sería legítimo para el Estado organizar su sistema procesal penal en función de criterios de eficiencia y la eficacia en la persecución penal. Sostenemos que esta ha sido otra de las razones que han justificado el tránsito hacia el reconocimiento de un derecho de acceso a la justicia más limitado, en tanto ella no sería compatible con un amplio derecho de acceso a la justicia.

A nuestro entender, de la jurisprudencia de la Corte se puede deducir, en efecto, que la eficiencia y eficacia constituyen objetivos legítimos para la elaboración de un sistema de persecución penal, y más específicamente, de una política persecutoria. Esto quiere decir que el Estado podrá organizar sus instituciones de manera de velar por la eficiencia y eficacia en el uso de los recursos disponibles, pero a su vez que la persecución penal misma también estará regida por estos principios.

Lo anterior es razonable, en la medida que es sabido que el Estado recibe una infinidad de denuncias de la comisión de hechos supuestamente ilícitos, mientras que los recursos disponibles para la persecución de los mismos no limitados. De esta forma, siguiendo el mismo criterio entregado por la Corte para legitimar el uso de la herramienta penal, la persecución penal podrá encaminarse a priorizar la investigación de aquellos hechos que constituyan las más graves afectaciones de bienes jurídicos fundamentales, en perjuicio de las menos graves.

Ahora bien, si la Corte afirmara un amplio derecho de las víctimas a exigir la persecución de todo delito, sería imposible para la Corte afirmar a la vez la libertad del Estado de organizar su sistema de persecución penal bajo criterios de eficiencia y eficacia. Más bien, en ese caso el Estado tendría que organizar su sistema de persecución para investigar **todo** delito que le sea denunciado. En otras palabras, la afirmación de estos principios como objetivos legítimos para el Estado, sólo es compatible con un derecho al acceso a la justicia de carácter limitado.

Además de lo anterior podemos sostener que con el reconocimiento de la eficiencia y eficacia en la persecución penal como objetivos legítimos, la Corte, aunque implícitamente, introduce la noción de que la persecución penal debe ser una labor eminentemente pública: de nuevo, si la víctima tiene un derecho a exigir la investigación y sanción de todo delito, el Estado no tendrá un real control sobre la política de persecución, por el contrario, será la víctima la que controlará qué conductas serán investigadas y sancionadas, puesto que su derecho al acceso a la justicia forzaría al Estado a perseguir y sancionar<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> En este punto hay que hacer la precisión de que el margen de control político-criminal del Estado se limitará a la tipificación del delito, sin posibilidades de reevaluar *a posteriori* la necesidad de perseguir y sancionar la conducta en cuestión. En este sentido, una vez tipificada la conducta, la víctima podría exigir su persecución y sanción efectivas, sin que el Estado pueda oponerse a dicha pretensión.

En resumen, las razones que la Corte IDH ha incorporado para afirmar el reconocimiento de un derecho al acceso a la justicia de carácter limitado a la víctima (en casos no constitutivos de violaciones graves) son: 1) la constatación de que la herramienta penal se legitima como mecanismo de garantía de derechos sólo de acuerdo a un criterio de gravedad, por lo que la intervención penal no será en todos los casos una medida proporcional, lo que hace necesario que el Estado evalúe en cada nivel de operatividad de su sistema punitivo la necesidad de sancionar; y 2) el reconocimiento de que el Estado puede organizar su sistema de enjuiciamiento criminal bajo criterios de eficiencia y eficacia, idea que sólo es compatible con un derecho de acceso a la justicia limitado.

### **1.3.2.Las razones aducidas por el Tribunal Constitucional chileno**

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ha emprendido la labor de acotar el alcance del derecho al acceso a la justicia de la víctima en el proceso penal, aduciendo razones que pueden ser calificadas como de “orgánica constitucional”. En este sentido, a partir de los casos que constituyen lo que hemos descrito como la posición intermedia<sup>232</sup>, pero más aún, en el Rol 1341-2010, el Tribunal busca afirmar que las potestades de dirección de la investigación del Ministerio Público son constitucionales. Este esfuerzo argumentativo pasa por la descripción de cuál es el modelo de persecución penal establecido en la Constitución, y qué rol asigna este modelo a cada uno de los actores en el proceso penal.

Tal como describimos en el capítulo III, la reciente jurisprudencia el Tribunal Constitucional emprende un esfuerzo de reconstrucción de las razones que justificaron la reforma constitucional que impuso el sistema de enjuiciamiento penal adversarial en Chile. El análisis del Tribunal pone énfasis en establecer el carácter público de la persecución penal, el cual estaría dado por la existencia del Ministerio Público y su función: la dirección exclusiva de las investigaciones.

En opinión del Tribunal, es esta función de dirección exclusiva de la investigación la que busca recoger los principios de eficiencia y eficacia. Ello se consigue por medio del

---

<sup>232</sup> Véase supra capítulo III, “**La posición intermedia: el derecho a una amplia participación en el proceso y al control jurisdiccional del actuar del Ministerio Público**”, en página 74.



otorgamiento de facultades discrecionales, que permitirán al Ministerio Público determinar cómo y en qué casos llevar a cabo la investigación penal.

Ahora bien, cabe destacar que el Tribunal Constitucional no se detiene a realizar un análisis dogmático sobre los derechos fundamentales de la víctima en el proceso. A nuestro juicio, ello explica en parte el hecho que en los distintos casos, el Tribunal aborde la problemática de la posición de la víctima desde varios derechos: en algunas ocasiones es el derecho a la tutela judicial efectiva (o acceso a la justicia), mientras que en otras es el derecho a la acción o también el debido proceso. Es en este sentido que las razones otorgadas por el Tribunal son de “orgánica constitucional”, puesto que no dicen estricta relación con el derecho fundamental en juego, sino con la posición de cada uno de los intervinientes en el diseño del sistema procesal de acuerdo a la Constitución.

En cualquier caso, lo central del argumento del Tribunal, es reconocer que el modelo establecido en la CPR es de carácter público, puesto que los intereses en juego en el proceso penal son precisamente públicos: la imposición de la pena, en tanto potestad estrictamente estatal no responde a un interés privado. En la medida que se reconoce el carácter público del *ius puniendi* y el carácter público de la persecución penal, el resultado, como es evidente, es que la víctima en el marco del proceso penal sólo puede contar con un reducido derecho al acceso a la justicia. En otros términos, las razones que ha introducido la jurisprudencia del TC dicen relación con que el diseño institucional de un sistema de persecución penal pública es incompatible con el reconocimiento de un amplio derecho de acceso a la justicia.

#### **1.4. Conclusiones: ausencia de un análisis dogmático y reconocimiento de tensiones entre los principios básicos del sistema procesal penal y el amplio derecho de la víctima al acceso a la justicia**

A modo de conclusión queremos evidenciar dos puntos centrales en lo que respecta a las razones que ambos tribunales han incorporado en sus sentencias para realizar una configuración más débil del derecho al acceso a la justicia de la víctima en el marco del proceso penal.

El primer punto que salta a la vista es la ausencia en ambas judicaturas de un verdadero análisis desde una dogmática de garantías fundamentales. Si bien se ha constatado un cambio en el alcance que se reconoce al derecho en ambos tribunales, este proceso se ha realizado al margen de un examen o un test de restricciones del derecho en cuestión.

En el sistema interamericano existe un sistema de restricción de derechos<sup>233</sup>, que supone la aplicación del test basado en la proporcionalidad<sup>234</sup>. Sin embargo, dicho test no ha sido utilizado por la Corte para reformular el contenido del derecho al acceso a la justicia.

Por su parte, en el Tribunal Constitucional también ha desarrollado test de restricción de derechos similar al de la Corte IDH, el cual contempla también el uso del principio de proporcionalidad<sup>235</sup>. Sin embargo, dicho examen tampoco ha sido emprendido en la jurisprudencia que hemos podido reseñar en el capítulo III de este trabajo.

En definitiva, si bien los dos tribunales han entregados razones para justificar la reformulación del alcance del derecho al acceso a la justicia de la víctima en el marco del proceso penal, esas razones no se han presentado de manera sistemática bajo un test de restricciones, a pesar de que dicho test es aceptado por ambos tribunales como el método para evaluar la legitimidad de una restricción bajo la CPR y la CADH.

La segunda conclusión a la que podemos arribar es que los dos tribunales efectivamente han ofrecido buenas razones para justificar la reformulación del derecho al acceso a la justicia, limitando en el contenido que a este se le había asignado en un primer momento. Estas razones aducidas, si bien no son idénticas en ambos tribunales, dejan entrever que ambos órganos **detectan la existencia de tensiones entre el reconocimiento amplio del**

---

<sup>233</sup> Sobre dicho sistema a nivel doctrinario véase Nash, Claudio. La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes. En: Mujica, Ignacio y Nash, Claudio (editores). Derechos Humanos y Juicio Justo. 2010. P. 68. Por su parte, en cuanto al uso a nivel jurisprudencial del sistema de restricciones véase Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Supra nota 92.

<sup>234</sup> En el capítulo V ahondaremos en la específica configuración de dicho test en el SIDH.

<sup>235</sup> Así el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“La regulación legal [de un derecho fundamental] debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad, la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón del bien común” (STC, Rol 541-2006, considerando 15°. Citado en Nogueira, Humberto. Op. Cit. Nota 112, P. 374.

Esto también será analizado en detalle en el capítulo V.

## **derecho de acceso a la justicia y una determinada concepción del derecho penal y del derecho procesal penal.**

En este sentido, no es casual que la asignación de un contenido más débil al derecho de la víctima en sede de la Corte IDH, haya venido acompañado de la evaluación de la utilidad del derecho penal como medida de garantía de derechos. Parece ser que el Tribunal detecta un riesgo en la asignación de un contenido amplio al derecho al acceso a la justicia, que podría redundar en un uso expansivo de la vía penal, sin consideración de los peligros que esto conlleva.

Por su parte, la consideración por la libertad de organización del sistema procesal penal en la Corte IDH, y la exhaustiva justificación de la constitucionalidad de las potestades del Ministerio Público por parte del TC, reconocen en parte las tensiones que genera un amplio derecho de acceso a la justicia con la creación de un sistema regido por principios de eficiencia y eficacia.

Ahora bien, frente a la pregunta referente a cuál es esa concepción de derecho penal y de derecho procesal penal desde la cual parten ambos tribunales para detectar esta tensión, estimamos que la respuesta es la afirmación de un derecho penal de *ultima ratio* ejercido a través de un proceso penal de carácter público, adversarial, que incorpora la vigencia del principio de oportunidad en su versión reglada<sup>236</sup>.

Sobre el primer punto, tal como señalamos en *supra* capítulo II.2.2 (**El enjuiciamiento penal y la garantía de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana**), la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido enfática en afirmar la vigencia del principio de intervención mínima o carácter de *ultima ratio* del derecho penal:

“En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.”<sup>237</sup>

La limitación al uso del derecho penal establecida por la Corte IDH en el párrafo antes mencionado coincide plenamente con el sentido de lo que la doctrina conoce como el

---

<sup>236</sup> A lo que nos referimos es al modelo de justicia penal implementado tras las diversas reformas a la justicia penal en Latinoamérica.

<sup>237</sup> Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. *Supra* nota 92, párr. 76.

principio de intervención mínima, esto es: “El Derecho Penal debe hacer presencia en los conflictos sociales sólo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más”<sup>238</sup>. En definitiva, queda en evidencia que la Corte IDH reconoce el principio de intervención mínima, o carácter de *ultima ratio* del derecho penal.

Por otra parte, en relación al modelo de persecución penal, estimamos que las tensiones que detecta la Corte se relacionan con el funcionamiento del sistema adversarial, público que acoge el principio de oportunidad (reglado). Precisamente, como explicaremos en la siguiente sección, un modelo de persecución penal de estas características es el que permite llevar a la práctica un derecho penal de *ultima ratio*, a la vez que se rige por principios de eficiencia y eficacia. Estos dos objetivos legítimos para el Estado entran en tensión con un amplio derecho de acceso a la justicia.

Además de lo anterior, no es ninguna casualidad, que precisamente varios de los casos en los que la Corte ha asignado un contenido más débil al derecho al acceso a la justicia, se refieran a países que cuentan con reformas procesales penales que acogen un sistema de enjuiciamiento público, adversarial y con reconocimiento del principio de oportunidad<sup>239</sup>.

Por otro lado, en el caso del Tribunal Constitucional chileno, como ya hemos explicado, su análisis precisamente busca solucionar las tensiones que se generan entre el reconocimiento de un derecho al acceso a la justicia de la víctima y las potestades del Ministerio Público. Estas potestades no son sino el correlato de la incorporación de criterios de eficiencia y eficacia a la persecución penal, así como también responden a un modelo de intervención penal mínima, que fomenta las salidas distintas al enjuiciamiento penal. En otros términos, el TC debe lidiar concretamente con las tensiones que hay entre un sistema público, adversarial y regido por el principio de oportunidad y el derecho de acceso a la justicia de la víctima.

Partiendo de esta última conclusión, el objeto de la siguiente sección de este capítulo será presentar cuáles son, específicamente, las tensiones que existen entre el amplio derecho al acceso a la justicia y este modelo de enjuiciamiento penal.

---

<sup>238</sup> García-Pablos, Antonio. Derecho Penal: Introducción. Universidad Complutense - Facultad Derecho, Servicio Publicaciones. Madrid, 1995. P. 272.

<sup>239</sup> Es el caso de Venezuela (Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela; y Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Supra nota 85), Panamá (Caso Tristán Donoso), Brasil (Caso Nogueira de Carvalho).



**2. Las tensiones entre un amplio derecho al acceso a la justicia y el derecho penal de *ultima ratio*, ejercido a través de un proceso penal público, adversarial y basado en el principio de oportunidad.**

Como bien sabemos, los sistemas procesales penales en Latinoamérica han experimentado en las últimas décadas, una serie de transformaciones, tendientes a su modernización y compatibilización con los estándares internacionales en materia de derechos humanos<sup>240</sup>. Sobre este punto, Duce sostiene que:

“Desde mediados de los años ochenta la mayoría de los países de América Latina ha emprendido reformas muy significativas orientadas a transformar sus sistemas de administración de justicia. Parte importante de estos esfuerzos se han centrado en la realización de una reforma muy profunda del proceso penal inquisitivo y su reemplazo por un sistema acusatorio oral”.<sup>241</sup>

El resultado de dichas modificaciones, con ciertos matices y diferencias, ha sido el establecimiento de sistemas procesales que se caracterizan por ser públicos, adversariales y regidos por el principio de oportunidad en su variante reglada.

En cuanto a la primera de estas características, debemos recordar que los sistemas de enjuiciamiento criminal varían entre el modelo privado y el público: el primero se caracterizaría porque la persecución penal queda enteramente entregada a la víctima, mientras que el segundo supone que será el Estado, a través de un ente persecutor público - v. gr. el Ministerio Público- el que llevará a cabo la persecución de los delitos.<sup>242</sup>

El segundo punto, esto es, el carácter adversarial se refiere a la implementación de un sistema en el que existe desconcentración de las funciones de investigación y acusación y juzgamiento. Las dos primeras quedan en manos de un órgano distinto al juzgador, lo cual permite garantizar la imparcialidad del tribunal. Así, el carácter propiamente adversarial se manifiesta en la “competición” entre dos partes: el acusador y la defensa.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Véase Bovino, Alberto. Op. Cit. Nota 3, p. I.

<sup>241</sup> Duce, Mauricio. Presentación al informe “Reformas Procesales Penales en América Latina: Discusiones Locales”. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago de Chile, 2005. P. 9.

<sup>242</sup> Véase Bovino, Alberto. Op. Cit. Nota 3, p. 3 y ss.

<sup>243</sup> En este sentido, véase Horvitz, María Inés y López, Julián, Op. Cit. Nota 118, p. 299, nota 361.

Por último, el principio de oportunidad se presentará como una alternativa al antiguo principio de legalidad procesal. Según este último, todo delito que sea puesto en conocimiento de la autoridad deberá ser perseguido y sancionado<sup>244</sup>. Por oposición a ello, el principio de oportunidad incorporará mecanismos que permitan, bajo ciertas circunstancias, no iniciar la persecución o abandonar la ya iniciada.

En la presente sección expondremos cuáles son -en específico- las tensiones que surgen entre el derecho de acceso a la justicia y un sistema de persecución penal con las características antes enunciadas. Desde ya, cabe hacer presente que el ámbito donde se despliegan las tensiones se relaciona, precisamente, con la vigencia del principio de oportunidad en tanto dicho principio es la vía por medio de la cual se incorporan los criterios de eficiencia y eficacia en la persecución penal, así como también las herramientas político-criminales orientadas hacia un derecho penal de *ultima ratio*.

Para comprender cabalmente esta tensión, expondremos cómo se inserta el principio de oportunidad en el funcionamiento de los sistemas penales, cómo se ha justificado su incorporación y en qué tipo de facultades se traduce su recepción. Posteriormente expondremos en detalle dónde se presentan las tensiones con el derecho de acceso a la justicia de la víctima.

