



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**LA RECUPERACIÓN DE LA VÍCTIMA Y LA SEGURIDAD CIUDADANA
FRENTE AL DERECHO PENAL PÚBLICO Y DEMOCRÁTICO.
Análisis crítico de la revisión administrativa de la no formalización**

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

JUAN PABLO
ARRUÉ FONSECA

BERNARDITA
LUEBERT BRURON

Profesor guía: Juan Pablo Mañalich Raffo

Santiago de Chile
2013

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	8
<i>CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA DENTRO DEL PROCESO PENAL CHILENO</i>	12
El proceso penal con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1906.....	12
Aspectos generales.....	12
Estatus procesal de la víctima en este período	15
El proceso penal del código de 1906.....	17
Aspectos generales.....	17
El sistema inquisitivo del código de 1906.....	19
La víctima en el antiguo proceso penal.....	23
Modificaciones introducidas al código de 1906.....	27
Hacia un nuevo sistema procesal penal	29
La situación de tensión a nivel normativo.....	30
Recuperación de la democracia.....	35
Gestación de la reforma	36
¿Una reforma revolucionaria?	38
El Código Procesal Penal	39
Posición de la víctima en el nuevo proceso penal	45
Derechos en relación al inicio del procedimiento.....	51
Derechos en relación a la dirección de la investigación	52
Derechos en relación a la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios	52
Derechos en relación al cierre de la investigación y forzamiento de la acusación	54
Otros derechos de la víctima	61

Modificaciones posteriores a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal inspiradas en el discurso securitario.....	64
Ley 19.789 de 2002, que introduce modificaciones al Código Procesal Penal.....	64
Ley 19.942 de 2004, que modifica los Códigos de Procedimiento Penal y Procesal Penal en materia de control de identidad.....	67
Ley 20.074 de 2005, que modifica los Códigos Procesal Penal y Penal.....	68
Ley 20.253 de 2008, que introduce la así llamada “agenda corta antidelincuencia”	71
Ley 20.516 de 2011, reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no puedan procurárselas por sí mismas	75
Ley 20.603 de 2012, que modifica la ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.....	80
Proyectos de ley	82
Análisis particular del así llamado proyecto de “reforma a la reforma”, especialmente la facultad que confiere a la víctima para pedir la revisión administrativa de la decisión de no formalizar cuando ella fuere arbitraria.....	82
Otros proyectos de ley.....	86
Fallos del Tribunal Constitucional y apreciaciones doctrinales	87
Evaluación general del posicionamiento de la víctima en el proceso penal chileno	95
<i>CAPÍTULO II: CARACTERES DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y SU CORRELATO EN LA TENDENCIA DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL CHILENA</i>	104
 Binomio libertad – seguridad	105
 La seguridad ciudadana y el abandono del paradigma clásico del derecho penal	112
El protagonismo de la delincuencia clásica.....	116
Reflejo en el panorama local	117

Prevalencia de la sensación colectiva de inseguridad ciudadana	119
Reflejo en el panorama local	122
Populismo punitivo	125
Reflejo en el panorama local	129
Sustantividad de los intereses de las víctimas	134
Evolución del estatus de la víctima en el sistema penal	135
Caracteres particulares de la recuperación de la víctima bajo el influjo securitario	143
Reflejo en el panorama local	148
Involucramiento de la sociedad en la lucha contra la delincuencia.....	159
Revalorización del componente aflictivo de la pena.....	160
<i>CAPÍTULO III: ASPECTOS DOCTRINALES DE LA RECUPERACIÓN DE LA VÍCTIMA, RAZONES PARA SU ABANDONO</i>	<i>162</i>
Derecho penal clásico, derecho penal público.....	162
Recuperación de la víctima.....	166
La reorientación hacia la víctima frente al derecho penal público.....	173
Dos manifestaciones de la reorientación del derecho penal hacia la víctima: la reparación del daño y el mejoramiento del estatus procesal del ofendido.....	181
Reparación como consecuencia jurídico-penal	181
Estatus de la reparación	182
Reparación como pena	182
Reparación como prestación autónoma excluyente o atenuante de la pena	183
Argumentos favorables a la reparación como una consecuencia jurídico-penal	185
Realización de los fines de la pena	185
Principio de ultima ratio.....	187
Dotación de mayor eficacia al sistema penal a través de la reparación.....	189
Fundamentos para descartar a la reparación como una consecuencia jurídico-penal	190
Rechazo de la reparación como pena: lo decisivo es el fin	190

Rechazo de la reparación como tercera vía: falsedad de la función de pacificación universal	191
Inconsistencia entre la tesis de la adecuación preventivo-general de la reparación y la teoría dialéctica de la unión	192
Defensa del fin retributivo y crítica a los fines preventivos de la pena.....	193
Ultima ratio para una política criminal de intervención mínima, radicalmente pública y garantísticamente formalizada	195
Plus de injusto sin resolver.....	198
Tensión entre la reparación y el principio de igualdad	198
Desmantelamiento del principio de presunción de inocencia	201
Eficacia a costa de garantías procesales.....	203
Reposicionamiento de la víctima en el proceso penal.....	204
Argumentos para un mejoramiento del estatus procesal de la víctima	205
Igualdad de armas procesal	205
Control de los órganos de persecución penal	206
Eficacia del sistema penal	207
Función terapéutica del proceso.....	208
Fundamentos para rechazar la participación de la víctima en el proceso penal.....	208
Control público y principio de igualdad.....	208
Equívoco de la pretendida igualdad de armas procesal entre el imputado y la víctima	210
Compromiso de la persecución penal producto de la pérdida del testimonio de la víctima	214
Límites al input de la víctima en un sistema democrático	215

REFLEXIONES FINALES: OBSERVACIONES CRÍTICAS DESDE LA TEORÍA RETRIBUTIVA DEMOCRÁTICA DEL FIN DE LA PENA. 217

BIBLIOGRAFÍA..... 225

LEGISLACIÓN..... 247

JURISPRUDENCIA..... 253

RESUMEN

La evolución de la posición de la víctima en nuestro derecho procesal penal evidencia una tendencia privatizadora desarrollada al alero del discurso securitario.

La atención prioritaria a las demandas de las víctimas en la política criminal, y la colocación de éstas en una posición preeminente en el sistema penal, conducen a la configuración de un ordenamiento jurídico que se contrapone a los principios de un derecho penal entendido como consenso ciudadano para la protección de intereses públicos en el contexto de una sociedad democrática.

INTRODUCCIÓN

Aproximadamente desde principios de los años noventa, la inseguridad ciudadana comenzó a posicionarse como problema social relevante en nuestro país. En base a un supuesto aumento de la tasa delincencial y un incremento en el temor subjetivo al delito, se inicia un proceso en que tanto la autoridad como la oposición política proponen, como modo de enfrentar las demandas ciudadanas, una serie de políticas públicas que tienden en general a la intensificación de la intervención penal.

En este contexto comienza a gestarse la reforma procesal penal. Con el objeto de modernizar el sistema, adecuándolo a la nueva situación social política y económica, intenta superar la falta de correspondencia de la legislación procesal penal con la Constitución y los tratados internacionales vigentes y, al mismo tiempo, dar satisfacción a los requerimientos mínimos de un Estado de derecho y un sistema democrático, cambiando el sistema inquisitivo del código de 1906 por uno acusatorio, cuyo rasgo más relevante es la separación de las funciones de investigación y juzgamiento.

El aspecto que nos interesa estudiar, en atención al diseño del nuevo proceso penal, se relaciona con la participación de las víctimas en el procedimiento, y específicamente con el fundamento que ello pueda -o no- tener desde el punto de vista de derecho penal público.

La consagración de este tipo de facultades procesales implica atender al interés de la víctima en un sistema en que la imposición de la pena se fundamenta en intereses sociales perseguidos públicamente por el Estado, haciendo prevalecer el discurso de la víctima en la política criminal. En nuestro país, éste se ha desarrollado bajo el alero del discurso de la seguridad ciudadana, uno de cuyos rasgos esenciales consiste en la inversión de roles en la persecución penal: ya no es el Estado el que representa los intereses de las víctimas, sino que “[e]s ahora la víctima la que subsume dentro de sus propios intereses a los intereses de la sociedad, son sus sentimientos, sus experiencias traumáticas, sus exigencias particulares los que asumen la representación de los intereses públicos; éstos deben personalizarse, individualizarse, en demandas concretas de víctimas, grupos de víctimas, afectados o simpatizantes”¹.

Esta concepción trastoca el paradigma del derecho penal público, matriz desde la cual ha sido formulado nuestro ordenamiento jurídico penal. El reproche centrado en la protección de intereses sociales, materializados en los bienes jurídicos subyacentes a los ilícitos penales, la correlativa monopolización estatal del *ius puniendi*, y la vigencia de la persecución necesaria y oficial como regla general, comienzan a ceder paso a un paradigma que enfoca el reproche en el mal empíricamente causado al

¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2004. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. [en línea] Revista electrónica de ciencia penal y criminología Núm. 6 <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>> [consulta: 04 de abril de 2013]. p. 10.

ofendido y que hace predominar sus individuales intereses en la persecución penal.

La “reforma a la reforma”, en lo relativo a su propuesta de establecer el derecho de la víctima a solicitar la revisión administrativa de la decisión de no formalizar adoptada por el Ministerio Público cuando ella fuere arbitraria, constituye uno de los desarrollos más recientes de la orientación hacia la víctima en nuestro país. La legitimidad de la propuesta resulta discutible a causa de la inconsistencia que presenta su trasfondo ideológico -securitario y orientado hacia las demandas de las víctimas- con nuestro sistema de derecho penal público.

Una indagación de la línea de avance histórica de la recuperación de la víctima en nuestro país nos permitirá establecer cómo la seguridad ciudadana ha impulsado esta orientación, estableciendo una estrecha vinculación ideológica con ella.

En efecto, en el transcurso de las dos últimas décadas las ideas del discurso securitario se han convertido en el consenso político en torno a la forma de enfrentar la delincuencia. Dentro de sus propuestas y fundamentos, los derechos y la situación de las víctimas constituyen parte medular.

Por último, nos preguntamos por el sustento que puede tener la recuperación de la víctima y sus particulares propuestas político criminales, la reparación de las consecuencias del delito y el posicionamiento del

ofendido en el proceso penal como actor relevante, dentro de un esquema de derecho penal público, el que es, a nuestro juicio, el que más se aviene con un sistema democrático.

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA

DENTRO DEL PROCESO PENAL CHILENO

El proceso penal con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1906

Aspectos generales

Antes de la entrada en vigencia del Código de 1906, en materia de procedimiento penal regían en Chile las Siete Partidas² del rey Alfonso X y otros cuerpos legales dictados por el Consejo de Indias especialmente para las colonias españolas³. La legislación indígena anterior a la llegada de los españoles no tuvo influencia en el diseño del sistema legal que se estableció en el “nuevo mundo”⁴.

Las partidas constituyen el cuerpo legal con que España adoptó formalmente el sistema inquisitivo entre los años 1263 y 1265⁵. La

² La séptima partida regulaba el derecho penal sustantivo y el procedimiento penal. Esta partida constituyó el cuerpo básico de reglas aplicadas durante el período colonial en la materia. Véase: DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. Proceso penal. Santiago, Jurídica de Chile. pp. 42-43.

³ Éstos regularon principalmente cuestiones relativas a la protección de la población indígena y local. Véase: DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. p. 42; CASTRO, J. 2006. Introducción al derecho procesal penal chileno. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing. pp. 12-13.

⁴ MAIER, J. 2002. Derecho procesal penal. 2ª ed. Buenos Aires, del Puerto. Tomo I. p. 328; DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. p. 42; CASTRO, J. 2006. ob. cit. p. 12.

⁵ Se adoptaron básicamente los mismos principios que del sistema inquisitivo derivado de la regulación eclesiástica (plasmado en una serie de bulas y concilios) de la baja edad media -siglos XII Y XIII-. El sistema fue desarrollado, de manera análoga al caso de los estados nacionales, en

explicación de la adopción de este sistema, tanto en España como en el resto de Europa, obedeció al proceso de consolidación de los Estados nacionales. La necesidad de concentración de poder político hacía al sistema inquisitivo muy funcional a esta pretensión⁶.

La estructura consagrada por estas normas procesales se caracteriza por una organización burocrática y vertical de la judicatura, derivada de los sistemas de delegación y devolución de poder propios de los Estados monárquicos. Es por ello que procedían ampliamente los recursos en contra de las decisiones judiciales, los que podían tener lugar incluso de oficio. Otros rasgos esenciales de este sistema son la escrituración, el secreto e investigación solitaria del juez. Se considera que el magistrado garantiza la imparcialidad del proceso al no estar “contaminado por intereses extraños”, como si lo están quienes son parte del conflicto propiamente tal⁷.

El procedimiento inquisitivo sobrevivió al proceso emancipatorio chileno y latinoamericano en general, dándose un verdadero “fenómeno de continuidad legislativa”⁸. Se ha explicado que ello se debió principalmente

un contexto político de consolidación y concentración de poder de la iglesia. Véase: DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. p. 40.

⁶ De acuerdo a Maier, existe una relación muy estrecha entre la forma de organización política del Estado y la estructura del proceso penal adoptado, dándose una frecuente utilización por parte del poder político de la herramienta punitiva. MAIER, J. 2002. ob. cit. pp. 288-289.

⁷ STRUENSSE, E y MAIER, J. 2000. Introducción. En: MAIER, J., AMBOS, K. y WOISCHNIK, J. (Eds.). Reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 19-23.

⁸ La expresión pertenece a Duce y Riego. Véase: DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. p. 44; Duce y Pérez concluyen, en el mismo sentido, que, debido a ello, podría decirse que el sistema inquisitivo en América Latina tiene cerca de 500 años. Véase: DUCE, M. y PÉREZ, R. 2001.

a que la labor en los años subsiguientes a las declaraciones de independencia estuvo centrada en dar estabilidad política y consolidar el proceso emancipatorio, dotando de estructura a los nuevos Estados a través de la promulgación de constituciones.

En el caso chileno este fenómeno fue más acentuado, pues en general las constituciones anteriores a la de 1833 establecieron la continuidad del sistema inquisitivo⁹, lo que es incluso explicitado en el reglamento constitucional de 1818. Si bien hubo una constitución que manifestó la intención programática de cambiar este sistema (la de 1828), la derrota militar de los sectores liberales que la apoyaban, y la posterior reforma constitucional conservadora que estableció la carta política de 1833, liquidó dicha intención¹⁰.

Cabe destacar, sin embargo, que ya en este período es posible observar que nuestra legislación procesal penal presenta cierta discordancia con el ordenamiento constitucional posterior al proceso independentista. En ese sentido, Maier y Struensee señalan que las constituciones adoptadas por los países iberoamericanos provenían del movimiento liberal de fines del s. XVIII, conformado principalmente por la revolución francesa y por la

Seguridad ciudadana y reforma de la justicia penal en América Latina. Boletín mexicano de Derecho comparado 34(102): 755-787; Castro destaca que, sin embargo, con el tiempo, “la abundancia de normas de distinta fuente fue generando una compleja y confusa aplicación del derecho que hacía necesaria una unificación y codificación del Derecho Procesal Penal”. Véase: CASTRO, J. 2006. ob. cit. p. 14.

⁹ CASTRO, J. 2006. ob. cit. p. 14.

¹⁰ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. p. 54.

independencia de Estados Unidos, adoptando ya un modelo republicano que consagraba, en mayor o menor medida, una serie de garantías jurídico penales¹¹.

Como señalan Duce y Riego, resalta lo paradójico de esta situación, pues mientras el acogimiento del sistema mixto en Europa constituyó una reacción en contra del poder absoluto de las monarquías y un intento por superar las estructuras impuestas por el *ancien régime*, no se hizo otro tanto en América Latina respecto a España. No obstante tratarse de un proceso de independencia, y encontrándose presentes las ideas liberales respecto a la configuración del sistema penal, se decidió mantener la estructura del mismo.

Estatus procesal de la víctima en este período

En la evolución del proceso penal español la participación del ofendido ha sido siempre relevante, pudiendo rastrearse en éste continuas referencias al querellante¹². En efecto, dicho sistema jurídico consagró la denominada "acción popular", que adoptó del proceso penal altomedieval, en el que la iniciativa punitiva es esencialmente privada. Por medio de este

¹¹ Entre las cuales se puede mencionar el principio de igualdad, la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo. Véase: STRUENSSE, E y MAIER, J. 2000. ob. cit. p. 23.

¹² Horvitz y López señalan que “[e]n la regulación del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 y hasta la promulgación de la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 22 de diciembre de 1872, es posible advertir continuas referencias al querellante particular, aunque el ejercicio de la acción penal por particulares hubiera caído en notorio desuso”. Véase: HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. Derecho procesal penal Chileno. Santiago, Jurídica de Chile. Tomo I. p. 282.

instituto jurídico cualquier persona puede querellarse contra otro por la comisión de un delito, sin importar si es o no la víctima del mismo.

A pesar de que con el tiempo cayó en notable desuso, esta acción nunca desapareció del derecho español. No fue erradicada con las reformas liberales españolas de fines del siglo XIX, las que en materia procesal penal se tradujeron en la adopción del sistema inquisitivo mixto en la ley de enjuiciamiento criminal de 1882.

Se ha explicado que la permanencia de esta institución en este caso se debió a la influencia de las instituciones inglesas en esta materia¹³. Sin embargo, Díez-Picazo sostiene que hubo, por parte del legislador español de 1882, una errónea interpretación de las implicancias político-jurídicas de la institución de la acción popular inglesa. Este error no es baladí, por cuanto en el caso inglés el énfasis privatizador de la persecución es mucho menor. En realidad, en dicha regulación no se trata de una genuina acción popular, pues “los particulares no gozan, en cuanto tales, de legitimación activa para iniciar el proceso penal, pues sólo en nombre de la Corona pueden ejercer la acción penal”. Más aún, “los particulares sólo pueden ejercer la acción penal en la medida que lo consienta la Corona y si ésta se apersona en la causa, el privado queda automáticamente desplazado”¹⁴.

¹³ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. pp. 282-283.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. M. 2000. El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo. Barcelona, Ariel. p. 38.

Como era de esperarse, considerando la continuidad de la legislación indiana luego del proceso independentista, el ordenamiento procesal penal chileno recogió las normas españolas relativas a la participación del ofendido en el proceso, lo que se tradujo en la persistencia de la acción penal popular.

El proceso penal del código de 1906

Aspectos generales

No obstante que a la fecha de promulgación del código ya se encontraba vigente la nueva ley de enjuiciamiento criminal española de 1882¹⁵, que recogía principios de un sistema inquisitivo mixto, -tendencia general en ese entonces en Europa- siguiendo los lineamientos del código de instrucción criminal francés de 1808¹⁶, el sistema inquisitivo tampoco fue suprimido por el legislador chileno de 1906.

Fundándose principalmente en consideraciones económicas¹⁷, se estableció en lo esencial un sistema inquisitivo¹⁸, adoptando la estructura

¹⁵ Este cuerpo legal fue producto de las reformas liberales del siglo XIX en España, inspiradas en las ideas del proceso político de la revolución francesa. Véase: DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. pp. 44-45.

¹⁶ Este código influenció todo el proceso re-codificador de los procesos penales en Europa durante el siglo XIX. Véase: DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. pp. 44-45.

¹⁷ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 18.

¹⁸ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. pp. 51 y s.s.; HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 17; CASTRO, J. 2006. ob. cit. p. 16; MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Santiago. Legal Publishing Chile. Tomo I. p. 96. De opinión contraria es Rafael Fontecilla, quien sostiene se trata de un sistema mixto. Véase: FONTECILLA, R. 1978.

propuesta en la ley de enjuiciamiento criminal española de 1852, que a su vez siguió el procedimiento penal consagrado en las siete partidas¹⁹. Producto de esta continuidad legislativa -a que se ha aludido más arriba respecto al proceso emancipatorio y que se vuelve a confirmar con el código de 1906- es que la doctrina ha sostenido la idea de obsolescencia -incluso inicial- del código. El legislador tuvo tal consciencia de ésto, que prácticamente pidió disculpas en el mensaje del código por establecer un procedimiento de esta naturaleza²⁰.

Tradicionalmente, el apartamiento de la tendencia moderna por parte del legislador chileno se explica en que la codificación procesal penal en América latina antecede a la codificación española que acogió el sistema inquisitivo mixto. Esta explicación no resulta satisfactoria, pues el código napoleónico de instrucción criminal de 1808 antecede a ambas, por lo que bien pudo haberse tomado como ejemplo. Por lo demás, la idea de la

Las dos formas fundamentales e históricas del proceso penal: proceso acusativo y proceso inquisitivo. En: Tratado de derecho procesal penal. 2ª ed. Santiago, Jurídica de Chile. Tomo I. p. 52.

¹⁹ CASTRO, J. 2006. ob. cit. 16; Duce y Riego agregan otros cuerpos normativos de la legislación colonial española, la carta constitucional de 1833, vigente en la época, y otras leyes nacionales, entre las cuales se destacan las leyes de garantías constitucionales de 1884 y 1891, que establecieron una serie de garantías procesales penales estableciendo límites en cuanto a las facultades del juez y de la policía para privar de libertad al imputado y estableciendo mecanismos de impugnación a sus actuaciones. Véase: DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. pp. 51 y 55.

²⁰ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. p. 52.

introducción de juicios orales o por jurados se encuentra presente en el debate en torno a la codificación procesal penal en la región²¹.

Una explicación satisfactoria puede encontrarse, a juicio de Duce y Riego, en la idea de “modernización tradicionalista” en América Latina. Según ésta tesis, las élites que dirigieron el proceso de modernización, si bien estaban interesadas en introducir cambios importantes en cuanto a lo político, social y legal, no pretendían alterar las estructuras sociales y las jerarquías existentes²², es por eso que siguieron el modelo inquisitivo preexistente. Como señala Maier, esta área del derecho se encuentra bajo la permanente tensión entre el interés por mantener o cambiar las estructuras políticas y sociales vigentes²³. Es posible que las élites políticas hayan percibido al proceso penal como una herramienta idónea al efecto²⁴.

El sistema inquisitivo del código de 1906

En general, el sistema inquisitivo sigue dos principios cardinales: el deber de los órganos estatales de conducir los procedimientos de oficio y el

²¹ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. p. 46.

²² DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. p. 47.

²³ MAIER, J. 2002. ob. cit. p. 260.

²⁴ De hecho, como destacan Duce y Pérez, la élite de la época intentó disfrazar el verdadero motivo de esta decisión, cual era, precisamente, que dada la composición social, demasiadas garantías podrían no garantizar suficientemente el orden social existente, detrás de la alusión a cuestiones de otra índole. En Chile, por ejemplo, se invocó la pobreza y aislamiento del país. DUCE, M. y PÉREZ, R. 2001. ob.cit.

deber judicial de investigar por sí mismo y luego establecer los hechos sustantivos y la verdad objetiva²⁵.

El diseño original del código de 1906, siguiendo estos lineamientos, consagra la concentración de las funciones de investigación y dictación de sentencia en una misma persona, dejando la acusación en manos de los promotores fiscales²⁶. Cabe señalar que el mismo mensaje del código reconoce esta característica como una falencia: “El juez sumariamente adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aun sin que él lo sospeche no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”, un sistema “con certeza único en el mundo occidental”²⁷.

En particular, el procedimiento ordinario consta de dos etapas: Sumario y Plenario.

²⁵ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. pp. 40-41.

²⁶ Bajo este sistema, el Ministerio Público es un organismo integrado por auxiliares de la administración de justicia cuya misión es representar el interés general de la sociedad ante los tribunales de justicia. Dentro del mismo, los promotores fiscales son los que lo representan ante los jueces de letras. Véase: CASARINO, M. 2007. Manual de derecho procesal: derecho procesal orgánico. 6ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, tomo II. p. 79. Como observamos más adelante, esta institución fue suprimida el año 1927, quedando radicada la facultad acusadora en manos del juez.

²⁷ TAVOLARI, R. 2007. Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos. Santiago, Jurídica de Chile. p. 285.

El sumario criminal está regido por los principios del secreto, la actuación de oficio, la desconcentración, la unilateralidad de la audiencia, la escrituración, el orden consecutivo discrecional, la mediación y la restricción de libertad para el sujeto pasivo.

Estas bases se ven reflejadas en diversas instituciones del procedimiento, destacando la investigación unilateral por parte del juez, sin que haya participación de las partes en ella. El Ministerio Público y los demás sujetos procesales actúan sólo como coadyuvantes, es decir, proponen la realización de diligencias al juez, siendo éste quien, en definitiva, resuelve ordenar su realización. Por otra parte, existe una amplia delegación indagatoria en manos de las policías, otorgándose a éstas amplias facultades. Resaltan en este punto instituciones como la detención por sospecha, y la frecuente práctica de dar orden genérica de investigar²⁸.

En esta etapa los derechos del imputado se encuentran bastante disminuidos. En efecto, producto del auto de reo²⁹ procede en forma automática -e indeterminada en el tiempo- la prisión preventiva del imputado³⁰ –desde ahora llamado “procesado”-, quien hasta ese momento no es considerado parte en el procedimiento, ni goza de la plenitud de los

²⁸ MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. ob.cit. pp. 97-98.

²⁹ La ley N° 19.047 de 1991 cambió su denominación por la de auto de procesamiento.

³⁰ El auto de procesamiento no sólo produce la prisión preventiva del imputado, sino que también otras medidas, como el arraigo nacional de pleno derecho y algunas consecuencias que consideramos propias de la imposición de una pena, como son las inhabilidades o suspensión de ciertos derechos y el “prontuariamiento” del imputado. Véase: MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. ob.cit. pp. 98-99.

derechos y garantías propias del proceso, pues hasta antes de su dictación no puede conocer el contenido de la investigación ni se le garantiza el debido ejercicio del derecho a la defensa³¹.

Agotada la investigación, el juez declara cerrado el sumario y ordena remitir los autos al Ministerio Público³², órgano encargado de solicitar nuevas diligencias de investigación, el sobreseimiento o bien proceder a presentar la acusación respectiva, con la cual se da inicio a la fase de Plenario³³.

Los principios rectores de esta fase son los de publicidad, bilateralidad, dispositivo, orden consecutivo legal, escrituración, mediación y prueba legal.

Entre las cuestiones más relevantes de esta etapa se puede mencionar las siguientes:

³¹ Artículo 297 del Código de Procedimiento Penal de 1906: “Una vez declarado reo el inculcado, en conformidad al artículo precedente, se entenderán con él todas las diligencias del juicio. Desde ese momento tendrán derecho para intervenir en el juicio el abogado i el procurador a quien se confiare la defensa i representación del reo”.

³² Artículos 432 y 433 del Código de Procedimiento Penal de 1906.

³³ Luego de la supresión de los promotores fiscales es el juez quien asume la función de acusar. Ahora el Código de Procedimiento Penal dispone en su artículo 424: “Cuando, ejecutoriada la resolución que declara cerrado el sumario, el juez no encontrare mérito para decretar el sobreseimiento, dictará un auto motivado en el cual dejará testimonio de los hechos que constituyen el delito o los delitos que resultan haberse cometido y la participación que ha cabido en él, o en cada uno de ellos, al procesado o a los procesados de la causa, con expresión de los medios de prueba que obran en el sumario para acreditar unos y otras. Este auto será la acusación de oficio [...]”.

En primer lugar, la prueba recabada por el juez durante la etapa de sumario tiene pleno valor probatorio, por lo que la rendición de prueba tiene carácter eventual, pues sólo existe si las partes la ofrecen en los escritos de discusión³⁴.

En segundo término, el sistema de valoración de la prueba es diverso para el caso de condenar que para el de absolver. En el primero, rige la prueba legal: certeza legal condenatoria y, en el segundo, se valora de acuerdo a las reglas de la sana crítica: certeza judicial absolutoria.

Por último, el legislador intentó palear las falencias de la instauración de un sistema inquisitivo -en particular la concentración de funciones- innovando en el régimen recursivo. Es por ello que procede ampliamente el recurso de apelación, y, además, la consulta respecto de resoluciones relevantes³⁵.

La víctima en el antiguo proceso penal

En el Código de Procedimiento Penal de 1906 no existe una regulación orgánica de la víctima como sujeto procesal, menos aún un

³⁴ El plenario consta de 3 etapas: la de discusión, la fase eventual de rendición de prueba y la de sentencia. La etapa de discusión se compone por el auto acusatorio dictado por el juez (en el texto original la acusación era presentada por el Ministerio Público), la acusación particular y la interposición de la acción civil, y, además, por la defensa del imputado respecto de la acusación como de la demanda civil. Carocca sostiene que en realidad el plenario carecía de relevancia, sirviendo generalmente para ratificar lo obrado en el sumario. Véase: CAROCCA, A. 2005. Manual: El nuevo sistema procesal penal. 3ª ed. Santiago, Lexis Nexis. p. 10.

³⁵ Como, por ejemplo, respecto de la resolución que concede la libertad provisional o el sobreseimiento definitivo en delitos que merecen pena aflictiva.

estatuto propio para ella³⁶. Una manifestación de esta falta de organicidad se encuentra en la utilización del vocablo víctima escasamente y en disposiciones aisladas³⁷.

La doctrina llama la atención respecto al hecho de que el código se haya preocupado de regular la intervención de la víctima principalmente en cuanto al rol que pueda cumplir como testigo, pues parece dar a entender que opta por asimilarla a estos³⁸, lo que da pie para considerarla como un objeto del proceso. Lo anterior cobra fuerza teniendo en consideración el reconocimiento preferencial que se le da al ofendido en materia de

³⁶ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 288.

³⁷ Los artículos 139 y 140 tratan de la situación de la víctima en el delito de lesiones, prescribiendo, en general, que el juez se trasladará al lugar donde la persona se encuentre a fin de tomarle declaración y disponer el examen de sus lesiones; el artículo 8 inciso segundo establece que el juez que toma conocimiento de la perpetración de un delito en que la víctima sea un menor, deberá comunicarlo al juez de menores, a fin de que éste adopte las medidas de protección necesarias; el artículo 146 autoriza, en los delitos de hurto o robo, el que sirvan de testigos, para acreditar la preexistencia de los objetos sustraídos, los parientes o los empleados del personal de servicio de la víctima; el artículo 263 N° 5, describiendo una hipótesis de flagrancia, señala encontrarse en ella el sujeto al que, personas asaltadas, heridas, o víctimas de un robo o hurto, que reclaman auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que acaba de cometerse; el artículo 380 inciso cuarto, autorizando al juez para disponer de oficio embargos si estima que de otro modo la víctima no podrá hacer efectivos sus derechos; los artículos 659 y 663, reglamentando la revisión de las sentencias penales, incorporan como evento que hace procedente tal revisión, la circunstancia de que la persona víctima del homicidio se encontrare con vida después de la fecha en que la sentencia la dio por muerta; el artículo 136, que con tal vocablo se refiere a la persona que cometió suicidio.

³⁸ En efecto, las normas que regulan la forma en que los testigos deben ser interrogados, establecen que se comenzará por "aquellos a quienes se presume sabedores del hecho, entre los que deben contarse, el ofendido, las personas de su familia y aquellas que dieron parte del delito", cuestión regulada en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal. Véase: TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 295.

flagrancia³⁹. Ello es efectivo desde que, de acuerdo al artículo 263, se le otorga credibilidad inmediata en cuanto al señalamiento de la persona del delincuente flagrante⁴⁰.

En cuanto a la participación procesal de la víctima, la sola condición de tal no la habilita para tal efecto, sino que es menester que deduzca querrela, lo que, como veremos, constituye una diferencia respecto a la regulación del Código Procesal Penal.

No obstante la situación previamente graficada, el código, a pesar de constituir un sistema “de matriz fuertemente inquisitiva, admitió desde su origen los denominados delitos de acción penal mixta o previa instancia particular y los delitos de acción penal privada”⁴¹. Más aún, destaca la incorporación, en su artículo 15⁴², de la institución de la acción penal pública popular, siguiendo a sus fuentes españolas⁴³. Resulta de interés señalar aquí los argumentos bajo los cuales el legislador incorporó esta institución: “se amplían los medios de que puede disponerse para llegar a la

³⁹ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 296.

⁴⁰ Esta disposición establece que se reputa delincuente flagrante -entre otras situaciones- al que en los momentos en que acaba de cometerse un delito huye del lugar en que se cometió y es designado por el ofendido como autor o cómplice, y al que personas asaltadas o heridas, o víctimas de un robo o hurto, que reclaman auxilio, señalen como autor o cómplice de un delito que acaba de cometerse.

⁴¹ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 284.

⁴² Dicha disposición habilitaba para ejercer la acción penal pública a cualquier persona capaz de parecer en juicio siempre que no tuviera alguna prohibición legal.

⁴³ Según Horvitz y López, la relevancia práctica de la acción popular ejercida por terceros ajenos al delito ha sido marginal en Chile, teniendo mayor relevancia la ejercida por la víctima del delito, razón por la cual el Código Procesal Penal, como veremos, consagrará una regla diversa en esta materia. Véase: HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 287.

represión de mayor número de delitos; pero se adoptan al mismo tiempo las precauciones necesarias para impedir que el ejercicio de la acción pública se convierta en instrumento de odios o de venganzas particulares".

Como puede observarse, hay una suerte de relación instrumental, en que el legislador incorpora a la víctima como herramienta para aumentar cuantitativamente la persecución penal. Como observan Horvitz y López: "en la instauración de la acción popular no existió una especial preocupación por la víctima concreta del delito, sino fundamentalmente un interés por dotar de eficacia a la persecución penal"⁴⁴, cuestión que no debiera sorprender, desde que el mismo mensaje señala que la elección misma del sistema estuvo centrada en consideraciones eficientistas⁴⁵.

Adicionalmente, se contempla a favor de la víctima la posibilidad de deducir acción civil dentro del proceso penal para perseguir en esta sede el resarcimiento de los perjuicios derivados del hecho punible. Con el propósito de llevar a efecto lo anterior, la víctima puede intervenir en el sumario con el objeto de interrumpir la prescripción y/o pedir medidas cautelares reales, debiendo interponer la demanda correspondiente una vez que el juez de traslado al auto de procesamiento⁴⁶.

⁴⁴ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 285.

⁴⁵ Esto puede observarse en sus líneas finales: "la observancia de [estas] disposiciones hará mucho más difícil la impunidad de los delincuentes, abreviará la tramitación de los procesos criminales".

⁴⁶ Artículo 431 del Código de Procedimiento Penal.

Ponderando los diversos aspectos del tratamiento procesal penal de la víctima en este cuerpo legal, se concuerda en que, atendida la situación comparada en el momento de la promulgación, el código de 1906 consagra una importante participación de la víctima en el proceso penal⁴⁷. Tavolari resalta el hecho de que, incluso, al momento de la promulgación del mismo muchos códigos no contenían referencia alguna a la víctima, por lo que, señala, “mal haríamos con juzgar con demasiada severidad” al código en este ámbito⁴⁸.

Modificaciones introducidas al código de 1906

Estas enmiendas no tuvieron por objeto alterar la posición de la víctima, sino mejorar la posición procesal del imputado, aunque sin alterar la estructura inquisitiva del sistema⁴⁹. Al contrario, el cambio más importante al sistema tendió a acentuar dicha composición, suprimiendo la

⁴⁷ Horvitz y López señalan al respecto lo siguiente: “En consecuencia, ya la legislación procesal penal existente con anterioridad a la reforma daba una importante cabida e intervención a la víctima en el proceso penal, especialmente si se aprecia en el contexto de la situación jurídica en otros países del derecho comparado”. Véase: HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 289; Los fundamentos para esta comparación se encuentran en: ESER, A. 1992. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires. Ad-Hoc. pp. 13-52.

⁴⁸ El autor señala a modo de ejemplo el proceso penal mexicano. Véase: TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 288, nota al pie N° 70.

⁴⁹ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. p. 53.

institución de los promotores fiscales en 1927⁵⁰, y pasando la función acusatoria también al juez.

No obstante, existieron algunas iniciativas legales que propusieron la separación de funciones⁵¹, de las cuales, como es obvio, ninguna llegó a materializarse.

A fines de los años ochenta se aprobó una modificación que incorporó al Título III del Libro I un párrafo 4º, estableciendo una serie de derechos a favor del inculpado⁵², derechos “que, efectivamente,

⁵⁰ El Ministerio Público quedó con ello reducido a una expresión mínima, constituido por los fiscales de las cortes superiores y con el objetivo de emitir ciertos dictámenes durante la tramitación de los recursos. Véase Decreto con Fuerza de Ley N° 426 de 1927; CASTRO, J. 2006. ob. cit. p. 16; Duce y Riego destacan que otra reforma que tendió a acentuar la eficacia del sistema fue la presentada por el presidente Juan Antonio Ríos el año 1942, proponiendo la reducción de plazos, incidentes y otros trámites considerados inútiles. Véase: DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. pp. 54-55. DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. pp. 54-55.

⁵¹ Una presentada durante el gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez, que no logró completar su tramitación, y otra durante el gobierno de Frei Montalva. Esta última, elaborada por el jurista Rubén Galecio, fue aprobada por unanimidad en la cámara, pero su tramitación quedó interrumpida por el golpe militar de 1973. Véase: DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. pp. 55-56.