## **2.1. El principio de oportunidad en los sistemas procesales penales**

Para comenzar el análisis del principio de oportunidad expondremos de dónde surge la necesidad de su recepción. En este análisis expondremos que tanto el sistema inquisitivo (que reconoce plenamente el principio de legalidad) como el adversarial, operan de manera selectiva; con la diferencia que el segundo busca institucionalizar dicha selectividad, encausándola hacia la eficiencia y eficacia, y la solución alternativa de conflictos.

Primero que todo, queremos recordar que, así como la Corte IDH reconocía tres etapas diferenciadas en el uso de la herramienta penal (tipificación, persecución y sanción)<sup>245</sup>, la dogmática penal ha reconocido también que el poder punitivo del Estado funciona al menos

---

<sup>244</sup> Bovino, Alberto. Op. Cit. Nota 3, p. 15 y ss.

<sup>245</sup> Véase supra capítulo II, “El enjuiciamiento penal y la garantía de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en página 41.

en dos etapas claramente diferenciadas, llamadas *criminalización primaria* y *criminalización secundaria*. Siguiendo a Zaffaroni, la criminalización primaria es “el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas”<sup>246</sup>, esto no es sino la tipificación de la conducta delictiva; por su parte, la criminalización secundaria “es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas”<sup>247</sup>, esta etapa coincide con la persecución y sanción de los responsable de una acto previamente tipificado. Esta distinción da pie a la constatación de que la criminalización primaria tiene pretensiones mucho mayores que las que pueden llegar a cumplir satisfactoriamente las agencias estatales encargadas de la criminalización secundaria<sup>248</sup>: en otros términos, la labor de tipificación es tan extensa, y la conductas criminales son tantas, que los órganos encargados de su persecución y sanción no pueden en caso alguno cumplir dicha labor con plena efectividad.

Lo anterior significa que, en tanto los organismos a cargo de la persecución penal cuentan con una reducida capacidad operativa, no pueden sino actuar de manera selectiva. Esto se traduce que en la práctica, si bien una gran cantidad de conductas se encuentran tipificadas, sólo algunas de ellas serán perseguidas, y dentro de esas, un número aún más limitado serán efectivamente sancionadas.

Ahora bien, hay que destacar que en un sistema de corte inquisitivo, en el que se plantea la vigencia irrestricta del principio de legalidad, este proceso de selectividad sigue existiendo<sup>249</sup>. Tal como señala Bovino “[el cumplimiento absoluto del principio de legalidad] es un deber de cumplimiento imposible”<sup>250</sup>; sin embargo, tal selectividad opera, en esta clase de sistemas, de manera soterrada, al margen de la legalidad. En este sentido, se ha destacado que son principalmente las agencias policiales las que llevan a cabo un proceso de selección informal, definiendo qué hechos serán perseguidos<sup>251</sup>. Dicho proceso de selección informal no se rige, naturalmente, por criterios racionales referentes a la gravedad o carácter del delito, sino que, por el contrario, se basa en criterios

---

<sup>246</sup> Zaffaroni, Eugenio, et al. Derecho Penal Parte General. Segunda edición, 2002. Ediar, Buenos Aires, Argentina, p. 7.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>248</sup> *Ídem*.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p 9.

<sup>250</sup> Bovino, Alberto. Op. Cit. Nota 3, p. 17

<sup>251</sup> Zaffaroni, Eugenio, et al, Op, cit. Nota 246, p. 9.



discriminatorios (prejuicios de raza, clase, género, edad, etc.)<sup>252</sup>. Sin embargo, dicho proceso de selección, tampoco es suficiente para evitar la sobrecarga del sistema de enjuiciamiento, lo que redundaría en un sistema procesal penal saturado<sup>253</sup> que, si bien formalmente sostiene que todo delito será perseguido, en la realidad selecciona casos sobre la base de criterios discriminatorios. Esta idea es expresada con claridad meridiana por Bovino, quien sostiene que:

“La persecución penal obligatoria al no permitir diferenciación alguna en el tratamiento de los casos penales, satura la justicia penal y contribuye a determinar un proceso de selección manifiestamente irracional. Así, se ha demostrado que, en la práctica, el principio de legalidad procesal reafirma la tendencia de la justicia penal de ocuparse de la solución de los hechos menos graves de criminalidad común -v.gr., delitos contra la propiedad-, y de orientar la persecución de manera discriminatoria hacia determinados sectores de la población -v.gr., los más débiles-. En consecuencia, el principio de legalidad procesal opera como un serio *obstáculo* para racionalizar la política de persecución penal estatal.”<sup>254</sup>

Ahora bien, constatada la ineficiencia y el funcionamiento discriminatorio del sistema de enjuiciamiento criminal, las reformas procesales penales han acogido, como uno de los principios fundamentales del proceso<sup>255</sup>, la introducción del principio de oportunidad. Tal como señala la doctrina, el principio de oportunidad “enuncia que el ministerio público, ante la noticia de un hecho punible o, inclusive, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal”<sup>256</sup>. Ahora bien, las razones que justifican el uso del principio de oportunidad son dos: 1) “la *eficiencia del sistema penal* en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el *descongestionamiento* de una justicia penal sobresaturada de casos”<sup>257</sup>; y 2) “la *descriminalización de hechos punibles*, evitando la aplicación del poder

---

<sup>252</sup> Sobre este punto véase en particular el capítulo “Selectividad y Vulnerabilidad” de la obra de Zaffaroni. Zaffaroni, Eugenio, et al. Op. cit. Nota 246, p. 8 y ss. Así mismo, véase: Bovino, Alberto. Op. Cit. Nota 3, p. 19.

<sup>253</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián, Op. Cit. Nota 118, p. 47

<sup>254</sup> Bovino, Alberto. Op. Cit. Nota 3, p. 20.

<sup>255</sup> Cabe hacer presente que es concebible un sistema inquisitorio que reconociera una versión atenuada del principio de legalidad, sin embargo, la realidad ha sido, que la introducción de sistemas de enjuiciamiento adversarial ha traído aparejada la incorporación del principio de oportunidad.

<sup>256</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián, Op. Cit. Nota 118, p. 48. (Siguiendo a Julio Maier)

<sup>257</sup> Ídem.

estatal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación”<sup>258</sup>.

Por último, estimamos que la recepción del principio de oportunidad tiene un beneficio adicional. La idea de instaurar un sistema de selección de casos formal permite sustituir los criterios de selección informal que imperan en un sistema regido por el principio de legalidad. Como ya indicamos antes, uno de los inconvenientes de la existencia de sistemas informales de selección de casos, es que estos operan bajo criterios esencialmente discriminatorios; frente a esto, fijar una política de selección de casos que permita sustituir dichos criterios por razones aceptables bajo una perspectiva de derechos fundamentales (como la gravedad del delito) se presenta como otro beneficio más de un sistema de selección formal.

En definitiva, **dado que es imposible que el sistema procesal penal persiga y sancione la totalidad de los delitos**, por medio del principio de oportunidad se **busca establecer un sistema de selección de casos, sobre la base de criterios formales, compatibles con una sociedad democrática**. Con ello se pretende tanto la búsqueda de un sistema procesal penal más eficiente y eficaz, como el logro de otros objetivos político-criminales legítimos (como el uso de soluciones alternativas al conflicto penal o la descriminalización de ciertas conductas).

Hay que resaltar que, el reconocimiento del principio de oportunidad significa un alejamiento del principio de legalidad, pero no la negación completa de este último. Desde ya, en nuestro sistema procesal penal la regla general continúa siendo la legalidad procesal, admitiéndose el principio de oportunidad en determinadas ocasiones y bajo estricta regulación legal<sup>259</sup>. Esto es lo que se conoce como principio de oportunidad reglado<sup>260</sup>, y sobre su recepción Duce afirma que:

“Este modelo es el que impera contemporáneamente en los sistemas europeo-continenciales y es, además, el que han adoptado la mayoría de los países de la región que han emprendido reformas similares a la chilena desde mediados de los años ochenta del siglo pasado”<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> Ídem.

<sup>259</sup> Ibídem, p. 292.

<sup>260</sup> Duce, Mauricio. Op. Cit. Nota 98, p.258.

<sup>261</sup> Ídem.

A continuación nos detendremos a analizar con mayor detalle los dos objetivos centrales del principio de oportunidad y cómo estos operan en la práctica a través de los mecanismos de selección ejercidos por el órgano persecutor.

### **2.1.1.El principio de oportunidad y la eficiencia y eficacia**

Por una parte, para implementar los principios de eficiencia y eficacia a la persecución penal, el principio de oportunidad otorgará al órgano persecutor facultades orientadas a adoptar decisiones de selección de casos que busquen una **reducción de la carga de trabajo de dicho órgano en pos de priorizar la asignación de recursos a la persecución de delitos de mayor relevancia o que tengan mayor posibilidad de éxito litigioso**. Como ya dijimos arriba, este aspecto del principio de oportunidad supone la constatación empírica de que el sistema procesal penal es incapaz de responder ante la totalidad de los delitos que son denunciados. Un ejemplo concreto de estas facultades en el sistema procesal penal chileno es la institución de la suspensión condicional del procedimiento, la cual, como ya hemos explicado más arriba<sup>262</sup>, permite al fiscal promover un acuerdo con el imputado, por medio del cual, este se somete al cumplimiento de una serie de condiciones y se da término anticipado al procedimiento, ello permite a la fiscalía avocar sus recursos a la investigación y tramitación de otras causas más importantes y más viables en términos de política criminal<sup>263</sup>.

### **2.1.2.El principio de oportunidad y la política criminal orientada a un derecho penal de *ultima ratio***

Ahora bien, como ya hemos mencionado antes, la determinación de criterios de selección bajo el alero del principio de oportunidad, permite al órgano persecutor introducir

---

<sup>262</sup> Véase supra Capítulo III.2.1.

<sup>263</sup> Queremos hacer presente que existen una serie de otras instituciones procesales, que si bien no son correlato directo del principio de oportunidad, sí responden a la incorporación de la eficiencia y la eficacia en el actuar del órgano persecutor. Así por ejemplo, en el sistema procesal penal chileno, el fiscal está facultado, en ciertos casos, para archivar provisionalmente una causa, lo que se traduce en la no realización de ninguna otra diligencia de investigación por parte del ministerio público. Como señala la doctrina, “esta institución tiene por finalidad ahorrar recursos al sistema cuando, desde un principio, no existe expectativa razonable de éxito para la persecución penal de un determinado hecho que reviste caracteres de delito” Horvitz, María Inés y López, Julián, Op. Cit. Nota 118, p 486.

importantes consideraciones político-criminales en el ejercicio de sus labores, con el objetivo de **descriminalizar conductas y el fomentar el uso de métodos alternativos de solución de conflictos**.

En este sentido, tal como ha señalado la Corte IDH, el enjuiciamiento y la sanción penal son medidas que representan las fuertes restricciones a los derechos fundamentales del imputado/sancionado<sup>264</sup>. Por su parte, es sabido que “[l]a efectividad real del derecho penal suscita una cuestión muy debatida en la doctrina, pues que sea el instrumento más drástico y temible del arsenal del Estado no significa necesariamente que sea, también, el más eficaz y resolutorio de todos”<sup>265</sup>. Ante estas constataciones, el principio de oportunidad surge como una herramienta útil para abrir una posibilidad al ente persecutor para optar por la no persecución penal de una conducta, cuando esta no sea realmente aconsejable. Esto, en el fondo, es la afirmación de un derecho penal verdaderamente de *ultima ratio*, el cual permite reevaluar la necesidad de su aplicación en frente a un hecho y un imputado concreto.

En el marco de este objetivo, el principio de oportunidad, permiten el uso de salidas alternativas al enjuiciamiento penal, las que conllevan un menor sacrificio de los derechos del imputado, a la vez que permiten una verdadera vía de reparación del conflicto. El ejemplo paradigmático de esta clase de medidas en nuestro sistema procesal penal es el uso de los acuerdos reparatorios<sup>266</sup>. Dicha institución “consiste, esencialmente, en un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal”<sup>267</sup>. Cabe destacar que la institución de la suspensión condicional del procedimiento, además de satisfacer necesidades de eficiencia y eficacia, también permite lograr evitar los efectos gravosos del enjuiciamiento y la sanción penal, por medio de la imposición de

---

<sup>264</sup> Véase supra capítulo II. 2.2 “El enjuiciamiento penal y la garantía de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”.

<sup>265</sup> García-Pablos, Antonio. Tendencias del Actual Derecho Penal. EN: Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España (2001). P. 43.

<sup>266</sup> Art. 241 del CPP.

<sup>267</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián, Op. Cit. Nota 118, p. 568.

medidas de sanción alternativas (como los trabajos comunitarios) y en ese sentido también puede ser tenida en cuenta dentro de esta categoría<sup>268</sup>.

La versión más radical de las facultades concebidas bajo esta función, es la conocida como el principio de oportunidad *stricto sensu*. En el caso del sistema procesal penal chileno, el principio de oportunidad *stricto sensu*, permite al Ministerio Público no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, si se estimare que el hecho no compromete gravemente el interés público y si es que este tiene una penalidad que no supere el presidio o reclusión menor en su grado mínimo y no haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones (art. 170 del CPP). Lo radical de esta función radica en que, a través de su uso, el fiscal podrá decidir ni siquiera iniciar la investigación del hecho. Como ha señalado la doctrina, esta facultad tiene un carácter excepcional y supone su aplicación bajo un criterio de “mínima gravedad del injusto”<sup>269</sup> y en consideración a los efectos negativos de la persecución y la sanción penal. Sin perjuicio de ello, su configuración en el sistema procesal penal chileno, supone que si la víctima manifiesta su oposición al uso de esta facultad, el Ministerio Público se verá forzado a proseguir con la persecución penal (art. 170, inc. 3); en definitiva, al menos en este punto, la configuración legal ha dejado plenamente resguardado el derecho de la víctima.

---

<sup>268</sup> En este sentido, Bascañán sostiene que:

“En efecto, la concesión de una suspensión condicional del procedimiento a sujetos sin compromiso delictual y respecto de la atribución de hechos punibles de baja o mediana gravedad puede hacer innecesaria la pena desde un punto de vista preventivo general, porque la conducta posterior del imputado, que cumple satisfactoriamente las condiciones impuestas, permite la estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de sus valores y la ratificación de la confianza en su vigencia. Desde un punto de vista preventivo-especial esta salida alternativa aparece como especialmente positiva, pues no presenta las desventajas de toda privación de libertad, posee un menor componente coactivo y aflictivo, y si va acompañada de una compensación a la víctima, puede ser valorada positivamente como el mejor esfuerzo del autor en reparar el mal ocasionado con el injusto.” (Bascañán, Antonio. Los principios generales del nuevo proceso penal. Citado en: Horvitz, María Inés y López, Julián, Op. Cit. Nota 118, nota 349)

<sup>269</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián, Op. Cit. Nota 118, p. 487.

## **2.2. Las tensiones entre el principio de oportunidad y el amplio derecho de acceso a la justicia**

Habiendo constatado cómo se justifica y en qué se traduce la incorporación del principio de oportunidad, procede examinar cómo este se encuentra en tensión con la concepción amplia del derecho de acceso a la justicia de la víctima.

Como hemos señalado más arriba, la postura originaria de ambos tribunales en relación al derecho de acceso a la justicia de la víctima, configuraba dicha garantía como la facultad de exigir al Estado la persecución y efectiva sanción de los responsables de un ilícito penal. En particular la Corte IDH señalaba que dicha persecución no podría ser limitada por disposiciones de prescripción, amnistía o indulto, volviéndose obligatoria la sanción efectiva de los responsables<sup>270</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional, afirmaba que dicha garantía no podría ser limitada por la voluntad del Ministerio Público, debiéndose permitir a la víctima llevar, en todo evento, el caso ante un tribunal, para que se decida sobre la inocencia o culpabilidad del acusado.

Ahora bien, las facultades derivadas de la incorporación del principio de oportunidad, se encuentran claramente en tensión con esta noción de un amplio derecho al acceso a la justicia. Así, si la víctima tiene un amplio derecho a exigir la persecución y sanción del responsable del ilícito, las facultades derivadas del principio de oportunidad, que suponen precisamente el abandono de la pretensión punitiva, se presentarán como contrarias al contenido mismo del derecho al acceso a la justicia.

Si el órgano persecutor promoviera, por ejemplo, una suspensión condicional del procedimiento, en atención a que el imputado no posee antecedentes penales y considerando la baja gravedad del delito imputado (en el fondo, por razones de política criminal), ello conllevaría precisamente, impedir el juzgamiento efectivo del supuesto responsable del ilícito.