⁵² Dicha disposición señalaba, con redacción que espanta (la expresión es de TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. pp. 296-297), que todo inculpado, sea o no querellado y aun antes de ser procesado en la causa, podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa. En especial podrá: 1) Designar abogado patrocinante y procurador; 2) Presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos que se le imputen; 3) Rendir información sumaria de testigos para acreditar su conducta anterior, sin necesidad de ofrecerla o anunciarla por escrito previamente; 4) Pedir que se active la investigación; 5) Solicitar conocimiento del sumario en conformidad a las reglas generales; 6) Solicitar reposición de la orden de detención librada en su contra; 7) Apelar de la resolución que niegue lugar al sobreseimiento o sólo sobresea temporalmente, e 8) Intervenir ante los tribunales superiores en los recursos contra la resolución que niega lugar a someterlo a proceso y en los recursos y consultas relativos al sobreseimiento.

contribuyeron, a lo menos, a dar certeza a situaciones absurdamente discutidas”⁵³. Estas modificaciones, si bien introdujeron una serie de ajustes que buscaban dar mayor coherencia, solucionar contradicciones y reducir la duración de los procesos, “en un intento desesperado por democratizar el arcaico modelo chileno”⁵⁴, no produjeron una adecuación a los requerimientos de un Estado de derecho, y menos cambiaron la estructura inquisitiva existente⁵⁵.

Hacia un nuevo sistema procesal penal

Como hemos intentado poner de relieve, el sistema inquisitivo había sobrevivido en Chile a cambios políticos, sociales y culturales de gran calado. No se adoptó un sistema diferente a causa del proceso independentista, tampoco el legislador de 1906 se alejó de él. La promulgación de códigos de orientación acusatoria por parte de países latinoamericanos, como la del Código de Procedimiento Penal de la provincia de Córdoba en 1939, no tuvo ningún impacto en ese sentido, como tampoco la aprobación posterior de otros códigos de la misma orientación en la región⁵⁶. Como señala un autor, “apenas hubo algunos trabajos académicos críticos a partir de la década de los 60 y algunos proyectos de reforma que principalmente tenían por objeto adecuar el

⁵³ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 296.

⁵⁴ CASTRO, J. 2006. ob. cit. p. 18.

⁵⁵ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob. cit. p. 56; En el mismo sentido CASTRO, J. 2006. ob. cit. p. 17.

⁵⁶ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 20.

sistema inquisitivo ortodoxo vigente a uno con características mixtas”⁵⁷. Incluso hasta poco antes del retorno de la democracia existía la percepción de que el sistema procesal penal “si bien no era técnicamente apropiado, no se encontraba en una situación de crisis”⁵⁸. Esta visión cambia junto con el fin de la dictadura hacia 1990.

Hay dos factores a los cuales suele asociarse el proceso de reforma en Chile. Por una parte, se encuentra la denominada situación de tensión o contradicción entre la legislación procesal penal y la Constitución y Tratados Internacionales, y, por otra, la recuperación de la democracia.

La situación de tensión a nivel normativo

La vigencia del inquisitivo comenzó a tornarse “insostenible a medida que los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Chile y vigentes en el ordenamiento jurídico nacional consagraron, con fuerza vinculante para el legislador, los principios y garantías reconocidas como estándares universales del debido proceso”⁵⁹. Así, el Artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución de 1980 impone el deber al legislador de “establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento” cuestión que, como explica Horvitz, ha sido interpretada como una garantía general de respeto a los principios del

⁵⁷ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 20.

⁵⁸ RIEGO, C. 2000. Informe de Chile. En: MAIER, J., AMBOS, K. y WOISCHNIK, J. (Eds.). Reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 189-190.

⁵⁹ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 19.

debido proceso⁶⁰. Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Chile los años 1989 y 1991, respectivamente, establecen un catálogo de derechos que componen el debido proceso, así como garantías referidas a la libertad y seguridad individual aplicables en el curso de un proceso penal⁶¹. De acuerdo con estos instrumentos, la imparcialidad del ente juzgador forma parte fundamental del debido proceso⁶². Lo anterior cobra especial fuerza si se considera la modificación al artículo 5 de la Constitución, introducida por la ley 18.825 de 1989, en que se reconoce validez interna a los instrumentos internacionales vigentes relativos a derechos humanos.

Estos cambios generaron cierta falta de coherencia o consistencia entre los niveles legal y supra-legal en materia de proceso penal, frente a lo cual los autores destacan la reminiscencia de la metáfora roxiniana del sismógrafo⁶³.

Riego explica la situación del siguiente modo: “la característica principal de la legislación chilena en materia procesal penal [era] la de una fundamental contradicción entre sus dos sistemas normativos: por una parte

⁶⁰ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 19, nota al pie N° 4. Esta interpretación es efectuada por la misma Comisión Constituyente en sesiones N°s 101 y 103.

⁶¹ Artículos 14°, 9° y 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículos 8° y 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶² HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 19.

⁶³ Según esta idea el proceso penal “opera como un sismógrafo del carácter democrático del estado constitucional”. Véase: CASTRO, J. 2006. ob. cit. pp. 17-18.

están el texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales Chile forma parte, los que establecen un conjunto de principios y garantías que básicamente recogen los principios básicos reconocidos actualmente como estándares del debido proceso [...] Por otra parte, tenemos el sistema consagrado a nivel legal, fundamentalmente el Código de Procedimiento Penal, cuyo texto, con algunas pocas modificaciones posteriores, data de 1906. Este código consagró básicamente un sistema inquisitivo bastante ortodoxo, reproduciendo las estructuras básicas de la legislación indiana”⁶⁴.

Desde este punto de vista, las críticas al antiguo sistema eran radicales. Así, se sostuvo que “en el sistema procesal vigente no existe nada que pueda ser calificado como juicio”⁶⁵. Esto se debe a la imposibilidad de contradicción y la falta de imparcialidad del ente juzgador, así como a la escrituración y discontinuidad del procedimiento.

Lo mismo reconoce el mensaje del ejecutivo que propone el nuevo código, al señalar que “desde el punto de vista político y constitucional, el mayor defecto del sistema penal en Chile es que carece de un genuino juicio contradictorio que satisfaga las exigencias del debido proceso. El sistema penal en Chile, en su fase procesal, contradice así una de las garantías inherentes al sistema político. Según lo acreditan diversos estudios, y la

⁶⁴ RIEGO, C. 2000. ob. cit. pp. 167-168; Castro destaca que en esta situación el estado chileno entró en problemas, pues cayeron en evidencia las “graves falencias de su derecho procesal penal, especialmente en lo relativo a las garantías del debido proceso y derechos esenciales del sospechado por el delito”. CASTRO, J. 2006. ob. cit. p. 17.

⁶⁵ RIEGO, C. 2000. ob. cit. p. 172.

observación histórica lo pone de manifiesto, el proceso penal en Chile posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que despersonaliza al inculpado y que no se corresponde con la noción de ciudadanía propia de un Estado democrático. La consolidación de la democracia exige la reforma al proceso penal de modo que satisfaga las exigencias de un juicio público y contradictorio. La reforma al proceso penal que proponemos constituye, entonces, una profundización de las instituciones democráticas que conforman al Estado chileno”.

Por otra parte, se puso énfasis en la necesidad de revertir la desprotección jurídica del imputado. La garantía del debido proceso se compone en gran medida de derechos que tienden a proteger al imputado de la acción punitiva del Estado⁶⁶. En esa dirección Riego sostiene: “Este código [...] no está estructurado sobre la base del reconocimiento de derechos básicos, sino que, por el contrario, da cuenta de una lógica preliberal en la cual el poder del estado se ejerce de modo prácticamente absoluto respecto del imputado, quien queda sometido casi por completo frente a los órganos de la persecución en una condición de extrema vulnerabilidad”⁶⁷. Existe, en este ámbito, un profundo juicio crítico sobre el rol limitado de la defensa en el procedimiento, la cual, en la etapa

⁶⁶ En ese sentido se consideran parte del debido proceso, entre otros, el derecho a la defensa y a un defensor (debiendo el Estado otorgar defensa gratuita a quienes no estén en condiciones de procurársela por sí mismos); la existencia de un verdadero contradictorio; la igualdad en el tratamiento de las partes y la presunción de inocencia. Véase: Artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁷ RIEGO, C. 2000. ob. cit. p. 168.

investigativa, denominada sumario, no va más allá de procurar evitar o levantar la prisión preventiva y formular solicitudes de diligencias de indagación que pueden o no ser acogidas por el juez⁶⁸, a lo que se suma el hecho de que “el sistema destinado a procurar defensa gratuita es extraordinariamente precario”⁶⁹.

La falta de adecuación a la que se alude no sólo reviste los aspectos jurídicos que se han señalado, sino también otros de naturaleza fáctica. Se alude a que la necesidad de la modernización del sistema de justicia se explica por los cambios políticos, económicos y sociales que el país ha experimentado. Así lo señala el mensaje del ejecutivo que propone el nuevo Código Procesal Penal: “La modernización del sector justicia en Chile ha sido definida, por el Gobierno que tengo el honor de presidir, como una política que tiende a adecuar el conjunto de las instituciones que participan de la administración de justicia a los procesos de desarrollo político y económico que ha experimentado Chile en las dos últimas décadas. Mientras el sistema de administración de justicia en Chile fue diseñado y constituido, en lo fundamental, hacia mediados del siglo XIX, permaneciendo desde entonces sin cambio alguno, la sociedad chilena se ha transformado en un sentido económico y político”. El código de 1906 fue ideado para otro tipo de criminalidad, pues en la época la población era muy

⁶⁸ RIEGO, C. 2000. ob. cit. p. 171.

⁶⁹ Riego explica que ello se debe, en parte, por la falta de preparación de los defensores (egresados de escuelas de derecho en práctica) y, en otra parte, a lo escaso de los recursos que se destina a las entidades encargadas (corporación de asistencia judicial y abogados de turno). Véase: RIEGO, C. 2000. ob. cit. p. 171.

escasa y no residía en grandes centros urbanos sino que mayoritariamente en el campo, en el contexto de relaciones económicas y sociales de menor complejidad. En el transcurso del siglo XX la realidad social chilena cambió radicalmente en dichos aspectos, surgiendo, entonces, la necesidad de contar con un sistema procesal penal acorde a estos cambios⁷⁰.

Recuperación de la democracia

Hacia el final de la dictadura militar se generó cierta consciencia respecto al estado de cosas en materia procesal penal y a la necesidad de una reforma. De hecho, como ya adelantamos, previo a la llegada de la democracia, existía la percepción de que si bien el sistema procesal penal no era técnicamente apropiado, no se encontraba en una situación de crisis. Retornada la democracia en 1990 el cuestionamiento hacia los abusos producidos durante la dictadura (tortura, prisión sin juicio, desaparecimiento y secuestro de personas, entre otros) y la gran difusión de los derechos fundamentales influyó sustantivamente en la idea reformativa⁷¹, pues proliferó la concepción de que dichos abusos eran parte integrante del ejercicio de la justicia criminal⁷².

Fue por ello que el primer gobierno de transición propuso un paquete de reformas procesal penales. Si bien se logró la aprobación de una ley -la

⁷⁰ CAROCCA, A. 2005. ob. cit. p. 8.

⁷¹ Proceso que no sólo se dio en Chile, sino que también en los demás países latinoamericanos. Véase: STRUENSSE, E y MAIER, J. 2000. ob. cit. p. 27.

⁷² RIEGO, C. 2000. ob. cit. p. 190.

19.047- cuyo objetivo declarado era la adecuación del proceso penal a las exigencias de un Estado de derecho, esta no pretendía cambiar la estructura inquisitiva del mismo⁷³. No obstante, dentro del mismo paquete, se hallaba un proyecto de ley que restablecía las funciones de los promotores fiscales en primera instancia, de modo parecido al rol que cumplían antes de su supresión en 1927. Éste, sin embargo, fue desechado al considerar que una reforma centrada exclusivamente en la etapa de instrucción no era suficiente para solucionar los defectos del sistema. “De allí que surgiera un debate en torno a la necesidad de producir una reforma más global del sistema de justicia criminal, coherente con los procesos radicales que se estaban experimentando en todo el continente”⁷⁴. Como señala el mensaje del Código Procesal Penal, el ordenamiento existente en la materia no se corresponde con un Estado democrático, su consolidación requiere de una reforma que satisfaga las exigencias de un juicio público y contradictorio.

Gestación de la reforma

El hito que marca el inicio del debate sobre la reforma, señala Tavolari, fue un seminario -organizado en la ciudad de Viña del Mar por la Corporación de Promoción Universitaria (CPU) y las facultades de derecho de la Universidad de Valparaíso y Diego Portales el año 1992- titulado “Reformas procesales en América Latina y su impacto en la modernización de la gestión de los tribunales: la oralidad en los procesos”. Tal evento da

⁷³ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. ob.cit. p. 57.

⁷⁴ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 20.

comienzo a un esfuerzo mancomunado en torno a la reforma del sistema procesal penal.

Con posterioridad, hacia 1993, en virtud del movimiento iniciado el año anterior y con el impulso de la CPU y la Fundación Paz Ciudadana se crea el “Foro para la Reforma Procesal Penal”, con el fin de trabajar en propuestas destinadas a mejorar el desempeño de la justicia criminal”⁷⁵. Este grupo, compuesto por académicos, abogados y jueces de diversas orientaciones ideológicas -con lo que buscaba su legitimación ante la sociedad- trabajó por tres años elaborando propuestas para una completa reforma del procedimiento penal.

Paulatinamente el gobierno comenzó a involucrarse en el trabajo⁷⁶. Durante el año 1994, estos proyectos fueron revisados incorporando otros actores. Ya en el año 1995 los proyectos elaborados por el foro fueron transformados en proyectos de ley y enviados al congreso por el ejecutivo. Durante la primera mitad de 1996 fue revisado por la comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, siendo aprobado por unanimidad. Sin embargo, la tramitación quedó suspendida para la creación del Ministerio Público, lo que ocurrió posteriormente en virtud de la ley 19.640, en 1997.

⁷⁵ RIEGO, C. 2000. ob. cit. p. 178; MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. ob.cit. pp. 100-101.

⁷⁶ RIEGO, C. 2000. ob. cit. pp. 178 y 179.

¿Una reforma revolucionaria?

Hablar de “reforma revolucionaria” pareciera una contradicción en los términos⁷⁷. Sin embargo, lo cierto es que la denominada “reforma” procesal penal, ha implicado un cambio profundo en el sistema de justicia penal en Chile⁷⁸. Es por eso que pareciera insuficiente referirse a este proceso como una simple reforma, resultando pertinente utilizar una terminología más radical.

Al mismo tiempo, paradójicamente, pensamos que esta contradicción sirve para ilustrar que en esta materia nuestro país sólo se estaba adecuando a una idea universalmente aceptada hace bastante tiempo respecto del proceso penal⁷⁹. La misma ministra de justicia del gobierno de Aylwin,

⁷⁷ En efecto, una estrategia política reformista opta por cambios parciales, graduales, sin apostar a grandes transformaciones. Una revolucionaria, por el contrario, defiende cambios abruptos y profundos, llegando a proponer vías violentas y armadas para lograr sus fines.

⁷⁸ Siguiendo a Struense y Maier, en las reformas procesales en América Latina, y Chile no se aparta de la regla, “no se trata, [...] de modificaciones parciales a un sistema ya adquirido y vigente, sino, por el contrario, de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal”. Véase: STRUENSSE, E y MAIER, J. 2000. ob. cit. p. 17; En la historia del establecimiento del código pueden hallarse continuas referencias a esta idea, por ejemplo la siguiente: “el proyecto de código que se propone constituye el núcleo básico de un nuevo modelo procesal penal que, a su vez, aspira a producir una importante transformación en el conjunto del sistema de justicia criminal”. Bajo la misma idea, pero haciendo énfasis en la orientación precisa de este cambio radical, se expresa: “En consecuencia, éste proyecto establece las bases procedimentales de un nuevo sistema procesal penal que pretende abandonar el modelo inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter acusatorio”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 7.

⁷⁹ Además, se debe considerar que la mayoría de los países de nuestro entorno ya habían vivido el proceso de reforma: Colombia en 1991, Argentina en 1992, Guatemala en 1994, Costa Rica en 1998, Salvador, Venezuela y Paraguay en 1999. Véase: STRUENSSE, E y MAIER, J. 2000. ob. cit. p.28

Soledad Alvear, expresó que “el proyecto, lejos de ser revolucionario, representa el intento por acercar el sistema de justicia a los cánones [...] del estado de derecho planteado hace más de 200 años”. En ese sentido se propone cierto paralelismo entre el proceso reformativo del procedimiento penal en Europa durante el siglo XIX, y en América Latina a fines del XX, obedeciendo ambos a los mismos principios liberales⁸⁰.

El Código Procesal Penal⁸¹

La modernización de nuestra justicia penal tuvo como “proyecto madre” el Código Procesal Penal⁸², cuyo objetivo principal fue el establecimiento de un sistema procesal penal acusatorio⁸³ en lugar del inquisitivo preexistente, enmarcándolo dentro de las exigencias de un Estado democrático y de la comunidad internacional en cuanto al respeto de los derechos humanos.

Adicionalmente, la reforma procesal establece una nueva comprensión de la dialéctica entre principio de oportunidad⁸⁴ y principio de

⁸⁰ CASTRO, J. 2006. ob. cit. p. 19.

⁸¹ El siguiente análisis comprende sólo la tramitación y aprobación por el parlamento del Código Procesal Penal de acuerdo con la ley N° 19.696 y de la ley N° 19.519 que crea el Ministerio Público. Sus posteriores modificaciones son objeto de análisis en los apartados siguientes.

⁸² En efecto, la reforma al sistema de justicia criminal implicó la dictación de otros cuerpos legales como la ley N° 19.519, que crea el Ministerio Público, la ley 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, la ley N° 19.718, que crea la Defensoría Penal Pública, entre otras. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 572.

⁸³ Aquel principio en virtud del cual se distribuyen las funciones de investigar, acusar y juzgar.

⁸⁴ Para Maier es aquel principio que 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,

legalidad⁸⁵. Bajo el sistema anterior toda la ecuación se resolvía a favor del segundo, al menos en lo formal⁸⁶. Bajo el nuevo esquema, en cambio, y en pos de hacer posible la tramitación de grandes volúmenes de casos en condiciones de escasez de recursos, se creyó necesario dotar al sistema de criterios de selección explícitos y legalmente regulados, sobre la base de los cuales se introducen una serie de instituciones inéditas.

En consecuencia, el proyecto no olvidó incorporar consideraciones “eficientistas” y económicas –que también tuviera a la vista su código predecesor- a la hora de diseñar el modelo de persecución penal, entrando éstas a jugar un rol importante frente a la consagración de garantías⁸⁷. Esta cuestión no ha sido celebrada por toda la doctrina⁸⁸.

está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales. Véase: MAIER, J. 2002. ob. cit. p. 556; Para Roxin, es el principio "que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible". Véase: ROXIN, C. 2000. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Del Puerto. p. 89.

⁸⁵ Deber de promover la persecución penal, sin poder suspender, interrumpir o hacer cesar su curso. Su contrapartida está constituida por el principio de oportunidad entendido en sentido amplio.

⁸⁶ Señala Riego que, “[e]n el sistema chileno la ley no permite que los funcionarios que intervienen en el proceso puedan no perseguir o abandonar los casos ni conducir el proceso de ningún otro modo que no sea el de conducirlo hasta sus últimas consecuencias”. Véase: RIEGO, C. 2000. ob. cit. p. 175. Carocca señala que en la práctica, el sobreseimiento temporal terminó transformándose en la regla general, en atención al número de casos en relación a la capacidad del sistema. Véase: CAROCCA, A. 2005. ob. cit. p. 8.

⁸⁷ Nos basamos en este punto, en la idea de eficacia como contraposición a garantías en el proceso penal. Según Binder “La dialéctica eficacia-garantía se resuelve en una síntesis - culturalmente condicionada- de la que surgen los modelos procesales que conocemos

En otro orden de cosas, la reforma reconoce una serie de garantías o derechos individuales que se alzan como limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, muchos de los cuales eran hasta este momento completamente desconocidos para nuestro ordenamiento procesal penal⁸⁹. Dentro de éstas cabe destacar el juicio previo, oral y público; la presunción de inocencia; el derecho a ser asistido por un abogado en todas las etapas del procedimiento y a obtener defensa gratuita en caso de no contar con medios para solventarla; la prohibición de doble persecución; y la garantía a un juez independiente e imparcial.

Con el objeto de dar real entidad a dichos principios y garantías se requirió la creación de nuevos actores, cuales fueron, a saber, el Ministerio

actualmente y los que se han ido formando a lo largo de la historia”. Véase: BINDER, A. 1999. Introducción al derecho procesal penal. 2ª ed. Buenos Aires, Ad-Hoc. p. 57.

⁸⁸ Horvitz sostiene que “la tensión entre eficacia y garantías en el proceso penal se resuelve, desde una perspectiva sistémica [...] a favor de la primera en cualquier procedimiento negociado: dado que predomina la necesidad de dar respuesta punitiva a la mayor cantidad de casos posible y, al mismo tiempo, de eliminar el “cuello de botella” que afecta al sistema, las garantías individuales sólo representan un obstáculo a tales fines y el imputado es tratado bajo una lógica de pura racionalidad instrumental”. Luego, “bajo la apariencia de simplificar el proceso, la ‘justicia negociada’ intenta sustituir el principio de legalidad por el de oportunidad, con una lógica mercantil del *do ut des*, donde el hecho se reconstruye de una forma peor que la inquisitiva, marcada por el reconocimiento incondicionado de valor probatorio a los materiales recogidos por el acusador”. Siendo así, estos mecanismos quiebran “todos los presupuestos de imputación de responsabilidad penal y de aplicación de las penas en nuestro ordenamiento jurídico”. Véase: HORVITZ, M. I. 2012. Seguridad y garantías: Derecho penal y procesal penal de prevención de peligros. Revista de Estudios de la Justicia (16). pp. 113-114.

⁸⁹ RIEGO, C. 2000. ob. cit. p. 179.

Público⁹⁰, los Jueces de Garantía, los Tribunales Orales en lo Penal y la Defensoría Penal Pública. Se busca a través de ello, por una parte, la separación de funciones de investigación y juzgamiento y, por la otra, el otorgamiento de una efectiva protección de los derechos del imputado, cuestión fundamental en un Estado de derecho.

Se encargó al Ministerio Público la tarea de llevar a cabo la investigación y de sustentar la acusación, gozando para ello de gran libertad en cuanto a las diligencias necesarias para comprobar o desvirtuar la existencia del delito o la participación punible del imputado. Sin embargo, su actuación se limita por el control del juez de garantía en caso de que la misma importare afectación, perturbación o amenaza de derechos fundamentales.

La creación de la institución del Tribunal de Juicio Oral se hizo necesaria con miras a lograr el objetivo de consagrar un órgano jurisdiccional sentenciador que fuera distinto a aquel que interviene en las etapas anteriores, de modo que se realizara un juzgamiento verdaderamente imparcial.

Finalmente, la Defensoría Penal Pública se configuró como el órgano encargado de proveer asesoría jurídica gratuita al imputado durante todo el

⁹⁰ Cabe hacer notar que por la creación del Ministerio Público en ley 19.516, surgió la necesidad de cambiar la terminología para referirse a los auxiliares de administración de justicia que llevaban esta misma denominación, pasando éstos a identificarse como Fiscalía Judicial.

procedimiento, materializando, de esta forma, la consagración de las garantías procesal penales.

Sobre la base de estos nuevos entes, el procedimiento penal se configura, ordinariamente, en base a tres etapas: la de investigación, la etapa intermedia y la de juicio oral.

Adicionalmente, consagra una serie de mecanismos de terminación anticipada y de salidas alternativas, los que, en conjunto, son designados como “principio de oportunidad en sentido amplio”. Dentro de estos se encuentran la facultad de no iniciar la investigación⁹¹; el archivo provisional⁹²; principio de oportunidad en sentido estricto⁹³; el sobreseimiento definitivo o temporal⁹⁴; la decisión de no perseverar en el procedimiento⁹⁵; la suspensión condicional del procedimiento⁹⁶; los acuerdos reparatorios⁹⁷; el juicio simplificado y el juicio abreviado⁹⁸.

⁹¹ Facultad que permite al Ministerio Público abstenerse de toda investigación cuando los hechos denunciados no son constitutivos de delito o cuando aparece claramente que la responsabilidad del imputado se ha extinguido.

⁹² Cuyo ejercicio es procedente en el evento en que no aparecieren antecedentes suficientes para desarrollar una actividad investigativa tendiente al esclarecimiento de los hechos.

⁹³ Se entiende por tal, aquella facultad discrecional del Ministerio Público de no iniciar o abandonar una investigación ya iniciada en virtud de que el hecho no compromete gravemente el interés público.

⁹⁴ Resolución del juez en virtud de la cual se pone término o bien se suspende el procedimiento en consideración a que, por ejemplo, el hecho no es constitutivo de delito o el imputado ha sido declarado rebelde, respectivamente.

⁹⁵ Es aquella decisión de no perseverar en el procedimiento que puede adoptar el fiscal, una vez cerrada la investigación, por no haberse recabado los antecedentes suficientes para sustentar una acusación.

Únicamente en el evento en que la causa no haya terminado por alguno de los mecanismos anteriormente expuestos, el procedimiento desembocará en el juicio oral.

Sólo en este caso se materializa un verdadero juicio. Sólo en esta situación rigen verdaderamente los principios de publicidad, inmediación y oralidad, contradicción y continuidad y concentración. El tribunal, con la prueba rendida en el juicio mismo, con la que no ha tenido contacto alguno hasta ese momento, debe alcanzar la convicción acerca de la efectividad de la comisión del ilícito por parte del imputado más allá de toda duda razonable. En relación a las normas de valoración de la prueba, el código introdujo una innovación consistente en el establecimiento del criterio de la sana crítica, tanto para condenar como para absolver. En base a éste su apreciación se somete a las máximas de la experiencia, las normas de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

⁹⁶. Ésta consiste en un acuerdo entre el fiscal y el imputado de suspender el procedimiento bajo la condición de que este último cumpla durante un cierto período de tiempo una serie de condiciones previstas por la ley, y que, una vez cumplidas, se extingue la responsabilidad penal. Según lo expresa el mensaje del código la instauración de la suspensión condicional obedeció fundamentalmente a la consideración de que, en determinados casos, la imposición de una pena privativa de libertad resulta socialmente inconveniente.

⁹⁷ Acuerdo entre la víctima y el imputado en que, tratándose de delitos culposos, lesiones menos graves y delitos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, este último se compromete a realizar ciertas prestaciones con el objeto de reparar el daño causado. Cumplidas éstas o garantizado su cumplimiento a satisfacción de la víctima se extinguirá la responsabilidad penal del imputado.

⁹⁸ Estos son procedimientos especiales que se llevan a cabo bajo ciertas circunstancias y en determinados delitos (en atención a su penalidad) ante el Juez de Garantía.

Finalmente, en materia de recursos el nuevo ordenamiento procesal también alteró las reglas existentes hasta entonces, estableciendo la procedencia excepcional del recurso de apelación. Además, procede eventualmente y por determinadas causales el recurso de nulidad.

Posición de la víctima en el nuevo proceso penal

La preocupación por la posición de la víctima constituye una de las notas distintivas del nuevo cuerpo legal⁹⁹, “reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su [supuesta] actual situación de marginación”¹⁰⁰. A diferencia del código anterior, si bien la deducción de querrela constituye la forma más intensa de intervención procesal de la víctima, se le reconocen una serie de derechos independientemente de su actuación como querellante.

La protección de las víctimas se elevó a nivel de principio básico del sistema en el artículo 4º del proyecto original¹⁰¹, disponiendo, por una parte, que dicha protección constituye uno de los objetivos del procedimiento

⁹⁹ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 301; Además, esta idea puede encontrarse en las distintas fases de la tramitación de la ley 19.696 que establece el nuevo Código Procesal Penal.

¹⁰⁰ Mensaje del ejecutivo al proyecto de nuevo Código Procesal Penal.

¹⁰¹ Artículo 4: Víctima. La protección y reparación de la víctima del delito constituirán objetivos del procedimiento penal. Los fiscales del ministerio público estarán obligados a velar por sus intereses en todas las etapas del mismo. Por su parte, los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos durante el procedimiento. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de afectado, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir.”

penal, y, por la otra, la obligación de fiscales y jueces de velar y garantizar la protección y vigencia de sus derechos a lo largo del mismo.

En el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se eliminó la referencia a la protección de las víctimas como objetivo del procedimiento, dejando solamente las obligaciones de protección señaladas. Ello fue fundamentado en los siguientes términos: “Llamó la atención a vuestra Comisión que se señalare en este artículo uno de los objetivos del procedimiento penal y no se indicaren los otros en ningún otro artículo. Se expresó, al respecto, que de acuerdo con el sentido común del chileno, si bien la protección y reparación de la víctima es uno de los objetivos, se lo considera secundario, pues se piensa que lo principal es castigar al delincuente. Por tal motivo, o se ponen todos o no se pone ninguno. La primera opción fue descartada, por estimarse que entrar en el tema de los objetivos del procedimiento es muy complicado. El gran debate acerca del objetivo del procedimiento es si es el castigo o si es la solución de un conflicto social que ofrece, entre otras alternativas, el castigo, además de otras soluciones. Por tal razón, se optó por no consignar en esta disposición ningún objetivo del procedimiento, limitándose el precepto a señalar cuáles son las obligaciones que asumen los fiscales del Ministerio Público, los jueces y la policía respecto de la víctima”¹⁰².

¹⁰² HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 262.

Como puede observarse, el motivo de esta modificación no obedeció a un rechazo a la idea de fondo, sino más bien a la dificultad de determinar cuáles serían los demás objetivos del procedimiento.

Paralelamente, en la tramitación del proyecto de reforma constitucional que crea el Ministerio Público¹⁰³, el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, a propósito de la función que este nuevo órgano tendría en el procedimiento penal, agrega al artículo 80 A la de adoptar medidas para proteger a víctimas y testigos. Este rol no se contemplaba en el proyecto original, limitándose éste a señalar su labor en la investigación y en el ejercicio de la acción penal. El fundamento dado para dicha inclusión dijo relación con que esa función no se encontraba radicada en ninguna autoridad en la actualidad y por tratarse, además, de cosas que requieren la adopción de medidas inmediatas para ser eficaces. No se discutió explícitamente en torno a pertinencia o no de que dicha función fuera radicada en tal órgano. Sin embargo, durante la discusión en el Senado, se insinuó que esta función debía estar a cargo del Ministerio Público puesto que el conjunto de reformas al sistema de justicia penal no contemplaba el establecimiento de un organismo que otorgara asesoría gratuita a las víctimas, quedando éstas en total indefensión, cuestión que contrastaba con la regulación y protección que se estaba dando al inculpado bajo el nuevo sistema.

¹⁰³ Ley N° 19.519.

En la tramitación de la ley que crea el nuevo Código Procesal Penal, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia discutió acerca del rol que cabía a fiscales y jueces en la protección del ofendido, expresándose en relación a los primeros que, no obstante la carta fundamental impone al Ministerio Público la protección de las víctimas¹⁰⁴, “ello no lo convierte en garante de sus derechos”. La comisión sostuvo que “la función pública que el código político encomienda al ministerio público de proteger a las víctimas es de amplio alcance [...] sin embargo, la ‘reparación’ la excede. Esto es, la interposición de acciones civiles destinadas a obtener indemnización de perjuicios no es un cometido propio del ministerio público, sin perjuicio de que pudiera corresponder a otro órgano público dentro de nuestro ordenamiento”¹⁰⁵. En definitiva, se decidió titular a la disposición: “Protección de la Víctima”, suprimir la mención a la reparación y precisar que los jueces garantizarán conforme a la ley la vigencia de los derechos del afectado durante el procedimiento¹⁰⁶. }

En la esfera constitucional, el realce de la posición de la víctima en nuestro ordenamiento procesal penal se expresa en el reconocimiento de legitimación activa para ejercitar la acción penal.

¹⁰⁴ Considerando que a estas alturas de la tramitación de la ley N° 19.696, ya había sido publicada la ley N° 19.519.

¹⁰⁵ HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 1188.

¹⁰⁶ La redacción quedó como sigue: “Artículo 6°. Protección de la víctima. El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir”.

La ley 19.519 originalmente establecía en su artículo 80 bis¹⁰⁷ que al Ministerio Público le correspondería la persecución penal, para lo cual tendría a su cargo la investigación y la sustentación de la acusación¹⁰⁸. Sin embargo, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia modificó la disposición eliminando el monopolio que se confería al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, facultando para este cometido también a la víctima. Ello se fundamentó sobre la base de lo dispuesto por el inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, es decir, el establecimiento de este derecho constituiría una exigencia de la garantía a la igual protección de los derechos y del debido proceso.

La ampliación de la legitimación activa para ejercer la acción penal, derivó también del cuestionamiento que algunos senadores hicieron respecto a la supresión de la acción penal popular¹⁰⁹. Para estos, dicha

¹⁰⁷ Luego del informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia pasa a ser artículo 80 A.

¹⁰⁸ “Artículo 80 bis: Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales. A efecto de practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, los fiscales del Ministerio Público podrán impartir en conformidad a la ley, órdenes directas a la fuerza pública. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite las órdenes recibidas y no podrá calificar su fundamento u oportunidad ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

¹⁰⁹ Que quedó reducida a supuestos de afectación a bienes jurídicos colectivos o intereses sociales relevantes. En efecto, el artículo 111 del Código Procesal Penal establece que la querrela podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario. Su inciso segundo agrega que también se podrá querrellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública.

institución constituía un derecho implícito en un sistema democrático participativo, y su supresión pondría en entredicho la persecución efectiva de los delitos. Estas objeciones redundaron en la modificación de la norma, que estableció en definitiva: “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”, dejando la puerta abierta a una futura ampliación legal de la titularidad de la acción punitiva.

Cabe hacer presente que es dudoso que con la reducción de la procedencia de la acción popular se comprometiere la eficacia persecutoria, pues dicha reducción obedeció a que la importancia práctica que había tenido la querrela ejercida por terceros había sido marginal.

El nuevo diseño constitucional en esta materia importa equiparar el querellante particular al Ministerio Público como portador legítimo de la pretensión punitiva¹¹⁰.

Las disposiciones analizadas, a saber, la que establece el deber de protección de las víctimas y la que dispone el ejercicio de la acción penal pública por parte del ofendido, constituyen el punto de partida para la consagración de una serie de derechos a favor de la víctima en diversas disposiciones a lo largo del Código Procesal Penal.

A continuación exponemos estos derechos siguiendo la clasificación que para dicho efecto han propuesto Horvitz y López: derechos en relación

¹¹⁰ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 289.

al inicio del procedimiento; derechos en relación a la dirección de la investigación; derechos en relación a la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios¹¹¹; derechos en relación al cierre de la investigación. Agregamos, finalmente, una categoría que incluye algunos derechos importantes que no es posible encuadrar dentro de esta sistematización.

Derechos en relación al inicio del procedimiento

El nuevo Código Procesal Penal establece una serie de derechos a favor de la víctima para impedir la utilización de las facultades discrecionales del Ministerio Público para contener el ingreso de causas.

En primer lugar, puede evitar que el fiscal decida no iniciar la investigación o archivar provisionalmente la causa provocando la intervención del juez¹¹².

En segundo término, en el evento de que se haya archivado provisionalmente la causa, la víctima podrá solicitar tanto la reapertura del procedimiento como la realización de diligencias investigativas. En caso de

¹¹¹ En esta categoría los autores incluyen solamente los derechos en relación a la suspensión condicional del procedimiento. Hemos considerado pertinente incluir aquí a los acuerdos reparatorios en atención al tratamiento conjunto que se les da en el código y a que ambos constituyen salidas negociadas al procedimiento penal. Además, nos parece relevante incluirlos porque constituyen una de las formas más importantes de la privatización del Derecho Penal, a pesar de que estos autores no los consideren en ninguna de las categorías que proponen.

¹¹² Artículos 167, 168 y 169 del Código Procesal Penal.

que ello le fuere denegado por el fiscal a cargo podrá alegar ante las autoridades del órgano¹¹³.

Por último, habiendo decidido aplicar el principio de oportunidad, el fiscal estará obligado a continuar con la investigación si la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o continuación de la persecución penal dentro de los diez días siguientes a la comunicación que se le efectuare de la aplicación de dicha salida alternativa¹¹⁴.

Derechos en relación a la dirección de la investigación

Atendiendo a la filosofía del proyecto de entregar la exclusividad de la investigación al ente estatal, se estableció, a favor de la víctima, el derecho a solicitar la realización de diligencias investigativas al Ministerio Público y un recurso administrativo, y no un control jurisdiccional, para el caso de que ello fuere denegado¹¹⁵.

Derechos en relación a la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios

En relación a la suspensión condicional del procedimiento, la víctima tiene tres derechos: el derecho a ser oída; el derecho a recurrir en contra de la resolución que la decreta; y el derecho a solicitar su revocación.

¹¹³ Artículo 167 del Código Procesal Penal.

¹¹⁴ Artículo 170 del Código Procesal Penal.

¹¹⁵ Artículo 183 del Código Procesal Penal.