A su vez, si el Estado estima inviable obtener una condena en contra de un supuesto responsable de un ilícito, este buscará, bajo el principio de oportunidad (siguiendo el objetivo de lograr la eficiencia y eficacia en el uso de los recursos), ejercer una facultad

---

<sup>270</sup> Véase, supra capítulo II.1.3 “**El desarrollo posterior relativo a casos de graves violaciones de derechos humanos**”.

como la decisión de no perseverar en el procedimiento. El uso de esta supone, de nuevo, abstenerse de juzgar a un supuesto responsable.

En definitiva, al ejercer las facultades derivadas del principio de oportunidad, respondan estas a razones de eficiencia y eficacia o a motivos de política criminal, el órgano persecutor irá en contra, precisamente, del contenido mismo del amplio derecho al acceso a la justicia: juzgar y sancionar efectivamente al responsable del delito.

El problema de esta tensión radica también, en que, si se reconoce un amplio acceso a la justicia, quien tendrá la decisión última sobre cuándo se persigue penalmente una conducta o no, será la víctima y no el Estado (puesto que cada vez que se denuncie un hecho, su persecución será obligatoria en función del derecho al acceso a la justicia). Más allá del hecho que esto pueda parecer contrario a la noción de que el *ius puniendi* es esencialmente una potestad pública<sup>271</sup>, esto significa poner en jaque la pretensión de construir un sistema procesal penal eficiente y eficaz, y verdaderamente de *ultima ratio*. En este sentido, el amplio reconocimiento de este derecho privará al Estado de la posibilidad de fijar una política persecutoria, selectiva, pero eficiente y mínima<sup>272</sup>.

Como indicamos antes en este mismo capítulo, la jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional, se ha desplazado hacia un reconocimiento más restringido del derecho al acceso a la justicia. La asignación de ese rol más limitado a la víctima, se presenta como una compatibilización de dicha garantía con un sistema que acoge el principio de oportunidad reglado: si el derecho de la víctima no comprende la persecución y sanción efectiva del responsable, entonces en nada obsta a dicha garantía que el órgano persecutor promueva, ejerza ciertas funciones que supongan que el proceso no llegará a dicha etapa.

Las razones que entregaron ambos tribunales para justificar este tránsito hacia un derecho de acceso a la justicia más reducido son exactamente las razones que justifican la implementación del principio de oportunidad: la eficiencia y eficacia y la consecución de un sistema penal regido por el principio de intervención penal mínima o *ultima ratio*.

---

<sup>271</sup> García-Pablos, Antonio. Op. Cit. Nota 238, p 227. Véase también: Zaffaroni, Eugenio. Op. cit. Nota 211, p. 32

<sup>272</sup> Hay que aclarar que al usar el término “mínima” nos referimos a una persecución que, desde el reconocimiento de la lesividad que representa, busca perseguir las conductas más graves, optando fomentando en los demás casos opciones de solución menos gravosas.

Sin embargo, estas razones no han sido presentadas para abordar directamente la tensión entre acceso a la justicia y el principio de oportunidad, es decir, no se ha abordado el problema desde una dogmática de los derechos fundamentales. Ello ha impedido también que se haga un análisis explícito sobre cuáles serían las facultades que son aceptables desde una concepción mínima del acceso a la justicia como derecho humano, y cuáles son aquellas que sobrepasan las restricciones aceptables a dicho derecho.

En este sentido, se hace necesario concebir el problema del derecho al acceso a la justicia desde un test de restricciones, el cual permitirá ponderar si las razones entregadas por cada tribunal son objetivos legítimos a la luz de la CADH y la CPR, si se manifiestan en medidas de restricción proporcionales, o si por el contrario deben ser tenidas ilegítimas.



### 3. Conclusiones al presente capítulo

A modo de cierre del presente capítulo queremos recapitular sobre algunas de las conclusiones a las que hemos podido arribar.

Hemos constatado como primer punto que ambos tribunales han justificado de manera insuficiente el reconocimiento del derecho al acceso a la justicia de la víctima en el proceso penal. Dicho déficit no significa que estimemos que la garantía en cuestión no puede ser reconocida, sino tan solo que ambos tribunales deben ser más exhaustivos en su justificación.

Por otra parte, hemos podido dar cuenta de que el desarrollo jurisprudencial de ambos tribunales se ha desplazado desde el reconocimiento de un amplio derecho de acceso a la justicia para la víctima en el marco del proceso penal, hacia la asignación de un contenido más limitado a dicha garantía. En concordancia con ello, hemos arribado a la conclusión que las razones que justificaron este cambio en la jurisprudencia de ambos tribunales, reconocen de manera implícita las tensiones que el amplio reconocimiento de la garantía generaba con ciertos aspectos del sistema de enjuiciamiento penal. Sin embargo, dichas razones no fueron presentadas por ninguna de las dos judicaturas bajo un modelo de restricción de derechos.

Por último, sostuvimos que las tensiones que existen entre el derecho al acceso a la justicia y el sistema procesal penal se relacionan con un aspecto particular, propio de los sistemas penales modernos: la recepción del principio de oportunidad reglado. En este sentido, dicho principio, que busca instaurar los principios de eficiencia y eficacia en la persecución penal y la consecución de un sistema penal de *ultima ratio*, se encuentra en tensión con un amplio derecho de la víctima al acceso a la justicia. La existencia de un tal derecho en su concepción amplia, que implique el juzgamiento y sanción efectivos del responsable del ilícito, vuelve imposible la instauración de sistemas de selección de casos.

Ahora bien, a modo de conclusión final, sostenemos que la tensión antes descrita puede solucionarse de manera satisfactoria, a través de la sistematización de las razones entregadas por ambos tribunales bajo el test de restricción basado en la proporcionalidad. Lo cual nos permitirá afirmar que la instauración de un sistema procesal penal público, adversarial, basado en el principio de oportunidad reglado, que incorpore mecanismos de

selección de casos, constituirá una medida de restricción proporcionada al derecho de acceso a la justicia. El siguiente capítulo estará dedicado al análisis y aplicación dicho test a la medida de restricción en comento.

## **V. EL TEST DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS COMO SOLUCIÓN DE LAS TENSIONES ANTES DESCRITAS**

En el capítulo anterior describimos las razones que acompañaron la reformulación del derecho de la víctima al acceso a la justicia en la jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional chileno. En dicho capítulo constatamos también que dichas razones apuntaban hacia la existencia de tensiones entre el reconocimiento amplio del derecho en cuestión, y un determinado modelo de enjuiciamiento penal: el sistema de persecución penal pública, adversarial basado en el principio de oportunidad reglada. Por último, concluimos que los razonamientos de ambos tribunales se han abstenido de presentar estas razones bajo el esquema de un test de restricciones, mecanismo que ha sido reconocido por ambas judicaturas como el sistema bajo el cual evaluar la legitimidad de una restricción, esto es, si una limitación a un derecho se encuentra justificada o si es que por el contrario deviene en una violación de la garantía.

En el presente capítulo afirmaremos que dicho modelo de persecución penal puede ser presentado como una medida de restricción del derecho de acceso a la justicia. Así, al aplicar el test de restricción basado en la proporcionalidad, podremos concluir que dicha medida en una restricción legítima al derecho de acceso a la justicia. Para justificar lo anterior incorporaremos los argumentos que en su momento entregaron tanto la Corte IDH como el TC para transitar desde una concepción amplia de derecho de acceso a la justicia hacia una concepción reducida.

Para lograr lo anterior, el presente capítulo abordará primero una descripción general del test de restricción basado en la proporcionalidad, cómo este ha sido reconocido tanto por la Corte IDH como por el Tribunal Constitucional, y cuál será la específica configuración de dicho test que utilizaremos para nuestro análisis. Luego expondremos en específico cuál es el derecho que buscamos restringir y cuál es la medida que se pretende justificar. Por último, someteremos dicha medida al test de restricciones, analizando cada uno de los elementos que lo componen (legalidad, legitimidad del objetivo y proporcionalidad), y cómo las razones entregadas por ambos tribunales en su jurisprudencia sobre acceso a la justicia de la víctima en el proceso penal pueden insertarse en estas categorías y contribuir a

la constatación de que la restricción en cuestión se haya justificada. Ello nos permitirá concluir que, a través del test de restricción, es posible salvar el diseño de un modelo de persecución penal público, adversarial, que incorpore el principio de oportunidad, sin que ello implique la completa exclusión de la víctima del proceso penal.

### **1. Sobre el test de restricción en general y su reconocimiento por la Corte IDH y por el Tribunal Constitucional**

Tal como ha señalado la doctrina, la necesidad de lograr la coexistencia armónica de los derechos de todos los individuos plantea la necesidad para el Estado de establecer restricciones al ejercicio de las garantías fundamentales<sup>273</sup>. Sin embargo, dichas restricciones deben ser estrictamente evaluadas, en tanto arriesgan constituir injerencias arbitrarias sobre los derechos individuales. Con miras a establecer estándares bajo los cuales evaluar la legitimidad de las restricciones, tanto la Corte IDH como el Tribunal Constitucional, han utilizado un test de restricciones basado en el principio de proporcionalidad.

Sobre la justificación del uso de la proporcionalidad como baremo para medir la legitimidad de una restricción de garantías fundamentales, Bascuñán sostiene que:

“El principio de proporcionalidad es una exigencia del Estado de Derecho, caracterizado por la primacía de los derechos fundamentales. Esta es la tesis del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y en ese carácter debe ser asumida por la jurisdicción constitucional. La cuestión que origina la asunción de este principio es la necesidad de justificación material de los actos estatales que afectan el ejercicio de los derechos fundamentales. Si el respeto de los derechos fundamentales es un principio básico de la legitimación de la actuación del Estado, entonces los actos estatales que implican afectación de derechos fundamentales requieren justificación material. Es decir, respecto de esta clase de actos estatales, no basta con su legitimación procedimental.”<sup>274</sup>

---

<sup>273</sup> Medina, Cecilia y Nash, Claudio. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección. Centro de Derechos Humanos – Facultad de Derecho Universidad de Chile (2007), p. 32.

<sup>274</sup> Bascuñán, Antonio. Comentario de la Jurisprudencia del año 2003 Corte Suprema y Tribunal Constitucional. En: Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Número I, 2004, p. 323.

En definitiva, la proporcionalidad permite evaluar las restricciones establecidas a los derechos fundamentales por el Estado, tomando en consideración los objetivos que se persiguen a través de la restricción en cuestión y el costo que esta representa para el goce del derecho<sup>275</sup>.

A continuación expondremos cómo ha sido configurado el test de restricción basado en la proporcionalidad en la Corte IDH y en el Tribunal Constitucional chileno, para finalizar exponiendo la particular configuración del test de restricción que utilizaremos en lo sucesivo.

### **1.1. El test de proporcionalidad en la Corte IDH: la visión tradicional y el nuevo enfoque del caso Kimel**

La Corte IDH, ha utilizado el test basado en la proporcionalidad desde largo en su jurisprudencia<sup>276</sup>. Dicho tribunal ha estimado que este test se conforma por los siguientes elementos: a) legalidad de la medida; b) la existencia de un objetivo legítimo que justifique la restricción; c) que la medida sea proporcional; y d) a modo de requisito adicional se exige que la medida sea “necesaria en una sociedad democrática”.<sup>277</sup>

Por una parte, el requisito de legalidad supone que “las condiciones generales y circunstancias que autorizan una medida de restricción del ejercicio de un derecho humano deben estar *establecidas por ley*.”<sup>278</sup> Por otra, la legitimidad del fin implica que “la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas establecidas en los instrumentos internacionales, ya sea como norma general o específicamente para ciertos derechos”<sup>279</sup>. En cuanto al principio de proporcionalidad, la jurisprudencia entendió que este está conformado por tres sub-principios: la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad en sentido estricto. De acuerdo a Nash:

---

<sup>275</sup> Ídem.

<sup>276</sup> En este sentido, véase Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.** Serie A No. 5; y más recientemente puede consultarse Corte IDH. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, en especial en el párr. 96.

<sup>277</sup> Nash, Claudio. El sistema interamericano de derechos humanos en acción aciertos y desafíos. Porrúa, México (2009). P. 41.

<sup>278</sup> Ídem (las cursivas corresponden al original).

<sup>279</sup> Ídem.

“Por ‘necesaria’ se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a un apremiante necesidad social. Debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o de los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados. La medida será “adecuada” cuando sea conducente para obtener la protección del derecho mediante la restricción del otro en conflicto; y la “proporcionalidad propiamente tal” tiene relación con que la medida debe ser aquella que consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de la restricción, lo que implica que si hay una medida alternativa menos gravosa debe emplearse esa alternativa.”<sup>280</sup>

Además de lo anterior, el mismo autor reconoce que el requisito de “necesaria en una sociedad democrática”:

“[P]uede ser interpretado como un estándar más restrictivo para las restricciones ya que no sólo deben cumplir con los criterios señalados previamente [...], sino que además deberán tener en consideración valores propios de una sociedad democrática, como tolerancia, participación, deliberación, respeto por las minorías, entre otros”<sup>281</sup>

Esta configuración del test de restricción fue incorporada por la Corte IDH a partir del desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>282</sup>.

Ahora bien, más recientemente, la Corte IDH ha expuesto el test de restricción basado en el principio de proporcionalidad de una manera distinta, aunque compatible con la anterior jurisprudencia sobre la materia. En el caso *Kimel vs. Argentina*<sup>283</sup>, la Corte tuvo la posibilidad de referirse a la restricción de la libertad de expresión por la vía de la tipificación penal del delito de injurias, con el objeto de resguardar la honra. En su sentencia, la Corte configura el test de restricción de la siguiente forma:

“Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la **legalidad** estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección

---

<sup>280</sup> Ídem.

<sup>281</sup> Ibídem, pág. 42.

<sup>282</sup> En particular véase Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Supra nota 276 Párr. 46. En dicha opinión la Corte IDH sigue en particular la sentencia al caso *Sunday Times*. Sobre el uso del término “necesaria en una sociedad democrática” por parte de la Corte IDH, en concordancia con lo señalado por la Corte Europea, véase: Medina, Cecilia y Nash, Claudio. Op. Cit. Nota 273, p. 33.

<sup>283</sup> Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Supra nota 92.

de la reputación de los jueces **sirve una finalidad legítima** de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la **idoneidad** de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la **necesidad** de tal medida, y iv) analizará la estricta **proporcionalidad** de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.”<sup>284</sup>

Según lo anterior, queda en evidencia que la Corte no sistematiza el test de restricción de la misma forma, sin perjuicio de que los elementos del mismo sigan presentes: legalidad, legitimidad, adecuación (o idoneidad) y proporcionalidad. Sin perjuicio de ello, la Corte no tomó en consideración el requisito de que la medida sea “necesaria en una sociedad democrática”.

Además de la eliminación de este último requisito, la configuración del test de restricciones en el caso Kimel difiere de la anterior jurisprudencia en cuanto al contenido de los elementos del test de restricción. Si bien la legalidad, la idoneidad y la legitimidad del fin siguen siendo teniendo el mismo contenido, la proporcionalidad y la necesidad se formulan de manera distinta.

Por una parte, en Kimel se estimó que “[e]n el análisis de [la necesidad...], la Corte debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas”<sup>285</sup>, aunque ello se aparta de la anterior comprensión jurisprudencial de la necesidad, como veremos más adelante, lo dicho es compatible con la forma en la que este elemento ha sido entendido por la doctrina especializada en la materia.

Por otra parte, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, se entendió que esta suponía que “el sacrificio inherente a [la restricción] no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”<sup>286</sup>, de nuevo aquí hay una diferencia en la manera en que la jurisprudencia había comprendido este elemento, sin embargo, como expondremos más adelante, esta nueva forma de entender la proporcionalidad también es compatible con la doctrina especializada en el test de proporcionalidad.

---

<sup>284</sup> Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Supra nota 92, párr. 58

<sup>285</sup> *Ibidem*, párr. 74.

<sup>286</sup> *Ibidem*, párr. 83.

Cabe destacar por último que esta forma de comprender el test de restricción ya había sido empleada por la Corte en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, aunque sin la misma claridad con la que fue expuesta en el caso *Kimel*<sup>287</sup>.

## 1.2. El test de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional chileno

Por otra parte, el Tribunal Constitucional chileno ha sido menos sistemático en el establecimiento de un test de restricciones de derechos fundamentales<sup>288</sup>. Sin perjuicio de ello, el test de proporcionalidad se ha introducido en la jurisprudencia de este órgano desde el año 2006.

En la sentencia en cuestión el Tribunal sostuvo:

“La regulación legal [del ejercicio de un derecho fundamental] debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común.”<sup>289</sup>

Más recientemente el Tribunal Constitucional expuso con mayor claridad y sistematicidad los elementos que configuran este test de restricción, afirmando que:

“Que los límites al derecho consagrado en la Constitución deben, como ha señalado reiteradamente este Tribunal, pasar un examen de proporcionalidad; esto es, perseguir  **fines lícitos**, constituir la limitación un  **medio idóneo** o apto para alcanzar tal fin y resultar el menoscabo o limitación al ejercicio del derecho,  **proporcional** al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue. [...]”<sup>290</sup>

Del considerando antes citado podemos deducir que el Tribunal Constitucional efectivamente ha implementado el test de restricción fundado en el principio de proporcionalidad como examen para evaluar la legitimidad de una restricción a un derecho

---

<sup>287</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Párr. 93.