Su derecho de audiencia se traduce en el deber que tiene el fiscal de oírlo antes de solicitar la suspensión del procedimiento¹¹⁶, y en el derecho a ser oída por el tribunal antes de resolver sobre la materia, si se encontrare presente en la audiencia respectiva¹¹⁷.

Si bien originariamente no se concedía recurso de apelación respecto a la resolución que suspendía condicionalmente el procedimiento, durante la tramitación el parlamento estableció la procedencia del mismo a favor del fiscal, del imputado y del querellante¹¹⁸, lo que erosiona la idea original del proyecto de evitar el recurso de apelación.

Finalmente, la víctima puede solicitar la revocación de esta salida alternativa cuando el imputado fuere objeto de una nueva formalización o incumpliere en forma grave o reiterada las condiciones impuestas¹¹⁹.

En materia de acuerdos reparatorios, la posición de la víctima deviene central. En ese sentido, la fundamentación de su incorporación se encuentra en el realce de “los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado. Esto obedece a la tendencia moderna de relevancia de los derechos humanos, de la importancia del sujeto respecto del Estado y

¹¹⁶ Artículo 109 letra d) en relación con el 78 letra d) del Código Procesal Penal.

¹¹⁷ Artículo 237 inciso cuarto del Código Procesal Penal. En el proyecto original se contemplaba el deber para el tribunal de escuchar a la víctima y al querellante. El senado excluyó este derecho, pues se pensó, “ya está informada por el fiscal de sus derechos, y tiene otras instancias de reclamo, por lo que no se justifica incorporarla en el procedimiento”.

¹¹⁸ Artículo 237 inciso sexto del Código Procesal Penal. Como veremos, con posterioridad, con la ley N° 20.074, se concedió este recurso también a la víctima.

¹¹⁹ Artículo 239 del Código Procesal Penal.

del descreimiento en valores abstractos como los intereses estatales globales”¹²⁰. Desde esta óptica “el sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino como un sistema destinado a la resolución de conflictos”¹²¹. El *ius puniendi* queda supeditado a la conformidad de la víctima particular.

La posición procesal de la víctima se superpone a la del Ministerio Público en la medida en que este no puede oponerse a la suscripción de un acuerdo reparatorio sino, a lo más, pedir al juez su rechazo por existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, o porque el consentimiento no apareciere libremente prestado, o porque no se tratare de las conductas respecto de las cuales es procedente esta salida alternativa.

La importancia de la injerencia de la víctima en estos mecanismos deriva del carácter medular de la nueva dialéctica entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad introducida por el código procesal penal.

Derechos en relación al cierre de la investigación y forzamiento de la acusación

Tratamos bajo este apartado dos derechos relevantes en el nuevo esquema procesal penal. El primero de ellos faculta a la víctima para

¹²⁰ HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 361.

¹²¹ HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 362.

solicitar al juez de garantía que ordene al fiscal a cargo la reapertura de la investigación para la realización de diligencias que ésta le hubiere solicitado durante el curso de la investigación y que hubieren sido denegadas o no resueltas¹²².

En el texto originario del código se prohibía expresamente al juez ordenar la ampliación de la investigación o la realización de diligencias investigativas específicas. Se razonó que, de lo contrario, el juez podría involucrarse en la investigación, perdiendo su imparcialidad, y vulnerándose la separación de funciones propia del esquema acusatorio que se estaba proponiendo. A pesar de ello, en la cámara baja se reconfiguró la norma en orden a otorgar la posibilidad a los intervinientes de reiterar las diligencias que hayan solicitado oportunamente al Ministerio Público y que éste hubiere rechazadas o no resueltas.

La configuración del forzamiento de la acusación concede al querellante la posibilidad de oponerse tanto a la decisión de sobreseimiento como a la de no perseverar en el procedimiento adoptadas por el fiscal de la causa. En el primer caso, su alegación será remitida al fiscal regional, quien podrá confirmar o revocar la decisión. En caso de que la ratifique, se faculta al juez para que disponga que el querellante sostenga por sí mismo la acusación o bien decrete el sobreseimiento. Respecto al segundo caso, sólo

¹²² Artículo 257 del Código Procesal Penal.

se contempla la facultad del juez de permitir o no la acusación autónoma por parte del querellante¹²³.

Esta materia fue objeto de debate durante la tramitación del código, introduciéndose diversas modificaciones a la propuesta originaria. En efecto, el artículo 346 original disponía, bajo el título “forzamiento de la acusación”, un control del juez respecto a la solicitud fiscal de sobreseimiento, pudiendo decretar uno distinto, variar la causal o en caso de estimar procedente la apertura de juicio oral, ordenar la remisión de los antecedentes al Ministerio Público para la revisión de la decisión. Adicionalmente, otorgaba al juez la facultad de ordenar al fiscal la formulación de la acusación cuando así lo solicitara el querellante, y siempre que los antecedentes de la instrucción constituyeren suficiente fundamento, en cuyo caso el fiscal correspondiente debía acusar dentro del término de la audiencia fijada al efecto¹²⁴.

¹²³ Artículo 258 del Código Procesal Penal.

¹²⁴ “Artículo 346. Forzamiento de la acusación. Si el fiscal planteara una solicitud de sobreseimiento temporal o definitivo, el juez de control de la instrucción la acogerá, a menos que no considerare procedente la causal invocada. En tal caso podrá sustituir la causal o decretar un sobreseimiento distinto del requerido. / Si durante la audiencia respectiva el juez considerare que procede la apertura del juicio oral, deberá ordenar se remitan las actuaciones a las autoridades del ministerio público según lo disponga la Ley Orgánica respectiva, para que se acuse o se ratifique el pronunciamiento del fiscal de la causa, dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones. Si las autoridades superiores del ministerio público ratificaren la solicitud del fiscal, el juez deberá resolver en el sentido solicitado. / En ningún caso podrá el juez ordenar al fiscal la ampliación de la investigación o la práctica de diligencias específicas. / El juez de control de la instrucción podrá ordenar al fiscal la formulación de la acusación, cuando lo solicite el querellante y siempre que los antecedentes acumulados en la instrucción constituyeren suficiente fundamento para el enjuiciamiento del imputado. / La resolución que niegue la

Dos razones tuvo el ejecutivo para configurar de este modo la institución. En primer lugar, se aludió a la necesidad de evitar el abuso fiscal en la utilización de salidas alternativas. En segundo lugar, se argumentó en torno a la protección de la imparcialidad y de la separación de funciones, aspecto central de la filosofía acusatoria del proyecto, denegándole al juez un poder mayor sobre el Ministerio Público como institución determinante de la política criminal¹²⁵. Sin embargo, el gobierno estimó que se requería hacer una excepción a esta lógica, pues “el único caso en que se ha estimado necesario llevar adelante la acusación en contra de la opinión del fiscal, es aquél en que tanto el querellante como el juez coinciden en que la instrucción arroja antecedentes suficientes para la apertura del juicio”¹²⁶.

Como puede verse, la diferencia está, en lo que interesa, en que en la primitiva regulación el juez obligaba al fiscal a formular la acusación, en cambio en la redacción definitiva el juez autoriza al querellante a sostenerla por sí mismo. La importancia de ello radica en que el sujeto que sustenta la pretensión punitiva del Estado –y eventualmente logra la aplicación de la pena- va a ser un particular.

solicitud del querellante será inapelable, sin perjuicio de la procedencia de recursos en contra de la que pusiere término al procedimiento. / Cuando de acuerdo a lo dispuesto en los incisos segundo y cuarto el fiscal general o el juez ordenaren acusar, el fiscal que corresponda deberá hacerlo dentro del término de la audiencia fijada para el efecto”.

¹²⁵ HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 27.

¹²⁶ Fundamenta lo anterior en que “La solución contraria podría generar una sensación muy fuerte de frustración respecto del sistema y constituir un exceso de poder en manos del Ministerio Público”. HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 27.

En el parlamento se discutió conjuntamente los derechos a que hemos hecho referencia en este apartado, ya que ambas problemáticas giraban en torno al poder del juez y del querellante respecto al fiscal. Por ello, a continuación exponemos conjuntamente los argumentos ofrecidos por las distintas posturas.

Las voces que abogaban por dar mayor poder al juez plantearon los siguientes argumentos:

Por una parte, que el interés de la víctima debía tener un rol importante en el diseño de estas instituciones cuidando de no producir una injusticia contra la misma¹²⁷.

Adicionalmente, que una cierta idiosincrasia o tradición jurídica nacional obligaba a alterar la filosofía acusatoria del sistema que se introduce¹²⁸.

¹²⁷ Respecto a este punto, es ilustrativo lo señalado por el Senador Díez: “hay un bien jurídico que los dos artículos señalados [327 y 328, que consagran la solicitud de diligencias por la víctima y el forzamiento de la acusación] quieren proteger, y es que la víctima tenga derecho a pedir diligencias y pedir que se entable la acusación. Entiende que ello significa algún grado de anomalía en el proceso, pero su preocupación apunta a garantizar adecuadamente los derechos de la víctima, porque no considerarla significaría una negación de justicia, si ésta ha pedido reiteradamente diligencias al fiscal que las ha negado, y se ha cerrado la investigación sin que se efectúen”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 884.

¹²⁸ En ese sentido Tavolari, reconociendo que la solución dada implica alterar la filosofía de un sistema acusatorio, sostuvo que, “[s]in embargo, se ha planteado en dichos términos porque el Código está propuesto con la intención de que se apruebe, considerando la idiosincrasia nacional, la cultura y tradición jurídica chilena”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. pp. 885-886.

Finalmente, se sostuvo una justificación basada en la función de la víctima como contrapeso a las decisiones del fiscal¹²⁹.

Por su parte, la defensa del principio acusatorio constituyó la principal objeción de quienes analizaron críticamente esta mayor injerencia judicial. Se dijo que “en general, la filosofía de este proyecto es que el fiscal sea el dueño de la investigación y de la acusación, que ordene las diligencias y que no tenga control, salvo cuando se afecten garantías constitucionales”¹³⁰. En el mismo sentido, se apuntó a que, de acogerse la modificación propuesta, el juez manejaría la llave de la acusación, lo que atentaría no sólo en contra de los principios que inspiran el código sino también contra la aplicación práctica del sistema, pues los jueces tendrían una mentalidad burocrática y muy comprometida con la persecución penal, por lo que seguirían actuando como lo hacen hoy, o sea, acusarían en todos los casos. Finalmente, consideraron que con dicha norma se produce un conflicto de poderes -entre jueces y fiscales- que se debe evitar.

No se detectan críticas frontales al favorecimiento de la posición procesal de la víctima. A lo más se llama la atención respecto a que el control del ofendido no sería la única solución al problema de la necesidad de control de las decisiones del fiscal, sino que, para proteger el principio acusatorio, sería más pertinente establecer controles administrativos dentro

¹²⁹ Como señaló, por ejemplo, el diputado Viera-Gallo: “se trató en estos artículos de resguardar a la víctima frente a la arbitrariedad del fiscal”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 884.

¹³⁰ HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 367.

de la jerarquía del Ministerio Público¹³¹. El centro del asunto no se colocó en la participación de la víctima, sino en la confrontación del principio acusatorio con la arbitrariedad del fiscal. La salida de tal disyuntiva se encontró en el fortalecimiento de la posición procesal de la víctima, sin un mayor debate a las problemáticas que dicha solución plantea. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia analizó ello en los siguientes términos: “Consideramos, asimismo, difícilmente conciliable con el principio acusatorio que informa el código la posibilidad de que el juez de garantía pudiera obligar al fiscal a formular acusación. No compartimos la idea de que, si el querellante particular quiere que se acuse al imputado y el fiscal discrepa de ese parecer, lo que es ratificado por el fiscal regional, el juez pueda ordenar al ministerio público que acuse. En ese caso, optamos porque la acusación se formule por el querellante, dotándolo para este efecto de las facultades que el código contempla respecto del ministerio público”¹³².

¹³¹ En ese sentido, Rafael Blanco, concordando con Pedro Bertolino, planteó lo siguiente: “la solución podría venir encaminada por lo que señaló en su oportunidad el Profesor señor Bertolino, pensando que lo que se trata de evitar es la arbitrariedad de un fiscal adjunto de alguna localidad del país, que ha realizado una investigación poco acuciosa o deliberadamente poco acuciosa [y en consecuencia el juez determina la necesidad de realizar otras diligencias de investigación, y se lo ordena al fiscal] Si el fiscal no lo acoge, quien tiene que tomar la decisión, para resguardar la lógica del sistema, es el superior jerárquico, que puede ser el fiscal regional. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 891.

¹³² HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 1173.

Otros derechos de la víctima

El Código contiene una disposición que, sin ser taxativa, está destinada especialmente a consignar una variedad de derechos a favor de las víctimas, a saber, el artículo 109 del Código Procesal Penal.

Primeramente, esta disposición establece el derecho de la víctima de solicitar protección del Ministerio Público ante presiones, atentados o amenazas contra ella o su familia¹³³. Este derecho constituye el correlato del deber del Ministerio Público de prestar protección a la víctima adoptando o solicitando medidas al efecto. Para cumplir esta obligación, el ente estatal debe facilitar la intervención del ofendido en el procedimiento, evitando o disminuyendo al mínimo cualquier perturbación que hubiere de soportar en los trámites en que debiere intervenir¹³⁴. Esto último también rige respecto a la policía, acorde con lo que establece el artículo 6 inciso tercero del Código Procesal Penal. Además, corresponde al juez de garantía cautelar la vigencia de los derechos de la víctima durante el procedimiento¹³⁵.

En segundo término, se concedió a la víctima el derecho a presentar querrela¹³⁶ y a entablar todas aquellas acciones tendientes a establecer las

¹³³ Artículo 109 letra a) del Código Procesal Penal.

¹³⁴ Artículo 6 en relación con el 78 y 109 letra a) del Código Procesal Penal.

¹³⁵ Artículo 6 del Código Procesal Penal.

¹³⁶ Artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.

responsabilidades civiles¹³⁷ derivadas del delito, tanto la acción civil reparatoria¹³⁸ como la restitutoria¹³⁹.

Se consagró también en favor del ofendido el derecho a ser oído. Como ya se señaló anteriormente, goza de éste tanto en relación a las formas de terminación anticipada del procedimiento, como en torno al pronunciamiento del sobreseimiento y, en general, en cualquier caso en que se pusiere término a la causa¹⁴⁰.

Por otra parte, se concede a la víctima el derecho de impugnar tanto resoluciones judiciales como administrativas. En cuanto a lo primero, el artículo 109 letra f) otorga al afectado la posibilidad de impugnar el sobreseimiento definitivo o temporal y la sentencia absolutoria aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento¹⁴¹. En cuanto a lo segundo, el código le confiere la posibilidad de solicitar la revisión de diversas

¹³⁷ Artículo 109 c) del Código Procesal Penal.

¹³⁸ Hay que considerar además que el fiscal se encuentra obligado a promover acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6 inciso segundo del Código Procesal Penal. Obligación que fue establecida en virtud de la ley N° 19.789, pues recordemos que durante la tramitación del Código Procesal Penal se eliminó dicho deber para el Ministerio Público.

¹³⁹ Artículo 59 y siguientes del Código Procesal Penal.

¹⁴⁰ Artículos 109 letras d) y e), y 78 letra d) del Código Procesal Penal.

¹⁴¹ Aquí nos parece que podría haber una contradicción con el régimen recursivo consagrado en el mismo cuerpo legal. Pues, la procedencia de la apelación ha sido establecida en el código con carácter excepcional respecto a sentencias definitivas. Específicamente, se consagró sólo respecto de la dictada en un procedimiento abreviado. Respecto a las demás sentencias definitivas, dictadas en los otros procedimientos, procedería sólo el recurso de nulidad de acuerdo a las normas generales, es decir, sólo en el evento de que concurriera alguna de las causales taxativamente señaladas y éste se hubiere preparado, lo que requeriría, entonces, por lo menos que la víctima haya intervenido con anterioridad.

decisiones administrativas. En efecto, acorde al principio de control jerárquico, la ley orgánica del Ministerio Público estableció, por ejemplo, que los fiscales regionales deberán resolver las reclamaciones que los intervinientes presentaren en contra de las decisiones de los fiscales adjuntos¹⁴².

Por último, es relevante mencionar los derechos de información. Los fiscales tienen el deber de informar a las víctimas del estado del proceso, de sus derechos, y la forma de ejercerlos¹⁴³. La intención del legislador fue la de entregar a las víctimas elementos de juicio para que evalúen sus opciones de comportamiento teniendo en consideración el conjunto de derechos que el ordenamiento les confiere en el proceso penal¹⁴⁴. En esa dirección es que la ley¹⁴⁵ estableció la exigencia de la exhibición de un cartel que indique los derechos de las víctimas en un lugar destacado y claramente visible al público en los recintos policiales, Juzgados de Garantía, Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, recintos del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública.

¹⁴² Artículo 7 de la ley N° 19.640.

¹⁴³ Artículo 78 del Código Procesal Penal.

¹⁴⁴ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 306.

¹⁴⁵ Artículo 137 del Código Procesal Penal.

Modificaciones posteriores a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal inspiradas en el discurso securitario¹⁴⁶

Al poco andar de la entrada en vigencia la reforma procesal penal, comenzaron a proliferar proyectos de ley con objeto de modificar el nuevo sistema impuesto, convirtiéndose en ley varios de ellos, cuestión que en cierta medida ha impactado en el diseño original, erosionando los principios orientadores del proceso reformativo.

Ley 19.789 de 2002, que introduce modificaciones al Código Procesal Penal

Esta temprana ley modificatoria introduce, principalmente, cambios en la normativa relativa al control de identidad y a la detención por flagrancia, al tiempo que incorpora nuevos derechos procesales para las víctimas, reforzando así su ya privilegiada¹⁴⁷ posición en el sistema.

Respecto a la primera cuestión mencionada, se agrega al artículo 85 del código la facultad policial para registrar vestimentas, equipajes y vehículos durante el procedimiento de control de identidad.

¹⁴⁶ Además de las leyes modificatorias que exponemos, hay otras que podrían agregarse y que obedecen a la misma tendencia, dentro de las cuales puede destacarse a la ley N° 19.950 de 2004, que aumenta sanciones a hurtos y facilita su denuncia e investigación.

¹⁴⁷ La expresión es de Horvitz y López, quienes subrayan que originalmente el proyecto modificatorio incluía prácticamente la equiparación de la víctima al querellante en cuanto a derechos procesales. Véase: HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 600.

En lo que dice relación con la detención por flagrancia, se amplía su procedencia a ciertas faltas respecto de las cuales anteriormente sólo se facultaba al ente policial para realizar la correspondiente citación.

Por último, se establece el deber del fiscal de promover acuerdos patrimoniales u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño a la víctima¹⁴⁸.

Entre los fundamentos sostenidos por el ejecutivo en el mensaje de la modificación se encuentra lo siguiente: “Se ha detectado [...] que la principal dificultad radica en [...] el tratamiento de la delincuencia menor, precisamente aquella que mayor impacto causa en la vida cotidiana de la gente, lo que ha comenzado a generar una percepción negativa en la comunidad”¹⁴⁹.

Además, en el debate al interior de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, el representante del gobierno señaló que algunas de las modificaciones planteadas obedecen a la “inquietud policial” de ver complicada su actuación por no poder registrar las vestimentas. Esta cuestión fue considerada importante en la comisión, pues se entendió que la

¹⁴⁸ Al respecto Horvitz y López aclaran que, no obstante parece ser una modificación relativamente poco importante, ésta “introduce un elemento que amenaza con distorsionar el rol que debe cumplir el ministerio público en el control de la acción penal pública, riesgo que no aminora la declaración legal de que ‘este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponder a la víctima’”. véase: HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 600; Además, recordemos que esta disposición fue suprimida del Código Procesal Penal durante su tramitación.

¹⁴⁹ HISTORIA DE LA LEY N° 19.789. p. 6.

actitud que las instituciones policiales tomen es determinante en el éxito de la reforma y, en consecuencia, para evitar el desprestigio de la misma se debía acoger dichas inquietudes.

Tavolari y Bofill mantuvieron posturas críticas en el debate de la comisión, cuestionando la pertinencia de la reforma en general, y sugiriendo que se postergara en aras de poseer un estudio más acabado y preciso de las falencias y necesidades de la reforma.

En particular, Bofill cuestionó la indicación relativa al artículo 85 por la complejidad derivada de la carencia de control sobre la sospecha policial que hace procedente la aplicación de esta institución¹⁵⁰. También criticó la detención flagrante por faltas, pues ello vulnera el principio de proporcionalidad.

La profesora María Inés Horvitz señaló críticamente: “[...] me parece que estamos ante una reforma sin fundamento legítimo, únicamente basada en percepciones de inseguridad de la población respecto al presunto aumento de delitos de gravedad mediana o leve que estaría produciendo alarma pública”¹⁵¹. Sobre la base de las graves implicancias que las modificaciones introducidas tienen para el respeto de los derechos

¹⁵⁰ Andrés Palma en la discusión en la cámara baja, haciendo alusión a la detención por sospecha, decía: “simplemente estamos volviendo atrás por una presión pública”. HISTORIA DE LA LEY N° 19.789. p. 105.

¹⁵¹ HORVITZ, M. I. Y RIEGO, C. 2001. Reformas al Nuevo Código Procesal Penal. Apuntes de Derecho, Universidad Diego Portales (9): 32-34; Horvitz y López subrayan la inexistencia de estudios empíricos que avalen el aumento objetivo de delitos, siquiera de denuncias. Véase: HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. pp. 53, 54 y 600.

fundamentales de los ciudadanos, sostuvo que lo que se estaría haciendo es trasladar la lógica preventiva de las policías, con ausencia de control previo y post facto, al ámbito represivo. “El problema es que con todo esto entramos en lo que se denomina una ‘lógica efficientista’: se trata de desarmar o burlar los límites que en un estado de Derecho se han ido construyendo en orden a limitar el poder estatal para el esclarecimiento y condena de hechos punibles”¹⁵². La modificación es contraria a la reforma, por cuanto erosiona el propósito de esta de afianzar las garantías y de educar a la policía en el respeto a los derechos fundamentales¹⁵³.

Ley 19.942 de 2004, que modifica los Códigos de Procedimiento Penal y Procesal Penal en materia de control de identidad

Esta ley nuevamente introduce modificaciones al control de identidad, estableciendo el deber de su realización cuando existieren indicios de que se hubiere o se estuviere dispuesto a cometer un delito. Además, establece un plazo para la realización de todos los procedimientos que se llevaren a cabo a causa del control. El objeto de la ley fue flexibilizar las normas para evitar dudas en cuanto a la interpretación de las facultades de que goza la policía en la materia.

Durante la discusión del proyecto, un diputado planteó la posibilidad de otorgar a la policía la facultad de realizar allanamientos preventivos, pues era algo “muy solicitado en sectores humildes”. Esta propuesta no

¹⁵² HORVITZ, M. I. Y RIEGO, C. 2001. ob. cit.

¹⁵³ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 593.

prosperó. Por su parte, el diputado Juan Bustos hizo un llamado de alerta recordando que es normal que las policías pidan más facultades. Sin embargo, ello no puede desembocar en que olvidemos los principios que sustentan a un Estado de derecho: es necesario resguardar el equilibrio entre los derechos de los ciudadanos y el poder y facultades del Estado en la materia.

Ley 20.074 de 2005, que modifica los Códigos Procesal Penal y Penal

El año 2005, el gobierno del presidente Lagos presentó un proyecto para modificar el Código Penal y Procesal Penal en diversas materias¹⁵⁴. Dentro de la tramitación de esta modificación cabe destacar tres cuestiones.

¹⁵⁴ En relación al logro de una mayor agilidad en la persecución penal se propone: a) la autorización normativa a las policías para que, en situaciones excepcionales en que, encontrándose en persecución de un imputado que debiere ser detenido, de no mediar su intervención inmediata se frustraría la diligencia, permitiéndole en esos casos entrar en un lugar cerrado sin necesidad de autorización judicial, para el efecto de practicar la detención del perseguido; b) La consagración normativa expresa de las órdenes verbales de detención; c) La facultad para que el control de la detención sea efectuado por el juez de garantía del lugar en que la detención se practica, aun cuando la orden emane de un juez distinto; d) La explicitación de las atribuciones para que el ministerio público imparta instrucciones generales a las policías para la realización de diligencias inmediatas de investigación en delitos de común ocurrencia. En cuanto al logro del objetivo de evitación de zonas de impunidad en el ordenamiento, se propone: a) Perfeccionamiento de la regulación de la prisión preventiva, distinguiendo de mejor manera las causales que la hacen improcedente, de modo de evitar una automatización en su interpretación, en desmedro de la cualidad cautelar de esta medida; b) Otorgamiento de facultades a la policía para detener a quienes se encuentren con órdenes pendientes, o que sean sorprendidos en violación flagrante de las medidas cautelares personales que le hubieren sido impuestas o al que violare la condición impuesta para protección de otras personas, en el contexto de la suspensión condicional del procedimiento; c) Modificaciones al procedimiento simplificado, tendientes a permitir de un modo expreso formalización de la investigación, antes de la realización de la audiencia del simplificado, consagración de una segunda audiencia para la

El primer aspecto se relaciona con los objetivos que se propuso el ejecutivo, explicitados en el texto del mensaje. Como cuestión general, se pretende corregir algunas falencias observadas en la implementación de la reforma procesal penal. Ello se concretó en tres objetivos: agilizar la persecución penal; evitar zonas de impunidad; y corregir errores normativos.

En relación a estos, cabe destacar algunas cuestiones generales planteadas en el mensaje para explicar o fundar los mismos. Se afirma que la “consolidación de un Estado democrático de derecho requiere de la profundización del goce cotidiano de los derechos por todos los ciudadanos. Y esta máxima, a la que estimamos haber contribuido notablemente, no puede traducirse en una brecha de tal magnitud, que ponga obstáculos innecesarios a la persecución penal, en desmedro de las víctimas de los delitos de común ocurrencia en nuestro país”¹⁵⁵. No obstante ello, se reconoce que el proceso penal no es la herramienta más idónea para la disminución de la delincuencia, pues es esencialmente represivo y no

realización del juicio simplificado, codificación del artículo 395° relativo a la admisión de responsabilidad, con la finalidad de evitar su aplicación extrema, permitiendo aplicación de penas proporcionales al delito; d) Modificaciones al procedimiento abreviado, con la finalidad de facilitar su aplicación en cualquier etapa de la investigación hasta la audiencia de preparación del juicio oral, incorporando la posibilidad de negociación de pena en la audiencia como consecuencia de la aceptación de los hechos; e) Modificaciones al Código Penal, que implican toda una reformulación de la regulación relativa al falso testimonio, que pasa a denominarse en el proyecto como falsedades vertidas en el proceso, con la finalidad de incorporar expresamente la falsedad en las declaraciones, informes o interpretaciones efectuadas ante el ministerio público por testigos, peritos o intérpretes.

¹⁵⁵ HISTORIA DE LA LEY N° 20.074. p. 6.

preventivo. Considerar lo contrario sería un error de principios. En virtud de lo anterior, el ejecutivo sostiene que las modificaciones deben ser muy precisas, cuidando no alterar “el delicado juego de garantías y eficacia”, debiéndose identificar con total nitidez las falencias de la reforma “diferenciando aquellas cuestiones que dicen relación con una inadecuada preparación de las policías para enfrentar el proceso de cambios –que debe ser resuelta con una adecuada capacitación [...] de aquellas otras cuestiones que tienen su raíz en las normas jurídicas”¹⁵⁶.

Como segundo aspecto, revisten importancia tres de las modificaciones efectuadas, por cuanto mejoran el estatus procesal de la víctima en diversas materias.

La primera de ellas extendió las hipótesis de flagrancia a la situación en que un individuo es señalado por la víctima o un tercero como perpetrador de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.

En la segunda de ellas, se propuso, inicialmente, la necesidad de citar a la víctima a la audiencia en que se discuta la suspensión condicional del procedimiento, a efecto de que pudiera ejercer sus derechos. Durante la tramitación, dicha propuesta acabó siendo sustituida por la de otorgarle a la víctima la facultad de apelar a la resolución que se pronunciare respecto a la suspensión condicional, cuestión que fue definitivamente aprobada.

¹⁵⁶ HISTORIA DE LA LEY N° 20.074. p. 7.

Finalmente, se modificó el plazo para reiterar solicitudes de diligencias. Originalmente se contemplaba esta posibilidad “hasta la audiencia a que se refiere el artículo 249”, vale decir, hasta la audiencia preparatoria del juicio oral. Se estableció que la oportunidad procesal comprenderá los diez días siguientes al cierre de la investigación.

Como tercer aspecto, las modificaciones que mejoran el estatus de la víctima en el proceso son fundadas bajo los mismos argumentos que el resto de las modificaciones, las cuales van asociadas al incremento de las facultades policiales y a aumentar la eficacia de la persecución.

Por último, en el debate hubo posturas críticas provenientes del defensor nacional y de Jorge Bofill. Sostuvieron ellos la inexistencia de información empírica que sustentara las modificaciones propuestas¹⁵⁷. A ello, Bofill agregó que “no es conveniente legislar por percepciones y que, adoptar decisiones en estas condiciones, es riesgoso para la viabilidad de la reforma”¹⁵⁸.

Ley 20.253 de 2008, que introduce la así llamada “agenda corta antidelincuencia”¹⁵⁹

La ley en estudio en su versión original proponía, a grandes rasgos, modificaciones a las normas de determinación de la pena del Código Penal,

¹⁵⁷ HISTORIA DE LA LEY N° 20.074. p. 41.

¹⁵⁸ HISTORIA DE LA LEY N° 20.074. p. 44.

¹⁵⁹ Que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías.

estableciendo un sistema especial para reincidentes de determinados delitos¹⁶⁰. Las modificaciones al Código Procesal Penal nuevamente se refieren al control de identidad y la detención por flagrancia. En materia de control de identidad se faculta a la policía para proceder a la detención del

¹⁶⁰ El artículo 1 N° 2 del proyecto incorpora un párrafo 4 bis al Título III del libro primero del Código Penal, el que se titula, “Reglas especiales sobre la reincidencia”, y dispone lo siguiente: Artículo 78 bis: Las penas que corresponden a los culpables de los delitos establecidos en los artículos 14, 142, 361, 362, 390, 391, 433, 436, 440 de este Código, que hubieren sido condenados con anterioridad por delitos de la misma especie, se determinaran de conformidad a lo dispuesto en los artículos siguientes. / Para los efectos de este párrafo, los delitos señalados en el inciso anterior se consideran de la misma especie; Artículo 78 ter: Si la pena asignada al delito fuere sólo una indivisible, el tribunal aplicará precisamente aquella, salvo que hubiere dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, en cuyo caso podrá imponer la inmediatamente inferior en grado, en consideración a su número y entidad; pero si ésta fuere un grado de una pena divisible, no podrá imponerla en su mínimo. / Si la pena señalada al delito es un grado de una pena divisible, el tribunal la aplicará en su máximo, en la forma dispuesta por el inciso tercero del artículo 67, salvo que concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, en cuyo caso podrá recorrer toda su extensión al aplicarla. / Cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, bien sea que los formen un o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, el tribunal no podrá aplicarla en el grado mínimo, cualquiera que sea el número de atenuantes que concurren. En este caso, habiendo dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no aplicará el máximo de los grados asignados al delito, excluido el mínimo, y si sólo quedare un grado de una pena divisible, no lo aplicará en su máximo. / Si por aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores sólo quedare una pena indivisible, el tribunal aplicará precisamente aquella, salvo que hubiere dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, en cuyo caso podrá imponer la inmediatamente inferior en grado, en consideración a su número y entidad, pero si ésta fuere un grado de una pena divisible, no podrá imponerla en su mínimo. / Cuando concurrieren dos o más circunstancias agravantes, y no hubiere atenuantes el tribunal aplicará la pena inmediatamente superior en grado máximo de los designados por la ley; Artículo 78 quater: Respecto de los delitos a que se refiere el artículo 78 bis, no serán aplicables la circunstancia 7ª del artículo 11; las circunstancias 15ª y 16ª del artículo 12, ni lo dispuesto por el artículo 68 bis; Artículo 78 quinquies: Las reglas especiales contenidas en este párrafo no se aplicaran respecto de aquellos culpables que hubieren sido condenados con anterioridad por delitos de la misma especie, cuando entre la fecha de cumplimiento de la condena anterior y la época de comisión del nuevo delito hubiere mediado un plazo superior a 5 o 10 años, según se trate de simples delitos o crímenes, respectivamente.

controlado en el evento de que del registro de sus vestimentas surjan indicios de la comisión de un delito, o en el caso de que presente órdenes de detención pendientes. En lo que respecta a la flagrancia, se regula qué se entiende por tiempo inmediato, fijando un límite meramente temporal¹⁶¹ desvinculado del concepto de flagrancia. Se trata de una interpretación extensiva, que “va más allá de cualquier significado que pueda atribuirse al mismo”¹⁶².

Además, contiene cambios en materia de medidas cautelares personales, centrándose ellos en la prisión preventiva. Resalta, dentro de estas modificaciones, el establecimiento de ciertas circunstancias que determinan que la libertad del imputado constituye un peligro para la sociedad¹⁶³.

El fundamento dado por el ejecutivo ya no sorprende, expresando el mensaje: “la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor”¹⁶⁴. Explícitamente se reconoce que el fin de la reforma es una cuestión subjetiva, consistente en reducir el miedo de la ciudadanía al

¹⁶¹ Doce horas desde la comisión del delito y la captura del imputado.

¹⁶² HORVITZ, M. I. 2012. ob. cit. p. 111.

¹⁶³ Estas circunstancias son: que se le imputare alguno de los delitos señalados en el artículo 78 bis; haber sido condenado anteriormente por un delito que la ley le otorgue igual o mayor pena; estar sujeto a un medida cautelar personal, en libertad condicional o estar gozando de algún beneficio de la ley N° 18.216. Véase: Artículo 2 N° 6 del proyecto.

¹⁶⁴ HISTORIA DE LA LEY N° 20.253. p. 5.

delito. En la comisión de Constitución, Legislación y Justicia ello fue fuertemente criticado por José Luis Guzmán Dalbora, quien destacó que el mensaje no señala estudios criminológicos serios que avalen las afirmaciones en las que se basa. Recalcó que todas las modificaciones hasta ahora introducidas a la legislación penal obedecen a cuestiones circunstanciales, lo que podría provocar efectos perversos. En estas modificaciones existe una contradicción insanable con la tradición liberal de la carta fundamental y con los principios que inspiran nuestro derecho penal.

El punto más discutido en dicha comisión fue el relativo a la incorporación de un régimen especial de determinación de la pena. El entonces defensor nacional, Eduardo Sepúlveda, fundó sus críticas en cuatro aspectos. De aprobarse la modificación se produciría una vulneración al principio de igualdad ante la ley (pues las atenuantes valdrían menos que las agravantes); una afectación al principio de proporcionalidad; un perjuicio para las víctimas al desincentivar la reparación del daño; y, por último, un mayor gasto para el Estado, toda vez que habría un alto riesgo de que los juicios abreviados se transformen en juicios orales. Tavolari, hizo presente la existencia de serios cuestionamientos doctrinales a la consideración de la reincidencia como circunstancia agravante. Durante la tramitación del proyecto se eliminaron estas disposiciones.

En otro orden de cosas, la señalada comisión aprobó dos indicaciones que flexibilizan la procedencia del control de identidad. Una de ellas

incorporó una cuestión subjetiva: el control de identidad procede en el evento en que los funcionarios policiales “estimen” que hay indicios de que una persona ha participado en un delito o se dispusiere a hacerlo, dejando atrás la redacción anterior que exigía la existencia de dichos indicios y no la apreciación subjetiva de la misma. El entonces diputado Juan Bustos criticó la indicación señalando que se desprendía a la institución de todo elemento objetivo que permitiera al juez realizar un efectivo control, no pudiéndose declarar nunca como ilegal el procedimiento, con lo cual incluso se iba más allá de la antigua detención por sospecha. La segunda incorpora como causal de procedencia el hecho de que una persona se encapuche para ocultar, dificultar o disimular su identidad.

Ley 20.516 de 2011, reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no puedan procurárselas por sí mismas

El antecedente directo de esta iniciativa se encuentra en el así denominado “Acuerdo político legislativo en materia de seguridad pública”, suscrito a fines del año 2007 por la entonces presidenta de la república, Michelle Bachelet, su ministro del interior, el subsecretario de dicha cartera, los presidentes de los partidos con representación parlamentaria, los senadores Chadwick, Piñera, Espina y Otero y algunos diputados. Este documento contiene el compromiso político de aprobar una serie de reformas constitucionales y legales para mejorar la situación de la seguridad

pública, contemplando un calendario tentativo para su discusión y despacho, dentro estas iniciativas, el primer aspecto contemplado es precisamente la enmienda constitucional que titula este apartado, a la que se alude en los siguientes términos: “Establecer en la Constitución una obligación para el Estado consistente en proporcionar defensa penal gratuita a las víctimas de delitos que no puedan procurársela por sí mismas. Para cumplir con la obligación antes señalada, el Ejecutivo propondrá la creación de un órgano público responsable de tal tarea. Este nuevo órgano público será independiente del Gobierno y contará con las herramientas legales necesarias para establecer un sistema flexible de asistencia jurídica a las víctimas, que considere tanto organismos públicos como privados. Los beneficiarios del sistema serán las víctimas de delitos violentos, entre los que se identifican, a modo de ejemplo, el homicidio, el parricidio, el secuestro, la sustracción de menores, los delitos sexuales, el robo con violencia o intimidación, y las lesiones graves comunes o proferidas en el contexto de una situación de violencia intrafamiliar”¹⁶⁵.