<sup>288</sup> Sobre la disparidad de criterios en la jurisprudencia del TC véase: Nogueira, Humberto. Op. Cit. Nota 112.

<sup>289</sup> STC, Rol 541-2006, considerando 15°. Este razonamiento se desarrolla aún más en: STC, Rol 790-2007, considerandos 22° y 27°.

<sup>290</sup> STC, Rol 1193-2008, considerando 21°.



fundamental. La configuración específica de dicho test en el TC supone la evaluación de: 1) la legitimidad del fin perseguido; 2) la idoneidad de la medida; y 3) la proporcionalidad.

### **1.3. El test de proporcionalidad: varias formulaciones para un mismo sistema de restricciones**

Más allá de las discrepancias terminológicas comunes a cada uno de los dos tribunales, existe acuerdo en que la legitimidad de las restricciones de garantías fundamentales **debe ser evaluada**, siendo ello un requisito propio del Estado de Derecho; en este contexto, el test de restricción basado en la proporcionalidad se ha asentado como el mecanismo para llevar a cabo dicho examen.

La configuración del test de restricción por parte del Tribunal Constitucional es similar a la de la Corte IDH, en tanto ambos reconocen la necesidad de la evaluación de la **legitimidad del fin**, la **idoneidad** y la **proporcionalidad**. Ahora bien, podría argumentarse que el TC no ha recogido el elemento de legalidad (esto es, la necesidad de que la medida sea establecida por ley), sin embargo, afirmamos que el elemento de legalidad también está presente en el razonamiento del TC, aunque de modo implícito, ya que la medida de restricción evaluada en el caso antes citado dice relación precisamente con una disposición legal. En síntesis, los elementos constitutivos del test de restricción son similares en ambas jurisdicciones, sin perjuicio de existan diferencias en la sistematización de los mismos. En definitiva, los dos tribunales funcionan, a grandes rasgos, utilizando un mismo sistema de evaluación de la legitimidad de las restricciones.

Las diferencias en la formulación específica del test en ambas jurisdicciones se explica porque, tal como señala Bascuñán, el principio de proporcionalidad no está establecido de manera explícita en ninguna constitución<sup>291</sup> -y podemos agregar a ello los tratados internacionales-. Esta es más bien una construcción doctrinaria y jurisprudencial, ello supone que su configuración es contingente: sus elementos se reformularán a la par con el desarrollo jurisprudencial y doctrinario que de ellos se haga.

---

<sup>291</sup> Bascuñán, Antonio. Op. Cit. Nota 274, p. 323.

Ahora bien, para efectos de nuestro análisis se vuelve necesario adoptar una manera de entender el test de proporcionalidad. Para ello proponemos la siguiente formulación, con la cual pretendemos recoger la sistematización más clara de los elementos del test (esta es la entregada por la Corte IDH en su primera jurisprudencia sobre la materia), y a la vez, en cuanto al contenido nos basaremos en el desarrollo doctrinario especializado sobre la materia, en particular el expresado en el texto de Bernal<sup>292</sup> junto a los señalado por la Corte IDH en el caso Kimel. De acuerdo a ello, el test de restricción basado en la proporcionalidad estará compuesto por tres elementos, uno de los cuales incluirá a su vez tres sub-principios:

1) La **legalidad de la medida**: ello supone, tal como se expuso más arriba, que la restricción este consagrada por ley<sup>293</sup>;

2) La **legitimidad del objetivo**: este elemento supone que la medida de restricción apunte a la consecución de un objetivo de aquellos que son aceptables bajo la CADH y la CPR. Tal como señala Nash: “Generalmente ellas son el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden públicos, o la protección de la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otros”<sup>294</sup>. Estimamos que la CADH ha establecido en su art. 32.2 las dos causales genéricas que habilitan a la restricción de los derechos: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”<sup>295</sup>. Ahora bien, tal como señala Bernal, una postura radicalmente liberal de los derechos fundamentales, buscará argumentar que los únicos fines legítimos para la restricción de un derecho fundamental son otros derechos fundamentales, “[...] sobre la base del convencimiento de que la libertad únicamente puede ser restringida por causa de la propia libertad”<sup>296</sup>. Ahora bien, dicho autor reconoce que tal postura “[...] desemboca en

---

<sup>292</sup> Bernal, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España (2003).

<sup>293</sup> Nash, Claudio. Op. Cit. Nota 233, p. 69. En el mismo sentido, en cuanto al requisito de legalidad en relación a la aplicación del test de proporcionalidad en el constitucionalismo alemán: Bernal, Carlos. *Ibidem*, p. 758.

<sup>294</sup> Nash, Claudio. Op. Cit. Nota 233, p. 69.

<sup>295</sup> CADH, art. 32.2.

<sup>296</sup> Bernal, Carlos. Op. Cit. Nota 292, p. 690.

una interpretación exacerbadamente individualista del sistema de derecho fundamentales, que hace casi imposible que el Parlamento pueda trazarse objetivos útiles para la comunidad en general”<sup>297</sup>. Es por ello que las restricciones de derechos fundamentales también pueden basarse en “[...] los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados por otros principios constitucionales [...]”<sup>298</sup> -es en este sentido en el que estimamos se debe entender la referencia al “bien común” establecida en el art. 32.2 de la CADH-; y

3) La **proporcionalidad de la medida**: Este elemento está conformado por los siguientes sub-principios<sup>299-300</sup>:

3.1) la **adecuación**: supone un constatar que la medida de restricción sea efectivamente conducente al cumplimiento del objetivo de la restricción<sup>301</sup>;

3.2) la **necesidad**: este sub-principio, exige que la medida de restricción elegida sea la menos lesiva entre todas las medidas disponibles para el Estado<sup>302</sup>. Tal como señala la Corte IDH en *Kimel*, determinar la necesidad de la medida supone “examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas.”<sup>303</sup>; y

3.3) la **proporcionalidad en sentido estricto**<sup>304</sup>: este último elemento supone un ejercicio de ponderación que tomará en consideración el costo que significa la restricción del derecho y los beneficios obtenidos con dicha restricción<sup>305</sup>. Como ha señalado la Corte IDH: “En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que **el sacrificio**

---

<sup>297</sup> Ídem.

<sup>298</sup> Ibídem. P. 691.

<sup>299</sup> Nash, Claudio. Op. Cit. Nota 233, p. 69. Así mismo en: Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985**. Supra nota 276, párr. 46.

<sup>300</sup> Cabe destacar que existe cierta discrepancia doctrinaria en cuanto a la denominación de los sub-principios que conforman la proporcionalidad. En este sentido, Bernal reconoce como sub-principios: 1) Idoneidad; 2) Necesidad; y 3) Proporcionalidad en sentido estricto. Bernal, Carlos. Op. Cit. Nota 292.

<sup>301</sup> Como indica Bascuñán: “La adecuación de la afectación de ese derecho constitucional como medio para lograr el fin perseguido” Bascuñán, Antonio. Op. Cit. Nota 274, p. 323. En un sentido similar, aunque denominándolo sub-principio de “idoneidad”, véase Bernal, Carlos. ibídem, p. 687.

<sup>302</sup> Bernal, Carlos. Op. Cit. Nota 292, p. 734.

<sup>303</sup> Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Supra nota 92, párr. 74.

<sup>304</sup> Nash, Claudio. Op. Cit. Nota 233, p. 69

<sup>305</sup> En este sentido: Bascuñán, Antonio. Op. Cit. Nota 274, p. 323.

**inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.**<sup>306</sup>

Esta formulación del test de restricción, además de contar con un sólido respaldo doctrinario, goza de gran claridad conceptual. Es por ello que en, lo sucesivo, utilizaremos esta formulación de test de restricciones para el análisis sobre la legitimidad de la medida de restricción del derecho de acceso a la justicia de la víctima en el marco del proceso penal.

## **2. El derecho de acceso a la justicia en el ámbito penal y su restricción**

En la presente sección expondremos el carácter restringible del derecho de acceso a la justicia, el contenido del derecho en cuestión y cuál sería en particular la medida que someteremos al examen bajo el test de proporcionalidad.

En cuanto al primer punto, en el SIDH se ha reconocido la existencia de derechos que no serían susceptibles de restricción. Sin embargo se debe descartar desde la posibilidad de que el derecho de acceso a la justicia pudiese constituir una de esas garantías absolutas, principalmente por dos argumentos. Primero, la doctrina no ha reconocido al derecho de acceso a la justicia dentro de estas categorías; las garantías que se reconocen como absolutas serían: la prohibición de la tortura y de esclavitud y la libertad de conciencia<sup>307</sup>.

En segundo lugar, parte de la doctrina ha criticado la posibilidad de concebir derechos no susceptibles de restricción<sup>308</sup>, en tanto toda garantía puede hipotéticamente ser sometida al test de restricción. La única diferencia radicaría en que en el caso de la prohibición de tortura o esclavitud, no será posible, en caso alguno, satisfacer los requisitos del test de restricción: no existirá propósito que se estime como legítimo para permitir la restricción del derecho a no ser torturado o del derecho a no ser sometido a esclavitud. Bajo esa perspectiva, todo derecho sería susceptible de ser evaluado bajo el test de restricciones, sin perjuicio de que en algunos casos, no sea posible satisfacer los requisitos del test. Bajo este

---

<sup>306</sup> Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Supra nota 92, párr. 83 (el destacado es nuestro).

<sup>307</sup> Nash, Claudio. Op. Cit. Nota 233, p. 69.

<sup>308</sup> Cabe hacer presente que la doctrina ha objetado la posibilidad de que existan derechos no susceptibles de restricciones. Sobre este punto véase: Borowski, Martín. La restricción de los derechos fundamentales. Revista española de derecho constitucional, n° 20, N° 59, 2000. pp. 29-56.

argumento, el derecho de acceso a la justicia puede ser sometido al test de restricción, y como demostraremos más adelante, dicha restricción podrá ser tenida como legítima.

Ahora bien, para comprender cuál es la restricción que pretendemos evaluar a través del test basado en la proporcionalidad, debemos remitirnos antes a la noción de derecho de acceso a la justicia. Para estos efectos partiremos de la base de que el derecho de acceso a la justicia implica el derecho a acceder a un tribunal para obtener la tutela o protección de las garantías que un individuo estima le han sido vulneradas. Este sería el contenido del derecho de acceso a la justicia en su formulación más genérica, en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno<sup>309</sup> y de la doctrina mayoritaria referente dicha garantía<sup>310</sup>.

Entonces, la medida que se pretende evaluar será el establecimiento de un sistema procesal penal público, adversarial, que acoja el principio de oportunidad reglado, y que institucionaliza un sistema de selección de casos, con miras a lograr mayor eficiencia y eficacia en la persecución, así otros objetivos político-criminales. La restricción en cuestión se traducirá en que la víctima no tendrá la facultad de exigir ni el sometimiento de otro individuo a enjuiciamiento criminal ni tampoco su sanción penal. Así restringido, el derecho de acceso a la justicia en el ámbito penal permitirá a la víctima tan solo exigir una investigación del delito por parte del Estado, y una participación en el proceso limitada a lo dispuesto por la legislación procesal penal. Dicha legislación deberá contemplar ciertos mínimos de participación atendiendo a los criterios de gravedad del injusto<sup>311</sup>.

A través de la aplicación del test de restricción, demostraremos que esta medida cumple con los requisitos de legalidad, legitimidad, proporcionalidad (y sus tres sub-principios).

---

<sup>309</sup> Véase supra capítulo III.1 “**El Derecho al Acceso a la Justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**”.

<sup>310</sup> Sobre tal asignación de sentido en el derecho constitucional español, italiano y alemán véase: Barnes, Javier (coord.). *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*. Madrid, Civitas, 1993.

En particular sobre el sentido de dicha garantía en el derecho constitucional alemán, se sostiene que:

“El derecho a tutela judicial comprende el derecho de acceso a los tribunales y tanto a un enjuiciamiento real y a tenor de parámetros jurídicos del objeto del litigio como a una decisión vinculante” (Benda, Ernst. (et al.) *Manual de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons editores, 2001).

<sup>311</sup> Sobre este punto véase *supra* **El rol de la víctima en el proceso penal**.

### **3. La aplicación del test de restricción al derecho de acceso a la justicia en el marco del proceso penal**

En la presente sección someteremos la medida de restricción a examen bajo cada uno de los elementos del test de restricción de derechos que hemos expuesto anteriormente. Para comprobar si el establecimiento de un régimen procesal penal público, adversarial, que acoja el principio de oportunidad reglado, y faculte al Estado al establecimiento de sistemas de selección de casos, constituye o no una restricción legítima, utilizaremos las razones que han aducido tanto la Corte IDH como el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia analizada en los capítulos anteriores.

Dado que la aplicación del test de restricción es sucesiva, expondremos primero en qué medida la restricción en cuestión satisface el requisito de legalidad. Como segundo punto sostendremos que los objetivos de la medida (la eficiencia y eficacia en la persecución y los objetivos político-criminales) son objetivos legítimos bajo la CADH y la CPR, que habilitan a la restricción del derecho. A continuación explicaremos separadamente cómo se satisface cada uno de los sub-principios que conforman la proporcionalidad: expondremos en qué medida la restricción al derecho al acceso a la justicia de la víctima es adecuada, necesaria y proporcional.

#### **3.1. La legalidad de la medida**

Como hemos indicado más arriba, el primer requisito que debe ser cumplido por la medida de restricción para ser estimada legítima, es que esta esté establecida por ley. Tal como ha señalado la Corte IDH “cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material”<sup>312</sup>. En este sentido, la doctrina ha señalado que este requisito busca prevenir la imposición de medidas restrictivas por vía de meros actos administrativos<sup>313</sup>. Por el contrario, se pretende que las restricciones de derechos fundamentales sean el fruto de la discusión democrática.

---

<sup>312</sup> Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Supra nota 92, párr. 63.

<sup>313</sup> Medina, Cecilia y Nash, Claudio. Op. Cit. Nota 273, p. 33.

La restricción al derecho al acceso a la justicia que nos ocupa en este trabajo se manifiesta en la configuración del sistema procesal penal, cuestión que a todas luces satisface el requisito de legalidad. De hecho, en los casos analizados por el Tribunal Constitucional se analiza, precisamente, la configuración del rol de la víctima en el proceso penal chileno, de acuerdo a lo establecido por la Ley 19.696. En definitiva, la configuración de los sistemas procesales satisface el requisito de legalidad en tanto efectivamente son establecidos por ley.

En definitiva, la restricción al derecho de acceso a la justicia de la víctima, se encuentra establecida a nivel legal, lo que satisface el primer requisito del test de restricción de derechos.

### **3.2. El objetivo legítimo**

Para poder determinar la legitimidad del objetivo de la medida primero debemos establecer con claridad cuáles son los objetivos de esta, para luego evaluar si ellos caen dentro de los fines permitidos por la CADH y la CPR.

De acuerdo a lo anterior la primera pregunta que debemos responder es cuáles son los objetivos que se persiguen con la medida de restricción. Como ya indicamos anteriormente, el establecimiento de un sistema procesal penal público, adversarial que acoge el principio de oportunidad, busca el establecimiento de un sistema formal de selección de casos, cuestión que se justifica en razones de eficiencia y eficacia en la persecución penal, así como también en el establecimiento de una política criminal basada en un derecho penal de *ultima ratio*. Son estos objetivos los que debemos someter a examen, para determinar si pueden constituirse en objetivo legítimos que habiliten a la restricción del derecho de acceso a la justicia.

#### **3.2.1. La eficiencia y la eficacia en la persecución penal pública como un objetivo legítimo**

En este sentido, como indicamos arriba, uno de los objetivos de la adopción del principio de oportunidad (y los sistemas de selección de casos que van aparejados a dicha

recepción), es permitir la implementación de los **principios de eficiencia y eficacia** en la administración de la justicia penal. Entonces, la pregunta es si acaso la eficiencia y la eficacia son principios que pueden ser tenidos como objetivos legítimos a la luz de la CADH y la CPR. Desde ya, estimamos que la respuesta debe ser afirmativa, en tanto estos constituyen principios básicos de todo el actuar del Estado. En este punto se vuelve crucial la argumentación del Tribunal Constitucional en el Rol 1341-2010, en cuanto a afirmar que la eficiencia en el uso de los recursos públicos es un principio que informa válidamente el sistema jurídico. Así el Tribunal sostuvo que:

*“Que permitirle al Ministerio Público organizar la persecución penal bajo criterios de eficiencia y racionalidad, tiene un sustento lógico. En efecto, se ha señalado que “una de las características centrales de los sistemas de enjuiciamiento criminal, según lo ha descrito la criminología moderna, es [...] su carácter selectivo. [...] La facultad descrita se explica porque en la práctica todos los sistemas de justicia criminal reciben una altísima cantidad de denuncias de parte del público, de ellas un porcentaje importante está constituido por la relación de hechos respecto de los cuales se aportan muy pocos datos y respecto de los cuales la experiencia muestra que no tiene mucho sentido conducir una investigación porque la policía no cuenta con elementos mínimos que le permitan seguir una pista para la obtención de resultados. [...] Se trata entonces de que los fiscales cuenten con la posibilidad de orientar sus propios recursos y los de los órganos que les prestan auxilio, para una investigación eficaz de aquellos casos en que ello resulta posible, introduciéndose así criterios de racionalidad en esta actividad [...]”.*<sup>314</sup>

Por su parte, estimamos que la Corte IDH ha reconocido de manera implícita la noción de que la eficiencia y eficacia en el actuar del Estado son objetivos legítimos. Así, como indicamos más arriba, la Corte IDH estima que el Estado cuenta con margen de libertad amplio para configurar su sistema de enjuiciamiento penal. En este sentido, se puede sostener que en el marco de dicha libertad de organización, la Corte ha asumido como legítima la incorporación de los principios de eficiencia y eficacia cuando sostiene que:

---

<sup>314</sup> Rol 1341-2010. Considerando 31°.



“No compete a este Tribunal sustituir a la jurisdicción interna estableciendo las modalidades específicas de investigación y juzgamiento en un caso concreto para obtener un **mejor o más eficaz resultado**”.<sup>315</sup>

Por otra parte, en opinión de Bernal, los fines que establezca el legislador para una restricción de derechos se deberán tener por legítimos a menos que estén expresamente prohibidos por la Constitución<sup>316</sup> -o, podríamos añadir, por la CADH-. En este sentido, la incorporación de los principios de eficiencia y eficacia a la persecución penal al menos no se haya expresamente prohibida ni en la CPR ni la CADH, lo cual constituye otra razón más para estimar que este es un objetivo legítimo.

En síntesis, ambos tribunales han afirmado en su jurisprudencia (aunque de manera implícita en la Corte IDH) la legitimidad de la adopción de criterios de eficiencia y eficacia en la persecución penal. Por su parte, nada en la CPR ni en la CADH permiten deducir una prohibición a la adopción de estos principios en el actuar del Estado. Ello nos permite afirmar que, en efecto, tales principios pueden ser tenidos como razones válidas para justificar una restricción del derecho de acceso a la justicia.

A mayor abundamiento, consideramos que en tanto la eficiencia y eficacia pueden estimarse como principios generales que deben informar toda la actividad estatal, cabe calificarlos como razones que justifican la restricción del derecho vinculadas objetivos de carácter colectivo.

También es posible fundar la legitimidad de la restricción al derecho de acceso a la justicia en la causal vinculada al respeto de los derechos de otros, pues, como analizaremos a continuación, el establecimiento de una política criminal de *ultima ratio* se vincula estrechamente con el respeto de los derechos de los imputados

---

<sup>315</sup> Corte IDH. **Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil**. Supra nota 97, párr. 80 (el destacado es nuestro).

<sup>316</sup> *Ibíd.* P. 698.

### 3.2.2.El establecimiento de una política criminal basada en un derecho penal de *ultima ratio* como un objetivo legítimo

Por otra parte, la segunda razón que justifica la adopción del principio de oportunidad, dice relación con **el establecimiento de un sistema procesal penal compatible con un derecho penal de *ultima ratio***. Entonces, la pregunta es ¿constituye el establecimiento de un sistema procesal penal que busque asegurar el uso del derecho penal como herramienta de *ultima ratio* un objetivo legítimo para la restricción del derecho de acceso a la justicia?

Estimamos que la respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa, en tanto así lo demuestra la jurisprudencia de la Corte IDH.

Como indicamos más arriba, la Corte IDH ha establecido que el derecho penal es una herramienta eminentemente peligrosa, cuyo uso en una sociedad democrática sólo se encuentra justificado bajo el más estricto criterio de necesidad: esto es, en la medida que se aplique solo a los casos que importen las más graves afectaciones de bienes jurídicos fundamentales. En definitiva, la Corte establece como condición del uso de la herramienta penal que esta sea ejercida bajo el principio de intervención mínima. Ello se traduce en que el establecimiento de un sistema de enjuiciamiento penal regido por el principio de intervención penal mínima no es solo un objetivo legítimo, sino una verdadera obligación del Estado, en tanto es condición de la legitimidad de su actividad sancionatoria.

Ahora bien, un derecho procesal penal que verdaderamente acoge la noción de *ultima ratio* será aquel que no se limita a perseguir y sancionar los delitos que se encuentran tipificados, sino que es capaz de **reevaluar** la necesidad, *en concreto*, de perseguir y sancionar una conducta. Ello es plenamente coherente con lo señalado por la Corte IDH en cuanto al reconocimiento de los tres niveles de operatividad del derecho penal: tipificación, persecución y sanción. En este sentido, el diseño de un sistema procesal que permita evaluar la necesidad de perseguir y, más adelante, punir una conducta, bajo el criterio de la gravedad del delito evaluada en concreto, es precisamente un sistema que lleva a la práctica el principio de intervención penal mínima o *ultima ratio*. Es por ello que el establecimiento un sistema procesal penal de dichas características no puede sino ser tenido como un objetivo legítimo.

Asimismo, el establecimiento de un sistema procesal penal que lleve a la práctica un derecho penal de *ultima ratio* se presenta como un objetivo legítimo no solo en tanto permite reevaluar la necesidad de perseguir y sancionar una conducta, sino también porque permite al Estado alcanzar otros objetivos compatibles con la mayor protección de los derechos humanos: nos referimos al uso de medidas alternativas a la sanción privativa de libertad y la eliminación de criterios discriminatorios en la persecución penal, tal como mencionamos en *supra* capítulo III.2.1.2 (**El principio de oportunidad y la política criminal orientada a un derecho penal de *ultima ratio***).

En cuanto a lo primero, un sistema procesal penal que acoge el principio de oportunidad, consciente de la gravedad de las sanciones penales en términos de la restricción de derechos que estas implican, fomenta el uso de medios de sanción alternativos a la privación de libertad. Como indicamos arriba, el principio de oportunidad precisamente faculta al establecimiento de esta clase de medidas.

La incorporación de medidas alternativas a la restricción de libertad también se presenta como un objetivo legítimo en tanto es coherente con la constatación de la Corte IDH de que la alta gravedad de las sanciones penales amerita que su uso sea excepcional. En un sentido similar, en el sistema universal de protección de derechos humanos, la adopción de las **Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad**<sup>317</sup> (Reglas de Tokio), las cuales buscan precisamente establecer “[...] principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad [...]”<sup>318</sup>, no hace sino poner de manifiesto que la búsqueda de medios alternativos a la privación de libertad es un objetivo legítimo para el Estado.

Por otra parte, como ya indicamos en el capítulo IV, todos los sistemas de enjuiciamiento criminal funcionan sobre la base de la selectividad. De esta forma, aún un sistema que acoge el principio de legalidad y, por tanto, afirma que “todo delito será perseguido”, en la práctica funcionará con sistemas de selección informal. Estos sistemas de selección informal, no solo operan al margen de la legalidad, sino que se fundan en motivos eminentemente discriminatorios: la criminología ha sido enfática en señalar que

---

<sup>317</sup> Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

<sup>318</sup> *Ibidem*. Art. 1.

los criterios sobre los cuales operan los sistemas de selección informal se basan en la raza, la posición socio-económica, el sexo, entre otras categorías aplicables al “delincuente”<sup>319</sup>.

Ahora bien, ante esta constatación, los sistemas de selección formales establecidos a través del principio de oportunidad se presentan como un medio de eliminar los criterios de selección basados en categorías discriminatorias (sexo, raza, posición social), sustituyéndolos por criterios compatibles con el objeto mismo del derecho penal: la gravedad del delito. La importancia de la igualdad, no solo en tanto derecho fundamental, sino como principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos<sup>320</sup>, convierte al establecimiento de mecanismos formales de selección en un objetivo legítimo.

\* \*  
\*

En síntesis, en el presente apartado hemos sostenido que los objetivos de la medida de restricción son: la incorporación de los principios de eficiencia y eficacia al actuar del Estado y la implementación de un sistema procesal penal que lleve a la práctica un derecho penal de *ultima ratio*. La primera de estas razones ha sido tenida como legítima por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH (aunque implícitamente); y, además, dicho objetivo no se encuentra expresamente prohibido ni por la CPR ni por la CADH. Por otra parte, dado que la Corte IDH ha afirmado la necesidad de establecer un sistema penal basado en la intervención penal mínima (o *ultima ratio*), la implementación de un sistema procesal, que lleve a la práctica dicha modalidad de derecho penal, debe ser tenida también como un objetivo legítimo. A ello se debe agregar que un sistema procesal penal de estas características aporta a la consecución de otros dos objetivos legítimos para el Estado: la adopción de medidas alternativas a la restricción de libertad y la eliminación de criterios discriminatorios en el actuar de los órganos persecutorios.

---

<sup>319</sup> Véase supra capítulo IV.2.1 “El principio de oportunidad en los sistemas procesales penales”.

<sup>320</sup> David, Valeska y Nash, Claudio. Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. En: En: Mujica, Ignacio y Nash, Claudio (editores). Derechos Humanos y Juicio Justo. 2010. P. 160.

### 3.3. La proporcionalidad de la medida

Como ya hemos indicado arriba, el análisis de la proporcionalidad de la medida se descompone en el estudio de tres sub-principios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. A continuación someteremos a dicho examen la medida de restricción del derecho de acceso a la justicia en comento.

#### 3.3.1. Idoneidad de la medida de restricción:

Tal como se señaló la idoneidad o adecuación de la medida busca asegurar que esta contribuya a la consecución del fin (legítimo) que se persigue por medio de la restricción. En este punto la doctrina ha discutido si es que acaso la medida idónea es aquella que contribuye *de la mejor forma posible* a la consecución del fin, o si, por el contrario, basta con que la medida *contribuya de algún modo* al objetivo perseguido. Para efectos de nuestro trabajo adoptaremos la postura débil, es decir, aquella que afirma que la medida será idónea en tanto aporte a la consecución del fin, sin que sea necesario que esta sea la medida que *más* aporte. Las razones para inclinarse por esta opción son varias y la expondremos a continuación.

Por una parte, la doctrina mayoritaria afirma que, efectivamente, el sub-principio de idoneidad se satisface con un mínimo de contribución de la medida al fin perseguido<sup>321</sup>. Ahora bien, esto no se agota en un mero argumento de autoridad, por el contrario, existen buenas razones para estimar que la visión débil de la idoneidad debe imponerse. En este sentido Bernal señala que dicha postura:

“[R]econoce que el Legislador dispone constitucionalmente de un ámbito para estudiar la información técnica de que disponga [...] y de un ámbito para evaluar las razones políticas que resulten pertinentes, en aras de adoptar las medidas que considera adecuadas para perseguir sus finalidades [...]. Estos dos ámbitos de apreciación son correlativos a un ámbito de decisión, que viene presupuesto por la competencia del Legislador para elegir

---

<sup>321</sup> Bernal, Carlos. Op. Cit. Nota 292, p. 702 (en particular, nota 206).

uno, entre los diversos medios a su disposición, que sean idóneos en relación sus objetivos [...].”<sup>322</sup>

Lo anterior implica reconocer que el legislador se encuentra en una mejor posición institucional para evaluar qué medidas adoptar para alcanzar cierto fin. Bajo esa perspectiva, corresponderá al órgano adjudicador (sea la Corte IDH o el TC) tan sólo evaluar si existe un mínimo de vinculación entre medio y fin (desde ya esto no implica que el legislador pueda adoptar *cualquier* medida, como veremos más adelante, esta debe ser siempre la medida menos lesiva, sin embargo ello no es objeto del análisis de idoneidad).

Por lo tanto, de acuerdo a la doctrina, la medida será idónea:

“cuando sea posible establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en el que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención; por el contrario, la medida **se reputará carente de idoneidad cuando** su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque **dificulte o aleje de su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido.**”<sup>323</sup>

Lo anterior es completamente coherente con lo señalado por la Corte IDH en el caso Kimel, en tanto, en dicho caso no se condicionó la idoneidad a la medida que *mejor contribuya*, sino tan solo aquella que *contribuya* al fin perseguido:

“En este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para **contribuir** a la obtención de una finalidad compatible con la Convención.”<sup>324</sup>

Entonces, ahora debemos preguntarnos si acaso la medida de restricción en cuestión es idónea para la consecución de los fines de eficiencia y eficacia en la persecución penal y del establecimiento de un sistema procesal penal basado en un derecho penal de *ultima ratio*. Para responder a esta pregunta debemos analizar el asunto a la inversa: ¿si la víctima cuenta con un amplio derecho de acceso a la justicia, que conlleva su derecho a que toda conducta delictiva sea perseguida hasta las últimas consecuencias, podemos alcanzar la

---

<sup>322</sup> Ibídem, p. 722.

<sup>323</sup> Lopera, Gloria. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. EN: Carbonell, Miguel (coord.). El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. Librotecnia, Santiago, 2010. P. 218 (el destacado es nuestro).

<sup>324</sup> Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Supra nota 92, párr. 70 (el destacado es nuestro).

eficiencia y eficacia en la persecución, así como la implementación de un derecho penal de *ultima ratio*? Frente a esto la respuesta es un categórico no.

Si *toda* víctima, tiene el derecho de que *todo* delito sea perseguido, hasta que el responsable sea sometido a juicio y eventualmente castigado, entonces la ansiada eficiencia y eficacia en la persecución penal no podrá ser alcanzada. Como ya indicamos, para evitar la congestión del sistema de enjuiciamiento, el sistema procesal adversarial que acoge el principio de oportunidad, adopta un mecanismo de selección formal de casos. Ello se encuentra en abierta contradicción con un derecho de la víctima a un acceso a la justicia entendido en un sentido amplio, puesto que tal garantía hará jurídicamente imposible llevar a cabo el mencionado proceso de selección: ante la intención del Estado de abandonar la persecución, o buscar una salida distinta en aras de la descongestión del sistema, la víctima podrá oponerse y forzar al Estado a proseguir con el juzgamiento. Ello significa, en términos prácticos, volver a un sistema en el que no existe posibilidad formal de realizar selección de casos, tal como en el sistema inquisitivo que adopta el principio de legalidad en términos absolutos. Tal modelo, como bien sabemos, llevará a la saturación del sistema y su consecuente ineficiencia e ineficacia. En este punto el caso del antiguo sistema chileno de enjuiciamiento criminal, que pretendía perseguir todo delito que fuera denunciado, es paradigmático. Tal como señala el mensaje del código procesal penal:

“En la situación actual [del procedimiento inquisitivo], se trata de un no sólo de un procedimiento que confiere pocas garantías, sino que, además, se trata de un procedimiento carente de eficiencia y, lo que es peor, displicente con las víctimas y los usuarios que él acceden. [...]

En fin, las fuentes primarias disponibles y diversas fuentes de carácter secundario, indican que la mayor parte de quienes están reclusos en las prisiones del país son personas que se encuentran detenidas o procesadas y sólo la menor parte condenadas. A lo largo de la década del ochenta y en lo que va del noventa, la población condenada nunca supera el cuarenta y nueve por ciento de la población privada de libertad. ) [sic] Se trata, pues, de un sistema que posee formas deficitarias de división del trabajo, obsoleto y deficiente en su gestión.”<sup>325</sup>

---

<sup>325</sup> Mensaje del Ejecutivo a la H. Cámara de Diputados, de 9 de junio de 1995, que acompaña el sometimiento a consideración del Proyecto de Ley que establece el Código Procesal Penal.

Pero, además de lo anterior, el segundo objetivo de la medida, esto es, implementar un derecho penal de *ultima ratio* también será imposible en tanto la víctima cuente con un amplio derecho de acceso a la justicia. Así, si la víctima puede forzar en todo evento al Estado a llevar a cabo la persecución y sanción de cada delito, entonces tampoco será posible que el Estado implemente un sistema racional de evaluación de la conveniencia de perseguir y sancionar la conducta. Esto no quiere decir que toda víctima va a desear siempre y en todo evento la condena y sanción efectiva del responsable del delito, pero sí, de todas formas, implica que su criterio se impondrá por sobre el del Estado. Así por ejemplo, si en un caso concreto el Estado pretende buscar una salida alternativa al procedimiento por estimar que, en atención a los antecedentes del imputado, parece improbable que este vuelva a delinquir y, por lo tanto, es conveniente evitar los efectos nocivos del enjuiciamiento criminal y la eventual condena, la mera oposición de la víctima, sea por las razones que fuere, bastará para que el Estado tenga que abandonar esta pretensión.