Cumpliendo con el comentado acuerdo político, el gobierno de Bachelet envió a comienzos del año 2008 un proyecto que establecía un fondo nacional¹⁶⁶ para la contratación de abogados vía licitación para la defensa judicial de víctimas.

¹⁶⁵ HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. p. 10.

¹⁶⁶ Este fondo estaría a cargo del Ministerio de Justicia, y por su funcionamiento velaría el Consejo Nacional para la Representación de Víctimas de Delitos, organismo que se crearía para tal efecto.

Esta iniciativa legal razonó sobre la base de un estrecho vínculo entre eficacia persecutoria y participación de la víctima en el procedimiento. Según su mensaje de, la evaluación de la reforma procesal penal ha permitido detectar ciertos “nudos normativos que impiden el adecuado desarrollo de la tarea de persecución criminal”. Señala que se ha buscado solucionar estas falencias mediante modificaciones legales, dentro de las cuales destaca la 20.253. Afirma, sin embargo, que se han hecho necesarias otras enmiendas, entre los cuales cuenta esta iniciativa, que considera especialmente “la indefensión en la cual, en variadas ocasiones, quedan las víctimas de [delitos]”.

El proyecto fue desechado por la administración posterior, que optó, para la realización de estas labores, por el fortalecimiento de las corporaciones de asistencia judicial.

Ahora bien, con posterioridad, se propuso la modificación constitucional que acabó en la ley 20.516. Producto de ella se modificó el artículo 19 N° 3 de la Constitución, que dispone actualmente en su inciso tercero lo siguiente: "La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes".

En la tramitación legal de ésta enmienda constitucional pueden encontrarse los siguientes fundamentos:

En primer lugar, se asume que en el proceso penal pueden distinguirse tres intereses diversos: el del imputado, el de la sociedad, y el de la víctima. Esto deriva de que el Ministerio Público se rige por el principio de objetividad, en virtud del cual tiene que investigar con igual celo aquellos hechos que tiendan a establecer la culpabilidad, como aquellos que se inclinen por excluirla o atenuarla. Adicionalmente, la existencia de diferencias de opinión entre el Ministerio Público y el ofendido en cuanto a la continuación de la persecución penal, la calificación jurídica o la proposición de pena, produce en reiteradas ocasiones, que dicho órgano administrativo no tome en consideración la opinión del afectado, lo que “ha llevado a que las víctimas de delitos muchas veces se sientan abandonadas”¹⁶⁷. Además, se señala que inicialmente comprendieron que el Ministerio Público tendría la función de proteger los intereses de las víctimas, pero que, a razón de la sobrecarga del mismo, no ha podido cumplir cabalmente esta función.

En segundo lugar, si bien se reconoce que el ordenamiento jurídico ha dispuesto cierta protección a los intereses de la víctima, se sostiene que el pleno ejercicio de sus derechos requiere de la representación letrada. A pesar de que el artículo 19 N° 3 no distingue entre imputado y víctima en cuanto al derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de derechos, las normas de rango legal sólo han garantizado al imputado el derecho a la defensa gratuita cuando no cuenta con medios para procurársela por sí

¹⁶⁷ HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. p. 71.

mismo. Concluye que existiría un tratamiento desigual, pues las víctimas que no cuentan con recursos para procurarse defensa jurídica no cuentan con un servicio estatal gratuito.

Por último, varios diputados sostuvieron posturas radicales en la materia, las que develan los próximos pasos en la consolidación de la orientación privatizadora de nuestro sistema penal¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Por ejemplo, el diputado Burgos “[c]reyó necesario, además, para complementar esta reforma, efectuar algunas modificaciones en el Código Procesal Penal, toda vez que corresponde exclusivamente al fiscal solicitar la formalización de la investigación, circunstancia que condiciona al querellante particular el cual sólo tiene cabida en el proceso una vez verificada ésta, de tal manera que de decidir el fiscal no formalizar, impediría la actuación del querellante, lo que se contrapondría a los objetivos perseguidos por esta iniciativa”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. pp. 54-55; Por su parte, Araya advertía: “[h]oy, no sacamos nada con que las víctimas tengan un abogado pagado por el Estado [...] si el Ministerio Público sigue teniendo el control de la investigación en forma absoluta. Si durante una investigación dicho ministerio decide no formalizar a un sujeto que presumiblemente cometió un delito, ahí termina tal investigación. Por mucho que la víctima de un delito violento cuente con un abogado por alguna de esas vías o con un querellante en forma particular, no podrá hacer absolutamente nada, porque actualmente la formalización es una verdadera cortapisa del Ministerio Público para que los abogados particulares o querellantes particulares puedan participar eficazmente en el juicio penal”. Continúa señalando: “[e]so se ha prestado para un doble juego, ya que muchas veces, sobre todo debido a la recarga de trabajo, no se formaliza en relación con investigaciones no tan complejas o ello demora, lo cual impide a los querellantes particulares actuar de mejor manera y defender los derechos de las víctimas en el juicio penal”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. pp. 71-72; En el mismo sentido se manifestó el diputado Chahín, proponiendo derechamente la necesidad de establecer nada menos que el derecho a forzar la formalización: “[p]or eso, junto con otorgar asesoría jurídica a las víctimas, es necesario reformar el Código Procesal Penal, a fin de mejorar sus derechos. Si bien a través de la asesoría jurídica que reciba, podrán evitar el archivo provisional de la causa o solicitar diligencias que les permitan sostener la acusación, entre otras acciones, todavía deben sortear una barrera que hasta ahora es insalvable: la formalización es facultad exclusiva y excluyente del Ministerio Público. Por lo tanto, es importante que el querellante pueda forzar esa decisión”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. pp. 96-97; hay una intervención del senador Espina, en que pretende rebatir los

Ley 20. 603 de 2012, que modifica la ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad

Esta ley tiene su origen en un proyecto presentado el año 2008 por el gobierno de Bachelet. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, luego de la discusión en general, sugirió que se realizara una indicación sustitutiva total por parte del gobierno, la que se presentó en octubre del año 2009. Posteriormente, en agosto de 2010, ya en el gobierno de Piñera, se envían nuevas indicaciones que comprenden, entre otras, la indicación sustitutiva total presentada el 2009. Esta última indicación expone como fundamento el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, señalando que “de acuerdo a los índices de temor y encuestas de victimización, la ciudadanía demuestra gran preocupación por el fenómeno de la delincuencia y por la sensación de impunidad imperante. Uno de éstos flancos de impunidad lo constituiría la ley sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad, medidas que han sido asumidas por la ciudadanía

argumentos “entregados por quienes sostienen que la defensoría penal propuesta para las víctimas no resulta necesaria”. Además de reproducir argumentos similares a los arriba expuestos, manifiesta su opinión favorable a una radical privatización del derecho penal: “[e]l famoso y distinguido profesor de Derecho Penal don Alberto Binder, uno de los principales ideólogos de las reformas procesales penales en Latinoamérica, como la nuestra, dijo lo siguiente: el ‘Estado ha fracasado en su intento de subrogar el interés de la víctima, porque lo único que se ha logrado es que la víctima expropiada de su conflicto, no sea atendida por el Estado y deba sacrificar sus intereses a un dudoso interés general’”. Señala que “Además, sobre el 70 por ciento de las causas por delito grave en Chile -como la de robo con violencia- termina en el archivo provisional. Significa que el fiscal, luego de hacer la investigación respectiva, decidió archivarla. ¿Cuántas de esas causas se habrían archivado si la víctima del delito hubiese contado con un abogado que defendiera sus derechos?”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. p. 124-125.

como beneficios a que pueden aspirar personas que han sido condenadas, sin que deban efectuar un mayor esfuerzo para obtener su reinserción social, y en que tanto quienes deben ejecutar estas medidas como quienes deben supervigilar su cumplimiento han sido débiles”¹⁶⁹. Esto fue criticado por el diputado Díaz, quien expresó que el proyecto obedecía más a una forma de satisfacer el “imaginario mediático” que a la comprensión de la realidad. Lo que se requiere es un uso racional del *ius puniendi*, lo que se traduce en que la pena privativa de libertad debe ser utilizada como último recurso¹⁷⁰.

El proyecto original del gobierno de Bachelet ampliaba el catálogo de medidas alternativas al cumplimiento de la pena, estableciendo, en lo que importa, la medida de reparación del daño causado a la víctima, cuestión que fue valorada críticamente por Baytelman, quien sostuvo que ello produciría nuevas franjas de impunidad, puesto que la regulación propuesta no considera en todos los casos la opinión de la víctima en cuanto ésta se sienta efectivamente reparada por la medida alternativa impuesta al condenado. La discusión en torno a esta medida quedó en nada, pues la indicación presentada el año 2010 por la administración de Piñera la eliminó del catálogo señalado.

Resulta interesante la terminología empleada por el proyecto. En efecto, la indicación realizada por el gobierno de Piñera ya no habla de medidas alternativas, sino de penas sustitutivas, puesto que, a su juicio,

¹⁶⁹ HISTORIA DE LA LEY N° 20.603. pp. 66-67.

¹⁷⁰ HISTORIA DE LA LEY N° 20.603. p. 101.

existe la necesidad de revertir la percepción ciudadana de que el condenado está gozando de un beneficio, debiendo darse la señal de que, en realidad, está sufriendo un castigo.

Proyectos de ley

Análisis particular del así llamado proyecto de “reforma a la reforma”¹⁷¹, especialmente la facultad que confiere a la víctima para pedir la revisión administrativa de la decisión de no formalizar cuando ella fuere arbitraria¹⁷²

Tal como lo hicieron en su exposición de motivos varias de las leyes previamente comentadas, este proyecto invoca la necesidad de revisar la regulación del sistema penal para resolver ciertos “nudos críticos que debilitan la operatividad del mismo”. Sobre esa base, estructura en cuatro ejes las modificaciones: medidas para aumentar la protección y participación de las víctimas; medidas para mejorar la persecución penal que realiza el Ministerio Público; medidas para fortalecer el trabajo policial; y medidas para mejorar el perfeccionamiento del sistema en su conjunto.

¹⁷¹ Proyecto que modifica el Código Procesal Penal con el fin de reforzar la protección de las víctimas, mejorar la función que desempeña el Ministerio Público y fortalecer la acción policial y la operatividad del sistema de justicia penal. Boletín N° 8810-07, ingresado el día cinco de marzo de 2013 a la cámara alta.

¹⁷² Este análisis contempla la tramitación del proyecto hasta el día nueve de octubre de 2013, encontrándose en la etapa de primer trámite constitucional en el Senado y, en particular, habiéndose aprobado en general el proyecto por el Senado y finalizado la oportunidad para presentar indicaciones al mismo.

En cuanto al primero de los ejes, se propone, en primer lugar, explicitar la obligación de fundamentación de decisiones en materia de archivo provisional y decisión de no perseverar, pues considera que ello “constituye un dato relevante a la hora de lograr una persecución penal eficiente”.

En segundo lugar, se juzga necesario conferir mayores atribuciones a la víctima para impetrar revisiones administrativas respecto a decisiones de los fiscales. En relación a esto, se propone, por una parte, otorgar al querellante la posibilidad de someter al conocimiento del fiscal regional la decisión de no perseverar en el procedimiento adoptada por un fiscal adjunto, y, por otra, facultar a la víctima para reclamar ante las autoridades del Ministerio Público en aquellos casos en que no se formalice arbitrariamente una investigación, análogamente a la posibilidad que existe a este respecto para el imputado en el artículo 232 del Código Procesal Penal. Paralelamente, se propone que cuando el fiscal, previo a tomar una decisión haya ya consultado a su superior jerárquico obteniendo una ratificación, sea igualmente posible presentar un reclamo administrativo, esta vez ante el fiscal regional que subrogue al superior jerárquico del fiscal reclamado. De lo contrario, a saber, en caso de que fuere el mismo superior jerárquico que ya revisó la decisión, arguyen, perdería sentido el derecho de reclamo.

Además, se pretende conferir al querellante la posibilidad de apelar de la resolución del juez de garantía que le deniegue el forzamiento de la acusación.

Finalmente, proponen incluir el deber del juez de adoptar medidas de protección a favor de las víctimas respecto no sólo a su persona –cuestión ya contemplada en el artículo 6 del código-, sino también a su patrimonio.

El resto de las modificaciones propuestas todas dicen relación con el incremento de la eficacia de la persecución penal¹⁷³.

El avance de la tramitación ha arrojado algunos elementos de interés.

En el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, aparece un claro consenso respecto a la necesidad de reforzar la protección y mejorar los derechos de las víctimas. Por ejemplo, un senador, en forma similar como se hiciera durante la tramitación de la ley 20.253, invocó la falta de correspondencia entre los intereses de la sociedad representados por el Ministerio Público y los de la víctima. En razón de ello, mostró preocupación por el escaso progreso legislativo en la

¹⁷³ Se propone la ampliación del catálogo de medidas cautelares personales; la ampliación de la competencia de los jueces de garantía para que puedan conocer el control de la detención de un imputado independientemente de si la orden de detención fue dictada por un juez de garantía que depende de la misma corte de apelaciones; la modificación de las normas sobre entrada y registro para evitar interpretaciones que tornan inútil la diligencia; la reglamentación específica del reconocimiento de imputados a objeto de asegurar la validez del procedimiento; la ampliación de las causales para apelar del auto de apertura del juicio oral; la inclusión del “manejo bajo la influencia de sustancias psicotrópicas” dentro del catálogo de delitos respecto a los cuales el fiscal a cargo debe solicitar la aprobación del fiscal regional para poder proponer la suspensión condicional.

puesta en práctica de la defensoría de las víctimas¹⁷⁴. Por otra parte, en el mismo informe, la Ministra de Justicia, Patricia Pérez, y el Senador Carlos Larraín hicieron hincapié en la seriedad del proyecto, manifestando que muchas de las modificaciones anteriores derivaron de situaciones políticas y de opinión pública coyunturales, teniendo un efecto meramente simbólico, por lo que, probablemente, si ellas se volvieran a presentar no tendrían la mayoría que tuvieron en su momento.

En las indicaciones presentadas se observa un afán por dar mayor flexibilidad a las facultades de las policías y de las víctimas. Cuatro indicaciones pueden servir para ilustrar esta afirmación.

En primer lugar, se propone disminuir las exigencias de procedencia del examen de vestimentas, equipajes o vehículos. Así, para el registro de vestimentas se propone exigir sólo indicios de peligro para la seguridad de la comunidad¹⁷⁵. La propuesta del Presidente de la República resulta aún más radical, al promover la eliminación de la exigencia de la existencia de indicios que permitieren estimar que se ocultan objetos importantes para la investigación, quedando, de este modo, desprovista de toda consideración objetiva.

En segundo lugar, la detención en caso de flagrancia nuevamente es objeto de atención. El Presidente de la República realizó una indicación con

¹⁷⁴ Opinión sostenida por el senador Hernán Larraín. Véase: p. 37 del informe de mencionada comisión.

¹⁷⁵ Indicación presentada por el senador Horvath.

la que con la que pretende extender la noción de flagrancia a los casos en que en un tiempo inmediato a la perpetración del delito, la participación criminal pueda sospecharse a partir de medios fotográficos, visuales o audiovisuales.

En tercer término, se ha propuesto incorporar otro presupuesto de procedencia de prisión preventiva. A la causal relativa al *periculum in mora*¹⁷⁶ añade la alternativa de que el imputado haya sido formalizado por igual delito o por uno de igual o mayor gravedad.

Finalmente, en relación al forzamiento de la acusación se presentó una indicación en la que se permite al juez autorizar la acusación particular del querellante si hay antecedentes de hecho y de derecho que la hagan plausible aun cuando el Ministerio Público no haya formalizado la investigación con anterioridad¹⁷⁷.

Otros proyectos de ley

Existen en tramitación, además del proyecto previamente analizado, otros que siguen la orientación privatizadora. Entre ellos cabe destacar: el Boletín N° 8258-07, que permite a particulares el ejercicio de la acción penal pública en los casos que indica; el Boletín N° 8505-07 que modifica el artículo 83 del Código Procesal Penal, para fortalecer la situación procesal de la víctima que actúa como querellante; el Boletín N° 8.497-07

¹⁷⁶ Contendida en la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal.

¹⁷⁷ Indicación presentada por el senador Horvath.

Proyecto de reforma constitucional que legitima la presentación de querellas por personas distintas de las ofendidas; el Boletín N° 8571-07 que modifica el artículo 277 del Código Procesal Penal permitiendo al querellante apelar del auto de apertura de juicio oral; el Boletín N° 8241-07, que Establece la obligación del fiscal de escuchar a la víctima, cuando ha denunciado los delitos que se indican, antes de archivar la causa.

Fallos del Tribunal Constitucional y apreciaciones doctrinales

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al alcance de las normas constitucionales que establecen las bases de la intervención de la víctima en el proceso penal. Ello ha ocurrido a propósito de requerimientos de inaplicabilidad del artículo 230 del Código Procesal Penal, en los que, como correctamente ha identificado el mencionado órgano jurisdiccional, el conflicto “nace a partir de y es una consecuencia de la existencia de posiciones opuestas frente a la intervención de la víctima como interviniente o parte del proceso penal”¹⁷⁸.

La problemática se ha originado en el hecho de que, si bien el Código Procesal Penal otorga en general posibilidades a la víctima de impugnar las decisiones del Ministerio Público que redunden en la terminación anticipada del procedimiento¹⁷⁹, no hizo otro tanto para el caso de que ello

¹⁷⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 815-08. Considerando primero.

¹⁷⁹ Archivo provisional, facultad de no iniciar el procedimiento, principio de oportunidad en sentido estricto, reclamo administrativo de la solicitud de sobreseimiento, apelación al sobreseimiento definitivo o temporal decretado, entre otros.

se produzca por la mera inactividad del ente estatal en formalizar la investigación. En este caso, al verse obstaculizados en su propósito de avanzar en el proceso, los querellantes han recurrido al Tribunal Constitucional a objeto de que declare la inconstitucionalidad del artículo mencionado, que faculta privativamente al ente persecutor a determinar la procedencia y oportunidad de la formalización de la investigación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido uniforme. En el primer pronunciamiento sobre la materia, en el fallo rol N° 815-08, redactado por el ministro Juan Colombo, el Tribunal Constitucional adoptó una posición radical, subordinando completamente las facultades que la ley otorga al Ministerio Público a los derechos que la Carta Fundamental confiere a la víctima. En ese sentido, sostuvo categóricamente que “cualquier razonamiento que conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal [...] por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartado, pues subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor estatal”¹⁸⁰.

Específicamente, a propósito de la decisión de formalizar, sostuvo lo siguiente: “entender la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación como una alternativa discrecional, en la cual no se puede interferir [...] 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

¹⁸⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 815-08. Considerando cuarto.

imposibilidad de acceder a la jurisdicción para que ésta resuelva el conflicto penal que la afecta, como ordena el artículo 7º de la Constitución”¹⁸¹.

El Tribunal Constitucional llega al extremo de afirmar, concluyentemente, que “cualquier concepción que prescinda del interés de la víctima como parte primordial del proceso penal, debe considerarse incompatible con la constitución”¹⁸².

Esta magistratura razona sobre la base de que la consagración del derecho a tutela judicial efectiva de la víctima en materia penal “surge como una garantía trascendente para compensar a la víctima de la prohibición y eventual sanción a la autotutela de sus derechos”¹⁸³. Afirma que es por ello que la Constitución ha consagrado en forma expresa y categórica el derecho de la víctima a la acción penal¹⁸⁴ en su artículo 83 en consonancia con el 19 N° 3, cuestión que debe ser entendida considerando la historia fidedigna de establecimiento de la ley 19.519, de la cual se desprendería la intención del legislador de eliminar el monopolio estatal que establecía el proyecto original.

En definitiva, lo anterior significa que el derecho del ofendido a acceder a un procedimiento racional y justo donde, como dice el Tribunal Constitucional, “se le haga justicia” ejerciendo su “derecho a tutela judicial efectiva” penal implicaría el deber del Ministerio Público de subordinar su

¹⁸¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 815-08. Considerando décimo segundo.

¹⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 815-08. Considerando décimo segundo.

¹⁸³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 815-08. Considerando sexto.

¹⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 815-08. Considerando vigésimo cuarto.

actuar al interés de la víctima, lo que naturalmente abarca la formalización de la investigación¹⁸⁵.

A partir del fallo en causa rol 1244-08¹⁸⁶, el Tribunal Constitucional cambia su criterio. Ahora, reconociendo la existencia de facultades privativas del Ministerio Público, sostiene que el Código Procesal Penal contempla diversos mecanismos para la protección de los intereses de la víctima en el procedimiento, que permitirían contrapesar dichas facultades¹⁸⁷. En ese sentido, señala que si bien la víctima tiene el derecho a la tutela judicial efectiva penal, ello no implica necesariamente que tenga el derecho a obligar al Ministerio Público a formalizar, pues, teniendo en cuenta el rol del juez de garantía como garante de los derechos del ofendido, hay que entender que el artículo 186 del Código Procesal Penal resulta favorable también al querellante, en el sentido de que puede ser considerado como persona “afectada por una investigación no formalizada”,

¹⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 815-08. Considerandos tercero y cuarto. En el citado fallo, el Tribunal Constitucional sostuvo, en el considerando tercero, que “el “deber de formalizar”, implícito en las normas constitucionales del Ministerio Público, implica la concreción del derecho que le asiste a toda víctima de un hecho punible a lograr que el Ministerio Público realice, en cumplimiento del mandato constitucional, una investigación racional y justa, derecho fundamental que la Constitución le asegura a toda persona involucrada en un conflicto penal y cuya eficacia implica, como natural efecto, que cumpla con su deber de investigar lo ocurrido en conformidad a los parámetros expresados, dado que es el único órgano que, conforme a la Constitución, ostenta la titularidad y el monopolio de la dirección de la investigación criminal”.

¹⁸⁶ Siguen esta tendencia los fallos del Tribunal Constitucional de roles N°s 1337-09, 1380-09, 1542-09, 1484-09.

¹⁸⁷ AGUILERA, D. 2011. La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 18(2). p. 54.

estando facultado para recurrir ante el juez de garantía con el objeto de que ordene al fiscal formalizar o le fije un plazo a tal efecto¹⁸⁸. Como observa Maturana, a pesar de que en apariencia en nuestro ordenamiento “no existe norma legal que permita el forzamiento de la formalización por la víctima”¹⁸⁹, el problema encuentra una solución adecuada en virtud de una interpretación amplia del artículo 186 del Código Procesal Penal¹⁹⁰, por cuanto “a través de este mecanismo el órgano jurisdiccional ejerce las funciones de cautela de las garantías que el sistema consagra no sólo a favor del imputado, sino que también respecto del legítimo ejercicio de los derechos de la víctima dentro del ordenamiento jurídico”¹⁹¹. Interpretar dicha disposición restrictivamente conduciría a que “el derecho a la tutela judicial efectiva, a que la víctima tiene derecho constitucionalmente garantido pued[a] verse no sólo afectad[o], sino definitivamente amagado por un acto del ente administrativo, a través de la simple inactividad”¹⁹².

Piedrabuena, disidente de lo anterior, explica que no resulta pertinente aplicar el artículo 186 para evitar la inconstitucionalidad, pues, si se atiende a la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición, se concluye que ésta fue establecida como una garantía a favor de los imputados que no han sido formalizados, y su base está en el derecho a ser

¹⁸⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 815-08. Considerando trigésimo quinto.

¹⁸⁹ MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Santiago. Legal Publishing Chile. Tomo II. p. 646.

¹⁹⁰ MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. ob. cit. p. 646.

¹⁹¹ MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. ob. cit. p. 648.

¹⁹² MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. ob. cit. p. 646.

juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas¹⁹³. La defensa de esta idea no tiene por objeto buscar una situación más garantista para los ciudadanos imputados, como podría pensarse. Por el contrario, como destaca Bordalí, lo relevante de la interpretación de Piedrabuena es que ella conduce a que las víctimas puedan forzar la acusación saltándose la decisión del Ministerio Público de formalizar¹⁹⁴, cuestión que ya comienzan a conceder algunos tribunales nacionales¹⁹⁵.

Por otra parte, cabe tener presente cómo, en otro fallo -el 1337-09-, a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 230, el

¹⁹³ PIEDRABUENA, G. 2010. Control judicial anterior a la formalización de la investigación (artículo 186 del Código Procesal Penal). Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado (23). pp. 13 y s.s.

¹⁹⁴ BORDALÍ, A. 2011. La acción penal y la víctima en el Derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (37). p. 539.

¹⁹⁵ Como ejemplifica Piedrabuena: “Recuerdo que en el año 2002 en Temuco, la Corte aceptó el forzamiento de la acusación, en que no había formalización de la investigación, revocando una resolución del juez de garantía y el recurso de queja fue rechazado por unanimidad en la Corte Suprema, de modo que el juicio oral se llevó a efecto únicamente entre el querellante y el defensor. En este caso, el fallo del tribunal oral fue absolutorio, pero la Corte Suprema en fallo redactado por el Ministro Juica, acogió un recurso de nulidad y ordenó un nuevo juicio en que se considerasen todas las pruebas ofrecidas por el querellante. Esta sentencia está publicada en Fallos del Mes, octubre 2004, p. 2590 y siguientes. Este precedente es invocado en un voto de minoría del Ministro Roberto Contreras en fallo reciente de la Corte de San Miguel de 17 de marzo de 2010, rol N° 226-2010, que rechazó el forzamiento de la acusación. Además, hay un fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 4 de marzo de 2009, que revocando la resolución que declaró el sobreseimiento definitivo, en un caso que no había formalización, implícitamente reconoce que si el fiscal no quiere perseverar en el procedimiento, el querellante puede pedir al juez que le permita continuar con la acusación, por lo cual la Corte ordena que se celebre una audiencia para estos efectos y otro fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 7 de septiembre del 2007, que acogiendo el recurso de apelación de la parte querellante, revoca un sobreseimiento definitivo y ordena al juez la celebración de una audiencia para los efectos del ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 258 inc. 3°, 260 y 261 del C.P.P. Véase: PIEDRABUENA, G. 2010. ob. cit. p. 22, nota al pie N° 11.

ministro Juan Colombo, esta vez en voto disidente, explicó su comprensión del *ius puniendi* estatal desde la perspectiva constitucional. Para este magistrado un concepto material y valórico de la Constitución conduce a entender el delito como “una forma de sanción por infringir la constitución [, siendo] deber del estado restablecer el imperio del derecho a favor del afectado”¹⁹⁶, pues la finalidad del *ius puniendi* estatal es que la víctima sea tutelada¹⁹⁷. Agrega este ministro que “los operadores del sistema procesal penal deben garantizar al ofendido el pleno ejercicio de sus derechos en el proceso penal, y todo acto o hecho que lo limite debe considerarse que atenta contra sus garantías constitucionales”¹⁹⁸.

Toda la discusión jurisprudencial y doctrinal depende del alcance que se de a la voz “acción” del artículo 83 de la carta política. Ello determina hasta dónde llega la exigencia constitucional de participación de la víctima en el proceso penal, y la correlativa afectación al principio de oficialidad. Una interpretación de la citada disposición lo más coherente con los principios del derecho penal público y democrático como sea constitucionalmente posible, conduce a la restricción del alcance del concepto acción al momento del ejercicio de la acusación. Si se entiende acción con referencia genérica al procedimiento o a su inicio, como se

¹⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 1337-09. Considerando quinto del voto disidente del Ministro Juan Colombo.

¹⁹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 1337-09. Considerando cuarto del voto disidente del Ministro Juan Colombo.

¹⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 1337-09. Considerando vigésimo del voto disidente del Ministro Juan Colombo.

desprende de algunas disposiciones del Código Procesal Penal (artículo 53 inciso segundo y artículo 55), entonces la víctima tiene derecho a acceder a todo el proceso penal con prescindencia de la actividad del Ministerio Público. Sin embargo, esta conclusión no es admisible, pues no compatibiliza con la exclusividad de la investigación del Ministerio Público, cuestión definida también constitucionalmente. La acción penal del artículo 83 debe entenderse referida al momento de la acusación. Esa es la forma en que comparadamente se entiende la noción de acción en el proceso penal, y también eso es lo que se desprende del tenor literal del artículo 83, que establece un orden de los deberes del Ministerio Público: investigación, y luego, acusación. Finalmente, en el Código procesal penal la acción penal está regulada en el título 3° del libro I, y el inicio del procedimiento está regulado en párrafo 2° del libro II, por lo que la acción penal no se refiere al inicio del procedimiento. Ello trae como consecuencia que el derecho de la víctima no comienza sino desde que el Ministerio Público ya ha determinado la pertinencia del paso de la etapa investigativa hacia la de acusación. Desde esta óptica, es lógico que el legislador haya conferido derecho a la víctima a forzar la acusación, pero no la formalización¹⁹⁹.

¹⁹⁹ BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. pp. 540-543.

Evaluación general del posicionamiento de la víctima en el proceso penal chileno

En esta exposición sobre la evolución de nuestro sistema procesal penal, a nuestro juicio puede observarse un avance de la participación del ofendido, cuestión que nos conduce a lo que se ha denominado privatización del derecho penal.

En nuestro ordenamiento la víctima y la ciudadanía siempre han tenido participación en forma independiente a la actuación del Estado, habida cuenta de que desde el período colonial, pasando por el período de vigencia del código de 1906, y hasta el año 2000, estuvo vigente en nuestro derecho la institución de la acción penal pública popular, como asimismo los delitos de acción penal privada y de acción penal pública previa instancia del particular.

Con la reforma procesal penal, si bien podría pensarse que hay un retroceso en la tendencia privatizadora, considerando especialmente la derogación de la acción penal pública popular²⁰⁰, pensamos que, al contrario, hay una serie de aspectos que permiten sostener que se ha realzado la posición de la víctima. Ello se evidencia tanto en el tratamiento

²⁰⁰ En efecto, si bien podría pensarse que la reforma procesal penal retrocede en esta tendencia privatizadora del derecho penal al “limitar” la acción popular sólo a determinados casos, ello reviste una importancia sólo formal, por cuanto mantiene la persecución privada para aquellos casos que históricamente venían teniendo mayor importancia práctica, y la elimina en los que no la había tenido. Como se ha dicho, el ejercicio de la acción penal por terceros ajenos había sido marginal, en cambio la ejercida por la víctima misma si había tenido cierta trascendencia.

orgánico que se da a la misma como interviniente del proceso independientemente de su actuación como querellante (artículos 12 y 108 a 110 del Código Procesal Penal), como en la consagración de su derecho de protección (artículo 6 del Código Procesal Penal), y, lo más importante, en el establecimiento de su derecho al ejercicio de la acción penal pública (artículo 83 y 19 N° 3 Constitución Política de la República).

A partir de esta nueva perspectiva, la víctima juega un rol relevante en la definición de cómo ópera el principio de oportunidad frente al principio de legalidad en nuestro sistema jurídico penal. El ofendido tiene derechos de intervención en todos los mecanismos de terminación anticipada del procedimiento. Dentro de éstos, tienen especial relevancia los acuerdos reparatorios y el forzamiento de la acusación. En el primero de ellos el Estado somete su interés en el ejercicio del *ius puniendi* a los intereses particulares de la víctima en la reparación del daño. En el segundo, nuestro legislador tomó una de las alternativas más radicales en orden a privatizar la persecución²⁰¹, pues ante la necesidad de control de la actuación del Ministerio Público en materia de decisión de acusar, se optó por dotar de autonomía al querellante en el sostenimiento de la acción penal, sobreponiéndose éste a la decisión pública representada por el ente

²⁰¹ Las alternativas que pudo optar el legislador se pueden esquematizar en base a dos niveles. El primero de ellos determina quién controla, pudiendo establecerse un control administrativo interno, un control jurisdiccional y uno particular, o bien una combinación de estos. En el segundo de ellos, se determina, una vez realizado el control, quién sostendrá la acción penal en juicio, el Ministerio Público o el querellante. Cabe recordar que en el proyecto original la privatización era un tanto menor, por cuanto si bien el control estaba igualmente en el querellante y el juez, la titularidad de la acción permanecía en el fiscal.

persecutor. Horvitz y López enfatizan en los efectos privatizadores a los que conduce esta decisión legislativa: “el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en juicio, la privatización de la persecución penal pública es total y excede el marco de la satisfacción del interés privado para constituirse en el vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas”²⁰². Podría perfectamente haberse dispuesto un control interno dentro del Ministerio Público, resguardando mejor así los valores de la publicidad de la persecución y evitando los problemas de la privatización²⁰³.

²⁰² HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 296.

²⁰³ A juicio de Horvitz y López, “[p]odría argumentarse que el querellante cumple aquí un control importante sobre las actuaciones ilegales o arbitrarias del ministerio público, como cuando el fiscal solicita el sobreseimiento definitivo de una causa sosteniendo la atipicidad de una conducta delictiva. Sin embargo, pareciera que el control judicial y administrativo resulta suficiente en estos casos. La cuestión podría plantearse .del siguiente modo: ¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quién corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes de la investigación proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento y condena del imputado? ¿Puede la víctima, a través de este procedimiento, representar el interés público que implica la imposición coactiva de la pena a una persona imputada de un delito?” Véase: HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 296; De acuerdo a Ballesteros, “[n]o resulta apropiado que ante la posibilidad que un fiscal forzado a acusar pueda actuar negligentemente, se opte por privatizar la acción, cuando ciertamente es posible conjurar ese peligro a través de medidas administrativas al interior del Ministerio Público”. Véase: BALLESTEROS, R. 2012. Discurso inaugural. En: SEGUNDA JORNADA de Derecho Penal. Rancagua, Chile, Fiscalía Regional Región del Libertador General Bernardo O’Higgins, Corte de Apelaciones de Santiago y Asociación de magistrados del Poder Judicial de Chile. pp. 10-11; De similar opinión es Andrés Bordalí, para quien la participación de la víctima en el procedimiento penal “puede ser vista como una instancia que coadyuva en la persecución penal, o bien como un mecanismo de control de las actuaciones del Ministerio Público. Sin embargo, si esa es la justificación para reconocer el derecho de la víctima para participar en el procedimiento penal, tampoco se debe descartar que un adecuado control judicial y administrativo sea la vía para llevar adelante tal finalidad, sin que sea

Por otra parte, ha surgido una problemática en torno a la contraposición entre la posibilidad de inactividad fiscal en formalizar y el derecho de la víctima de ejercer la acción penal pública. El origen de este debate está en la ausencia de regulación legal que establezca un control de la víctima a este respecto. La interposición de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la facultad discrecional del Ministerio Público en la determinación de la procedencia y oportunidad de la formalización, ha suscitado controversia doctrinal y jurisprudencial. Originalmente, el Tribunal Constitucional dio un amplísimo alcance a los derechos constitucionales del ofendido, sobreponiéndose estos absolutamente a las facultades del Ministerio Público. Posteriormente, esta magistratura atenúa ligeramente su postura, respetando en cierta medida las facultades del ente público, y confiriendo a la víctima, en base a una interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal, la posibilidad de control judicial sobre la formalización. La doctrina ha centrado su atención en si la citada disposición puede ser entendida como una garantía exclusivamente favorable al imputado o también en beneficio de la víctima.

La llamada “reforma a la reforma” viene a zanjar esta discusión, proponiendo, el mensaje del ejecutivo, a favor de la víctima un mecanismo de control administrativo a la no formalización cuando ella fuere

estrictamente necesario encomendar esa función a la víctima del delito”. Véase: BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 536; finalmente, a juicio de Tavolari, el legislador estableció derechamente una regulación extrema a este respecto. Véase: TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 307.

arbitraria²⁰⁴, sumándose a la batería de dispositivos legales que constituyen la intervención procesal penal de la víctima. Sin perjuicio de que pudieron haberse propuesto fórmulas con un énfasis privatizador aún mayor, como pudo haber sido derechamente el establecimiento del forzamiento de la formalización, o, incluso, la prescindencia de formalización para la procedencia del forzamiento de la acusación -alternativa que ya ha sido incorporada al proyecto por vía de indicación-, esta modificación confirma la orientación a que hacemos referencia.

En este fenómeno privatizador se aprecia que la alusión a la necesidad de relevar a la víctima de su situación de marginación en el proceso penal²⁰⁵ se ha ido transformando, con el tiempo, en una obviedad para el legislador, pasando a formar parte de una especie de sentido común, puesto que si bien en un comienzo aparecen explicitadas las razones, con posterioridad ya no surgen controversia. En efecto, no se observan discusiones al respecto durante la tramitación del Código Procesal Penal ni tampoco en las modificaciones posteriores. Incluso es posible advertir la existencia de un consenso político, sobre todo por la suscripción del, así llamado, Acuerdo político legislativo en materia de seguridad pública, en base al cual, posteriormente, y con el apoyo de los sectores más relevantes

²⁰⁴ Cabe hacer presente, que con ello el legislador está poniendo a la víctima en una situación más favorable a la del imputado en la posibilidad de impugnación de la no formalización, puesto que la primera contaría tanto con mecanismos judiciales y administrativos, mientras que al segundo sólo le quedaría el judicial.

²⁰⁵ Mensaje Código Procesal Penal; TAVOLARI, R. 2007. ob. cit.p. 317.

del escenario político nacional, fueron impulsadas algunas de las más importantes modificaciones que ratifican ésta tendencia.

Puede identificarse una línea argumental que defiende la idea de que el derecho penal tendría como finalidad “hacer justicia a la víctima”, derivado de lo cual el proceso debiese tener como objetivo la satisfacción de sus intereses particulares. Por ejemplo, durante la tramitación del proyecto de Código Procesal Penal, la introducción de los acuerdos reparatorios se fundó sobre la base de la tendencia moderna de poner en primera línea los intereses concretos de la víctima, lo que determinaría que el procedimiento penal debiera ser entendido como un sistema destinado a la resolución de conflictos y no a la aplicación de penas. En la misma línea, puede verse, entre los fundamentos sobre los cuales se estableció la reforma constitucional derivada de la ley 20.516, la siguiente expresión del ministro de justicia de entonces: “creo que esta futura reforma constitucional, que ha suscitado unánime consenso, es un paso decisivo para el prestigio del sistema de justicia penal. Si no atendemos suficientemente la situación de la víctima, el sistema de justicia penal siempre estará sujeto a un natural escrutinio. De los distintos desafíos que enfrentamos hoy, este es el fundamental, porque la justicia penal está para dar satisfacción a las víctimas y repararlas en el dolor y daño que sufren. Por lo tanto, mientras no se aborde, nuestro sistema no adquirirá toda la relevancia e inimpugnabilidad que uno espera”²⁰⁶. En la misma dirección, el Tribunal

²⁰⁶ MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. ob. cit. p. 335; HISTORIA DE LA LEY 20.516. p. 70. Las cursivas son nuestras.

Constitucional ha sostenido que los derechos procesales de la víctima han sido establecidos para compensarla por la prohibición de autotutela de sus intereses, consecuencia de lo cual el Estado debe asegurarle su derecho fundamental a ejercer la acción penal. De ello se desprende que el ejercicio del *ius puniendi* tiene por objeto restablecer el imperio del derecho a favor del afectado.

La necesidad de eficacia persecutoria ha sido invocada como justificación para dotar a la víctima de facultades procesales, asentándose una asociación conceptual entre ambas cuestiones, basada fundamentalmente en la generación de un aumento cuantitativo de la persecución en base a la actuación del ofendido. El código de 1906 puso atención en la víctima precisamente para lograr este fin. Más adelante, en la tramitación de la ley 19.519 se justificó la introducción del actual inciso segundo del artículo 83 de la carta fundamental sobre la consideración de que la eliminación de la acción penal pública popular pondría en duda la persecución efectiva de los delitos, bajo el entendido de que la participación de particulares en el procedimiento sería determinante en dicha labor, cuestionando *a priori* la capacidad del ente estatal para llevar a cabo esta función. Posteriormente, múltiples modificaciones al Código Procesal Penal que introdujeron mejoras a la posición del ofendido e intensificaron o facilitaron la actividad policial, se fundaron principalmente en preocupaciones respecto a la eficacia del sistema. Esto puede constatarse, por ejemplo, en la ley 19.789 que, bajo el lema de incrementar la punición de la delincuencia menor, introdujo, además de la procedencia de la

detención en determinadas faltas, el deber fiscal de promover acuerdos patrimoniales a favor de la víctima. A continuación, la ley 20.074 observó obstáculos a la persecución penal que a su juicio irían en desmedro de las víctimas de delitos de común ocurrencia en nuestro país. Fue por ello que, con el objeto de agilizar la persecución penal y evitar zonas de impunidad, juzgó necesario introducir, entre una serie de medidas, la posibilidad a favor de la víctima de apelar de la resolución que decreta la suspensión condicional del procedimiento. Luego, la ley 20.516, afirmó, entre otros argumentos, que considerando la situación de colapso de la eficacia del sistema, al no poder los fiscales atender de una manera adecuada a las víctimas, se hacía necesario establecer un mecanismo que les proporcionara defensa gratuita en ciertos casos. El proyecto denominado “reforma a la reforma” no se aparta de esta estructura, pues en un mismo paquete de modificaciones y bajo los mismos fundamentos comprende modificaciones tendientes a aumentar la intervención procesal de la víctima y otras asociadas a las formas tradicionales de intensificación persecutoria. Pues, al tiempo que se propone explicitar la obligación de fundamentar la decisión de archivar provisionalmente o de no perseverar “porque ello constituye un dato relevante para lograr una persecución penal eficiente” y ampliar la legitimación de la víctima para impetrar revisiones administrativas respecto de decisiones fiscales, se propone ampliar el catálogo de medidas cautelares personales, flexibilizar las normas sobre entrada y registro “para evitar interpretaciones que tornen inútil la diligencia” y regular el reconocimiento

de imputados “a objeto de asegurar la validez del procedimiento, entre otros.

En definitiva, luego del establecimiento del actual artículo 83 de la Constitución el razonamiento prescinde en gran medida de los argumentos de fondo, limitándose ahora a someter el análisis a la correspondencia o no con la regulación constitucional protectora de la víctima en materia penal, la que comprende el derecho fundamental de la misma a la investigación y proceso racionales y justos en el marco de su derecho al ejercicio de la acción penal pública.

CAPÍTULO II: CARACTERES DE LA SEGURIDAD CIUDADANA
Y SU CORRELATO EN LA TENDENCIA DE LA POLÍTICA
LEGISLATIVA PENAL CHILENA

Si en el primer capítulo nos abocamos a exponer la historia de la posición de la víctima en nuestro ordenamiento procesal penal, pudiendo constatar cómo se ha dado un realce exponencial a su protagonismo en las últimas dos décadas, en el presente nos embarcamos en estudiar cómo ello se ha producido en estrecha vinculación a la impronta del fenómeno securitario. Ello tiene relevancia para los efectos de este estudio por cuanto la orientación privatizadora ha resultado permeada por los caracteres de este fenómeno: las enmiendas legales que en nuestro medio han tendido al recrudecimiento de la persecución penal, al tiempo de aludir a una sensación social de temor al delito, se fundan en la necesidad de atender una supuesta situación de indefensión de las víctimas, cuyos intereses estarían cediendo ante el estatus privilegiado de los imputados. Sin embargo, lo cierto es que el establecimiento de fuertes garantías procesales a favor de los imputados obedece a la concepción clásica del derecho penal, según la cual estas tienen por función proteger la libertad de todos los ciudadanos frente al ejercicio del poder punitivo del Estado. Contra ello, la doctrina de la seguridad ciudadana se encuadra dentro del realce global que ha experimentado el valor de la seguridad por sobre libertad, cambiando la comprensión del juego entre estos dos principios. La noción de seguridad

como instrumento de libertad ha mutado hacia demandas de mayor intervención punitiva, dejando de lado el anterior recelo ante los poderes represivos del Estado.

Binomio libertad – seguridad

Entenderemos por libertad aquella “situación de posibilidad del hombre de elegir, expresar y difundir sus propios valores tanto morales como políticos, con el fin de realizarse a sí mismo”²⁰⁷, y por seguridad pública aquella limitación a las libertades fundamentales impuesta por el Estado con el objeto de auto-preservarse tanto en cuanto institución como en cuanto colectividad de sujetos²⁰⁸. Ante la evidente y natural tensión entre ambos conceptos, el pensamiento ilustrado buscó un equilibrio bajo una comprensión instrumental entre ambos: la limitación a la libertad por medio de la seguridad tiene por finalidad precisamente posibilitar la conservación de la primera. Esta idea es expresada por Hassemer de la siguiente manera: en virtud del contrato social “renuncian, aquellos que han decidido vivir juntos, a una parcela de su libertad y consiguen con ello una garantía de *libertad* para todos. Proporcionalidad y reciprocidad de la

²⁰⁷ BERGALLI, R. 2004. Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía. En: LOSANO, M. G. y MUÑOZ CONDE, F. (Eds.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. (Actas del coloquio internacional, Humboldt, Montevideo abril de 2003). Valencia, Tirant lo Blanch. p. 61.

²⁰⁸ BERNARDI, A. 2010. Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea. [en línea] Revista electrónica política criminal Vol. 5 núm. 9 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A2.pdf> [consulta: 05 de mayo de 2013] p. 69.

renuncia a la libertad son rasgos del contrato social: sin esta igualdad la balanza de la democracia en el contrato favorecería la dominación de unos sobre otros [...] Los límites a la renuncia de la libertad deben estar por ello marcados con gran precisión y seguridad”²⁰⁹.

La exigencia de materializar este equilibrio se tradujo, bajo la comprensión clásica del derecho penal²¹⁰, en el establecimiento de una serie de garantías formales, las que son vistas como un mecanismo de defensa de los ciudadanos frente a la actuación del poder punitivo estatal. El ejercicio del *ius puniendi* constituye una fuente permanente de amenaza a los derechos de los ciudadanos, por ello se deben fijar límites claros tanto respecto a la procedencia de su ejercicio como al alcance o laxitud del mismo, pues “el Derecho Penal es un instrumento de la libertad ciudadana. Debe controlarse, no independizarse”²¹¹.

Sin embargo, con posterioridad a la segunda guerra mundial, aquel equilibrio comienza a desmoronarse. La seguridad empieza a ser concebida como un derecho fundamental, perdiendo ese fin instrumental desde el cual era pensada anteriormente y pasando a constituirse en un bien jurídico que reclama ser tutelado *per se*.

²⁰⁹ HASSEMER, W. 1992. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. Anuario de derecho penal y ciencias penales 45(1). p. 237.

²¹⁰ En este estudio utilizaremos esta expresión de acuerdo a como han sido explicadas por Albrecht. Véase: ALBRECHT, P. A. 2000. El Derecho penal en la intervención de la política populista. En: ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE POMPEU FABRA. La insostenible situación del Derecho penal. Granada, Comares. pp. 472-473.

²¹¹ HASSEMER, W. 1992. ob. cit. p. 238.

En efecto, durante la segunda mitad del siglo XX, empiezan a gestarse una serie de fenómenos que impulsan este cambio. Mencionaremos a grandes rasgos aquellos que han sido señalados mayoritariamente por la doctrina.

En primer lugar, el proceso globalizador, en el que la economía de libre mercado produce cada vez una mayor concentración de poder económico -con la consecuente difusión de la miseria en la mayoría de los grupos sociales- agravado con la conformación de grandes núcleos urbanos que dan lugar a la exclusión y a la marginación, hace ver a las políticas sociales como insuficientes para cubrir las demandas de los más desprotegidos.

En segundo lugar, la llamada “revolución tecnológica” ha producido un vertiginoso desarrollo de las comunicaciones, alterando las nociones de espacio y tiempo, lo que sin duda ha conducido a que la percepción de la realidad sufra una fuerte distorsión producto de la construcción de realidades parciales y magnificadas por los medios de comunicación social de masas, que gozan de una posición privilegiada en la era de la globalización.

En tercer lugar, el terrorismo ha pasado a ser una de las principales preocupaciones públicas a nivel mundial. El atentado del 11 de septiembre del año 2001 en Estados Unidos aparece como un hito relevante a este respecto. Sobre la base de la alarma y el miedo generalizado que produce en la población, el terrorismo ha pasado a ser utilizado con el objeto de

mantener en el imaginario colectivo la idea de una guerra permanente. Lo anterior, vinculado al fenómeno de la identificación social con la víctima, potencia la sed de venganza y el afán punitivo²¹², cuestionando la vigencia de los derechos y libertades fundamentales propias de los Estados de derecho, y tendiendo a criminalizar a ciertas organizaciones culturales o religiosas, y a las personas que en ella participan, asociándolas a potenciales atentados de carácter terrorista. Esto es observable, como señala Muñoz Conde, tanto en un plano internacional como interno. En aquel se ha evidenciado que la ley del más fuerte se impone por sobre la razón jurídica y los derechos humanos -como en la guerra contra Afganistán e Irak- mientras que en éste, el terrorismo y la seguridad han sido utilizados como pretexto para reforzar los controles policiales y el recorte de las libertades individuales²¹³. Reflejando lo anterior, en nuestro país “[e]l terrorismo y el tráfico de drogas han hecho surgir el concepto de criminalidad organizada, como una especie de detritus social, que los expertos policiales presentan con connotaciones especiales. Así, por ejemplo, ya es común escuchar

²¹² “Hoy la pregunta que nos asalta es cómo hacer victimología después del día 11 de septiembre de 2001 o, en España, después del atentado de 11 de marzo de 2004. Cuando una y otra vez el terrorismo trata de inocularnos el sentimiento de vulnerabilidad propio de la víctima, ¿cómo no ceder a la tentación de identificarnos con este icono que es el prototipo de víctima inocente, absolutamente fungible, sorprendida por la mala suerte en una estación de tren cualquiera? Véase: TAMARIT, J. 2005. La protección de las víctimas en el sistema penal. [en línea] <<http://www.fundacionfive.com/wp-content/uploads/Proteccion-de-las-v%C3%ADctimas1.pdf>> [consulta: 4 de agosto 2013]

²¹³ MUÑOZ CONDE, F. 2004. El nuevo Derecho penal autoritario. En: LOSANO, M. G. y MUÑOZ CONDE, F. (Eds.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. (Actas del coloquio internacional, Humboldt, Montevideo abril de 2003). Valencia, Tirant lo Blanch. pp. 167-170.

frases como que ‘el derecho penal y el derecho procesal penal deben adaptarse a las exigencias de una lucha eficaz’²¹⁴.

En cuarto lugar, nos encontramos actualmente bajo la, así llamada, sociedad del riesgo²¹⁵. En efecto, con los vertiginosos cambios que se comienzan a producir en las sociedades post-industriales, al compás del desarrollo de la ciencia y la tecnología, los riesgos son percibidos con mayor sensibilidad debido al aumento de la incertidumbre derivada de la dificultad de delimitarlos, controlarlos y predecir sus efectos. Estos nuevos riesgos han sido caracterizados por sus implicancias globales; por ser con frecuencia irreparables; y por ser “de procedencia humana como fenómeno social estructural”²¹⁶. Esto último significa que las decisiones que adoptan algunos ciudadanos con el objeto de producir avances técnicos constituyen precisamente las fuentes de peligro a las que estamos expuestos.

Por último, en Estados Unidos y Gran Bretaña -bajo el impulso de Ronald Reagan y Margaret Thatcher, respectivamente- se desarrolló la llamada “criminología de la intolerancia”, comprensiva de una serie de otras tendencias criminológicas, con expresión significativa en campañas político criminales tales como la “*Law and order*”; las tesis de las *Broken Windows* y la *Zero tolerance*; las leyes norteamericanas dictadas bajo el slogan de “*three strikes and you’re out*”. Esta orientación propuso una

²¹⁴ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 19.

²¹⁵ Véase: BECK, U. 1998. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona. Paidós. 304p.

²¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Madrid, Civitas. p. 27.

“política intensiva que se ocupa principalmente de las personas marginalizadas y de infracciones menores, en paralelo con la intolerancia del sistema penitenciario que aumenta día a día su población. Todo esto, socavando la búsqueda principal de las democracias liberales, cuyo propósito ha sido minimizar las penalidades impuestas y, más recientemente [...] crear una sociedad tolerante de la diversidad y la diferencia en lugar de una sociedad excluyente”²¹⁷. En definitiva, se criminaliza la pobreza y se tipifican como delitos simples comportamientos marginales, contraponiéndose a la tolerancia como criterio delimitador de la tipificación de conductas en sociedades plurales: la criminalización no puede erigirse como modelador de la personalidad o los estilos de vida²¹⁸.

Estas tendencias se forjaron en torno a propuestas críticas de las orientaciones político-criminales de signo correccionalista. Estas últimas habrían puesto demasiada atención en beneficiar a los delincuentes en vez de centrarse en asegurar la imposición del castigo a favor de la víctima. Se propagó la idea de inflexibilidad respecto a los reincidentes, volviéndose un cliché la frase de que el delito no debía ser rentable (“*crime not pays*”)²¹⁹, y,

²¹⁷ RIVERA, I. 2005. Política criminal y sistema penal, viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona, Anthropos. p. 265.

²¹⁸ THOMMEN, M. 2012. Tolerancia y comportamiento antisocial. En: ROBLES, R. (Ed.). Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona, Atelier. p. 189.

²¹⁹ RIVERA, I. 2005. ob. cit. pp. 261-262.

asentándose definitivamente la desconfianza hacia el juicio experto de los criminólogos, se produjo una suerte de reenvío al sentido común popular²²⁰.

Bajo la influencia de estos factores, la seguridad deviene central: Las demandas sociales por mayor seguridad decantan en “una reducción sensible de los espacios de libertad y de respeto a los derechos humanos, [lo] que ha desequilibrado claramente el binomio libertad-seguridad, a favor de esta última”²²¹.

Fruto de lo anterior, comienza a producirse una inversión del paradigma clásico de la intervención penal del Estado, lo que se ha traducido en que los derechos fundamentales ya no sean concebidos como un límite al ejercicio de la potestad punitiva estatal, hasta ese momento considerada fuente de peligro para dichos derechos. Ahora, en cambio, “los derechos fundamentales ya no representan un marco limitativo del ejercicio del *ius puniendi*, sino su impulso. El *ius puniendi* no es un peligro, sino un medio de protección de los derechos fundamentales. De los derechos fundamentales ya no se derivan prohibiciones de su ejercicio, sino deberes de punición”²²².

El cambio en la concepción del poder punitivo estatal que hemos puesto de relieve en estos párrafos, de acuerdo al cual se ha llegado a pensar éste como medio de protección de -y ya no como amenaza para- los

²²⁰ RIVERA, I. 2005. ob. cit. pp. 271-272.

²²¹ MUÑOZ CONDE, F. 2004. ob. cit. p. 170.

²²² BASCUÑÁN, A. 2007. Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia (9). p. 48.

derechos fundamentales, nos da un marco de referencia desde el cual comprender la denominada seguridad ciudadana, cuestión que pasamos a estudiar a continuación, ahondando en algunos caracteres del fenómeno securitario.

La seguridad ciudadana y el abandono del paradigma clásico del derecho penal

En nuestro medio, ya hace algún tiempo²²³, se ha ido acuñando y extendiendo la idea de un fenómeno o doctrina de la seguridad ciudadana²²⁴, la que al tiempo de no aparecer como un concepto claramente definido, no se encuentra fundada en bases empíricas serias que avalen los presupuestos en que pretende sostenerse, ni la efectividad de las medidas que busca implementar²²⁵. No obstante su precariedad, esta corriente ha tenido un serio impacto en políticas públicas, tanto a nivel comparado como

²²³ En nuestro medio social se trata se trata de un fenómeno relativamente reciente, aproximadamente desde la transición a la democracia en 1990. Véase: DUCE, M. 2000. Políticas públicas, libertad provisional y seguridad ciudadana en Chile. Revista nueva doctrina penal vol. A. p. 334; MORALES, A. M. 2012. La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. [en línea] Revista electrónica política criminal Vol. 7 núm. 13 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A3.pdf> [consulta: 13 de abril de 2013] pp. 94-146.

²²⁴ De acuerdo con Duce este concepto se encuentra plenamente incorporado a la cultura nacional, apareciendo una y otra vez en los medios de prensa. Véase: DUCE, M. 2000. ob. cit. p. 326.

²²⁵ Es posible observar, de acuerdo a lo expuesto en el primer capítulo, cómo en las tramitaciones de los distintos proyectos de ley, los académicos invitados hacían presente el hecho de no existir estudios que afirmaren los supuestos de hecho sobre los que se sentó la necesidad de entrar a legislar sobre la materia. En el mismo sentido véase: DUCE, M. 2000. ob. cit. pp. 326-333; HORVITZ, M. I. 2012. ob. cit. p. 110.

nacional, manifestándose de manera particularmente intensa en la normativa penal²²⁶. Lo anterior ha generado reacciones críticas por parte de la mayoría de la doctrina, señalándose que, contra la evidente complejidad del fenómeno delictivo²²⁷, se ha propiciado una mirada simplista y superficial del problema²²⁸, promoviendo modificaciones legales como respuesta a situaciones coyunturales generadas por el impacto mediático que producen en la opinión pública determinados casos concretos²²⁹, y no en base a un aumento de la tasa de delitos cometidos²³⁰. Entre las críticas encontramos miradas especialmente incisivas, como la del Profesor José Luis Guzmán Dalbora, quien ha puesto énfasis en el carácter clasista que ha

²²⁶ Véase: GUZMÁN, J. L. 2002. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la “doctrina” de la seguridad ciudadana. *Revista Direito e Cidadania* 5(15). pp. 13-17; DUCE, M. 2000. ob. cit. p. 325; MERA, J. 2010. Política criminal y seguridad ciudadana. En: OLIVEIRA, C., MURILLO, M. y YABRA, R. (Eds.). Serie estudios en ciencias penales y derechos humanos: Homenaje a Antonio Sánchez Galindo. Guanajuato, Inceipe. Tomo I. pp. 265-274.

²²⁷ Mera destaca que, contra el sentir generalizado de la población, el mayor rigor penal sustentado por la seguridad ciudadana no es el mecanismo más eficaz, pues investigaciones criminológicas efectuadas en diversos países demuestran que la complejidad del fenómeno delictivo, expresión aguda de profundos problemas sociales y personales, impide que este pueda ser abordado enteramente por el sistema penal. Véase: MERA, J. 2010. ob. cit. p. 267.

²²⁸ Según Duce, “resulta curioso que [...] no exista en el debate público una noción clara respecto a determinar en qué consiste el problema exactamente y cuáles son sus dimensiones”. A juicio del autor se tiene una noción simplista del fenómeno “según la cual habitualmente se restringe tal noción sólo al tema del aumento de la delincuencia y del temor al delito, asumiéndose además, que sus alcances son pacíficos y no requieren de un estudio o un cuestionamiento más profundo a la hora de proponer la implementación de políticas públicas en el área”. Contrario a esta visión simplificadora, propone que se trata de un concepto sumamente complejo “que involucra una diversidad importante de dimensiones y variables”. Véase: DUCE, M. 2000. ob. cit. p. 327.

²²⁹ MERA, J. 2010. ob. cit. pp. 265-266.

²³⁰ DUCE, M. 2000. ob. cit. pp 332-333; DUCE, M. y PÉREZ, R. 2001. ob. cit.

asumido este fenómeno, señalando que se trata de un discurso público que pretende justificar una serie de iniciativas legales de acuerdo a ciertos afectos de quienes tienen una posición determinada en la sociedad y que les perturba en grado sumo el aumento de ciertas formas de criminalidad, llegando hasta la intransigencia y el despropósito²³¹.

El modelo de intervención penal que se ha ido configurando a partir de la seguridad ciudadana tiene como elemento central el abandono del paradigma clásico del derecho penal. En este sentido, Díez Ripollés, a quien seguiremos en líneas generales a este respecto, ilustra esa idea del siguiente modo: “[e]l derecho penal moderno se ha ido construyendo desde hace algo más de dos siglos dentro de un cuidadoso equilibrio entre la debida consideración del interés social en la protección de ciertos bienes fundamentales para la convivencia, y la persistente preocupación por evitar que ese logro conlleve una intromisión excesiva de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Esa doble orientación ha originado que los modelos de intervención penal contemporáneos, cualesquiera que estos fueran, estuvieran siempre refrenados en su tutela de los intereses sociales por una nunca ausente desconfianza de la ciudadanía hacia la capacidad de los poderes públicos para hacer un uso moderado de las amplias posibilidades de actuación que les otorgan los instrumentos de persecución delictiva y ejecución de penas [...] Pero las actitudes sociales están experimentando en estos momentos un

²³¹ GUZMÁN, J. L. 2002. Ob. cit. pp. 13-15.

cambio que, a mi entender, no tiene antecedentes en las sociedades democráticas modernas [...] En el marco de sociedades democráticas, con un amplio elenco de libertades individuales legalmente reconocidas y efectivamente ejercidas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito. Y esa disponibilidad no se confina a ámbitos criminales bien delimitados, sino que se extiende al control de la delincuencia en su totalidad [...] Dicho de otra manera, los ciudadanos no delincuentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas, no se sienten directamente concernidos por los excesos que con este fin puedan llevar a cabo”²³².

Esta idea se concreta en una serie de caracteres particulares²³³ que analizaremos sucintamente, extendiéndonos en aquellos puntos que resultan más relevantes a objeto de evidenciar, en general, la vinculación entre seguridad ciudadana y recuperación de la víctima y, en especial, la expresión local de esta relación.

²³² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2004. ob.cit. pp. 16-17.

²³³ Para ello utilizaremos principalmente como referencia la sistematización realizada por Díez Ripollés en sus textos “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana” y “Los nuevos modelos penales de intervención securitaria”.

El protagonismo de la delincuencia clásica

La expansión del derecho penal se orienta hacia el reconocimiento de nuevos bienes jurídicos²³⁴. Ello a consecuencia del proceso de industrialización y la subsecuente conformación de la llamada sociedad del riesgo, por una parte, y, por otra, del surgimiento de nuevos intereses, provenientes tanto de nuevas valoraciones como del aumento de valor de intereses preexistentes, como por ejemplo, el medio ambiente y el patrimonio artístico-cultural, respectivamente.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que la expansión del derecho penal ha dejado de ser extensiva para pasar a ser intensiva, experimentándose un aumento en la punición de tipos propios de la delincuencia clásica. Según Díez Ripollés es posible estructurar tres bloques delictivos en que se refleja dicha intensificación²³⁵: el terrorismo y el narcotráfico, como bandera de lucha contra la criminalidad organizada, dejando en un segundo plano la delincuencia de los poderosos propia de la “sociedad del riesgo”; la delincuencia grave de naturaleza violenta y sexual; y, finalmente, la criminalidad de la marginación y la exclusión social, en la que, adicionalmente, se observa una intensificación de la reacción penal

²³⁴ Los que se caracterizan por ser de carácter colectivo y por alterar ciertos principios de la ley penal, como el de lesividad y culpabilidad, que limitan la responsabilidad penal. Véase: SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. ob. cit. p. 25-28; ALBRECHT, P.A. 2000. ob. cit. pp. 473-475.

²³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2005. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. [en línea] Revista electrónica de ciencia penal y criminología Núm. 7 <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [consulta: 09 de abril de 2013] pp. 13-17.

bajo la idea de “peligrosidad”, fundamentando un adelantamiento de la reacción punitiva y la ampliación de las facultades policiales.

Las prolongaciones contemporáneas de la criminología de la intolerancia expresan claramente este último bloque delictivo, enfocándose en la criminalización de meros comportamientos ofensivos, cuya tolerancia produciría una sensación de inseguridad generalizada. Para estas corrientes, la determinación del carácter ofensivo del comportamiento depende de un estándar subjetivo ligado a la mera arbitrariedad del afectado: basta que la víctima se sienta seriamente ofendida²³⁶.

Reflejo en el panorama local

En el ámbito nacional, si bien es posible constatar ciertas expresiones de la tendencia expansiva propia de las sociedades post industriales, estas han tenido escasa relevancia²³⁷ en comparación con la intensificación de la intervención penal.

En relación a la primera afirmación, destaca la ley N° 20.393²³⁸, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuyo catálogo de delitos²³⁹ resulta extraordinariamente restringido²⁴⁰, ya que contempla

²³⁶ THOMMEN, M. 2012. ob. cit. pp. 177-191.

²³⁷ MORALES, A. M. 2012. ob. cit. p. 130.

²³⁸ Otras leyes que pueden mencionarse como manifestación de dicha tendencia son: la ley N° 19.223 que reguló delitos de orden informático; la ley N° 19.913 que reguló el lavado de dinero; y la N° 20.009 que sancionó el uso fraudulento de tarjetas de crédito.

²³⁹ Únicamente comprende los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

“sólo las materias respecto de las cuales existía obligación internacional de sancionar a las personas jurídicas”²⁴¹, y excluye aquellas de mayor relevancia social²⁴².

En contraste, se observa con mayor nitidez la relevancia que tiene la expansión del derecho penal en sentido intensivo. En palabras de Horvitz: “más que una expansión, a nuestra legislación sigue aquejándola la intensificación del recurso punitivo en el ámbito de la delincuencia común”²⁴³. Por ello es que resulta “evidente [la] necesidad de coincidir con Díez, en el sentido de constatar el lugar protagónico que sigue teniendo la delincuencia clásica en nuestro diseño”²⁴⁴.

En efecto, y de acuerdo a lo expuesto en la primera sección de este trabajo, es posible apreciar un importante énfasis en la delincuencia clásica desde la primera ley modificatoria del Código Procesal Penal -ley 19.789-, en que ya se señalaba que se estaría generando una percepción negativa en la comunidad en torno al tratamiento de la delincuencia menor, particularmente, cierta inquietud policial en el uso de las facultades

²⁴⁰ A tal punto de que ha dado lugar para atribuirle el carácter de ley “piloto” en estas materias. Véase: MORALES, A. M. 2012. ob. cit. p. 130.

²⁴¹ En efecto, su creación se debió a que ello constituía una exigencia con la que Chile debía cumplir para poder ingresar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

²⁴² HERNÁNDEZ, H. 2010. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. [en línea] Revista electrónica política criminal Vol. 5 núm. 9 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf> [consulta: 30 de abril de 2013] p. 216.

²⁴³ HORVITZ, M. I. 2012. ob. cit. p. 105, nota al pie N° 21.

²⁴⁴ MORALES, A. M. 2012. ob. cit. p. 29

preventivas al respecto. Posteriores modificaciones al mismo cuerpo legal - ley 19.924 de 2004 y 20.074 de 2008-, se centraron también en la intensificación represiva, enfocándose en instituciones tales como el control de identidad, la detención por flagrancia y las medidas cautelares personales. En la misma línea, la ley 20.253, además de continuar el legado de flexibilización de las atribuciones policiales, recrudesció el tratamiento de la reincidencia en los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, violación, secuestro y homicidio. La preocupación por la delincuencia clásica se fundó en su caracterización como elemento decisivo en la generación de sensación de inseguridad²⁴⁵, como sostenemos en lo que sigue.

Prevalencia de la sensación colectiva de inseguridad ciudadana

En el modelo penal securitario, la inseguridad subjetiva dirige en buena parte las políticas públicas que pretenden hacer frente al problema de la delincuencia. El posicionamiento de esta variable viene dado por dos factores: la equiparación conceptual entre la criminalidad clásica y la criminalidad propia de la sociedad del riesgo y la influencia de los medios de comunicación.

²⁴⁵ Horvitz explica que dichas leyes modificatorias se han centrado en ampliar las facultades autónomas de la policía y en rigidizar o limitar las atribuciones judiciales para ponderar los antecedentes en materia de medidas cautelares, lo cual ha tenido por objeto centrarse en la delincuencia callejera violenta, pues se juzga que ella es la mayor generadora de inseguridad. Véase: HORVITZ, M. I. 2012. ob. cit. pp. 103-104.

La sensación social generalizada de inseguridad surgió en el seno de las actuales sociedades del riesgo, pues el avance tecnológico y científico produce riesgos respecto de los cuales existe incertidumbre en torno a sus efectos²⁴⁶. Como enunciamos, el paso de la sensación de inseguridad como característica propia de las sociedades post industriales hacia el discurso de la seguridad ciudadana es fruto de ciertas equiparaciones conceptuales respecto de la criminalidad clásica: “la criminalidad de los socialmente excluidos constituye la *dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo* [...] se establece una ecuación de igualdad entre la sensación de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso tecnológico, y el *sentimiento de inseguridad callejera* ligado al miedo a sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas”²⁴⁷.

En lo que dice relación con el segundo de los factores, es evidente que la delincuencia clásica ocupa un lugar preferente en los contenidos de los medios de comunicación social de masas, los que abusando de la reiteración y dramatización de los hechos delictuales, se convierten en un factor de gran relevancia en la generación de sensación de inseguridad, produciendo una amplificación del fenómeno delictual. “[L]a criminalidad y la persecución penal [...] son [...] objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación. Se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de

²⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. ob. cit. pp. 32-33.

²⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2005. ob. cit. p. 10.

esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente”²⁴⁸. Esto produce un efecto multiplicador de los ilícitos, aumentando las tasas de inseguridad subjetiva y produciendo un predominio, en la agenda social, de las demandas por mayor punición. Así, “lo que se piensa como real es real en sus consecuencias”²⁴⁹. Ello es posible, sin duda, bajo el presupuesto anunciado anteriormente²⁵⁰: la posición privilegiada de los medios de comunicación en la sociedad tecnológica actual posibilita la creación de realidades distorsionadas, en las que se alteran las nociones de espacio y tiempo. Estas supuestas realidades, que, dicho sea de paso, fundamentan una serie de iniciativas legales, sobrepasan la frontera de lo empíricamente contrastable, pues “la inquietud y el temor que provocan en el seno de la sociedad raras veces se apoyan en una base real porque no son sus agresiones objetivas las que computan sino su representación en la imaginación social”²⁵¹.

La preeminencia de la sensación social de inseguridad en el discurso securitario posee dos rasgos significativos. Uno: la escasa confianza ciudadana en la capacidad de los poderes públicos para prevenir la delincuencia, en forma análoga a lo señalado precedentemente en relación a la globalización como factor del panorama general de inseguridad. Dos: el

²⁴⁸ ALBRECHT, P. A. 2000. ob. cit. p. 480.

²⁴⁹ MAQUEDA, M. L. 2004. Políticas de seguridad y Estado de Derecho. En: PÉREZ, F. (Ed.). SERTA. In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca, Universidad de Salamanca. p. 1288.

²⁵⁰ A esto nos referimos cuando resaltamos la importancia de la “revolución tecnológica” para los efectos del fenómeno analizado.

²⁵¹ MAQUEDA, M. L. 2004. ob. cit. p. 1290.

abandono de la comprensión que tradicionalmente existía respecto de la criminalidad clásica, según la cual el origen del delito se encontraba, en buena medida, en la existencia de personas socialmente desfavorecidas y marginadas, debiendo la sociedad asumir parte de la responsabilidad en ello y prestar ayuda al ciudadano que incurría en un hecho ilícito. Ahora, en cambio, “la incomprensión e indiferencia por los profundos problemas sociales de donde surgen los delitos que proclama combatir [el derecho penal], es el complemento lógico de la doctrina [securitaria], cuya esencia radica en ahondar y perpetuar la realidad y el mito de la delincuencia”²⁵².

Reflejo en el panorama local

En nuestro país la sensación de inseguridad ha constituido parte medular de las fundamentaciones de las políticas públicas en la materia impulsadas por los distintos gobiernos desde los 90 en adelante²⁵³. El surgimiento del tema como preocupación pública preeminente coincide con el proceso de transición a la democracia²⁵⁴, lo cual se explica precisamente en el control de la prensa por parte de la dictadura, lo que permitió a ésta proyectar una imagen de orden²⁵⁵. Ello contrasta con lo que comienza a ocurrir a partir del retorno a la democracia, en que la oposición

²⁵² GUZMÁN, J. L. 2002. ob. cit. p. 19.

²⁵³ DUCE, M. 2000. ob. cit. p. 334 y s.s.; MORALES, A. M. 2012. ob. cit. pp. 101-106 y 131-134.

²⁵⁴ Duce agrega que, lejos de ser excepcional, esta situación constituye una constante en la región. Véase: DUCE, M. 2000. ob. cit. p. 334 y s.s.

²⁵⁵ Otro factor que explicaría este hecho estaría en existencia de problemas políticos de mayor gravedad relegaron el tema a un segundo plano. Véase: DUCE, M. 2000. ob. cit. p. 334.

instrumentaliza la sensación de inseguridad con objeto de criticar la debilidad de los gobiernos de la Concertación para contener la ola delincencial²⁵⁶. Estos últimos no se quedaron atrás, e hicieron suyo también el discurso securitario, incorporándolo a su agenda de gobierno y en general a su discurso político²⁵⁷.

Como vimos en el primer capítulo, a los pocos años de iniciada la transición a la democracia comienza a gestarse la reforma procesal penal, en cuya tramitación tuvo sustancial protagonismo la noción de sensación de inseguridad ciudadana²⁵⁸. En efecto, en la discusión parlamentaria del proyecto de Código Procesal Penal, la preocupación por la sensación de inseguridad aparece una y otra vez en innumerables referencias y de boca de representantes de la mayoría de las bancadas políticas. Además, la idea surge en estrecha vinculación a la necesidad de atender los derechos de las

²⁵⁶ Durante los gobiernos de la concertación, la idea de la inseguridad constituyó uno de los “caballos de batalla” de la oposición para la crítica a la gestión oficial. Véase: DUCE, M. 2000. ob. cit. pp. 334-335.

²⁵⁷ Por ejemplo, en todos los discursos del 21 de mayo del presidente Frei, éste incluyó una sección dedicada exclusivamente al tema de la seguridad ciudadana. Adicionalmente, las autoridades durante su período se refieren persistentemente al tema, tanto en los medios de comunicación como en los seminarios y encuentros públicos. Véase: DUCE, M. 2000. ob. cit. p. 335.

²⁵⁸ Como expresa el mismo mensaje del código: “La reforma procesal penal, en la medida que instituye un órgano específico encargado de la persecución penal pública sometido a la conformidad de la víctima y, al mismo tiempo, en la medida que abrevia la distancia temporal entre la infracción y el castigo, contribuye a disminuir los factores que acentúan la inseguridad subjetiva en Chile”.

víctimas²⁵⁹, y, expresamente, con la finalidad de erosionar el sentido garantista del proyecto original²⁶⁰.