En definitiva, la existencia de un derecho amplio de acceso a la justicia, vuelve imposible la consecución de los fines planteados con la restricción. Por oposición a ello, la recepción del principio de oportunidad abre la puerta para que el Estado pueda implementar efectivamente los mecanismos de selección de casos que permitirán lograr la eficiencia y eficacia y los demás objetivos político-criminales. En otros términos, la medida de restricción no solo es idónea, sino que se presenta como una verdadera *conditio sine qua non* frente al logro de los objetivos planteados.

Cabe destacar que estas consideraciones no son sino la expresión de aquella tensión entre proceso penal adversarial y amplio derecho de acceso a la justicia que, como indicamos en el capítulo IV, ambos tribunales detectaron en su jurisprudencia.

### **3.3.2. Necesidad de la medida de restricción:**

Habiéndose constatado el carácter idóneo de la medida de restricción del derecho de acceso a la justicia, debemos determinar si esta medida es capaz de superar el baremo del sub-principio de necesidad. Como indicamos arriba, el sub-principio de necesidad exige



que el medio escogido por el legislador sea el medio menos lesivo del derecho restringido, entre otros medios al menos idénticamente idóneos.

De esta forma, como señala Bernal:

“En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir con dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y, en segundo lugar, si afecta negativamente el derecho fundamental en un grado menor.”<sup>326</sup>

Sin embargo, así planteadas las cosas la determinación de medios alternativos de idéntica idoneidad se presenta como problemática, en tanto podría existir una infinidad de medios imaginables que posean estas características. En otros términos, ¿cómo podemos restringir el margen de medidas contra las cuales compararemos la restricción en cuestión?

La respuesta a esta pregunta la hayamos en también en la doctrina. Así, Bernal señala que el órgano adjudicador tendrá que:

“[...] seleccionar aquellos que, de acuerdo con los conocimientos científicos, técnicos, dogmáticos y generales, existentes en el momento de la expedición de la norma legislativa examinada, habrían podido y podrían ser idóneos de alguna manera, para contribuir a la obtención del objetivo perseguido por el Parlamento.”<sup>327</sup>

Ahora bien, trasladando lo anterior a la medida de restricción que aquí debemos evaluar, ello se traduce en que será necesario examinar si la restricción del derecho al acceso a la justicia de la víctima en el marco del proceso penal, por medio del establecimiento de un sistema procesal penal adversarial que acoja el principio de oportunidad reglada, puede ser sustituida por otra medida menos lesiva e igualmente idónea. Entonces, nuestra primera pregunta será ¿contra qué otras medidas debemos cotejar la restricción?

La respuesta a esta primera interrogante se relaciona con los distintos modelos de enjuiciamiento penal y cómo estos reconocen el principio de oportunidad. Esto no supone, desde luego, un ejercicio intelectual que nos lleve a imaginar *todos los posibles sistemas*, sino que debemos tener en consideración aquellos sistemas procesales que han sido identificados por la dogmática jurídica. Antes que todo debemos recordar que la medida de

---

<sup>326</sup> Bernal, Carlos. Op. Cit. Nota 292, p. 736.

<sup>327</sup> *Ibidem*. Pp. 736-737.

restricción en evaluación supone un sistema procesal penal de carácter adversarial que reconozca el principio de oportunidad en su vertiente *reglada*, tal como señalamos en el capítulo IV, esta clase de sistemas establecen a nivel legal las condiciones bajo las cuales, de manera excepcional, se podrá no iniciar o abandonar la persecución penal en pos de la eficiencia y eficacia y otras razones político-criminales.

Desde esta perspectiva, de acuerdo a lo señalado por la dogmática, las opciones disponibles al Estado, a parte del sistema que reconoce la oportunidad reglada, son: el sistema que niega totalmente la oportunidad en pos del principio de legalidad y el sistema que reconoce la vigencia irrestricta del principio de oportunidad, también llamada oportunidad o discrecionalidad absoluta.

Ahora bien, como acabamos de señalar, la comparación para efectos del sub-principio de necesidad debe realizarse tomando en consideración medios al menos **igualmente** idóneos para la consecución del fin. Es por ello que la primera de las dos opciones antes esbozadas –el sistema que excluye el principio de oportunidad en pos del reconocimiento amplio del principio de legalidad- debe ser desechada desde ya. Tal como señalamos en el apartado anterior en relación a la idoneidad, un sistema que recoge el principio de legalidad de manera absoluta, se cierra a la posibilidad del establecimiento de un mecanismo formal de selección de casos; sin este mecanismo de selección se vuelve imposible la consecución de los fines planteados, por lo que tal modelo es completamente inidóneo y no puede ser tenido en cuenta al momento de evaluar la necesidad de la medida.

De acuerdo a lo anterior, la única otra opción disponible para el Estado, que se presenta como igualmente idónea para lograr los fines, sería un sistema procesal penal que reconozca el principio de oportunidad de manera absoluta, abandonando totalmente el principio de legalidad. En definitiva, al realizar el juicio de necesidad, debemos determinar si la restricción impuesta por el modelo de persecución penal adversarial basada en el principio de oportunidad *regalada*, es o no la medida menos lesiva, en comparación con un modelo de persecución basado en el principio de oportunidad en su sentido más amplio.

En efecto, tal como señala Duce:

“En el derecho comparado occidental contemporáneo es posible encontrar fundamentalmente dos opciones político-criminales en relación con la regulación de la

oportunidad. Por una parte, se encuentran los modelos de discrecionalidad absoluta y, por la otra, los de discrecionalidad restringida u oportunidad reglada”<sup>328</sup>

Lo central entonces es determinar si acaso un modelo de persecución penal basado en la oportunidad o discrecionalidad absoluta es menos lesivo que el modelo basado en la oportunidad reglada. Desde ya cabe destacar que el modelo de oportunidad absoluta supone que el órgano persecutor –v. gr. el fiscal- contará con entera libertad para determinar si se inicia o no la persecución de un individuo o si se abandona la iniciada.

En este sentido, el sistema que representa el arquetipo de los modelos de oportunidad absoluta, es el sistema de enjuiciamiento penal de Estados Unidos de América<sup>329</sup>. En dicho sistema los elementos de control de la actividad del fiscal son escasos, y se relacionan fundamentalmente controles orientados a impedir el uso abusivo de la persecución penal por parte del fiscal, y no a obligarlo a ejercerla. Tal como señala Duce, los sistemas de control en comento son: la audiencia preliminar (preliminary hearing), el sometimiento del caso a un *Gran Jurado* (Grand Jury), la prohibición de persecución penal vindicativa (vindictive prosecution) y la prohibición de persecución penal selectiva (selective prosecution). Los primeros dos controles suponen la presentación del casos en una audiencia ante un juez (en la audiencia preliminar) o ante un jurado (en el caso del *Gran Jurado*) para que estos determinen si existen antecedentes suficientes para proseguir con el ejercicio de la persecución penal. Por su parte los controles de la persecución selectiva y vindicativa buscan prevenir el ejercicio de la acción penal sobre la base de motivos discriminatorios o de venganza.<sup>330</sup>

Como queda en evidencia, un modelo de persecución basado en el principio de oportunidad en su consagración más radical, importa un amplio nivel de discrecionalidad del órgano persecutor. Ese amplio nivel de discrecionalidad tiene tal extensión que importa la exclusión absoluta de la víctima en el marco del proceso penal, al punto que, tal como señala Duce:

“Las facultades discrecionales que disponen los fiscales en Estados Unidos son tan intensas que no existen límites positivos a su ejercicio. Es decir, no existe por regla general ningún

---

<sup>328</sup> Duce, Mauricio. Op. Cit. Nota 98, p.252.

<sup>329</sup> Ídem.

<sup>330</sup> Ibídem. P. 255.

mecanismo que obligue a los fiscales a llevar adelante una persecución penal que ellos no quieran impulsar. [...] Tratándose de la persecución penal, la Corte Suprema ha rechazado peticiones de víctimas afectadas por la decisión de no perseguir de fiscales argumentando que la pertinencia de una acusación es de exclusiva responsabilidad de los fiscales.”<sup>331</sup>

Planteadas así las cosas, el modelo de persecución penal basado en la oportunidad absoluta se presenta como una opción más lesiva del derecho de la víctima al acceso a la justicia, en tanto importa su total exclusión en cuanto a la decisión de no llevar a cabo la persecución penal de un individuo (o abandonar la iniciada), sin que exista ningún otro medio de control de tal decisión. Por oposición a ello, la restricción al derecho de acceso a la justicia que impone la recepción de un modelo de persecución basado en el reconocimiento del principio de oportunidad en su variante reglada es mucho menos intensa.

En este sentido, como ya indicamos antes, el modelo de persecución penal que presentamos aquí como medida de restricción es aquel que recoge el principio de oportunidad en su variante reglada. Ello es completamente coherente con la jurisprudencia de la Corte IDH y el Tribunal Constitucional, en tanto dichos tribunales dejaron a salvo un rol a la víctima dentro del proceso penal a través del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, ello es precisamente lo que estableció el Tribunal Constitucional cuando afirmó que la víctima debe contar con participación en el proceso, la cual se traduce en la posibilidad de acceder a instancias de control de la actividad potencialmente arbitraria del fiscal<sup>332</sup>; asimismo dicho tribunal sostuvo también enfatizó el carácter reglado de las potestades del Ministerio Público<sup>333</sup>, con lo que se reafirma la idea de una estricta regulación legal de los supuesto de aplicación de las facultades discrecionales. Por su parte, la Corte IDH, establece la obligación del Estado de llevar a cabo una investigación diligente de los delitos (aunque dicha diligencia sea menos *estricta* en casos de delitos menos graves) como correlato del derecho de la víctima al acceso a la justicia<sup>334</sup>. En

---

<sup>331</sup> *Ibidem*. P. 253.

<sup>332</sup> Véase supra capítulo III.4.1 “**El Rol 1244-2009: el derecho de la víctima a una amplia participación en el proceso penal**”

<sup>333</sup> Véase supra capítulo III.4.2 “**Los Roles 1337-2009, 1380-2009, 1467-2009 y 1484-2010: El derecho al control jurisdiccional del actuar del Ministerio Público.**”

<sup>334</sup> Véase supra capítulo II.2 “**Delitos no constitutivos de Graves Violaciones de Derechos Humanos y el rol de la víctima**”.

definitiva, ambos tribunales recogen la participación y control a favor de la víctima, en concordancia con un modelo de oportunidad reglada.

Como indicamos en el capítulo IV, la recepción del principio de oportunidad en su variante reglada conlleva el establecimiento de un sistema formal de selección de casos, lo cual es incompatible con un amplio derecho de acceso a la justicia, pero en ningún caso implica la exclusión total y absoluta de la víctima. Por el contrario, tal como indicamos antes, el modelo basado en la oportunidad reglada pretende la búsqueda de salidas alternativas a la sanción penal en las cuales la víctima puede jugar un rol fundamental – como es el caso de los acuerdos reparatorios-. El punto es que dicha participación no está necesariamente orientada a proseguir con el enjuiciamiento penal sino a evitar los costos de la persecución y a la vez otorgar a la víctima una vía de reparación (indemnización monetaria, disculpas públicas, etc.).

En síntesis, el modelo de persecución penal adversarial, que admite la versión reglada del principio de oportunidad, se presenta como un modelo que implica una limitación menos radical al derecho de la víctima al acceso a la justicia (en coherencia con los mínimos fijados por ambos tribunales en su jurisprudencia sobre acceso a la justicia), en comparación con el modelo de oportunidad absoluta, que conlleva la total exclusión de la víctima en el proceso penal. Es en razón de lo anterior, que debemos concluir que la medida de restricción en comento también logra superar las exigencias del sub-principio de necesidad.

### **3.3.3. Proporcionalidad en sentido estricto:**

Como hemos indicado más arriba, el último sub-principio que debe ser analizado (una vez que se ha acreditado la legalidad, legitimidad, idoneidad y necesidad de la medida) es la proporcionalidad en sentido estricto. Tal como señala Alexy, el examen de la proporcionalidad en sentido estricto supone que: “Cuando [sic] mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la

importancia de satisfacción del otro”<sup>335</sup>. En términos más simples, se trata de poner sobre la balanza los beneficios de la medida y los costos de la restricción del derecho, exigiéndose para superar el test, que los beneficios sean mayores a los costos.

Ahora bien, tal como ha indicado la Corte IDH en el caso Kimel, este proceso de ponderación debe realizarse de la siguiente forma:

“[...] Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. [...]”<sup>336</sup>

De acuerdo a lo anterior, el primer paso será asignar un valor al sacrificio del derecho fundamental que se encuentra en juego, utilizando la escala triádica<sup>337</sup> grave/intermedia/moderada. El segundo paso será aplicar la misma escala pero al objetivo de la medida en cuestión. El tercer punto será cotejar ambos valores y establecer cual es mayor, y según eso determinar si la medida en cuestión es o no proporcional en un sentido estricto.

## **I. El costo asociado a la restricción del derecho de acceso a la justicia**

Entonces, para realizar la evaluación de proporcionalidad en sentido estricto de la medida aquí analizada, consideremos primero qué nivel de sacrificio se exige al derecho de acceso a la justicia. Desde ya podemos afirmar que la gravedad del sacrificio al derecho de acceso a la justicia que se exige al establecer un sistema de persecución penal pública que acoge el principio de oportunidad regalado, es de carácter leve o moderado. Lo anterior quedará en evidencia a continuación, cuando constatemos: 1) que la exclusión de la víctima dentro del proceso penal no es absoluta, en tanto la víctima puede exigir una investigación y ejercer ciertos mecanismos de control sobre la actividad discrecional; 2) los sistemas de selección de casos operan sobre la base de la gravedad del ilícito; y 3) el sistema procesal que recoge el principio de oportunidad reglada deja a salvo siempre el derecho de la

---

<sup>335</sup> Alexy, Robert. La fórmula del peso. En: Carbonell, Miguel (coord.). El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. Librotecnia, Santiago, 2010. P. 20.

<sup>336</sup> Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Supra nota 92, párr. 84.

<sup>337</sup> Así es denominada por Alexy en: Alexy, Robert. Op. Cit. Nota 335, p. 27.

víctima a obtener la reparación. A continuación analizaremos cada uno de estos puntos en concordancia con lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte IDH.

### **I.1. La exclusión de la víctima dentro del proceso penal no es absoluta**

Como hemos indicado, el modelo de persecución penal pública que acoge el principio de oportunidad en su variante reglada, no pretende entregar absoluta discreción al órgano persecutor, sino que establece condiciones específicas y excepcionales bajo las cuales se puede no iniciar la persecución o desistirse de la ya iniciada. En este sentido, la reducción del rol de la víctima en el marco del proceso penal se corresponde con lo estrictamente necesario para permitir que dicho mecanismo de selección pueda operar correctamente, pero ello no implica en caso alguno una radical exclusión de la víctima.

En este punto los estándares entregados por ambos tribunales son esenciales para comprender el carácter leve de la restricción. Así, por una parte, la Corte IDH continúa afirmando la existencia de un derecho de la víctima a exigir la investigación del delito, así como el derecho a ejercer todos aquellos derechos que la legislación le otorgue, cuestión completamente compatible con un modelo de oportunidad reglada. Por otra parte el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho de la víctima se satisface en la medida que cuente con instancias de control de la actividad potencialmente arbitraria del Ministerio Público, así como la posibilidad de participar en el proceso. En definitiva, el ámbito de renuncia al derecho de acceso a la justicia de la víctima se reduce sólo a aquellos casos en que la eficiencia y eficacia o razones político-criminales hacen recomendable no proseguir con el enjuiciamiento, y aún en esos eventos, la víctima contará con la posibilidad de cuestionar el uso de estas facultades si es que estima que estas se ejercieron de manera arbitraria.

### **I.2. La selección de casos opera sobre la base de la gravedad del ilícito**

Además de lo anterior, de acuerdo a los estándares entregados por la Corte IDH, las medidas que habiliten al sistema de selección de casos, funcionarán en concordancia con el

criterio de la gravedad del injusto, descrito en el capítulo II. Según lo señalado en dicho capítulo, la diligencia exigible al Estado se mide en concordancia con el carácter del delito, así, si se trata de un delito violento que afecta el derecho a la vida, el Estado deberá actuar de oficio, rápidamente y agotando todas las vías de investigación; por otra parte, si el delito no pone en riesgo gravemente valores como la vida, la libertad o la integridad personal, entonces el nivel de diligencia en las investigaciones será menor. Es sólo en este segundo evento en el que operarán los mecanismos de selección de casos: la habilitación al órgano persecutor para efectuar el descarte o priorización de casos operará sobre la base de que el delito no represente una grave afectación de bienes jurídicos fundamentales y/o que la persecución del mismo sea inviable.

Un ejemplo claro en este sentido se encuentra en la configuración del principio de oportunidad en sentido estricto en el código procesal penal chileno: como ya indicamos antes dicha facultad no podrá ejercerse si el delito supone una pena mayor al presidio o reclusión menor en su grado mínimo o fuere cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 170 del CPP). Esto importa, precisamente, condicionar el ejercicio de tal facultad a un criterio de gravedad del injusto.