En la misma línea, las modificaciones al Código Procesal Penal invocan la inseguridad subjetiva como fundamento principal. La idea no se muestra acompañada de estudios serios que avalen un aumento objetivo de la criminalidad²⁶¹. Es pertinente recordar algunas ideas surgidas durante la tramitación de la ley 19.789 y de la ley 20.253²⁶². El fundamento de la

²⁵⁹ Con ocasión de la presentación del proyecto de código al senado por parte de la ministra de justicia, ciertos parlamentarios se mostraron insatisfechos, manifestando la necesidad de poner mayor énfasis aún en los derechos de las víctimas atendida la actual situación de inseguridad ciudadana, la cual estiman existente no obstante no estar reflejada en las cifras. Así, por ejemplo, el senador Larraín expresó lo siguiente: “el primero de los principios que enumeró la señora Ministro en su exposición se refiere a los derechos del imputado, en circunstancias que él habría estimado que uno de los primeros tendría que referirse a los derechos de la víctima. Consultó si en el nuevo Código Procesal Penal hay una cierta forma de privilegiar o darle una situación mejor desde el punto de vista procesal a la que tiene hoy el imputado, y si esta preocupación por los derechos de los imputados, en un minuto en que el país tiene una cierta inquietud respecto del incremento de la criminalidad o de esta sensación de impunidad o de inseguridad que no siempre se ve reflejada con todas las cifras, pero que sin embargo existe, y es quizás la principal preocupación de la ciudadanía, no sería un contrasentido en relación a las respuestas que la ciudadanía espera de este nuevo sistema”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. pp. 851-852.

²⁶⁰ Como lo evidencia un comentario de evaluación general hecho por un parlamentario durante la tramitación: “se refleja en muchos artículos del proyecto, [...] que el Mensaje del Ejecutivo era más garantista, en general tendía a preocuparse mucho de los derechos del imputado. En la Cámara, por el clima de inseguridad ciudadana, junto a esto se puso también énfasis en la necesidad de persecución penal. No sé si se logró un equilibrio, pero constituyó un tema de discusión permanente”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 855.

²⁶¹ En particular, en lo relativo a la ley N° 19.789 véase HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 592-594.

²⁶² La ley N° 20.603 también se fundó en los índices de temor y en la sensación de impunidad del delincuente por parte de la ciudadanía. En ese sentido, el diputado Díaz señaló que se trataba de una ley que obedecía más al imaginario mediático que a la comprensión de la realidad.

primera fue, justamente, que se estaba generando una percepción negativa de la reforma en la comunidad en base a supuestos problemas en el tratamiento de la delincuencia menor, lo que requería ser corregido²⁶³. La segunda, aún más radical en su fundamentación, sostiene que el temor subjetivo ya no sólo es una razón para aumentar la represión y disminuir las garantías procesales, sino que la disminución de dicha sensación se constituye, explícitamente, como un fin de la regulación procesal penal: “se hace cumplir a la pena la función de respuesta frente a la temida inseguridad. Su carácter simbólico se manifiesta precisamente en eso, es decir, en la finalidad confesada de transmitir a la sociedad un sentimiento de seguridad y confianza en las instituciones, a más de mostrar una actitud solidaria con las víctimas”²⁶⁴.

Populismo punitivo

En el modelo securitario el derecho penal constituye una preeminente arma política. Considerando la creciente sensación de inseguridad ciudadana y el realce que han presentado los intereses de las víctimas, se ha colocado en la primera línea de las preocupaciones sociales la necesidad de reformar la legislación penal existente para responder a las demandas por mayor seguridad. Las fuerzas políticas aprovechan esta situación que,

²⁶³ Como quedó ilustrado anteriormente, es la delincuencia menor a la que se la vincula más fuertemente con la generación de inseguridad. Además, como señalamos en el capítulo primero, en general, la doctrina consideró que era una ley muy precipitada, recibiendo fuertes críticas de parte de Horvitz, quien atacó principalmente la fundamentación de esta ley, esto es percepciones de inseguridad, advirtiendo ciertos problemas que podría acarrear.

²⁶⁴ MAQUEDA, M. L. 2004. ob. cit. p. 1292.

sumada al descrédito de los expertos, deja llano el terreno para la dictación rápida y sin mayor debate de nuevas leyes de carácter penal, con el fin de ganar votos demostrando a la ciudadanía una reacción inmediata frente al fenómeno delictual²⁶⁵, y de escapar a la eventual responsabilización que se les pudiere imputar por la no generación de soluciones efectivas a los problemas sociales. Así, “*en el plano político* la intervención de la justicia penal actúa a modo de *mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación* de las contradicciones del sistema. Debido a él los problemas sociales se personalizan, logrando escapar de una imputación política”²⁶⁶.

Profundizaremos en tres aspectos de este planteamiento: las demandas de represión por parte de las víctimas; el descrédito de los expertos; y el carácter comunicativo del derecho penal. A partir de estos elementos el derecho penal aparece como un ámbito fértil para lograr beneficios políticos.

En relación a lo primero, la preeminente utilización del recurso punitivo obedece a una real demanda de las víctimas por mayor intervención represiva. Sin embargo, como destaca Reyna, los actores políticos han instrumentalizado dichas demandas, pues “han reconocido lo

²⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2009. Los nuevos modelos de intervención securitaria. En: CARNEVALI, R. (Ed.). Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales. Santiago, Jurídica de Chile. pp. 229-231; Muñoz Conde expresa la misma idea a propósito de las políticas de tolerancia cero, pues señala que: “[A]hora basta con invocar la idea de «tolerancia cero» para vencer cualquier resistencia incluso en partidos de izquierda, que saben por sus asesores de imagen que una oposición a tales Proyectos da mala impresión en el electorado y resta votos en las siempre próximas elecciones”. Véase: MUÑOZ CONDE, F. 2004. ob. cit. p. 180.

²⁶⁶ ALBRECHT, P. A. 2000. ob. cit. pp. 477-478.

útil y económico que resulta recurrir al Derecho penal”, pues al tiempo que comunican la imagen de una respuesta inmediata frente a sus problemas²⁶⁷, la ineffectividad de las medidas adoptadas no redundará en el abandono de estas prácticas²⁶⁸, ni en la asunción del debido costo político. Esta instrumentalización denigra a las víctimas. “La utilidad política de la víctima ha sido aprovechada por los actores del escenario político para provocar una situación que aunque aparentemente mejora la posición de la víctima en el fondo supone una demostración de desprecio hacia ella”²⁶⁹.

En lo que respecta al segundo de los elementos mencionados, el uso populista del derecho penal ha sido propiciado por el descrédito de los expertos. Producto de esto, se ha liberado al “discurso sobre el castigo penal de las razones, legitimaciones y los frenos de los científicos, reenviando la cuestión al campo de las luchas políticas y el sentido común popular”²⁷⁰, generándose, naturalmente, un empobrecimiento del debate.

²⁶⁷ REYNA, L. M. 2008. Las víctimas en el derecho penal latinoamericano: presente y perspectivas a futuro. Revista Eguzkilore, cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (22). p. 147.

²⁶⁸ REYNA, L. M. 2008. ob. cit. p. 147.

²⁶⁹ REYNA, L. M. 2008. ob. cit. p. 148.

²⁷⁰ Garland lo explica así: “[I]a voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrida y mal entendida, especialmente la voz de «la víctima» [...] Se degrada la importancia de la investigación y el conocimiento criminológicos y en su lugar existe una nueva deferencia hacia la voz de la «experiencia», del «sentido común», de «lo que todos saben»”. Véase: GARLAND, D. 2005. La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona, Gedisa. p. 49; En similar sentido, RIVERA. I. 2005. Ob. cit. pp. 271-272.

En cuanto al tercer aspecto, la idea de uso político del derecho penal como instrumento de comunicación²⁷¹, como explica Albrecht, consiste en que no se requiere necesariamente la aplicación de una medida legislativa, ni siquiera que esa medida signifique efectivamente un mayor endurecimiento penal, sino que, apoyándose en su función analítica y categorial²⁷², se centra en demostrar una apariencia de actividad. En palabras del citado autor: “La ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo”²⁷³.

Este fenómeno ha permeado las fuerzas políticas predominantes, constatándose la existencia de un consenso respecto a esta forma de utilización de la política criminal. Como afirma Garland, “[l]ejos de haber una diferenciación de posturas en materia de política criminal, lo que realmente ha sucedido en las décadas de 1980 y 1990 es el empobrecimiento del debate y una llamativa convergencia de propuestas políticas entre los principales partidos políticos. No es sólo un partido el que se ha alejado de la vieja ortodoxia correccionalista; todos lo han hecho. El centro de la gravedad política se ha corrido y se ha formado un nuevo

²⁷¹ Con ello se hace referencia al denominado derecho penal simbólico, concepto según el cual esta área del derecho se utiliza sólo en tanto en cuanto el símbolo que representa en la sociedad, con el objeto de transmitir un mensaje valorativo de eficacia del Estado en la resolución de conflictos sociales, cuando, en realidad, ello no es tal.

²⁷² ALBRECHT, P. A. 2000. ob. cit. p. 479.

²⁷³ ZAFFARONI, E. 1998. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. En: OUVIÑA, G. (Ed.). Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc. p. 617; En el mismo sentido ALBRECHT, P. A. 2000. ob. cit. pp. 479 y 483.

consenso rígido en torno de medidas penales que se perciben como duras y agradables por parte del público”²⁷⁴.

Reflejo en el panorama local

El populismo punitivo es bastante tangible en nuestra realidad²⁷⁵, resultando imperativo “reconocer el nivel de politización del debate en materia del control del delito, desarrollado a partir de finales de la década de los 90 en nuestro país, y observar cómo ha sido utilizado éste en la estrategia electoral”²⁷⁶. Asimismo, se evidencia un consenso generalizado en la clase política en torno a la validez de la respuesta represiva - claramente asociada a las criminologías de la intolerancia²⁷⁷ - al fenómeno criminal²⁷⁸. En efecto, los dos bloques políticos mayoritarios se han concentrado, en las dos últimas décadas, en proponer respuestas más duras frente al problema delictual, lo que se presenta con mayor agudeza desde la elección presidencial del año 2000, en que es posible observar incluso una

²⁷⁴ GARLAND, D. 2005. ob. cit. p. 50.

²⁷⁵ MORALES, A. M. 2012. ob. cit. p. 127.

²⁷⁶ MORALES, A. M. 2012. ob. cit. p. 133.

²⁷⁷ Cuestión que se ve reflejada en la discusión parlamentaria de la reforma procesal penal, en la que no es infrecuente encontrarse con la opinión de que es necesario aumentar el “costo de delinquir” o de que el delito debe dejar de ser “rentable”. Así, por ejemplo, lo expresado por el senador Fernández: “[e]l trato adecuado a las víctimas y sus garantías como tal en el nuevo sistema serán un incentivo -hoy inexistente- para que ellas denuncien los delitos que las afecten. Esto permitirá que el sistema conozca mayor cantidad de delitos y entregue mayor número de respuestas. La población tendrá más confianza en el sistema judicial y el delincuente percibirá el aumento del costo de su actividad delictiva”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 1064; En ese sentido, MORALES, A. M. 2012. ob. cit. p. 133.

²⁷⁸ DUCE, M. 2000. ob. cit. p. 336.

suerte de competencia punitiva entre los candidatos, enfrascados en demostrar “quién se muestra más enérgico en el combate al delito”²⁷⁹. Quizás la expresión más patente de este consenso en nuestro medio es la suscripción del Acuerdo político legislativo en materia de seguridad ciudadana, documento suscrito por el Ejecutivo y parlamentarios representantes de todos los partidos políticos con presencia en el congreso.

En el marco del debate parlamentario de las leyes modificatorias del Código Procesal Penal, es fácil identificar los elementos característicos del populismo punitivo. Por una parte, es claro que se pretende dar respuesta inmediata a las demandas de seguridad de las víctimas y de la colectividad que se ve identificada con las mismas²⁸⁰. Por otra, se evidencia la escasa deferencia al conocimiento experto.

La primera de las cuestiones señaladas encuentra reflejo en el reconocimiento de los propios congresistas. Por ejemplo, en la siguiente intervención de un diputado: “La iniciativa [...] tiene su trasfondo en que algunos parlamentarios se han hecho eco de la opinión pública o, mejor dicho, de los medios de comunicación, que, un poco históricamente, han instalado en el país un discurso securitario y han creado un clima de alarma pública en relación con la delincuencia, cuyo propósito es pedir más jueces, más penas, más cárceles, más policías, más represión. Este clima, creado

²⁷⁹ MORALES, A. M. 2012. ob. cit. p. 133.

²⁸⁰ Como admite el senador Larraín en el debate de la ley N° 20.516: “yo sé que esto genera inquietudes, desde el punto de vista teórico, respecto del modelo de justicia procesal penal, pero ellas no pueden ser superiores a la necesidad de dar la debida defensa a la víctima”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. p. 23.

por actores políticos que están detrás del origen del proyecto, amplificado por los medios de comunicación, ha contribuido enormemente a la desgracia que acaba de suceder en la Cárcel de San Miguel pues ha sido un factor importante en la generación de las condiciones de hacinamiento que facilitaron esa desgracia”²⁸¹.

Un caso reciente y bastante mediático puede servir para ilustrar cómo se materializa este rasgo securitario. Se trata de la así llamada “ley Emilia”²⁸². En primer lugar, la tramitación fue impulsada por la víctima, que previamente reunió numerosas firmas en símbolo de la identificación social con su causa. En segundo término, sorprende lo expreso de la tramitación²⁸³, que apoyada por todos los sectores políticos²⁸⁴ y exhibida profusamente por los medios de prensa, se muestra a sí misma como una

²⁸¹ HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. pp. 85-86; Entre otras opiniones que podrían reflejar la misma idea, puede citarse la del Senador Romero: “resulta del todo satisfactorio constatar que se interpretan cabalmente las inquietudes y los requerimientos de las personas, particularmente de las más modestas, cuando se busca establecer un parámetro para que la gente sienta que de verdad se hace justicia. Cada vez que nos encontramos con situaciones delicadas, producto de delitos violentos, las personas -en especial, en televisión- se desahogan y reclaman justicia. [...] Todos andan detrás de ese espíritu de justicia tan humano”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. p. 24.

²⁸² Proyecto de ley Boletín N° 8813-15.

²⁸³ El supuesto delito habría sido perpetrado con fecha 21 de enero de 2013, presentándose la moción con fecha 6 de marzo del mismo año, poniéndosele suma urgencia el 20 de marzo y aprobándose en general el día 18 de junio. El día 15 de julio venció el plazo para presentar indicaciones, discutiéndose en particular el día 28 de agosto. Actualmente (16 de octubre) se encuentra en discusión el informe de la comisión mixta sobre el rechazo de las modificaciones propuestas por el senado.

²⁸⁴ La iniciativa fue impulsada por los diputados Gustavo Hasbún (UDI), Hugo Gutiérrez (PC), y Sergio Aguiló (IC).

respuesta al problema de fondo²⁸⁵. En tercer lugar, evidentemente busca crear la imagen de una rápida respuesta legislativa.

En otro orden de cosas, en el ámbito criminal en Chile pareciera ya no ser necesarios estudios técnicos para diagnosticar y establecer objetivos mediante instrumentos idóneos en torno al problema delictual, sino que bastaría para ello el sentido común y la intuición. Como pone de manifiesto Mera, esta falta de deferencia al conocimiento experto se ha venido verificando a causa de lo sensible que ha llegado a ser para la población la inseguridad ciudadana²⁸⁶. Así, en las modificaciones legales que hemos analizado en el primer apartado es posible observar cierta indiferencia hacia la opinión de los asesores legislativos, quienes en general se oponían a las enmiendas, tanto en cuanto a su oportunidad²⁸⁷, como en cuanto a su contenido propiamente tal. Uno de los elementos constantes de crítica por parte de los expertos fue la falta de interés por parte del legislador en apoyar las decisiones de la política legislativa criminal en estudios empíricos especializados. Así por ejemplo, el profesor Guzmán Dalbora, a propósito de la tramitación de la ley 20.253, destacó cómo la fundamentación de la misma “se abstenía de citar estudios criminológicos y estadísticas criminales que avalaran sus afirmaciones, carencias que suplía con vagas

²⁸⁵ Como señala el primer párrafo de la moción que la inicia: “El día domingo 20 de Enero del presente año, un dramático y doloroso hecho ocurrido en la comuna de Vitacura, nos obliga a reflexionar, debatir y legislar para sancionar como delito grave la conducción en estado de ebriedad causando lesiones gravísimas o con resultado de muerte de una persona”.

²⁸⁶ MERA, J. 2010. ob. cit. pp. 266-267.

²⁸⁷ Ilustrativa a este efecto es la ley N° 19.789.

afirmaciones y que ello se debería a la escasez de estudios serios y sistemáticos sobre el tema, lo que hacía que prácticamente todas las reformas introducidas a la legislación penal chilena se hubieran efectuado al amparo de impresiones circunstanciales, nacidas al influjo del aparente incremento de ciertos delitos. La legislación resultante de esta situación, producto de sentimientos y estados de ánimo, que engloba bajo el concepto de ‘miedo al delito’, podría desembocar en manejos tendenciosos y fines perversos tales como atentados al Estado de Derecho”²⁸⁸.

Se advierte el peligro de la adulteración políticamente interesada y de la sobreexposición desmedida de los fenómenos sociales violentos, los que han generado en los ciudadanos una actitud de temor injustificada y rayana en lo enfermizo. Resalta Tavolari lo preocupante de la situación, pues “las posibilidades de dramatizar la violencia y de politizarla, son extraordinariamente grandes, lo que lamentablemente ocurre en forma repetida, maquiavélica y majadera”²⁸⁹. El autor destaca la mayor gravedad que adquiere el fenómeno en sociedades como la nuestra, especialmente sensibles al populismo punitivo en atención a ciertas falencias sociales: “la chilena es, a la postre, una sociedad extremadamente conservadora en valores y hábitos; no otorga ni a la democracia ni a los derechos individuales gran consideración; carece de verdadera cultura de debate público y ofrece una enorme concentración en la propiedad de los medios

²⁸⁸ HISTORIA DE LA LEY N° 20.253. p. 52.

²⁸⁹ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. pp. 16-17.

que exhiben, en general, una misma postura ideológica”²⁹⁰. Otras falencias relativas al diseño político institucional, según el mismo autor, aportan otro tanto, pues no contamos con “los medios o con las instancias ciudadanas para la adecuada y plural controversia de los temas que grupos interesados colocan en la atención pública”²⁹¹.

Sustantividad de los intereses de las víctimas

Con este elemento quiere significarse la sobreposición del interés de la víctima particular al interés público involucrado en un hecho criminal, confiriéndole, así, un estatus de ciudadano privilegiado. La doctrina ha considerado a este como uno de los elementos característicos del discurso de la seguridad ciudadana.

El realce de la posición de la víctima en el derecho penal trastoca la construcción del derecho penal clásico. Para entender cabalmente esta afirmación es pertinente hacer una breve referencia a la evolución histórica de la posición de la víctima en el sistema penal.

²⁹⁰ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 55, nota al pie N° 70.

²⁹¹ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. pp. 17-18.

Evolución del estatus de la víctima en el sistema penal

Para fines analíticos, se ha distinguido tres grandes etapas²⁹²: edad de oro de la víctima, estatización del derecho penal y recuperación de la víctima.

La llamada edad de oro de la víctima se corresponde con un sistema de “venganza privada” que tiene en su centro a la víctima del delito, estableciendo a favor de ella y/o sus cercanos un derecho subjetivo para reaccionar contra el delincuente²⁹³, existiendo, así, cierta equiparación entre derecho civil y penal²⁹⁴. Este sistema, normalmente identificado con el antiguo derecho germánico, hunde sus raíces en el derecho griego arcaico, en que regía un juego de prueba llamado *épreuve*, que consiste en la confrontación entre dos adversarios en que uno lanza al otro el desafío de jurar por los dioses. Si no jura, pierde la prueba. Si jura, lo que ocurrirá quedará en manos de los dioses: será Zeus quien, castigando el falso juramento, si fuese el caso, manifestará con su rayo la verdad.

²⁹² Por todos, García Pablos, para quien “protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podría reflejar el status de la víctima a lo largo de la historia”. Véase: GARCÍA-PABLOS, A. 1992. El derecho penal y la víctima. *Papers d’ Estudis i Formació* (8). p. 239.

²⁹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1990a. Innovaciones teórico-prácticas de la Victimología en el Derecho penal. *En*: BERISTAIN, A y DE LA CUESTA, J. L. (Eds.). *Victimología: VIII cursos de verano en San Sebastián*. San Sebastián, Universidad del País Vasco. p. 77.

²⁹⁴ REYNA, L. M. 2006. Estudio final: La víctima en el sistema penal. *En*: SCHÜNEMANN, B. (Ed.). *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Lima, Grijley. pp. 112, 113; ARMENTA DEU, M. T. 1997. Pena y proceso: fines comunes y fines específicos. *En*: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. (Libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona, José María Bosch. p. 208.

Siguiendo la estructura de la *épreuve*, el antiguo derecho germánico estableció un sistema que consiste en un enfrentamiento o duelo entre dos individuos, y no en la búsqueda de la verdad para saber quién no miente. Como afirma Foucault: “El derecho germánico no opone la guerra a la justicia, no identifica justicia y paz, sino, por el contrario, supone que el derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza”²⁹⁵. Un individuo alega haber sufrido un daño de parte de otro, al que designa como su adversario, reclamándole la reparación. No hay intervención de un representante de la autoridad, ni un tercero que esté por sobre estos dos adversarios a modo de elemento neutro que busca la verdad, porque, en realidad, lo que se busca es demostrar quién es el más fuerte. El derecho feudal sigue similares lineamientos: no instituye un sistema que busca establecer la verdad, sino la fuerza, el peso o la importancia de quien es el que dice.

En estos sistemas no existe la idea de verdad o error, pues la prueba está ordenada a determinar quién es el más fuerte, y al mismo tiempo quién tiene la razón: la prueba es un permutador de la fuerza por el derecho. Por ello, no aparece algo semejante a una sentencia que, dictada por un tercero, busque establecer lo realmente acontecido.

En la segunda etapa esta situación cambia radicalmente. Desde la segunda mitad de la Edad Media comienza un proceso que culmina, en la Edad Moderna, con el asentamiento del carácter público del derecho penal.

²⁹⁵ FOUCAULT, M. 1996. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Gedisa. p. 57.

Paulatinamente, con el proceso de consolidación de los Estados nacionales, se va produciendo la monopolización del poder punitivo en manos del poder central, el delito deja de ser una relación entre el delincuente y la víctima²⁹⁶, y pasa a estatuirse en un problema del infractor con la sociedad. La finalidad de la punición deja de ser la satisfacción de la víctima para pasar a centrarse en funciones de naturaleza pública²⁹⁷.

En general, los fundamentos de esta monopolización están vinculados al llamado principio de neutralización de la víctima, que consiste en corregir la visión dual que tenía el derecho penal primitivo -que contraponía a la supuesta víctima y delincuente en el proceso- para situar el fenómeno delictivo en el ámbito de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado a través de la acción penal pública. Se reducen drásticamente las posibilidades de intervención activa de la víctima, pudiendo esta incluso ser forzada a colaborar con el esclarecimiento de los hechos²⁹⁸. Como señala Silva Sánchez, “el derecho penal público de la edad moderna surgió precisamente para neutralizar a la víctima actual del delito”, pues se desconfía de su capacidad para “resolver el conflicto desatado por el autor al menor coste posible”²⁹⁹. Todo ello bajo la intención de evitar la venganza

²⁹⁶ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. 1989. Introducción a la criminología y al derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 29.

²⁹⁷ REYNA, L. M. 2006. ob. cit. p. 113; ARMENTA DEU, M. T. 1997. ob. cit. p. 209; SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1990a. ob. cit. p. 77.

²⁹⁸ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. 1989. ob. cit. p. 29.

²⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1998. Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación. En: Perspectivas sobre la política criminal moderna. Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma. p. 198; CARNEVALI, R. 2005. Las políticas de orientación a la víctima

privada y lograr así la imposición de penas proporcionales³⁰⁰. De especial relevancia para el logro de este objetivo es el establecimiento del principio de oficialidad, pues se consideró que la única forma de asegurar la realización del juzgamiento con la debida imparcialidad y objetividad, logrando el cumplimiento efectivo de la norma penal y una uniformidad de criterios en la acusación penal, es a través de un órgano acusador público³⁰¹. En efecto, en esta etapa la práctica judicial dio origen a la “indagación” o *inquisitio*. A diferencia de la etapa anterior, la verdad ya no se produce por un duelo en que uno de los contendores demuestra tener la fuerza, y con ello gana el litigio, sino por medio de un procedimiento por el que se procuraba saber lo ocurrido³⁰².

examinadas a la luz del Derecho Penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (26). p. 37.

³⁰⁰ Para Ferrajoli, dentro de los fines que justifican el derecho penal está la evitación de la mayor reacción que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida, lo que señala del siguiente modo: “Pretendo decir que la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos [...] En esta perspectiva la pena no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito”. Para este autor, la pena no es la estatalización de la venganza privada, idea que ha sido ampliamente difundida como tesis históricamente explicativa de la pena. Por el contrario, el derecho penal “nace no como desarrollo, sino como *negación de la venganza*; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla. [Así,] la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. Véase: FERRAJOLI, L. 1995. Derecho y razón, teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta. p. 332.

³⁰¹ DÍEZ-PICAZO, L. M. 2000. ob. cit. p. 111; BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 527; TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 310; HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. pp. 292 y 296-301.

³⁰² FOUCAULT, M. 1996. ob. cit.

En particular, en lo relativo al derecho sustantivo, este proceso trajo consigo la definición del delito dentro del marco de las relaciones entre los individuos y el Estado, como una “lesión de bienes jurídicos (valores) que la sociedad constituida en Estado estima necesario proteger”³⁰³, por ser presupuestos de una vida comunitaria³⁰⁴. La ley penal debe representar lo que es útil a la sociedad, por ello el crimen constituye un daño social; el criminal damnifica a la sociedad; el criminal es aquel que ha roto el pacto social³⁰⁵. De esta forma se desplaza a la víctima concreta del derecho penal, pues el delito ya no se encuentra determinado por la afectación de intereses del sujeto directamente ofendido, sino por la vulneración del orden social. En la estatización del derecho penal los delitos son normas que protegen intereses públicos dentro de los cuales se encuentran comprendidos los intereses de la víctima, así como los de cualquier otro ciudadano.

En el ámbito procesal, la publicación del derecho penal produjo, como correlato a la monopolización del poder punitivo, la consagración de una serie de principios limitadores a su ejercicio, establecidos con objeto de asegurar el debido respeto de las libertades de todos los ciudadanos, lo que, en concreto, se tradujo en un conjunto de normas que garantizan los derechos del imputado, pasando la víctima a ser ahora el convidado de

³⁰³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1990a. ob. cit. p. 78.

³⁰⁴ Un análisis sucinto de la evolución de la concepción del delito como lesión de un derecho subjetivo hacia la lesión de bienes jurídicos y su relación con la exclusión de la víctima del derecho penal en: ESER, A. 1998. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. pp. 7-43.

³⁰⁵ FOUCAULT, M. 1996. ob. cit. p. 83.

piedra³⁰⁶. La regulación garantista de la posición procesal del imputado se explica en la necesidad de lograr un equilibrio en el proceso a través del contrapeso de los recursos con que cuenta aparato estatal, comparativamente muy superiores a los que pudiere tener el ciudadano³⁰⁷. Esta idea es una concreción del objetivo general de conseguir una adecuada relación entre libertad y seguridad: los principios limitadores persiguen que la intervención del Estado sea la mínima posible a objeto de garantizar la libertad. Entre las limitaciones más importantes se encuentran, por una parte, el principio de legalidad, como expresión de la necesidad de garantizar la efectiva aplicación de la norma y la igualdad en la persecución penal, excluyendo la posibilidad de aplicación de criterios de oportunidad, y, por otra, la garantía jurisdiccional o principio de *nulla poena sine iudicio*. Como destaca la profesora Teresa Armenta Deu, esta última se encuentra estrechamente vinculada a la desprivatización del derecho penal. A diferencia de lo que sucede en sede civil, el delito, si bien puede ser concebido como un acto jurídico, su peculiar consecuencia, la pena, “necesita del proceso [...] en el sentido de que [...] sólo en el proceso se produce y sólo por el proceso nace el derecho del Estado a castigar”³⁰⁸.

³⁰⁶ La expresión fue acuñada por Julio Maier para expresar que la víctima fue desplazada a un rol completamente secundario en el sistema penal, principalmente probatorio. Véase: MAIER, J. 1992. La víctima y el Sistema Penal. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc. p. 186.

³⁰⁷ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. pp. 299-300.

³⁰⁸ ARMENTA DEU, M. T. 1997. ob. cit. pp. 211-212.

Sin perjuicio de todo ello, dentro de esta concepción fueron admitidas importantes excepciones a la neutralización de la víctima³⁰⁹, cuestión que ha llevado a algunos autores³¹⁰ a controvertir la insistente denominación de esta etapa como “olvido”, y a su sucesora como “recuperación” de la víctima. En el fondo, a más de las excepciones, “el sistema penal siempre ha estado orientado a la víctima³¹¹, concretamente a la *víctima potencial*, tratando precisamente de impedir que deviniera en víctima actual”³¹², o, también, porque la víctima resulta protegida no en forma directa, sino como reflejo de la protección de los intereses públicos. Por eso puede hablarse más propiamente de tutela objetiva, como contraposición a la tutela subjetiva penal de la víctima³¹³.

Actualmente, buena parte de la doctrina adhiere a la necesidad de reorientar el derecho penal hacia la satisfacción de la víctima³¹⁴,

³⁰⁹ Entre ellas se puede mencionar la existencia de la posibilidad de deducir acción civil en sede penal (acciones reparatoria y restitutoria); la consagración de delitos de acción penal privada y previa instancia particular; la contemplación, dentro de las causales de extinción de la responsabilidad penal, del perdón del ofendido; el establecimiento de la reparación a la víctima como atenuante o eximente de responsabilidad penal; entre otras.

³¹⁰ Entre otros véase: CARNEVALI, R. 2005. ob. cit. p. 28; HIRSCH, H. J. 1992a. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 94-95.

³¹¹ Reconociendo que la idea precisa matices, Reyna, partidario de la recuperación de la víctima, sostiene que sería más correcto hablar de “desmarginalización”. Véase: REYNA, L. M. 2006. ob. cit. p. 111.

³¹² SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1998. ob. cit. p. 198; CARNEVALI, R. 2005. ob. cit. pp. 28 y 37.

³¹³ BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 527.

³¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1998. ob. cit. p. 195.

devolviéndole el conflicto que le habría sido injustamente expropiado³¹⁵. La clave de fundamentación estaría en la idea de “repersonalización”: el derecho penal clásico habría cosificado a la víctima³¹⁶, siendo ahora necesario otorgarle un mejor tratamiento en base a su dignidad de persona. Esta tendencia se encuentra hoy en el centro de la discusión político-criminal mundial, constituyendo el tema de moda³¹⁷. En efecto, se ha dicho que hoy vivimos una “euforia” en torno a la víctima³¹⁸ -en reemplazo a su antigua opuesta “euforia por la resocialización del autor” de los años sesenta-, de tal relevancia que “sus términos marcan una *tendencia evolutiva del derecho penal* de finales del siglo XX e inicios del XXI”³¹⁹. Esta búsqueda se orienta en dos sentidos: uno, reforzar los derechos de intervención del ofendido en el proceso penal, y, otro, dar cabida a los arreglos autor-víctima³²⁰.

³¹⁵ La idea fue popularizada por el famoso artículo “Los conflictos como pertenencia” del noruego Nils Christie. Véase: CHRISTIE, N. 1992. Los conflictos como pertenencia. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 157-182.

³¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1998. ob. cit. p. 195.

³¹⁷ HIRSCH, H. J. 1992b. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc. p. 55; MAIER, J. 1992. ob. cit. p. 185.

³¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1998. ob. cit. p. 199; HIRSCH, H. J. 1992a. ob. cit. pp. 93-94.

³¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. *Revista de Estudios de la Justicia* (11). p. 48.

³²⁰ Cuestión que por ahora sólo mencionamos, para una mayor profundización en el tercer apartado de este trabajo.

Ahora bien, analicemos los caracteres particulares de este nuevo estatus de la víctima en el sistema penal bajo el influjo de los fenómenos sociales securitarios.

Caracteres particulares de la recuperación de la víctima bajo el influjo securitario

El primer carácter consiste en que es ahora la víctima la que subsume dentro de sus propios intereses los intereses públicos, invirtiendo la relación concebida por el derecho penal clásico. Según esta última, era el Estado el que representaba los intereses públicos de seguridad, dentro de los cuales quedaban comprendidos los intereses del ofendido. El sentido común de esta nueva concepción invertida de la seguridad tiene una noción simplificada y parcial del fenómeno delictivo, presentándolo bajo una estructura dual delincuente-víctima³²¹. Son paradigmáticas formulaciones

³²¹ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. 1989. ob. cit. p. 29; son ilustrativas las palabras de Garland, quien sostiene que bajo el concepto clásico del derecho penal los intereses de las víctimas “estaban subsumidos en el interés general del público y, por cierto, no se contraponían a los intereses del delincuente. Todo esto ha cambiado ahora. Los intereses y los sentimientos de las víctimas [...] se invocan ahora rutinariamente para apoyar medidas de segregación punitiva”. Véase: GARLAND, D. 2005. ob. cit. p. 46; para Maier, esta orientación ha llegado a exigir reformas que tocan la base misma del sistema del derecho penal en su conjunto, proponiendo una “inversión de la situación” en que se privilegia la reparación por sobre el interés estatal en la pena, pues si se quiere mejorar la posición de la víctima “no se puede evitar, al edificar esa nueva posición, golpear, y hasta derribar parcialmente, los fundamentos del sistema penal estatal”. Véase: MAIER, J. 1992. ob. cit. p. 193; Tamarit destaca que son las posiciones específicamente neoliberales las que dentro de la orientación hacia la víctima, defienden la ausencia de un interés estatal y la afirmación de un interés puramente privado. Véase: JORNADAS DE la Asociación Internacional de Derecho Penal: Sección española, el Código Penal de 1995: diez años después, quinta mesa redonda: las víctimas y las tensiones que genera

como la siguiente: “donde un día vimos una infracción contra la sociedad, ahora vemos una infracción contra una víctima individual. En cierto modo, es una forma de sentido común de ver el delito. El ladrón no robó a la sociedad: robó a su víctima. Por tanto su deuda no es con la sociedad: es con la víctima”³²².

Como consecuencia de lo anterior, los intereses de las víctimas ya no admiten interferencias, entrando en un “juego político de suma cero”, lo que significa que cualquier concesión en garantías procesales a favor del delincuente se concibe como una pérdida para la víctima y viceversa³²³. Es así como el discurso de las víctimas y la atención a sus intereses comienza a tener central importancia en el incremento de la represividad del sistema penal, promoviendo el recorte de garantías y el aumento de penas³²⁴. La

su intervención: 10 y 11 de junio de 2005. 2005. España, facultad de derecho de Cáceres de la Universidad de Extremadura. 17p; HIRSCH, H. 1992b. ob. cit. pp. 58-70.

³²² SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1998. ob. cit. p. 195.

³²³ “Toda atención inapropiada de los derechos o del bienestar del delincuente se considera como algo que va en contra de la justa medida de respeto por las víctimas. Se asume un juego político de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar «de parte» de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes”. Véase: GARLAND, D. 2005. ob. cit. p. 46; en similar sentido se ha expresado que, en el ámbito del derecho procesal penal, uno de los objetivos de la participación de la víctima consiste en crearse una coraza de protección “frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa”. Véase: MAIER, J. 1992. ob. cit. p. 192; por su parte, Tamarit subraya que dentro de las diversas corrientes de orientación hacia la víctima, son específicamente las más conservadoras las que han utilizado las ideas victimológicas como excusa para el recorte de libertades y la construcción de un sistema más represivo. Véase: JORNADAS DE la Asociación Internacional de Derecho Penal: Sección española, el Código Penal de 1995: diez años después, quinta mesa redonda: las víctimas y las tensiones que genera su intervención: 10 y 11 de junio de 2005. ob. cit.

³²⁴ “El renacimiento de la víctima como aspecto central de la discusión, principalmente procesal penal, llevaría a indudables profundizaciones de algunas tendencias que ya afectaban la posición

recuperación de la víctima refleja un cambio de sentido y de función del proceso penal democrático³²⁵, que se encamina a reducir las garantías del acusado y a privatizar el conflicto y la justicia penal, generando una reestructuración peligrosa del proceso³²⁶, y que nos acerca de nuevo a lo que el clásico derecho penal trató precisamente de evitar: la venganza privada³²⁷.

del imputado y ampliaciones de la punición con el objetivo de atender la perspectiva victimológica del derecho penal. Junto a las necesarias reformas conducentes a ampliar la participación de la víctima y de mejorar sus posibilidades de obtener resarcimiento por las lesiones sufridas en sus posiciones jurídicas, también se recrudecieron los pedidos de penas más altas y ampliaciones a los supuestos de prisión preventiva, con el objetivo de proteger la posición de la víctima en el proceso y resguardar su integridad”. Véase: CHIRINO, A. 2010. El equilibrio de derechos entre víctimas e imputados. Una quimera dirigida contra las garantías “indisponibles” del proceso penal. En: OLIVEIRA, C., MURILLO, M. y YEBRA, R. (Eds.). Serie estudios en ciencias penales y derechos humanos: Homenaje a Antonio Sánchez Galindo. Guanajuato, Inceipe. Tomo I. p. 24; el discurso de las víctimas ha cristalizado en un retroceso antigarantista del derecho procesal penal español. Véase: PÉREZ CEPEDA, A. I. 2007. Del derecho penal como carta magna de la víctima al programa social del derecho penal en el Estado de bienestar. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.). Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Salamanca, Universidad de Salamanca. pp. 611-626.

³²⁵ “La atención de los intereses de la víctima refleja también un cambio del sentido y de la función del proceso penal democrático, que por atender esa nueva perspectiva implica una reducción de los derechos del acusado y una pronunciada orientación hacia la privatización del conflicto y de la justicia. Por ello, la así denominada ‘orientación hacia la víctima’ resulta ser una forma de poner distancia de la forma de pensamiento vinculada a principios indisponibles que planteaba la inspiración europea liberal”. CHIRINO, A. 2010. ob. cit. p. 30.

³²⁶ CHIRINO, A. 2010. ob. cit. p. 28, nota al pie N° 16.

³²⁷ En consecuencia, “mal haríamos en tratar de construir un proceso penal todavía más abierto a la participación de la víctima ya que el resultado sería siempre nocivo para las garantías. En el fondo siempre existirá la posibilidad de que el proceso penal sea cualquier otra cosa menos la expresión del derecho a castigar del Estado y más probablemente la versión formalizada de la ‘venganza de la víctima’ que es precisamente lo que la historia nos enseña se trató de evitar con la construcción filosófica del proceso”. CHIRINO, A. 2010. ob. cit. p. 28.

De acuerdo con el segundo carácter, en el derecho penal de la seguridad ciudadana son las demandas de las víctimas, reales o potenciales, las que guían el debate político-criminal, en el contexto de una “identificación social con la víctima”, que deja atrás aquella empatía que en algún momento hubo con el autor del delito. “[E]llo provoca la consiguiente transformación también del Derecho penal objetivo (*ius poenale*): en concreto, se tiende a perder la visión de éste como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Y, así, la concepción de la ley penal como ‘Magna Charta’ de la víctima aparece junto a la clásica de la ‘Magna Charta’ del delincuente; ello si es que ésta no cede la prioridad a aquella”³²⁸.

Según Silva Sánchez, esta nueva concepción de la ley penal puede acarrear dos consecuencias importantes. Por un lado, cambia la forma clásica de entender el principio de legalidad, en virtud de la cual las normas penales deben ser aplicadas estrictamente, admitiéndose excepcionalmente la adecuación de la interpretación extensiva, o incluso analógica, en el evento de que ello beneficie al delincuente. La concepción de la ley penal como carta de defensa de la víctima, en cambio, podría admitir interpretaciones restrictivas de determinadas eximentes de responsabilidad, y aun la posibilidad de una aplicación analógica *in malam partem*³²⁹. Por el otro, envuelve la comprensión de la pena como una forma en el que la sociedad ayuda a la víctima en la superación del trauma que le ha causado

³²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. ob. cit. p. 53.

³²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. ob. cit. pp. 53-55.

el delito, saldando la deuda que presenta con ésta por no haber podido evitar la comisión del ilícito³³⁰.

La sensación generalizada de ineficacia de las instituciones públicas en la persecución penal y, consecuentemente, de su incapacidad para hacerse cargo de las demandas de seguridad de la población, se alza como un tercer carácter de la privatización de la persecución penal³³¹. Como pusimos de relieve anteriormente, el proceso globalizador ha favorecido la percepción de que el Estado es incapaz de hacer frente a las demandas securitarias, y que debe ser sustituido por un rol privado protagónico más eficaz. Desde esta óptica, la víctima aparece como un ente más idóneo al efecto, justificándose de ese modo su intervención en el proceso con cada vez mayor autonomía respecto de los órganos de persecución.

Por último, es relevante notar, en concordancia con los demás rasgos securitarios analizados, que un factor de innegable trascendencia en el realce de los intereses de las víctimas ha sido el impacto social de los medios de comunicación. Como hemos señalado con anterioridad, estos gozan de una posición privilegiada dentro de la sociedad y de cierto potencial distorsionador de la realidad, situación desde la cual se han

³³⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. ob. cit. p. 55-56.

³³¹ TAVARES, J. 1998. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. En: OUVIÑA, G. (Ed.). Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc. p. 636.

ocupado de "exacerba[r] el espectáculo del crimen produciendo, de forma inmediata, identificación y empatía con la víctima y su sufrimiento"³³².

Nuestro país ha entrado de lleno en esta orientación, los intereses de la víctima se han convertido en un tema inevitable, pasando a constituirse en "barómetro fundamental a la hora de evaluar [el] aumento, reducción o mantención"³³³ de la criminalidad.

Reflejo en el panorama local

A continuación, evidenciamos cómo los caracteres recién analizados se reflejan en diversas instancias, a saber: en el mensaje del Código Procesal Penal; en la tramitación del mismo; en las leyes modificatorias del proceso penal; en la ley que crea el Ministerio Público; y, finalmente, en el proyecto de "reforma a la reforma".

De entrada, entre los principios básicos del Código Procesal Penal original se encuentra la promoción de los intereses de las víctimas. Así, el mensaje del código plantea entre sus fundamentos sociales la necesidad de mejorar la posición de éstas, que bajo la anterior normativa se habrían encontrado abandonadas³³⁴.

³³² HORVITZ, M. I. 2012. ob. cit. p. 101.

³³³ PIEDRABUENA, G. 2009. Cómo proteger mejor los intereses de las víctimas y de esta manera contribuir a la disminución de la delincuencia. Revista Chilena de Derecho 36(3). p. 671.

³³⁴ En ese sentido el mensaje expresa lo siguiente: "Parece necesario destacar también la introducción a nivel de principios básicos del sistema el de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos. En virtud de éste se impone a los fiscales la obligación

En forma similar a cómo se justifican las modificaciones al nuevo sistema procesal penal, el mensaje invoca, como razón para realzar a la víctima, la sensación de inseguridad. Según esta concepción, existe una relación estrecha entre la situación de indefensión de la víctima, derivada de su marginación procesal, y la fuerte sensación de inseguridad. Como expresa dicho mensaje: “desde un punto de vista social, la reforma que se propone se traduce en una ganancia social para quienes son víctimas de la conducta delictual. En Chile, por motivos diversos, existe una gran inseguridad subjetiva, un fuerte temor a la criminalidad. Una de las fuentes de esa inseguridad subjetiva, es la indefensión que provoca el deficiente diseño del proceso penal”.

Por otra parte, también el mensaje imputa cierta ineficacia a los órganos públicos en la persecución penal. Considera que bajo el antiguo proceso, se puso “de cargo de las víctimas la persecución penal, puesto que

de velar por sus intereses y, a los jueces, la de garantizar sus derechos durante el procedimiento [...] reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación...”; Esto no es una opinión uniforme en la doctrina nacional. Por una parte, Tavolari intenta enfatizar en la diferencia entre la antigua y nueva regulación del proceso penal sobre este punto, resaltando que “el ordenamiento procesal penal chileno que rigió durante todo el siglo XX, y que aun se aplicará por algunos años, en forma decreciente, inquisitorial y arcaico, no tiene por la víctima especial preocupación [...] el nuevo Código Procesal Penal, en cambio, la ubica como una persona que merece la atención y protección del sistema de justicia penal”. Véase TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 317; Horvitz y López, por el contrario, sostienen que no cabe concluir en términos absolutos la marginación de la víctima en el procedimiento penal previo, el que en realidad “daba una importante cabida e intervención a la víctima en el proceso penal, especialmente si se aprecia en el contexto de la situación jurídica en otros países del derecho comparado”. En consecuencia, bajo la perspectiva de estos autores, más que “situación de marginación”, cabría hablar de una adecuación del código al desarrollo social actual. HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 289.

la actividad de los organismos de persecución penal pública [era] ineficiente”. En apariencia crítico de la intromisión de la víctima, en realidad el discurso del mensaje no pretende superar esta supuesta falencia estatal por medio de su fortalecimiento como labor pública, sino, por el contrario, reconoce un importante papel al interés privado, promoviendo su participación, y enmarcándose dentro las orientaciones penales que proponen la incorporación de la víctima para superar la ineficacia persecutoria, como se deriva también de los intensos y variados mecanismos de intervención de la víctima en el proceso penal consagrados en el nuevo proceso y defendidos en el mensaje.

A continuación, durante la tramitación del Código Procesal Penal, los parlamentarios manifestaron, en general, un completo consenso en torno a la necesidad de mejorar la posición de la víctima en el proceso penal³³⁵.

³³⁵ Dicho consenso se refleja en que parlamentarios de los distintos partidos dieron opiniones similares al respecto. En efecto, El senador Hamilton (DC), por ejemplo, en uno de los informes de la Comisión de Legislación, fundamentó su voto a favor sobre la base de un juicio crítico en relación al antiguo código, en particular por “la casi nula participación que se otorga a la víctima del delito. Esta no es vista como parte interesada. No se garantiza en nuestro procedimiento actual su debida información sobre los sucesos que acontecen durante la investigación ni se resguardan suficientemente sus intereses legales y pecuniarios.” En cambio, le parece que “el proyecto propone un reconocimiento expreso de los derechos de la víctima en un proceso penal”. A continuación pasa a enumerar algunos de los derechos que en el proyecto se establecen a favor de la víctima, valorándolos positivamente en consideración a que “las garantías del debido proceso aludidas deben encontrar un justo equilibrio con el cumplimiento de metas de seguridad ciudadana”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 975; el senador Chadwick (UDI) en similar sentido expresó: “señor Presidente, en el actual procedimiento criminal tampoco se respetan de manera debida los derechos de las víctimas, a veces injustamente olvidados, ya que no se les asegura una reparación rápida de los efectos del delito, pues deben esperar una sentencia que llega pocas veces y tarde, con lo cual se las priva de al menos la satisfacción de

Algunas opiniones expresan la idea de juego de suma cero, como puede observarse en la siguiente intervención del entonces Ministro José Antonio Gómez: “En verdad, si se dimensiona lo que está aprobando el Parlamento, en general, y el Senado en particular, y lo que se está haciendo en materia de justicia en Chile, se concluirá que [...] estamos introduciendo un procedimiento oral, público y transparente para defender los derechos de la víctima. Quiero ser muy categórico y claro en esto: en algún momento se

ver al culpable castigado oportunamente cuando es descubierto; tampoco, en fin, pueden esperar del sistema una atención expedita, por lo que resultan doblemente victimizadas: primero por el hecho y luego porque el aparato estatal no logra repararles en forma oportuna la ofensa que han recibido. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. pp. 1074-1075; el senador Diez (RN), por su parte, fundó su voto a favor en uno de los informes de la comisión de legislación del siguiente modo: “[v]oto también favorablemente, porque creo que esto va a permitir la presencia en nuestro procedimiento penal, con mayor eficacia, de los derechos de la víctima y también de la defensa de los inculpados. Ello es lo que permitirá cerrar el ciclo del deber del Estado frente a los procesos penales, que es proteger a la víctima, proteger a la sociedad, por medio de sanciones que sean ejemplarizadoras”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 973; el senador Aburto (PS), al fundar su voto en la comisión legislativa, manifestó preocupación por la situación de indefensión en que podrían quedar las víctimas bajo la inserción en el nuevo diseño procesal del principio de oportunidad, pues le generaba seria inquietud el “margen de discrecionalidad que se otorga al fiscal del Ministerio Público para disponer el archivo provisional de los antecedentes, o el cese de la investigación en virtud del principio de oportunidad, me produce serias dudas sobre la eventual indefensión en que podrían quedar los ofendidos por el delito”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 970; el senador Fernández (UDI) realiza una evaluación positiva de la reforma, considerando el establecimiento de una efectiva protección de la víctima, destacando la adecuación a las modernas tendencias, específicamente la reparación: “[u]n avance importante es la adecuada protección de la víctima. La doctrina moderna postula que el proceso penal debe ser un instrumento eficaz, también, para la reparación que a ella le corresponda. La realidad muestra que el ofendido aspira siempre a la obtención de una tutela eficaz de su pretensión resarcitoria. El nuevo Código reconoce esa realidad y establece un amplio catálogo de derechos de la víctima”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. pp. 1061-1062. En el primer capítulo observamos que existía originalmente una disposición que establecía la protección de las víctimas incluso como un objetivo del procedimiento, norma que no prosperó sólo por las dificultades existentes en determinar cuáles serían los otros objetivos, no por la ausencia de consenso al respecto.

ha dicho que éste es un Código exclusivamente garantista. No es así. Es uno en el cual la víctima tiene todos los derechos para hacer efectivas las responsabilidades de quienes cometen graves delitos”³³⁶.

Otras intervenciones reflejan la pretensión de justificar la participación de la víctima en la necesidad de dotar de mayor eficacia al sistema³³⁷.

De la edificación de la posición de la víctima en el nuevo proceso, interesa recalcar dos aspectos relativos a la intervención del ofendido en la operativa del principio de oportunidad frente al de legalidad. El primero de ellos dice relación con los acuerdos reparatorios. En este supuesto, la víctima absorbe los intereses públicos, pues su voluntad³³⁸ impide la continuación del procedimiento, sobreponiéndose a la decisión estatal. Este punto es expresamente asumido por el legislador en su fundamentación. El forzamiento de la acusación constituye el reverso de la situación anterior, pues en circunstancias que la sociedad no pretende continuar la persecución, se concede a la víctima particular la eficacia de imponer su propio interés en contra de esta decisión, reconociéndose el propósito de

³³⁶ HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 1606.

³³⁷ Así, por ejemplo, lo expresado por el senador Fernández: “El trato adecuado a las víctimas y sus garantías como tal en el nuevo sistema serán un incentivo -hoy inexistente- para que ellas denuncien los delitos que las afecten. Esto permitirá que el sistema conozca mayor cantidad de delitos y entregue mayor número de respuestas. La población tendrá más confianza en el sistema judicial y el delincuente percibirá el aumento del costo de su actividad delictiva”. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 19.696. p. 1064.

³³⁸ Si bien es cierto que debe concurrir la voluntad del imputado, ello no obsta lo que sostenemos, por cuanto al estar en juego su propia libertad, no parece que quepa hablar propiamente de “voluntad” a su respecto.

conferirle la condición de litigante privilegiado³³⁹. Ello es en realidad lo que debe ser puesto en el centro, pues a pesar de que la fundamentación que se dio al momento de introducir esta institución se enfocó en la necesidad de evitar la arbitrariedad fiscal, es claro que bien pudieron haberse adoptado soluciones que resguardaran de mejor forma el carácter público del derecho penal³⁴⁰.

Al revisar las modificaciones posteriores al Código Procesal Penal, puede constatarse cómo éstas siguen similares lineamientos.

Como vimos con anterioridad³⁴¹, la ley 19.789 incorpora al artículo sexto del Código Procesal Penal el deber del fiscal de promover acuerdos patrimoniales y la reparación del daño causado a favor de la víctima, cuestión que había sido erradicada del proyecto original del código. A continuación, la ley 20.253, en su versión original, contemplaba la introducción de una serie de normas para la determinación de la pena en delitos de mayor connotación social, entre las cuales figuraba la atenuante de reparar con celo el mal causado únicamente si la víctima reconocía judicialmente su satisfacción con la prestación recibida³⁴². En la misma línea, el proyecto que desembocó con posterioridad en la dictación de la ley 20.603 insistió en contemplar la reparación del daño causado, pero esta vez como medida alternativa al cumplimiento de la pena, cuestión que incluso

³³⁹ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 313.

³⁴⁰ Véase sección: derechos en relación al cierre de la investigación y forzamiento de la acusación.

³⁴¹ Véase sección: ley 19.789 de 2002, que introduce modificaciones al Código Procesal Penal.

³⁴² HISTORIA DE LA LEY N° 20.253. p. 125.

fue considerada insuficiente por no contemplar la conformidad de la víctima³⁴³. Por su parte, entre los fundamentos de la ley 20.074 puede hallarse la idea de que las garantías del proceso penal propias de un Estado democrático no pueden implicar la imposición de obstáculos innecesarios a la persecución penal en desmedro de las víctimas de los delitos. Finalmente, el fundamento mismo de la dictación de la ley 20.516 fue la necesidad de un tratamiento diferenciado del interés propio de la víctima -distinto del Ministerio Público- en el proceso penal, buscando compensar una supuesta situación de desigualdad frente a la posición del imputado.

Estas iniciativas reflejan la fuerza que va tomando en nuestro derecho la subsunción de los intereses públicos en los intereses privados de la víctima, y la presentación de las garantías procesales ya no como contrapeso frente al poder del Estado, sino como una pérdida en el estatus procesal de la víctima (juego de suma cero).

La doctrina no se ha quedado atrás a este respecto, sosteniéndose, por ejemplo, la idea de que sería necesario llamar la atención a los jueces de garantía en el sentido de que su máxima prioridad no es sólo la protección de los derechos del imputado, sino también los intereses del ofendido: Los jueces yerran en la aplicación de las normas al dar una “desviada

³⁴³ No se contemplaban ofertas de rehabilitación en el caso de la libertad vigilada y se creaban nuevas franjas de impunidad como era el caso de la reparación del daño a la víctima, la que se concebía en términos unilaterales y sin importar si esta última se sintiera efectivamente reparada o no. Véase: HISTORIA DE LA LEY N° 20.603, p. 63.

interpretación jurídica de los derechos de las víctimas”³⁴⁴. Según esta línea doctrinal, se haría necesario además establecer sistemas de defensa jurídica gratuita para las víctimas que “contrapesen los sistemas de defensa de los imputados, hoy bastante fortalecidos en el nuevo sistema procesal penal”³⁴⁵.

Por otra parte, parece ya imperativo “reconocer la influencia que han tenido los movimientos de apoyo a los ofendidos del delito en nuestro país”³⁴⁶ y, con ello, advertir cómo se verifica la idea de identificación social con la víctima. El caso de la ley 20.253 es ilustrativo de ello. En efecto, su tramitación fue presionada por una organización pro-víctima creada unos años antes de su publicación, la que reunió firmas y concitó fuerte apoyo con el objetivo principal de “remecer a las autoridades de gobierno, judiciales y a los parlamentarios, para que realicen los cambios legales que aseguren que “los delincuentes tengan castigos ejemplarizadores”³⁴⁷. Además, la discusión de este proyecto propició el debate respecto a la necesidad de proveer a las víctimas del derecho a la defensa de sus intereses penales, proponiéndose para dicho fin la creación de una defensoría especializada. A consecuencia de ello, se modificó el numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política por disposición de la ley N° 20.516.

A partir de la ley 20.074 se fue incubando la relación entre eficacia y participación del afectado. Los fundamentos de los proyectos que preceden

³⁴⁴ PIEDRABUENA, G. 2009. ob. cit. p. 672.

³⁴⁵ PIEDRABUENA, G. 2009. ob. cit. p. 677.

³⁴⁶ MORALES, A. M. 2012. ob. cit. p. 132.

³⁴⁷ 2006. Las Últimas Noticias, 30 de Mayo de 2006.

a las leyes 20.253, 20.516, y los del llamado proyecto de “reforma a la reforma”, hicieron eco de dicha vinculación, exponiéndola bajo el rótulo de dar solución a ciertos nudos normativos que impedirían el adecuado desarrollo de la tarea persecutoria, aludiendo con ello a la erradicación de los obstáculos garantistas que han impedido lograr una persecución penal eficaz, al dificultar tanto a las policías llevar a cabo sus labores como lo hacían bajo el sistema anterior³⁴⁸, como a la víctima ejercer sus derechos en la persecución penal.

Existen formulaciones doctrinales en la misma dirección. Para Piedrabuena, por ejemplo, la participación del afectado resulta central para la eficacia de la persecución penal, pero no por el hecho de que pueda constituir un elemento probatorio relevante, sino porque su presencia daría lugar a que el juez tomara en cuenta su interés en el momento de dictar sentencia. En ese sentido señala: “la ausencia de la víctima en el proceso o en sus audiencias, contribuye a una posible absolución del imputado o a la rebaja considerable de las penas dado que al momento de fallar puede considerarse subjetivamente solo la posición o interés del imputado y no de la víctima”³⁴⁹.

El paso crucial que ancla nuestro ordenamiento jurídico a la recuperación de la víctima es la inclusión, en el artículo 83 de la Constitución Política, del derecho de la víctima a ejercer la acción penal

³⁴⁸ Por ejemplo en materia de control de identidad y detención por flagrancia.

³⁴⁹ PIEDRABUENA, G. 2009. ob. cit. p. 673.

pública. Sobre la base de esta norma, en concordancia con el artículo 19 número 3 de la carta fundamental, el Tribunal Constitucional ha llegado al extremo de subordinar completamente la persecución penal estatal al derecho de la víctima³⁵⁰. En sentido similar, Guillermo Piedrabuena ha planteado que la reforma constitucional que estableció el Ministerio Público consagró en el artículo 83 una suerte de derecho constitucional autónomo a la pretensión, que constituiría el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas³⁵¹.

Como explicamos en la primera sección, los fallos posteriores del Tribunal Constitucional³⁵² ya no siguen esta vertiente, inclinándose por una tesis -más atenuada- según la cual se concede la posibilidad, para la víctima afectada por la no-formalización, de impetrar la intervención judicial por vía de una interpretación amplia del artículo 186 del Código Procesal Penal, salvándose así la inconstitucionalidad reclamada en estos fallos.

³⁵⁰ Según lo expuesto en el primer capítulo del trabajo, este pronunciamiento tuvo lugar a propósito de la necesidad de determinar la constitucionalidad de la potestad del Ministerio Público de decidir la formalización del imputado, regulada en los artículos 230 y siguientes del Código Procesal Penal.

³⁵¹ Cuestión que comprendería la facultad de deducir una acción o pretensión penal o civil, en su caso, en contra del supuesto responsable del ilícito; el deber de los órganos jurisdiccionales de resolver la pretensión formulada; la facultad de recurrir en contra de la decisión; y, por último, la facultad de solicitar la ejecución de la resolución. Véase: PIEDRABUENA, G. 2003. La Constitución y los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal chileno. En: MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL. La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal. Chile, Fallos del Mes. p. 33.

³⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 815-08. Este criterio ha sido asentado con los posteriores fallos de roles N°s 1337-09, 1380-09 y 1467-09.

Cualquiera sea la interpretación por la que se opte, la consecuencia será igualmente una nueva forma de materialización en nuestro derecho de la idea de juego de suma cero, pues una garantía que había sido concebida originariamente a favor del imputado -el derecho del imputado a pedir la formalización- es transformada en un instrumento en desmedro de su posición procesal, ya sea porque -a consecuencia de la primera interpretación- se elimina virtualmente la institución de la formalización, pues la víctima podría forzar la acusación directamente, o porque -por medio de la segunda interpretación- queda de todos modos ampliada la intervención de la víctima en el proceso penal.

No queda fuera de esta orientación el proyecto que titula este trabajo. El fundamento expresado por el proyecto consiste en conseguir una persecución penal más eficiente por medio del establecimiento de una serie de mecanismos para que la víctima pueda impugnar la decisión pública. El derecho a la revisión administrativa de la no formalización arbitraria; el derecho a solicitar al fiscal regional revertir la decisión de no perseverar en el procedimiento; el derecho a apelar de la resolución que le deniega el forzamiento de la acusación; el derecho a acceder al forzamiento de la acusación prescindiendo de la formalización³⁵³, entre otros³⁵⁴, confieren al ofendido una posición privilegiada. En razón de este nuevo estatus se erosionan garantías fundamentales del debido proceso, como son, por

³⁵³ Derecho incorporado al proyecto mediante una indicación realizada por el senador Horvath.

³⁵⁴ Véase sección: análisis particular del así llamado proyecto de “reforma a la reforma”, especialmente la facultad que confiere a la víctima para pedir la revisión administrativa de la decisión de no formalización cuando ella fuere arbitraria.

ejemplo, el derecho a la formalización, con la consecuente vigencia del principio de congruencia, y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Involucramiento de la sociedad en la lucha contra la delincuencia

El significado social de la participación de la comunidad en la lucha contra la delincuencia ha cambiado, pasando de entender por tal el reforzamiento de lazos sociales entre ciudadanos, dirigido a lograr mayor inclusión social, hacia propugnar una mayor colaboración ciudadana en las labores preventivas de las policías, llegando a plantearse que la comunidad debe asumir funciones propias de los órganos de control social. Este cambio se evidencia, por ejemplo, en el impulso que ha cobrado la seguridad privada y en la creación de recintos penitenciarios concesionados o derechamente privados³⁵⁵. Desde los entes públicos ello es mirado con buenos ojos: “hemos visto la llamativa expansión de la seguridad privada, que originariamente creció a la sombra del Estado pero que es reconocida cada vez más por el gobierno como un socio en la producción de seguridad y el control del delito”³⁵⁶. Se trata de un cambio radical que, como apunta Garland, manifiesta una “redefinición de las fronteras preestablecidas entre las esferas pública y privada, entre la justicia penal estatal y los controles de la sociedad civil”³⁵⁷.

³⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2009. ob. cit. pp. 238-239; GARLAND, D. 2005. ob. cit. pp. 54-58 y 209-211.

³⁵⁶ GARLAND, D. 2005. ob. cit. p. 57.

³⁵⁷ GARLAND, D. 2005. ob. cit. p. 57.

Una expresión interesante de esta orientación en Chile ha sido la creación de la Fiscalía Privada³⁵⁸, que, integrada incluso por ex fiscales estatales -entre ellos el ex fiscal nacional, Guillermo Piedrabuena- se propone realizar labores de prevención, investigación y persecución penal. Publicitándose a costa de falencias de la persecución pública, al sostener la incapacidad de ésta para esclarecer la ocurrencia de numerosos delitos patrimoniales, afirma que no trata de constituirse como un sustituto del ente estatal, sino como una fiscalía paralela. La autoridad no parece oponerse a la intromisión privada en la persecución pública. En ese sentido, el actual fiscal nacional declaró que le parece valorable la colaboración que pueda prestar esta entidad, mereciéndole reparos únicamente en cuanto a la utilización del nombre “fiscalía”, por afectar la propiedad industrial de la entidad que lidera³⁵⁹.

Revalorización del componente aflictivo de la pena

Los rasgos anteriormente señalados, la sensación de inseguridad, la preeminencia de la víctima y el populismo punitivo, han propiciado modificaciones tendientes a alterar el sistema de penas y su ejecución con el sólo objeto de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias

³⁵⁸ Véase: <<http://fiscaliaprivada.com/>>.

³⁵⁹ SABAS CHAHUÁN. 2013. Entrevista, 14 de abril de 2013. La Tercera. [en línea] <<http://diario.latercera.com/2013/04/14/01/contenido/pais/31-134434-9-sabas-chahuan-el-ideal-seria-un-programa-de-proteccion-a-victimas-y-testigos.shtml>> [10-07-2013].

derivadas un ilícito, haciendo eco de los sentimientos vengativos de las víctimas.

Casos como el de la ley Emilia ilustran aquel objetivo, pues de lo que se trata en esta misiva es de hacer que el condenado por un delito cumpla efectivamente una pena privativa de libertad, lo que técnicamente se ha buscado por medio del desplazamiento del marco penal.

**CAPÍTULO III: ASPECTOS DOCTRINALES DE LA
RECUPERACIÓN DE LA VÍCTIMA, RAZONES PARA SU
ABANDONO**

Derecho penal clásico, derecho penal público

El derecho penal ilustrado surge de un modelo político en el que el vínculo a un ordenamiento jurídico se encuentra determinado por la existencia de un contrato social en virtud de cual los ciudadanos participantes renuncian a parte de su libertad en pos de una garantía de libertad para todos. Bajo ese presupuesto, la existencia del Estado se justifica en la medida que posibilita que los límites a dicha renuncia de libertad sean respetados por todos³⁶⁰. Debe el derecho penal, entonces, restringir su actuación a aquellos ámbitos indispensables para garantizar el ejercicio de la libertad. Luego, no se trata de la “funcionalización del individuo por el Estado, sino del Estado por el individuo”³⁶¹. Esta concepción envuelve un concepto de bien jurídico como principio limitador del injusto penal. En palabras de Hassemer: “[e]l principio del bien jurídico remite fundamentalmente a la legitimidad de las restricciones al derecho a la libertad (de un potencial autor) y a la exigencia de que, para cada caso, se

³⁶⁰ HASSEMER, W. 1992. ob. cit. pp. 237- 238.

³⁶¹ HASSEMER, W. 1992. ob. cit. p. 238.

encuentre una legitimación para constreñir ese derecho a la libertad”³⁶². Por tanto, el derecho penal se ocupa de la protección de la libertad frente al posible actuar ilegítimo del Estado y no de la protección -directa- de la víctima. La víctima sólo es relevante porque permite la delimitación sistemática del bien merecedor de protección³⁶³. En efecto, en virtud del concepto de bien jurídico la víctima es objetivada, orientándose el sistema penal hacia la víctima potencial, mas no a la víctima actual, lo que es coherente con la espiritualización del objeto de protección. Como reconoce Eser, esta última tendencia, al diferenciar entre bien jurídico y objeto de ataque refiere el objeto de protección no, a la propiedad de la persona concretamente afectada, por ejemplo, sino a la de la propiedad en general³⁶⁴. Ello es efectivo por cuanto, materialmente, la razón de la tipificación de una conducta no está sólo vinculada a la lesión de la autonomía individual del sujeto afectado, sino fundamentalmente al contexto institucional necesario para que, en general, todos puedan gozar de la vigencia real del bien jurídico. Como explica Robles³⁶⁵, resulta

³⁶² HASSEMER, W. 1990. Consideraciones sobre la víctima del delito. Anuario de derecho penal y ciencias penales 43(1). p. 245.

³⁶³ Según Moore, es en ese sentido que las normas penales pueden ser entendidas como normas relativas-a-la-víctima: la víctima es el portador del bien jurídico. Véase: MOORE, M. 1999. Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher. Buffalo Criminal Law Review 3(65). p. 70-71.

³⁶⁴ ESER, A. 1998. ob. cit. p. 25; MAÑALICH, J. P. 2004. El Derecho penal de la víctima. Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (10). pp. 253-254.

³⁶⁵ A continuación seguimos el esquema planteado por Robles, cuya reflexión parte de la consideración de la noción de autonomía como el sustento iusfilosófico más sólido para fundamentar los mandatos y prohibiciones normativas. ROBLES, R. 2012. Introducción a la

insuficiente entender que la justificación material de la selección (tipificación) de un comportamiento como delictivo se encuentra en que éste lesiona la autonomía individual, esto es, en la vulneración del potencial de acción jurídicamente reconocido a un individuo³⁶⁶. Una fundamentación basada únicamente en la autonomía individual, si bien proporciona una base para limitar el derecho penal, requiere de ciertas correcciones. En efecto, la propiedad formal de esos derechos individuales de exclusión sólo tiene sentido si pueden ser libremente utilizados por los ciudadanos en su desarrollo personal, es decir, sólo si en cierta medida están garantizadas las condiciones de su uso³⁶⁷. Por otra parte, la vigencia real de la autonomía individual requiere de un contexto institucional, cuya materialización se encuentra, por excelencia, en la comunidad estatal. La renuncia a una parte de la libertad con la finalidad de conseguir una garantía de libertad para todos, se traduce en la asunción, por parte de los ciudadanos, de los costes que implica el mantenimiento de un orden que hace posible la verdad de la autonomía individual; un orden que hace posible la libertad real; un orden que posibilita objetivamente utilizar los potenciales de acción reconocidos por el ordenamiento jurídico para el libre desarrollo personal. De esta

edición española: Dogmática de los límites al derecho penal. En: ROBLES, R. (Ed.). Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona, Atelier. pp. 24-27.

³⁶⁶ Por autonomía individual, Robles comprende la propiedad formal de derechos individuales con la correlativa posibilidad de evitar o excluir la vulneración (reducción de potencial de acción) de este por parte de otro sujeto.

³⁶⁷ Robles denomina a esta dimensión autonomía como utilidad. El autor ejemplifica la idea con lo siguiente: La propiedad formal de una cosa deviene absurda si no se encuentran garantizadas las condiciones de su uso.

forma, “el entramado institucional para proporcionar y mantener la autonomía individual no se lesiona a través de la lesión de bienes, sino mediante la lesión de normas que garantizan la producción y el mantenimiento de la autonomía”³⁶⁸.

Desde el punto de vista de la teoría retributiva del derecho penal, de acuerdo a la formulación de Mañalich³⁶⁹, la legitimidad de las normas de comportamiento remite al derecho político que todos los ciudadanos tienen para participar del proceso deliberativo democrático de su establecimiento, el reproche de culpabilidad se justifica entonces en la falta de sentido de justicia que significa la comisión de un delito. El quebrantamiento de una norma jurídica importa la defraudación de la expectativa de reciprocidad que los miembros de la comunidad tienen de todos aquellos que participan en el proceso deliberativo democrático³⁷⁰. La irrogación de un mal que se materializa en la imposición de la pena cumple la función de expresar el reproche merecido “por un abuso unilateral de la confianza cuya reciprocidad es indispensable para la estabilidad de las normas de comportamiento cuyo seguimiento posibilita la coexistencia de iguales espacios de libertad”³⁷¹.

³⁶⁸ ROBLES, R. 2012. ob. cit. p. 26.

³⁶⁹ MAÑALICH, J. P. 2007. La pena como retribución. *Revista Estudios públicos* (108): 117-205.

³⁷⁰ MAÑALICH, J. P. 2007. ob.cit. p. 188.

³⁷¹ MAÑALICH, J. P. 2007. ob.cit. p. 143.

Recuperación de la víctima

En tiempos pasados, el conflicto penal se desenvolvía en torno a la relación intersubjetiva entre el delincuente y la víctima. El delito consistía en la mera provocación de daño a un individuo particular. En una etapa posterior este entendimiento fue mutando hacia la comprensión del delito como afectación de bienes jurídicos en lo que el injusto se determina por la vulneración de los presupuestos de una vida comunitaria, quedando la víctima objetivada en el tipo penal, y reducida, en el ámbito procesal, a un mero rol probatorio. Desde la óptica de la orientación hacia la víctima este cambió importó la pérdida para ésta de su calidad de titular de derechos subjetivos, pasando a ocupar su lugar el Estado, el que, así, le “expropia” y “despersonaliza” el conflicto³⁷². Esto último puede ser ilustrado con la siguiente referencia: “el lenguaje abstracto, simbólico, del Derecho y el formalismo de la intervención jurídica, han convertido a la víctima real y concreta del drama criminal en un mero concepto, en una abstracción más.

³⁷² Es pertinente aclarar que lo que a continuación exponemos se encuentra mayormente vinculado a posiciones neoliberales de defensa de la orientación hacia la víctima, las que ponen énfasis en el cuestionamiento a la presencia de un interés estatal en el ámbito criminal. Por contraste, las ideologías conservadoras defienden la orientación hacia la víctima con la finalidad de mermar el sentido garantista del derecho penal. Véase: JORNADAS DE la Asociación Internacional de Derecho Penal: Sección española, el Código Penal de 1995: diez años después, quinta mesa redonda: las víctimas y las tensiones que genera su intervención: 10 y 11 de junio de 2005. ob. cit.; DÜNKEL, F. 1990. La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en el derecho comparado. En: BERISTAIN, A y DE LA CUESTA, J. L. (Eds.). Victimología: VIII cursos de verano en San Sebastián. San Sebastián, Universidad del País Vasco. p. 115; DÜNKEL, F. 1992. La víctima en el Derecho penal, ¿en vías de una justicia criminal orientada hacia el autor a una orientada hacia la víctima? Papers d' Estudis i Formació (8). p. 67.

Porque definido el delito como enfrentamiento simbólico del infractor con la ley, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico ideal, anónima y despersonalizadamente, la víctima se desvanece, deviene fungible, irrelevante. De este modo, el Derecho no sólo distancia a las partes del conflicto criminal, sino que abre un abismo irreversible entre las mismas y escinde artificialmente la unidad natural e histórica de un enfrentamiento interpersonal”³⁷³. Para los defensores de esta explicación la objetivación de la víctima en el tipo penal resulta autoritaria e inconsistente con el carácter de titular de derechos que los actuales ordenamientos confieren a los individuos. Al escindir el interés protegido de su titular concreto se afirma la irrelevancia política del ofendido³⁷⁴.

En consecuencia, se haría urgente la consagración de mecanismos extrajudiciales y privatizados³⁷⁵ que permitieran la “repersonalización” del sistema penal, mejorando el clima social y la disposición del ofendido hacia el delincuente y viceversa³⁷⁶. Así, pues, debe prevalecer una mirada “realista” que no vea a la víctima como una “entelequia jurídica, sino [como] un protagonista del drama criminal, sujeto de derechos y

³⁷³ GARCÍA-PABLOS, A. 1992. ob. cit. p. 240.