Otro ejemplo similar se encuentra en la facultad de abandonar el procedimiento, esta se ejercerá cuando el órgano persecutor estime que es inviable someter el caso a juicio y obtener un resultado favorable<sup>338</sup>.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, el sacrificio que se exige del derecho de acceso a la justicia de la víctima es mínimo, en tanto este se dará frente a los delitos menos graves; por oposición a ello, en casos de delitos de mayor relevancia, el órgano persecutor no estará habilitado por el diseño legal a descartar esa clase de casos.

### **I.3. El derecho de la víctima a obtener una reparación queda a salvo en el modelo de persecución adversarial que acoge en la proporcionalidad reglada**

Si bien este punto no ha sido tenido en cuenta de manera explícita en el análisis del Tribunal Constitucional ni en el de la Corte IDH, estimamos que es fundamental expresarlo

---

<sup>338</sup> Véase supra capítulo III.2.3 “La facultad de comunicar la decisión de no perseverar en la investigación”.



como un factor que pone en evidencia el bajo nivel de afectación al derecho de acceso a la justicia que representa la adopción de un sistema procesal penal que acoja el principio de oportunidad reglado. Se trata precisamente de la constatación de que la restricción que aquí comentamos se vincula con el **aspecto punitivo** del proceso penal, en este sentido, de acuerdo a lo dicho por anteriormente, la víctima no cuenta con un derecho a exigir la sanción de un individuo. Sin embargo, tal restricción no significa que la víctima quede en la indefensión ni que se le prive de una vía para obtener la reparación de mal causado con el delito. El punto consiste en trasladar el interés de la víctima desde la punición hacia la reparación, como indica Bovino: “[...] se señala que con frecuencia el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en ‘una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito’.”<sup>339</sup>.

Así entonces, debemos estar consientes que si bien la adopción de un sistema procesal penal adversarial que acoja el principio de oportunidad importará, en ocasiones, el sacrificio de la pretensión punitiva, quedará a salvo el derecho de buscar una vía reparatoria. Cabe destacar que como señala Bovino:

“El concepto de reparación que se propone no se debe confundir con el pago de una suma de dinero. La reparación se debe entender como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima —por ejemplo, la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, la reparación monetaria, trabajo gratuito, etcétera—. Se trata de abandonar un modelo de justicia punitiva para adoptar un modelo de justicia reparatoria.”<sup>340</sup>

En el caso del código procesal penal chileno se manifiestan en la institución de los acuerdos reparatorio, así como también la suspensión condicional del procedimiento (en específico a través de las condiciones que se impongan al imputado como parte del cumplimiento del acuerdo de suspensión, las cuales pueden incluir el pago de una reparación monetaria<sup>341</sup>).<sup>342</sup>

---

<sup>339</sup> Bovino, Alberto. La Participación de la Víctima en el Procedimiento Penal. Revista Jurídica – Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Disponible en:

[http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=38&Itemid=27](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=38&Itemid=27)

<sup>340</sup> Ídem.

<sup>341</sup> El art. 238 del CPP, establece en su letra e) la condición de:

Por otra parte, hay que destacar también que la medida de restricción se limita al ámbito penal, por lo que las vías de acceso a la reparación en sede civil seguirán existiendo.

En síntesis, asumiendo que el objetivo del derecho de acceso a la justicia incluye la obtención de la reparación del mal causado la restricción aquí planteada no afecta este aspecto, es más, procura fijar mecanismos útiles para obtener la reparación de la víctima dentro del proceso penal y a la vez deja a salvo las vías civiles de reparación material.

En resumen, podemos afirmar, como primer aspecto del examen de proporcionalidad en sentido estricto, que el nivel del sacrificio del derecho de acceso a la justicia impuesto a través de la medida que significa la adopción de un sistema procesal penal adversarial que acoja el principio de oportunidad, es de carácter leve. Ello puesto que la medida importa no importa la exclusión total de la víctima; además que la restricción del derecho se realiza siempre en atención a la gravedad del delito (a mayor gravedad, menor la restricción); y por último, en atención a que, en todo caso, las vías reparatorias quedan siempre a salvo.

## **II. La asignación de un valor al beneficio obtenido con la restricción al derecho de acceso a la justicia**

Como segundo punto del análisis de proporcionalidad en sentido estricto, debemos asignar un valor al beneficio que representa la consecución de los fines de la medida de restricción a evaluar. Ello supone que debemos retomar los objetivos que identificamos como fines legítimos de la adopción de un sistema procesal adversarial basado en el principio de oportunidad reglada y asignar a su consecución un valor de la escala triádica. A continuación expondremos que el valor de la consecución de los fines de la medida debe calificarse como alto. Las razones que justifican esta asignación de peso son: 1) la eficiencia y eficacia no son un mero imperativo de actuación del Estado, sino que se vinculan con la protección de los derechos fundamentales; 2) la implementación de un derecho penal de *ultima ratio* es un deber del Estado; 3) la implementación de medidas

---

“Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento;”

<sup>342</sup> Este aspecto de la participación de la víctima en el ámbito penal es tratado por Bovino bajo el llamado “principio de autonomía de la víctima”. Véase Bovino, Alberto. Op. Cit. Nota 3, p. 103 y ss.

alternativas a la pena privativa de libertad se encamina también hacia la tutela de los derechos fundamentales (del imputado); 4) la erradicación de la discriminación es una obligación del Estado.

### **II.1. La eficiencia y la eficacia permiten la mejor protección de los derechos fundamentales**

La razón por la cual la implementación de los principios de eficiencia y eficacia en la persecución penal debe ser tenida como un objetivo de alta importancia, es que esta no se trata de un mero imperativo de optimización de recursos, sino que esta constituye un medio para lograr la mejor protección de los derechos fundamentales. Los principios de eficiencia y eficacia trasladados al plano de la persecución penal, permiten al Estado focalizar sus recursos en la persecución y sanción de delitos más graves. Desde esa perspectiva, estos principios permiten el mejor cumplimiento de la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos.

Además de lo anterior, la incorporación de la eficiencia y eficacia también funciona como un mecanismo de aseguramiento de los derechos de los posibles imputados. En este sentido, las facultades de no iniciar una investigación, archivar una causa, no formalizar si no existen suficientes antecedentes para hacerlo y la decisión de no perseverar en el procedimiento, permiten al fiscal evitar someter a un individuo a un enjuiciamiento penal de manera innecesaria, evitando con esto los efectos nocivos que acompañan al sometimiento a un proceso criminal. Además de lo anterior, a través de la incorporación de la eficiencia y la eficacia puede conseguirse la mantención de un sistema procesal penal descongestionado, ello resulta esencial para el cumplimiento de las garantías de debido proceso del imputado, en particular juzgamiento dentro de un plazo razonable.

### **II.2. La implementación de un derecho penal de *ultima ratio* es un deber del Estado**

Como ya indicamos más arriba, en tanto se ha reconocido por la jurisprudencia de la misma Corte IDH, que el derecho penal debe ser utilizado como medida de *ultima ratio*, resulta fundamental establecer un mecanismo de enjuiciamiento penal que asegure que sólo

se llevará a cabo el juzgamiento y, más adelante, la eventual sanción, en los casos que sea realmente necesario, de acuerdo al criterio de gravedad del delito. En este sentido es fundamental que el Estado sea capaz de reevaluar la necesidad de llevar a cabo el juzgamiento y sanción, reservando esto para los casos más graves.

De esta forma, en tanto el proceso y las sanciones penales importan graves restricciones a los derechos fundamentales, el mismo principio de proporcionalidad impone al Estado limitar su uso. Así vistas la cosa, la implementación de un modelo de proceso penal que permita implementar efectivamente un derecho penal de intervención mínima se convierte en una verdadera obligación del Estado. Por oposición a ello, podría sostenerse que un sistema que no admite reevaluar la necesidad de perseguir y castigar una conducta, arriesga con redundar en un uso excesivo y, por tanto, ilegítimo del derecho penal. Es por ello que la consecución de este fin debe ser considerada al evaluar los beneficios de la medida.

Cabe destacar que el establecimiento de mecanismos de selección de casos que apunten hacia la reevaluación de la necesidad de punir no deben ser concebidos como medios para asegurar la *impunidad*. Por el contrario, se trata de reducir el ámbito de la justicia punitiva en los casos en los que esta no es estrictamente necesaria, sustituyéndola por otras medidas, sean de índole reparatoria, o bien de carácter sancionatorio, pero menos restrictivas que la privación de libertad<sup>343</sup>.

### **II.3. La implementación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad se encamina también hacia la tutela de los derechos fundamentales del imputado**

Tal como señalamos más arriba, otro aspecto relacionado con la aspiración a un sistema procesal penal que responda a un derecho penal de *ultima ratio* guarda relación con el establecimiento de un sistema de sanciones alternativas a la pena privativa de libertad. Ello supone la constatación de que la pena privativa de libertad importa una de las más graves restricciones al derecho a la libertad, por lo que su uso debe ser restringido en la mayor

---

<sup>343</sup> En este sentido cabe destacar que el único espacio en el que cabría plantear la objeción referente a la creación de *impunidad* dice relación con la facultad conocida como el principio de oportunidad en sentido estricto. Sin embargo como ya indicamos en supra capítulo IV.2.1, la configuración de esta facultad en los sistemas “reglados” es sumamente restrictiva, al punto que el mismo sistema procesal chileno afirma que la mera oposición de la víctima bastará para que su uso quede excluido.

medida posible. Desde esta perspectiva, la medida de restricción presenta el beneficio de que su implementación puede llevar aparejada menores restricciones de derechos en el ámbito del derecho penal. En otras palabras, la medida también contribuye a la mayor y mejor protección de los derechos humanos, en particular los del imputado.

#### **II.4. La erradicación de la discriminación es una obligación del Estado**

Por último, debemos hacer hincapié en que la instauración de un sistema de selección de casos basado en criterios formales colabora a desterrar los sistemas de selección basados en criterios discriminatorios. Ello, sin lugar a dudas, significa que la medida se orienta hacia el cumplimiento de una de las obligaciones fundamentales emanadas tanto de la CPR como de la CADH: la igualdad y no discriminación.

Además, la existencia de criterios discriminatorios en este ámbito del actuar del Estado se presenta como particularmente aberrante. En tanto el derecho penal y procesal penal buscan la administración de graves sanciones bajo estrictos estándares de merecimiento, manifestados en el principio de culpabilidad, la existencia de sistemas informales de selección de casos que encausen la persecución penal primordialmente hacia ciertos individuos por su sola pertenencia a un grupo (social, económico, étnico, etc.) se presenta como una discriminación particularmente gravosa: se trata de una discriminación en la administración de las sanciones más graves impartidas por el Estado. Desde este último punto de vista, los objetivos de la medida se vuelven aún más apremiantes e importantes.

En resumen, el cumplimiento de los objetivos de la medida de restricción aquí analizada deben ser tenidos como altamente importantes y apremiantes. Ello, puesto que la eficiencia y eficacia permiten la mejor protección de los derechos humanos en el ámbito del derecho penal; asimismo, la implementación de un verdadero derecho penal de *ultima ratio* se presenta como una verdadera obligación del Estado, en tanto es una condición de legitimidad del uso de la vía penal; además, el uso de medios de sanción alternativos a la privación de libertad ayudan a la mejor protección de los derechos fundamentales, en tanto reducen el uso de medidas que importan restricciones de derechos; y por último, en

consideración a que la selección de casos bajo criterios formales, establecidos por ley, colabora en la erradicación del actuar discriminatorio de los organismos de persecución penal. En síntesis, la medida presenta múltiples beneficios en relación con la mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, en un ámbito del actuar del Estado que se presenta como particularmente riesgoso.

### **III. El resultado de la ponderación entre la restricción al derecho de acceso a la justicia y el beneficio obtenido con la medida**

Como ya indicamos arriba, el tercer paso del examen de ponderación consiste en evaluar según el peso asignado, si acaso la restricción ha de primar por sobre el derecho o no. Para estos efectos Bernal sostiene que:

“Cuando se opera con esta escala de tres niveles, sí puede aseverarse entonces, de acuerdo a la propia definición de Raz, que [...] **una realización intensa [del objetivo] es más valiosa que una intervención media o leve [en el derecho fundamental]**”<sup>344</sup>

En definitiva, en la medida que la realización de los objetivos de la medida pueda ser calificada en el más alto nivel de importancia, esta prevalecerá por sobre una afectación al derecho que sea calificable como media o leve.

De esta forma, dado que hemos estimado que la restricción del derecho de acceso a la justicia que importa la adopción de un sistema procesal penal que acoja el principio de oportunidad reglado, debe ser calificada como leve; mientras que la importancia en la realización de los fines de la medida (la eficiencia y la eficacia y las demás razones político-criminales) tienen una importancia intensa o alta, por estar vinculadas al cumplimiento de una serie de obligaciones estatales en materia de derechos humanos; debemos concluir que la medida en cuestión es proporcionada.

Así vistas las cosas, superado el último sub-principio de la proporcionalidad, podemos concluir la aplicación del test de restricción concluyendo que la medida de restricción analizada se encuentra justificada.

---

<sup>344</sup> Bernal, Carlos. Op. Cit. Nota 292, p. 788 (el destacado es nuestro).

#### **4. Conclusiones en relación a la aplicación del test de restricción basado en la proporcionalidad**

En el presente capítulo hemos abordado la tarea de evaluar si la medida de adopción de un modelo de persecución penal pública, adversarial, que recoja el principio de oportunidad reglada, puede estimarse como una restricción legítima del derecho de acceso a la justicia. Para ello hemos incorporando las razones otorgadas por la jurisprudencia de ambos tribunales (Corte IDH y TC), bajo el esquema del test de restricción basado en el principio de proporcionalidad.

Para estos efectos hemos comprobado que la medida en cuestión satisface los criterios de legalidad y legitimidad de fines. Esto último fue justificado en concordancia con la jurisprudencia de ambos tribunales, de acuerdo a la cual la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la persecución penal es un objetivo legítimo (en tanto no se haya expresamente prohibido ni por la CPR ni la CADH), mientras que la los objetivos político-criminales de la medida –v.gr. el establecimiento de un sistema de enjuiciamiento penal que responda a un derecho penal de última ratio, el uso de medidas alternativas a la privación de libertad y la erradicación de los criterios discriminatorios en la actividad persecutoria del Estado- son complemente compatibles con la visión de la Corte IDH en relación a las condiciones bajo las cuales debe ser ejercido el *ius puniendi*.

Además de lo anterior, la medida fue sometida satisfactoriamente al examen de proporcionalidad, constituido por los tres sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La medida fue catalogada como idónea en los mecanismos de selección de casos pueden ser efectivamente conseguidos por medio de la recepción del principio de oportunidad. Al mismo tiempo descartamos la idoneidad de un sistema de legalidad absoluta, en tanto este cierra todas las puertas a la selectividad formal.

Lo anterior fue determinante para la constatación de la necesidad de la medida. En tanto el sistema basado en la legalidad procesal no constituye un medio idóneo, esta no fue tomada en consideración para evaluar si la restricción era la medida menos lesiva. En consecuencia, la medida –el establecimiento de un modelo de persecución basado en la oportunidad reglada- fue cotejado con la única otra medida igualmente idónea: el sistema de que recoge

el principio de oportunidad en términos absolutos. Esta comparación nos permitió concluir que el sistema basado en la oportunidad reglada es efectivamente la menos lesiva, en tanto el modelo absoluto importa la exclusión total de la víctima.

Por último, examinamos si la medida era proporcional en sentido estricto. Esto supuso la asignación de un valor a la restricción y a los objetivos de la medida. Nuestro razonamiento, que incorporó precisamente las razones entregadas por la jurisprudencia del TC y la Corte IDH, nos permitió concluir que la afectación al derecho de acceso a la justicia tiene carácter leve, mientras que el cumplimiento de los objetivos tiene importancia alta. En atención a lo anterior pudimos determinar que la medida en efecto es proporcional en el sentido estricto.

En síntesis, la medida que importa la instauración de un modelo de persecución penal adversarial, basado en la oportunidad reglada, y que restringe el derecho de acceso a la justicia, limitándolo a la posibilidad de exigir la investigación diligente y la participación de la víctima en el proceso (pero en caso alguno, el derecho a exigir el procesamiento y sanción de un individuo), se presenta como una restricción legítima a dicha garantía.



## VI. CONCLUSIONES GENERALES

En esta última sección recapitularemos sobre principales conclusiones a las que hemos arribado en este trabajo.

El primer punto que debemos destacar es que el esfuerzo de llevar a cabo un análisis comparativo del desarrollo jurisprudencial del derecho de acceso a la justicia en la Corte IDH y el Tribunal Constitucional Chileno, se encuentra plenamente justificado de acuerdo al art. 5 inc. 2° de la CPR. Dicha norma, correctamente interpretada, incorpora con rango constitucional los derechos (contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes) y los estándares desarrollados por los correspondientes organismos internacionales de supervisión. En función de ello, dichos derechos y estándares, no solo pueden, sino que deben ser tenidos en consideración en todo análisis de garantías fundamentales.

A partir de la premisa anterior hemos emprendido un análisis del desarrollo jurisprudencia de la Corte IDH en relación al derecho de acceso a la justicia de la víctima en el proceso penal. El resultado de dicho análisis, fue la constatación de la existencia de dos categorías de casos que han recibido un análisis diferenciado. La primera dice relación con los hechos catalogables como graves violaciones de derechos humanos, frente a los cuales la Corte ha sostenido la existencia de un estricto deber del Estado en cuanto a la investigación y sanción de los mismos, quedando excluido el uso de cualquier medida que conlleve a la impunidad de los responsables –v. gr. amnistía, indulto, prescripción-. Por otra parte, la segunda categoría dice relación con los hechos delictuales no catalogables como graves violaciones; frente el derecho de acceso a la justicia permite exigir al Estado la investigación diligente de los mismos (regida por un estándar de diligencia mucho más tenue que en los casos de graves violaciones), pero en caso alguno permite exigir el juzgamiento y sanción efectiva de los responsables de tales hechos.

Asimismo, la Corte IDH ha introducido importantes consideraciones referentes a la libertad del Estado para organizar su sistema procesal penal, cuestión que permite sostener que será aceptable que el Estado organice su sistema procesal penal bajo criterios de eficiencia y eficacia. Por otra parte, la Corte también ha estimado que el derecho penal debe

responder siempre al principio de intervención penal mínima, reservándose su uso para enfrentar los casos de graves afectaciones de derechos -principalmente la vida, la integridad y la libertad-. A su vez, la Corte ha reconocido un triple nivel operativo del derecho punitivo: la tipificación, la persecución y enjuiciamiento, y la sanción. Estos tres momentos representan tres niveles diferenciados de afectación a los derechos fundamentales, cuestión que tiene que ser tenida en cuenta por el Estado al momento de estudiar el uso de la vía penal.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha examinado la cuestión relativa a la posición de la víctima en el proceso penal de manera menos organizada. En este sentido, el asunto ha sido tratado desde el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, y también desde otras garantías. Lo anterior no invalida el análisis que hemos realizado, en tanto, de acuerdo a la propia jurisprudencia del Tribunal, las garantías invocadas (como el debido proceso o el derecho a la acción) formarían parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal resolvió la cuestión relativa a la posición de la víctima afirmando en un primer momento que esta cuenta con un amplio derecho de acceso a la justicia que le faculta a exigir el enjuiciamiento y sanción efectiva del responsable del ilícito (aún cuando se trate de delitos comunes). Ello llevó al Tribunal a declarar que cualquier facultad del órgano persecutor que impida a la víctima llevar al responsable a juicio, debe ser tenida como una injerencia excesiva en el derecho a la tutela judicial efectiva.

El anterior razonamiento fue abandonado en un segundo momento de la jurisprudencia del Tribunal. En dicha etapa, se estimó que el derecho de la víctima alcanzaba tan solo la facultad de participar en el proceso y exigir el acceso a instancias de control de la actividad potencialmente arbitraria del Ministerio Público. Como correlato de esto, se afirmó que las facultades discrecionales del Ministerio Público -aquellas que habilitan a la selección de casos en función de criterios de eficiencia y eficacia y política criminal- son *prima facie* constitucionales.

Un tercer momento de la jurisprudencia del TC profundizó el argumento anterior, afirmando categóricamente la constitucionalidad del modelo de persecución penal pública. Ello, llevó al Tribunal a afirmar la inexistencia de un derecho a la acción -cuestión que consideramos correcta-. Asimismo, el Tribunal afirmó que la víctima no cuenta con un

derecho a exigir la investigación de un delito. Este último punto estimamos fue un error por parte del Tribunal, en ello no permite dar cuenta correctamente del rol que juega la querrela en el sistema procesal penal.

Por otra parte, al cotejar el desarrollo jurisprudencial de los dos tribunales pudimos concluir que ambos adolecen de un déficit argumentativo, en tanto no justifican adecuadamente el reconocimiento mismo del derecho, cuestión que resulta relevante en tanto la el acceso a la justicia no está expresamente reconocido ni en la CADH ni en la CPR.

Por otra parte pudimos concluir que ambos tribunales demuestran un tránsito desde una concepción amplia del derecho de acceso a la justicia hacia un contenido más limitado. Dicho tránsito se justificó en base a razones referentes al carácter del derecho penal y la libertad del Estado de organizar su sistema procesal penal bajo criterios de eficiencia y eficacia.

Lo anterior nos llevó a concluir que, en el fondo, el tránsito de un amplio derecho de acceso a la justicia hacia uno más reducido se funda en que ambos tribunales reconocen tensiones entre el contenido amplio de tal garantía y una determinada concepción de derecho penal y derecho procesal penal. Esas son, un derecho penal de *ultima ratio* y un derecho procesal penal regido por la eficiencia y la eficacia. A nuestro juicio, es precisamente el modelo de persecución penal pública, adversarial, basada en el principio de oportunidad (reglado), el que entra en conflicto con la visión amplia del derecho de acceso a la justicia, en tanto este supone la incorporación de criterios de eficiencia y eficacia así como también implementa un criterio de *ultima ratio* en la persecución penal.

La asunción de tales principios a través de un sistema formal de selección de casos supone, en ocasiones, el abandono de la pretensión punitiva por parte del Estado. Ello entra en conflicto con el derecho de acceso a la justicia, si es que este es concebido como la facultad de exigir la investigación y sanción efectiva del responsable del ilícito.

Sin perjuicio de lo anterior, constatamos que ninguno de los dos tribunales analizó el problema desde la perspectiva de un test de restricción de derechos basado en la proporcionalidad. De acuerdo a este modelo, el establecimiento de un sistema de

persecución penal público, adversarial y basado en el principio de oportunidad, debe ser visto como una medida que restringe el derecho de acceso a la justicia.

En función de lo anterior decidimos examinar dicha medida a la luz de cada elemento del test de restricción basado en la proporcionalidad. El resultado de dicho análisis fue constatar que la medida en cuestión era legítima, en tanto satisfacía los criterios de legalidad, legitimidad del fin, y proporcionalidad.

El aporte fundamental de enfocar la problemática desde el test de restricción basado en la proporcionalidad, es que este permitió poner en evidencia que, en el fondo, la adopción del modelo de persecución penal en cuestión, si bien implica la restricción de derecho de acceso a la justicia, aporta a la consecución de una serie de fines legítimos y de gran importancia a ojos de la CADH y la CPR. Ello no es baladí, en tanto permite afirmar la legitimidad de un proceso de reforma al enjuiciamiento criminal que ha recorrido buena parte de los países de nuestra región.

Además de lo anterior, el uso del examen de proporcionalidad es recomendable como modelo de análisis, en la medida que permite un examen exhaustivo y sistemático de la medida y del derecho restringido. En este sentido, problemas como la falta de claridad en la determinación del derecho, como los que aquejan al Tribunal Constitucional, no tendrían lugar si es que este tuviese que analizar la problemática bajo el examen de proporcionalidad.

Asimismo, a modo de conclusión final, cabe destacar que si bien se puede afirmar que la CADH y la CPR admiten el uso de la herramienta penal como mecanismo para garantizar los derechos; debemos tener siempre en consideración que esta no es la única, ni menos aún la mejor medida. Por el contrario, es necesario reafirmar que de acuerdo a los estándares analizados, el uso de la vía penal deberá ser siempre estrictamente evaluado por el Estado, no solo en cuanto a la tipificación de las conductas, sino en cuanto la persecución y sanción de las mismas. Siguiendo el principio de intervención penal mínima, deberá priorizarse el uso de medidas alternativas al juzgamiento y sanción penal, salvo que ello esté prohibido por el derecho internacional (como es el caso de las violaciones graves de derechos humanos).

En el mismo sentido, la incorporación de la víctima a la lógica del sistema penal debe responder por tanto a la búsqueda de instancias reparatorias, sin que ello implique afirmar la existencia de un “derecho a sancionar” a los responsables de un delito. Dicha función, bajo los estándares aquí analizados, continúa siendo una potestad enteramente estatal y no un derecho subjetivo público. En otros términos, al incorporación de la víctima al como parte central del conflicto penal puede ser una vía útil para lograr el ansiado derecho penal de *ultima ratio*, en la medida que su participación busque la obtención de la reparación y no de la sanción.

## **VII. TABLA DE ABREVIATURAS**

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIPST: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CPP: Código Procesal Penal chileno.

CPR: Constitución Política de la República de Chile.

SIDH: Sistema interamericano de derechos humanos.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional chileno.

TC: Tribunal Constitucional chileno.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. ACOSTA, Paola. El Derecho de Acceso a la Justicia en la Jurisprudencia Interamericana. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2007.
2. ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2007).
3. BARNES, Javier (coord.). La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado. Madrid, Civitas, 1993.
4. BASCUÑAN, Antonio. Comentario de la Jurisprudencia del año 2003 Corte Suprema y Tribunal Constitucional. En: Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Número I, 2004
5. BENADAVA, Santiago. Las relaciones entre derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos. En Nuevos enfoques de derecho internacional, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992. pp. 47-52.
6. BENDA, Ernst. (et al.) Manual de derecho constitucional. Madrid, Marcial Pons editores, 2001.
7. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España (2003).
8. BERTELSEN, Repetto. Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno. En Revista Chilena de Derecho, v. 23, n°s 2 y 3 TI, pp. 211-222.
9. BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho, Bogotá, Temis, 1992.
10. BORDALÍ, Andrés. No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal: sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal. Revista de Derecho (Valdivia) vol. 21 n° 2, Valdivia (2008)
11. BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. Revista española de derecho constitucional, n° 20, N° 59, 2000. pp. 29-56.

12. BOVINO, Alberto. Principios políticos del procedimiento penal. Editores del Puerto (2005). Bueno Aires, Argentina.
13. BOVINO, Alberto. La Participación de la Víctima en el Procedimiento Penal. Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Disponible en: [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=38&Itemid=27](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=38&Itemid=27)
14. CARBONELL, Miguel (coord.). El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. Librotecnia, Santiago, 2010
15. DOAK, Jonathan. Victim's Rights, Human Rights and Criminal Justice. Hart Publishing. 2008
16. DUCE, Mauricio. Selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 29 N° 2, 2002
17. DUCE, Mauricio. Presentación al informe "Reformas Procesales Penales en América Latina: Discusiones Locales". Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago de Chile, 2005.
18. EVANS, Enrique. Los derechos constitucionales, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1999.
19. FERRAJOLI, Luigi. Garantías. En Jueces para la Democracia, n° 38, 2000 pp. 39-46.
20. Fernández G, Miguel. La reforma al artículo 5° de la Constitución. Revista Chilena de derecho, v. 16, 1989, pp. 809-825.
21. GARCÍA-PABLOS, Antonio. Derecho Penal: Introducción. Universidad Complutense - Facultad Derecho, Servicio Publicaciones. Madrid, 1995,
22. GARCÍA-PABLOS, Antonio. Tendencias del Actual Derecho Penal. EN: Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España (2001)



23. GARCÍA-PABLOS, Antonio. Tendencias del Actual Derecho Penal. EN: Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España (2001)
24. HORVITZ, María Inés. Estatus de la Víctima en el Proceso Penal Comentario a Dos Fallos de la Corte Suprema. Revista de Estudios de la Justicia, N° 3, 2003.
25. HORVITZ, María Inés – LOPEZ, Julián. Derecho Procesal penal Chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
26. MACLEOD, Adam J. All for One: A Review of Victim-Centric Justifications for Criminal Punishment. Berkeley Journal of Criminal Law, Spring 2008, 13 Berkeley J. Crim. L. 31.
27. MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección. Centro de Derechos Humanos – Facultad de Derecho Universidad de Chile (2007).
28. MEDINA, Cecilia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos: Teoría y Jurisprudencia. San José, Costa Rica, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2005.
29. MEDINA, Cecilia. Constitución, tratados y derechos esenciales. Corporación Nacional de Reparación y Conciliación, Santiago, 1993
30. MUIJICA, Ignacio y NASH, Claudio (editores). Derechos Humanos y Juicio Justo. 2010.
31. NASH, Claudio. La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena. En la aplicación judicial de los tratados internacionales, p. 163.
32. NASH, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007). Segunda Edición. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2009
33. NASH, Claudio. Los derechos fundamentales: ¿La reforma constitucional pendiente? En: Revista de Derecho. N° 217-218, año LXXIII, Diciembre 2005.

34. NASH, Claudio. El sistema interamericano de derechos humanos en acción aciertos y desafíos. Porrúa, México (2009).
35. NOGUEIRA, Humberto. “El artículo 5 ° de la Constitución y la jerarquía normativa de los tratados internacionales” ponencia presentada en las Jornadas de derecho público de octubre de 1991
36. NOGUEIRA, Humberto. Los derechos humanos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia rol n° 786 -2007 del Tribunal Constitucional. En Estudios Constitucionales, Año 5, n° 2, 2007, p. 464.
37. PASTOR, Daniel R. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. En: Nueva Doctrina Penal N° 1, 2005, pp 73-114.
38. PEÑA, Marisol. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional Chileno. En Estudios Constitucionales, Año 6, n° 1, 2008, pp. 205-222.
39. RIEGO, Cristián. Informe de Chile. En: Las Reformas Procesales Penales en América Latina. Maier, Ambos, Woischnik (coords.). Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
40. ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
41. SILVA, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, 2ª edición, T XI, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
42. SOLIS, Daniel. Síntesis histórica de la aparición del principio del Debido Proceso y su incorporación en el sistema de enjuiciamiento penal chileno. EN: Corpus Juris Regionis, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina. N° 8, año 8, pp xx.
43. Troncoso, Claudio y Vial, Tomas. “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”, Revista chilena de Derecho, v. 20, N°s 2 y 3, t II, 1993, pp 695-704.
44. Verdugo, Mario [et al], Derecho Constitucional chileno, Santiago de Chile, Editorial Jurídica 1998.

45. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Madrid, Editorial Civitas, 2001.
46. ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de Derecho Penal – Parte General. EDIAR (1998). Bueno Aires, Argentina. Tomo I.
47. ZUÑIGA, Francisco. Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. Apostillas sobre tratados y constitución. En Revista de Derecho Político, n° 71-72, enero-agosto 2008, págs. 789-827.

## **IX. TABLA DE CASOS CITADOS**

### **1. Corte IDH**

#### **i. Casos Contenciosos**

1. Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
2. Corte IDH. **Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191
3. Corte IDH. **Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103. Voto Razonado del Juez A.A. Cancado Trindade
4. Corte IDH. **Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
5. Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75
6. Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4
7. Corte IDH. **Caso Castillo Páez Vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34
8. Corte IDH. **Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala.** Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
9. Corte IDH. **Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia.** Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22
10. Corte IDH. **Caso Godínez Cruz Vs. Honduras.** Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.
11. Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30
12. Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala.** Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36
13. Corte IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101

14. Corte IDH. **Caso Las Palmeras Vs. Colombia.** Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90
15. **Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163
16. Corte IDH. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219
17. Corte IDH. **Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217
18. Corte IDH. **Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
19. Corte IDH. **Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109. Voto Razonado de la Jueza Cecilia Medina Quiroga.
20. Corte IDH. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.** Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63
21. Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114
22. Corte IDH. **Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215
23. **Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia.** Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.
24. Corte IDH. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205
25. Corte IDH. **Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167
26. Corte IDH. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.
27. Corte IDH. **Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140
28. Corte IDH. **Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138

29. Corte IDH. **Caso Ríos y otros Vs. Venezuela.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194
30. Corte IDH. **Caso Perozo y otros Vs. Venezuela.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
31. Corte IDH. **Caso Tristán Donoso Vs. Panamá.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.
32. Corte IDH. **Caso Bulacio Vs. Argentina.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.
33. Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149
34. Corte IDH. **Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador.** Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171
35. Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
36. Corte IDH. **Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil.** Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 80
37. Corte IDH. **Caso Kawas Fernández Vs. Honduras.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.
38. Corte IDH. **Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61.
39. Corte IDH. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111
40. Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Párr. 93.

## ii. Opiniones Consultivas

1. Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.** Serie A No. 5

## **2. Otros documentos internacionales**

1. CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116. Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002.
2. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.
3. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

## **3. Tribunal Constitucional chileno**

- 1.Rol 46-1987
- 2.Rol 346-2002
- 3.Rol 541-2006
- 4.Rol 786-2007
- 5.Rol 790 -2007
- 6.Rol 740-2008
- 7.Rol 815-2008
- 8.Rol 986-2008
- 9.Rol 1193-2008
- 10.Rol 1240-2009
- 11.Rol 1244-2009
- 12.Rol 1337-2009
- 13.Rol 1361-2009
- 14.Rol 1380-2009

15.Rol 1467-2009

16.Rol 1445-2010

17.Rol 1341-2010

18.Rol 1394-2010

19.Rol 1404-2010

20.Rol 1484-2010

21.Rol 1710-2010