³⁷⁴ BOVINO, A. 1998. La participación de la víctima en el procedimiento penal. En: Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Buenos Aires, del Puerto. p. 92.

³⁷⁵ PÉREZ CEPEDA, A. I. 2001. Las víctimas ante el derecho penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación. En: ARROYO, L. y BERDUGO, I. (Eds.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam. Vol. I. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca. p. 464; MAIER, J. 1992. ob. cit. pp. 211-212.

³⁷⁶ PÉREZ CEPEDA, A. I. 2001. ob. cit. pp. 464-465.

destinatario -usuario- último del sistema, a quien éste debe servir”³⁷⁷. De este modo, la pareja penal debería tener un rol activo en el diseño de la respuesta al hecho criminal, dando mayor cabida a la autonomía de la voluntad de las partes: “los conflictos entre ciudadanos deben ser resueltos de modo preferente en aquel lugar en que se generan [...] Con ello, no se pretende crear espacios libres de la intervención del Estado. Por el contrario, el punto decisivo estriba en limitar los cometidos del Estado de tal modo que sigan siendo compatibles con la libertad de los ciudadanos”³⁷⁸.

Esta nueva matriz desde la que se piensan los intereses en juego en materia penal proporciona una base para proponer una inversión en la carga de fundamentación de la intervención de sujetos procesales. Ahora lo obvio es que la víctima intervenga en el proceso penal, pues es su interés el que está en el centro, y es el Estado el que necesitaría proveer una justificación adicional: los órganos públicos de persecución actúan “en tanto vuelve[n] eficaz la defensa de los derechos de las víctimas o de sus intereses afectados. Si en cada delito además de la afectación de intereses particulares existe un interés de la sociedad, esto es un problema agregado, que requiere una justificación, pero que de ninguna manera debe evitar la justificación de lo anterior”. La inserción de un interés social en la persecución penal supondría una justificación muy precisa y concreta para poder sobreponerse al interés individual de la víctima³⁷⁹.

³⁷⁷ GARCÍA-PABLOS, A. 1992. ob. cit. p. 261.

³⁷⁸ ESER, A. 1998. ob. cit. p. 8, nota al pie N° 3.

³⁷⁹ BINDER, A. 1999. ob. cit. p. 217.

Esto se traduce en la derogación del principio inquisitivo y de la persecución oficial del Estado y en el paso a un procedimiento puramente adversarial. Se trata de la preeminencia del principio dispositivo, en que la autoridad pública se limita a actuar como ente imparcial ante los conflictos interpersonales. En esa dirección apunta Palavecino, cuando afirma que “en un sistema socio político que se funda en el reconocimiento y respeto de las libertades individuales, no hay disyuntiva admisible, porque mientras el sistema dispositivo se basa en la primacía de la persona sobre el Estado, el sistema inquisitivo obedece al principio inverso”³⁸⁰.

En definitiva, la solución ideal a los conflictos penales sería la intervención del Estado sólo a solicitud de un particular y sólo para proveer mecanismos de composición que permitan el restablecimiento, fáctico o simbólico, del *statu quo ante*³⁸¹.

Esta orientación ha obtenido respaldo en gran medida por su vinculación con la doctrina de lucha contra la impunidad³⁸², la que, surgida al alero de los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia internacional de tribunales como la Corte Penal

³⁸⁰ PALAVECINO, C. 2011. Sistemas procesales e ideologías. Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (17). p. 25.

³⁸¹ En ese sentido expresa Maier: no puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al *statu quo ante*. En verdad, ésta es, teóricamente, la respuesta ideal [...] Reponer las cosas al estado ideal que tenían antes del delito o colocarlas en el estado deseado que deberían tener sin el delito son, entonces, proposiciones políticas racionales [...] La reparación, en sentido amplio, es, así, una meta racional propuesta como tarea del derecho penal”. Véase: MAIER, J. 1992. ob. cit. p. 207-208.

³⁸² SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit. pp. 35 y 48.

Internacional³⁸³ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁸⁴, secundadas por los tribunales constitucionales nacionales³⁸⁵ y por organizaciones de defensa de derechos humanos³⁸⁶, con el objeto de hacer efectiva la responsabilidad penal en los casos de criminalidad de Estado, pone en el centro de las misiones del derecho penal el derecho y el interés de las víctimas a que se establezca la verdad y se haga justicia³⁸⁷.

El derecho de las víctimas a la verdad y a la justicia ha sido entendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el derecho “a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables”, como una prolongación del principio de dignidad humana³⁸⁸. La doctrina ha hecho eco de la tendencia jurisprudencial, entendiendo que este derecho dirige un cuestionamiento hacia el fundamento del propio derecho penal, pues considera que el derecho a la tutela judicial efectiva constituye la base

³⁸³ El contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional envolvería una “ideología de la punición infinita”. Por otra parte, es considerable la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29/11/1985, que reconoce expresamente del derecho de la víctima a la reparación del daño. Véase: SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit. p. 35.

³⁸⁴ Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, de 26 de septiembre de 2006. Caso Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú, de 14 de marzo de 2001 (“caso Barrios Altos”).

³⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit. pp. 38, nota al pie N° 21, y 39, nota al pie N° 23.

³⁸⁶ Significativo es a este respecto el caso de Amnistía Internacional, que ha hecho suyos los postulados de la doctrina de la lucha contra la impunidad.

³⁸⁷ Sobre ello véase: SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit.; BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 526.

³⁸⁸ REYNA, L. M. 2006. ob. cit. p. 154.

insustituible de legitimación del poder punitivo³⁸⁹. Desde esta óptica, la función de las garantías consagradas en los instrumentos internacionales se proyecta en sentido bilateral, protegiendo genéricamente tanto a la víctima como al imputado³⁹⁰, pues “la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”³⁹¹. No obsta para dicha comprensión el hecho de que en el texto de la normativa supranacional las garantías del proceso estén diseñadas claramente en beneficio del imputado, dado que “las opiniones y decisiones de los organismos regionales encargados de velar por su aplicación y guía [...] han evolucionado decididamente en ‘sentido bilateral’ [considerando,] la sanción penal del culpable como un modo de protección o reparación de la víctima del delito, a la que se le reconoce el derecho de procurar su castigo ante los tribunales penales”³⁹². En esa dirección, Gunther sostiene que la declaración de culpabilidad, a la que la víctima tiene derecho, tiene por finalidad compensarla por la humillación y dolor permanente que el delito le provoca³⁹³.

³⁸⁹ CAFFERATA, J. 2000. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Buenos Aires, del Puerto. p. 52-53.

³⁹⁰ CAFFERATA, J. 2000. ob. cit. pp. 10, 14 y 15.

³⁹¹ CAFFERATA, J. 2000. ob. cit. p. 16.

³⁹² CAFFERATA, J. 2000. ob. cit. p. 17.

³⁹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit. p. 53; PRITTWITZ, C. 2005. La resurrección de la víctima en la teoría pena.[en línea] Revista general de derecho penal noviembre 2005 núm. 4 <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=4> [consulta: 8 de agosto de 2013]. p. 15.

Hay quienes, más allá del derecho a la sola declaración de culpabilidad, abogan por el derecho de la víctima a obligar al Estado a infligir dolor al autor, lo que la restablecería a su posición originaria, pues, según Reemtsma, al ver al delincuente castigado obtiene su resocialización, previniendo la prosecución de un daño adicional³⁹⁴.

Este derecho de las víctimas a la justicia, propuesto por la doctrina de la lucha contra la impunidad, se ha buscado traducir teóricamente dentro de la teoría retributiva de la pena por formulaciones como la de George Fletcher. Según este autor, los intereses de la víctima debiesen ser integrados a la teoría retributiva por dos motivos. Porque la función de la práctica punitiva consiste en derribar la situación de dominación del autor sobre la víctima que se genera a partir del hecho delictivo³⁹⁵. Y porque, considerando un justo y equitativo tratamiento a los ciudadanos, al no sancionar deliberadamente a los criminales la sociedad adquiere indirecta responsabilidad por el hecho³⁹⁶.

Como pudimos ver, la recuperación de la víctima envuelve aspectos profundos que se engarzan con todo el sistema penal³⁹⁷. Desde la mirada de

³⁹⁴ PRITTWITZ, C. 2005. ob. cit. pp. 12-15; SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit. pp. 52-53.

³⁹⁵ FLETCHER, G. 1999. The place of Victims in the Theory of Retribution. Buffalo Criminal Law Review 3(51). pp. 57-58 y 63.

³⁹⁶ FLETCHER, G. 1999. ob. cit. pp. 61 y 63.

³⁹⁷ Como dice Maier, se trata “de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el derecho procesal penal [...] se trata [en síntesis] de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto. Véase: MAIER, J. 1992. ob. cit. p. 190; BOVINO, A. 1998. ob. cit. p. 88.

Eser, la recuperación del equilibrio adecuado entre los intereses concretos del lesionado y los intereses generales representados por el Estado, pasa por cambiar la perspectiva del sistema penal en el siguiente sentido: En primer lugar, debe mutar la concepción del delito como mera vulneración general del derecho hacia un concepto dual en el que no se excluya la lesión de intereses individuales; en segundo lugar, en correlación a lo anterior, los fines de la pena deben comprender tanto los de carácter general o estatal como la reparación individual; por último, estas dos cuestiones deben repercutir en el proceso penal, dotando a la víctima de una adecuada posición en el mismo, sobre la base de un derecho originario y no como una mera concesión³⁹⁸.

La reorientación hacia la víctima frente al derecho penal público

La concepción privatizante resulta inconsistente con la fundamentación del derecho penal a que hacíamos alusión al comienzo. La noción de autonomía individual de la víctima lesionada, no puede constituir el sustento de prohibiciones penales que intenten la construcción de un entorno institucional que posibilite el ejercicio de una auténtica autonomía.

De acuerdo a la formulación de Robles, anteriormente expuesta, existen situaciones que lesionan ese entorno y que no están centradas en la relación víctima-delincuente. Dentro de estas cabe englobar a todo el conjunto de delitos sin víctima (por ejemplo, los delitos fiscales, los delitos

³⁹⁸ ESER, A. 1998. ob. cit. pp. 39-43.

funcionarios, el delito de desacato, etc.) y a aquellos que se refieren a estructuras colectivas que exceden la mera suma de los individuos particulares que las constituyen. Si lo que se pretende es defender la autonomía de la voluntad individual, no debe pasarse por alto que su real vigencia depende de un contexto en que la protección de derechos no quede sólo en la declaración formal de la propiedad de los mismos.

La legitimidad de las constricciones a la libertad que protegen el entorno institucional, necesario para la vigencia de la autonomía individual, descansa sobre la participación ciudadana en un sistema democrático. La superación de la contraposición entre ciudadano y súbdito está en la base de esta formulación, y con ello un entendimiento de las normas como productos de la libre deliberación ciudadana. Esto permite que las personas puedan verse a sí mismas como co-autoras de los mandatos y prohibiciones legales que sobre ellas rigen. Sobre este supuesto es que pueden rechazarse las concepciones que ven en el concepto de delito, como noción centrada en la relación ciudadano-Estado, y en el principio inquisitivo, una funcionalización del individuo por el Estado. Se trata, al contrario de lo que cree Palavecino, de la funcionalización del Estado por los individuos. La persecución oficial y necesaria es una expresión de la autonomía institucional, una forma en que los propios ciudadanos construyen colectivamente su propia libertad.

Los principios sobre los que se cimienta el edificio normativo construido por el derecho penal clásico -la presunción de inocencia, los

principios de culpabilidad, legalidad, igualdad, proporcionalidad, jurisdiccionalidad y debido proceso- que limitan la actuación estatal por medio de su estricta formalización, están siendo cuestionados por la reorientación hacia la víctima bajo el influjo de la seguridad ciudadana. La demanda por seguridad de parte de las víctimas y de la comunidad en general, que ante todo se identifica con aquellas, y, por otra parte, los cuestionamientos a la eficacia del sistema penal para dar respuesta a dichas demandas, ven a ciertos elementos característicos del derecho penal clásico como obstáculos a la ansiada “gestión eficiente de las cuestiones de seguridad”³⁹⁹. Como explica Silva Sánchez, presenciamos un abandono del trato con valores y de los procedimientos formales a través de los cuales se materializa dicho trato; el desprecio por la forma y el fondo; la desconfianza hacia lo público y formalizado, cuestiones todas respecto de las cuales se ha comenzado a producir cierta deslegitimación, dando lugar a la desformalización y privatización del derecho penal⁴⁰⁰. Esta orientación sigue una política criminal securitaria que desconoce que un derecho penal fiel a sus principios no puede realizar la misión que se le encomienda de control y represión de la violencia, por medio de la difuminación de los presupuestos de la imputación, el endurecimiento de los medios coactivos y el empleo superficial de los delitos de peligro abstracto⁴⁰¹.

³⁹⁹ Véase: SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. ob. cit. p. 74; HASSEMER, W. 1990-1991. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”. Estudios penales y criminológicos (15). pp. 189-190.

⁴⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. ob. cit. pp. 74-79.

⁴⁰¹ HASSEMER, W. 1990-1991. ob. cit. p. 192.

En el planteamiento de Silva Sánchez, la privatización aparece estrechamente ligada a la desformalización. Asimismo, para Albrecht la privatización forma parte del actual proceso global de informalización del derecho penal: “los derechos fundamentales pueden ser comprometidos donde quiera que los lazos para el poder público no sean ampliamente reconocibles -cuando, por ejemplo, la ejecución de una sentencia es puesta en manos privadas; cuando la responsabilidad de proteger espacios públicos es entregada a servicios privados de seguridad; o, más notoriamente, cuando partes privadas llegan a ser envueltos por el orden estatal en procedimientos de investigación-. Entonces, las protecciones procedimentales [...] pierden su efectividad porque ellas no fueron destinadas a aplicarse a las acciones de partes privadas”⁴⁰². En nuestro derecho es posible constatar en algunas instituciones del proceso penal la vigencia simultánea de ambos fenómenos, como en los acuerdos reparatorios. Si bien esta estrecha relación no resulta tan evidente en el caso del forzamiento de la acusación -y con ello en la misiva a la que nos dirigimos en este trabajo-, puesto que se orientan a la realización del procedimiento ordinario, evitando la aplicación de salidas alternativas, en estos la protección procedimental constituida por el procedimiento ordinario, conforme a la formulación de Albrecht, pierde su efectividad dado que no está diseñada para ser ejercida por privados. Estas instituciones riñen con el carácter público implícito en la garantía de

⁴⁰² ALBRECHT, P. 2006. La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal. En: SCHÜNEMANN, B. (Ed.). La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal. Lima, Grijley. p. 53.

formalización. La publicidad y la formalidad materializan la vigencia de la igualdad y los demás derechos fundamentales de la persecución penal.

La doctrina de la lucha contra la impunidad, foco desde el cual se han propagado ampliamente los postulados de la reorientación hacia la víctima, subrayando el carácter excepcional de su aplicación a casos de criminalidad de Estado, hace ceder ciertos principios cardinales del derecho penal, oponiéndose a todas aquellas instituciones que expresan una cierta orientación hacia el autor o a las necesidades de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, como afirma Silva Sánchez, “[s]ería erróneo afirmar que las doctrinas contra la impunidad patrocinan sólo un Derecho penal de excepción para afrontar una criminalidad excepcional. Su alcance acaba siendo muy superior, comprendiendo también delitos distintos de los propios de la criminalidad estatal o paraestatal”⁴⁰³. Daniel Pastor denomina a este riesgo de extensión “efecto metástasis”: a pesar de que se intente limitar estas tendencias a situaciones excepcionales, estos postulados han comenzado a permear la totalidad del derecho penal⁴⁰⁴. Esta circunstancia determina la centralidad que actualmente ocupa la víctima en la dogmática y en la política criminal. Los argumentos a favor de modificaciones legales fundados en los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia resultan perfectamente generalizables para el resto de la criminalidad grave. No hay razones para pensar que, por ejemplo, las objeciones a la amnistía de un

⁴⁰³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit. p. 47.

⁴⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit. pp. 46-48.

delito de Estado no sean aplicables a los crímenes contra la vida y, en general a los delitos graves⁴⁰⁵.

El problema de la metástasis de la recuperación de la víctima, en general, y de su derecho a la justicia, en particular, radica en que su natural consecuencia sería afirmar el derecho del ofendido al castigo del autor, y con ello su derecho a la tutela judicial efectiva. Este último no puede sustentarse con total independencia del primero. En efecto, toda la discusión doctrinal respecto al concepto de acción gira en torno al nivel de vinculación que éste puede tener con el derecho subjetivo. La mayoría de la doctrina adhiere a la noción de acción como derecho de los particulares a poner en movimiento la actividad jurisdiccional a objeto de que se pronuncie respecto de determinada situación ligada a un interés o derecho subjetivo que invoca. En consecuencia, no es posible una total desvinculación entre ambas cuestiones⁴⁰⁶. Si esto es así, para poder ejercer una acción penal, la víctima necesitaría sustentar un interés penal. ¿Qué derecho o interés podría invocar la víctima para justificar su participación? ¿Su derecho al castigo del imputado?

De ser ello efectivo, habría que entender que la finalidad de la imposición de la pena es la satisfacción del interés de la víctima⁴⁰⁷, habría que sostener que el juicio de reproche está centrado en el daño empíricamente causado al ofendido, y no en la defraudación de la

⁴⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit. p. 47.

⁴⁰⁶ BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 519.

⁴⁰⁷ BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 525.

expectativa de reciprocidad entre los ciudadanos en el seguimiento de la norma, derivada de la legitimidad democrática de su establecimiento.

La noción de acción penal que se sigue de esta última formulación conduce a un impropiedad⁴⁰⁸, pues la acción penal no es un “derecho” ejercido por el Ministerio Público para poner en movimiento la jurisdicción en base a cierta posición jurídica afirmada, sino un cumplimiento de sus deberes derivados del derecho objetivo: se trata en realidad de una prolongación del principio de legalidad⁴⁰⁹. La acción es importante sólo para efectos de enfatizar la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, es decir, para asegurar la imparcialidad del ente jurisdiccional, pero no para asegurar el derecho de un particular a solicitar tutela a un tribunal⁴¹⁰.

Por eso, la pretensión de analogar la acción penal a la civil, como lo hiciera el Tribunal Constitucional bajo el pretexto de compensar al ofendido por la prohibición de autotutela⁴¹¹, es posición minoritaria. La mayoría de la doctrina sostiene tiende a separar la acción en ambas ramas⁴¹², sosteniendo que se trata de cuestiones enteramente diversas, y recomendando el

⁴⁰⁸ BINDER, A. 1999. ob. cit. p. 214.

⁴⁰⁹ BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 522 y 529.

⁴¹⁰ BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 522, 529 y 530.

⁴¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 815-08.

⁴¹² BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 522.

abandono de la expresión “acción penal”, o bien su utilización en un sentido enteramente diverso⁴¹³.

La persecución necesaria, oficial y garantísticamente formalizada, que rige como regla general en el derecho penal público, se opone a conferir al sujeto ofendido un papel relevante dentro de sus finalidades o mecanismos. Como Schünemann, no puede estar en la voluntad de un ciudadano -imputado y/o víctima- desencadenar la pena criminal estatal⁴¹⁴, la posibilidad para los privados de disponer del objeto del proceso es incompatible con un proceso penal que basa su legitimidad en constituirse en una herramienta para el averiguamiento de la verdad material, en un mecanismo de constatación segura de si la norma penal ha sido inobservada⁴¹⁵.

Todo lo anterior no excluye la posibilidad de aceptar la existencia de otro tipo de intereses de la víctima derivados de la comisión de un ilícito. Sin embargo, impone que tienen en realidad una naturaleza no penal, sino civil⁴¹⁶ o constitucional⁴¹⁷.

⁴¹³ BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 529 y 530.

⁴¹⁴ SCHÜNEMANN, B. 2010. Crítica del modelo norteamericano de procedimiento penal. En: INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. Derecho penal y política criminal: libro en homenaje a Álvaro Bunster. Ciudad de México, Ubijus. p. 24.

⁴¹⁵ SCHÜNEMANN, B. 2010. ob. cit. p. 23.

⁴¹⁶ Por ejemplo, la llamada acción restitutoria de las especies robadas, hurtadas o estafadas, y la acción reparatoria por los daños causados por el ilícito.

⁴¹⁷ Por ejemplo, derecho a la integridad física y psíquica, derecho a la honra y a la vida privada y familiar.

Dos manifestaciones de la reorientación del derecho penal hacia la víctima: la reparación del daño y el mejoramiento del estatus procesal del ofendido

A consecuencia del impacto de estas propuestas, muchas de las modificaciones al sistema penal han buscado legitimación en la atención preferente a la víctima del delito, lo que se ha traducido, por una parte, en un mejoramiento del estatus del ofendido en el procedimiento, tanto por reformas que pretenden reforzar su protección procesal, mejorando su posición pasiva, como por la construcción de facultades procesales activas a su favor; y, por otra, en la incorporación de la reparación como una forma de reacción del sistema penal frente a la comisión de un hecho delictivo⁴¹⁸. Buscamos indagar si estas propuestas son admisibles dentro del derecho penal público.

Reparación como consecuencia jurídico-penal

La recuperación de la víctima ha dado lugar a un profundo debate respecto a la incorporación de la reparación como una forma de reacción del sistema penal frente a la comisión de un hecho punible.

Este debate ha puesto en tela de juicio la distinción existente entre los ámbitos civil y penal. En tanto el derecho civil regula las relaciones y conflictos entre los individuos, el derecho penal regula los conflictos de especial gravedad que se suscitan entre el ciudadano infractor y la sociedad

⁴¹⁸ HIRSCH, H. J. 1992a. ob. cit. pp. 97-98.

representada en el Estado. Es por esta clara distinción imperante hasta ahora que en doctrina ha resultado controvertido cuál es el estatus que debe asignarse a la reparación en tanto consecuencia jurídica reconocida por el sistema penal.

Estatus de la reparación

La reparación ha sido adoptada bajo dos modalidades en los ordenamientos jurídicos, como pena o como prestación voluntaria que permite excluir o atenuar la pena⁴¹⁹.

Reparación como pena

Existen autores que postulan que la reparación debe ser entendida como una pena. Sessar, por ejemplo, parte de la constatación de que en determinados ámbitos de intervención penal, pretendiéndose representar intereses públicos, se reconoce la existencia de intereses preponderantemente privados. La identificación de dichos ámbitos es, sin

⁴¹⁹ Existe una tercera línea doctrinal que sostiene que la reparación constituye una finalidad jurídico-penal autónoma, en el sentido de que la pacificación de las relaciones sociales a través de respuestas tendientes a paliar los efectos nocivos concretos derivados de un delito -la reparación-, constituyen un objetivo de la intervención del derecho penal. Según Seelmann, se trata de un concepto de reparación específicamente penal, cuya raíz se encuentra tanto en las teorías absolutas de la pena, vinculando la reparación con la idea de conciliación, como en las teorías de prevención general, particularmente prevención de integración, vinculada al apaciguamiento de la comunidad jurídica por medio de la satisfacción del interés de un arreglo justo. Así, la reparación debe diferenciarse de las obligaciones civiles de reparar, pues posee características propias de una pena, por ejemplo, la irrogación de un mal, el reproche público. Véase: PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. Reparación y Conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía? Granada, Comares. pp. 210-222.

embargo, una cuestión históricamente variable, y, en consecuencia, la solución no va por excluir del derecho penal aquellos en los que actualmente preponderan intereses privados. Ello justifica la instauración de la reparación como una sanción penal autónoma en aquellos casos en que el llamado “interés público en realidad no concurre, porque prevalecen los intereses privados en una compensación del daño”⁴²⁰. Así, la obligación de reparar debe ser declarada en la condena, estableciéndose una imposición coactiva de prestaciones reparatorias, cuyo monto debe determinarse en consideración a criterios civiles⁴²¹.

Sobre estas posturas se cimienta teóricamente la ley 20.084⁴²², al menos en lo relativo a la instauración de la reparación como pena. Esta ley contempla la posibilidad de que la reparación pueda adoptar las siguientes modalidades: prestación en dinero; restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción; o servicio no remunerado a favor de la víctima. Puede observarse sin embargo, que el último de los casos mencionados se aparta del modelo teórico en que se sustenta, desde que requiere para su imposición el consentimiento previo del condenado y la víctima.

Reparación como prestación autónoma excluyente o atenuante de la pena

⁴²⁰ PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. pp. 223-224.

⁴²¹ MAÑALICH, J. P. 2004. ob. cit. p. 258.

⁴²² Que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

Una segunda línea doctrinal plantea que la reparación debe ser entendida como una prestación de carácter autónomo que puede servir para el cumplimiento de los fines tradicionales de la pena: una tercera vía al lado de la pena y la medida de seguridad. Si en el caso concreto la reparación puede conseguir dichos fines, para lo cual se estima fundamental la realización voluntaria y espontánea⁴²³, ésta debe sustituir o bien atenuar la pena a imponer. Para Roxin, la reparación no involucra una reprivatización del derecho penal, pues, si bien hay un cambio en el entendimiento de cómo se relaciona el derecho penal con el civil, específicamente un “ensamblado de ambos espacios jurídicos, que se corresponde con la función que les es común, la resolución pacificadora y moderada de los conflictos sociales”⁴²⁴, no por ello se eliminan sus fronteras.

Esta propuesta constituye el marco teórico que sustenta la institución de los acuerdos reparatorios: acuerdo voluntario entre víctima e imputado que evita la imposición de la pena con objeto de lograr de mejor forma los fines preventivo especiales.

⁴²³ MAÑALICH, J. P. 2004. ob. cit. p 258.

⁴²⁴ PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. p. 243.

Argumentos favorables a la reparación como una consecuencia jurídico-
penal

Realización de los fines de la pena

La defensa de la reparación como prestación autónoma se centra en que ello respetaría las exigencias de prevención general y especial.

Desde la perspectiva de esta teoría, en la formulación de Roxin no se examina la correspondencia de esta institución con el fin retributivo de la pena, pues se parte del supuesto de que en un Estado democrático moderno, en el que la pena se configura como un instrumento de política social, se debe excluir dicha concepción punitiva.

El mencionado autor, desde el punto de vista preventivo general, reconoce que el efecto intimidatorio (prevención general negativa) es bastante limitado en la reparación, pero agrega, con el objeto de paliar esta deficiencia, que dicho efecto es relativo en las penas tradicionales, pues depende más del riesgo a ser descubierto que de la gravedad o intensidad de la sanción a imponer a la conducta, por lo que los esfuerzos para fortalecer la prevención general negativa deberían ir encaminados a mejorar las labores policiales y de persecución que a intensificar las amenazas penales. Por su parte, la compensación del daño satisface la exigencia de la prevención general positiva en cuanto prevención de integración. Para entender esto es necesario explicar brevemente cómo Roxin comprende la prevención general positiva. El autor distingue tres efectos en relación a

ella: el efecto de aprendizaje, relativo a la enseñanza social que pretende producir fidelidad al derecho; el efecto de confianza, que se logra en la medida que el ciudadano constata que el derecho se hace respetar; y el efecto de pacificación, en virtud del cual la conciencia jurídica de la generalidad se ve apaciguada ante la constatación de que el delincuente ha realizado lo necesario para revertir la infracción normativa, entendiéndose zanjado el conflicto con el autor. A este último efecto se limitaría el concepto de prevención de integración⁴²⁵. Bajo esta comprensión, considerando a la víctima como un representante destacado de la generalidad, se concluye que la satisfacción de las necesidades del ofendido consigue el restablecimiento de la paz jurídica.

Se postula que la reparación presentaría otras ventajas favorables a la prevención general positiva. Entre ellas destaca la idea de que al diversificar la reacción penal a través de la reparación se protegería de mejor manera el bien jurídico, en la medida en que ésta no constituye un símbolo abstracto de desaprobación sino que, al guardar directa relación con el hecho, manifiesta claramente el grado de lesividad de la conducta.

Desde la perspectiva preventivo especial, Roxin afirma que la reparación favorecería el desarrollo de procesos internos en el autor que no son posibles con la imposición de una pena. La compensación importa un esfuerzo del infractor por reconocer su injusto y reinsertarse en la comunidad jurídica, al enfrentarlo directamente con los daños ocasionados

⁴²⁵ PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. p.238.

y con la víctima de los mismos, favoreciendo así su resocialización. En sentido similar, para García-Pablos la resocialización del infractor depende más del contacto con los daños que ha provocado en su víctima que con la infracción de la norma. La reparación constituiría una manera más adecuada de que el delincuente tome conciencia del mal causado⁴²⁶.

Por otra parte, el contenido mismo de la reparación, entendida como una prestación socialmente constructiva, favorece una realización espontánea y voluntaria de las consecuencias penales, e incluso un reconocimiento del derecho, en la medida en que puede ser asimilada por el autor como razonable y justa⁴²⁷.

En tercer término, se destacan las ventajas respecto al modelo de tratamiento, por cuanto la reparación no implica la prolongación indefinida de las medidas resocializadoras, evitando la vulneración al principio de legalidad y un peligro de afectación de la personalidad⁴²⁸.

Principio de ultima ratio

El principio de *ultima ratio* constituye una de las justificaciones medulares de la incorporación de la compensación del daño al sistema

⁴²⁶ GARCÍA-PABLOS, A. 1992. ob. cit. p. 261; en el mismo sentido, Pérez Cepeda señala que la conciliación supone una menor estigmatización y coerción respecto al delincuente, ya que “el consenso que se obtiene [...] posibilita la pacificación y mejor rehabilitación del ofensor frente a las soluciones autoritarias jerárquicas e impuestas que vienen del proceso penal tradicional”. Véase: PÉREZ CEPEDA, A. I. 2001. ob. cit. p. 465.

⁴²⁷ PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. pp. 239-240.

⁴²⁸ MAÑALICH, J. P. 2004. ob. cit. p. 262.

penal. Este principio impone que el derecho penal sea utilizado como el último mecanismo para la solución de los conflictos sociales, quedando reservado para aquellos casos, en que por la gravedad e intensidad de la lesión del derecho, no resultan suficientes otros medios de control social. La defensa de la reparación arguye la necesidad de extender su vigencia, tradicionalmente limitada al momento de la conminación penal abstracta, al momento de la decisión judicial de imposición de la pena. Desde el punto de vista de las teorías que conciben a la reparación como pena, esto se traduce en que ésta ocupe un lugar preeminente frente a las penas tradicionales. Como afirman Bustos y Larrauri: “una concepción generosa del principio de *ultima ratio* requiere no solo que la intervención del derecho penal sea la última sino, además, que la pena privativa de libertad sea la última en el catálogo de sanciones penales”⁴²⁹. Para la doctrina de la tercera vía, ello implica que la aplicación de la pena quede supeditada al fracaso de la alternativa reparatoria⁴³⁰.

⁴²⁹ BUSTOS, J. y LARRAURI, E. 1993. *Victimología: presente y futuro*. 2ª ed. Santa Fe de Bogotá, Temis. p. 70.

⁴³⁰ Como observa Mañalich: “la evaluación de la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* desde el punto de vista del principio de subsidiariedad ha estado tradicionalmente circunscrita al momento de conminación penal abstracta, esto es, al momento de la decisión legislativa de fundamentación de la pena; la reparación extiende el juicio de legitimación desde la perspectiva del principio de subsidiariedad al momento de la decisión judicial de imposición de la pena”. Véase: MAÑALICH, J. P. 2004. *ob. cit.* p. 263.

Dotación de mayor eficacia al sistema penal a través de la reparación

La eficacia de la reparación en tanto prestación autónoma se remite a las virtudes económicas que, en general, se atribuyen a los mecanismos de oportunidad, esto es, dar salida expedita a un mayor número alto de casos con un dispendio menor de recursos que un proceso. Pues, este último, “pese a su automatismo se ha revelado tradicionalmente como largo y costoso, lo cual le convierte en ineficaz frente a la mayor celeridad y economía que posibilita la solución pacífica del conflicto”⁴³¹. En definitiva, como apunta Vargas, se trata de atender al principio de escasez: pretender “investigar y sancionar todos los delitos que se cometen en el país [...] no puede sino ser una simple declaración, desprovista de cualquier posibilidad práctica de materializarse [...] Lo irreal de esta declaración se comprueba al apreciar las múltiples válvulas de escape que hoy [bajo el antiguo procedimiento penal] operan en el sistema con carácter informal, es decir sin una reglamentación precisa y, lo que es más grave, sin mecanismos que permitan controlar públicamente su utilización”⁴³². Adicionalmente, la tercera vía presenta la ventaja de evitar la imposición de la pena privativa de libertad, y con ello el desembolso estatal en la manutención de las instituciones necesarias para la etapa ejecutiva⁴³³.

⁴³¹ PÉREZ CEPEDA, A. I. 2001. ob. cit. p. 464.

⁴³² VARGAS, J. E. 1999. Criterios económicos en la reforma procesal penal. Apuntes de Derecho, Universidad Diego Portales (5). p. 31.

⁴³³ PÉREZ CEPEDA, A. I. 2001. ob. cit. p. 470.

Fundamentos para descartar a la reparación como una consecuencia
jurídico-penal

Rechazo de la reparación como pena: lo decisivo es el fin

En respuesta a la teoría que comprende a la reparación como pena se ha sostenido que no es suficiente para entenderla como tal el hecho de que cumpla finalidades preventivas y sea percibida como un mal, pues lo decisivo está en el fin que se busca. El resarcimiento persigue la indemnización de los daños materiales e inmateriales derivados de un hecho delictivo, mientras que la pena, en cambio, busca infligir un mal que excede la compensación de los daños⁴³⁴. “La reparación trata de restablecer un estado ‘eliminando un estado no justificado en Derecho a través del que se adecúa al ordenamiento jurídico’. La pena, consistente en un daño, no trata de eliminar un estado que se opone al Derecho. El delito [...] constituiría una infracción irreparable del ordenamiento jurídico, y la pena significaría la pura retribución de aquella”⁴³⁵. En palabras de Hirsch, “en la clasificación de un instituto jurídico, no se trata exclusivamente de una pregunta sobre la etiqueta y sobre la asignación procesal, sino de aquello que manifiesta ontológicamente. Una cosa que en el Derecho civil es resarcimiento no se convierte en pena porque se practique en el derecho penal”⁴³⁶. De acuerdo a Moore, el derecho penal corresponde a la categoría

⁴³⁴ PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. p. 248.

⁴³⁵ PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. p. 208.

⁴³⁶ HIRSCH, H. J. 1992b. ob. cit. pp. 60-61.

funcional, esto es, aquello que se entienda pertenecer al derecho penal debe poder responder a una determinada función: la de expresar el reproche merecido. Por ello si la reparación no resulta adecuada para cumplir esa función, no puede contar como derecho penal⁴³⁷.

Rechazo de la reparación como tercera vía: falsedad de la función de pacificación universal

El concepto de prevención de integración atribuye al derecho penal una función pacificadora universal que no le es propia, pues deja de lado el hecho de que la faceta penal de un caso sólo constituye una parcela de su solución jurídica, ya que pueden intervenir en ésta otras áreas del derecho. En el ámbito criminal, la función pacificadora se limita al ámbito específico de la pretensión punitiva del Estado y de las penas ligadas a ella, manifestándose en la obtención de una justa punición del autor. “Constituye, en cambio, algo diferente, extraño a estos fines, el hecho de que la víctima obtenga el resarcimiento”⁴³⁸, cuestión propia de la función pacificadora civil.

⁴³⁷ MAÑALICH, J. P. 2007. ob. cit. pp. 118-120.

⁴³⁸ “[L]os fines de la pena o los fines del derecho penal se refieren, entonces, a las consecuencias jurídicas de naturaleza específica jurídico-penal: se trata de instrumentos que operan sobre el autor”. Véase: HIRSCH, H. J. 1992a. ob. cit. pp. 109-110; Una exposición de las críticas de Hirsch a la propuesta de Roxin y la respuesta de éste a dichos cuestionamientos véase en: PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. pp. 247-256.

Inconsistencia entre la tesis de la adecuación preventivo-general de la reparación y la teoría dialéctica de la unión

Al planteamiento roxiniano de la reparación se opone cierta inconsistencia entre la conformidad preventivo general de la reparación y la teoría unificadora dialéctica de justificación de la pena⁴³⁹. De acuerdo a esta última, existen tres estadios en la práctica punitiva que requieren de justificación por separado: el de conminación, el de imposición y el de ejecución de la pena. En el primero, la pena se justifica por consideraciones de prevención general; en el segundo, por consideraciones retributivas o retrospectivas; y, en el último, por consideraciones preventivo especiales. Si la justificación prospectivamente racional de la pena debe concentrarse en el momento de la conminación penal, es decir, en la función preventivo general de amenaza, tanto en su faz negativa como positiva -dada ésta última por el hecho de que la sola prohibición acompañada de una pena robustece la conciencia jurídica general y hace presente el valor del bien jurídico-, no es consistente defender al mismo tiempo la reparación por su potencial preventivo general, pues esta sólo puede desarrollar su efecto preventivo de integración al momento de la imposición de la pena, en el que la sanción se justifica, siguiendo al mencionado autor, por consideraciones retrospectivas. Entonces, “[p]uede esbozarse la tesis de que, más bien, lo que cabe constatar cuando se afirma la posibilidad de renunciar a la imposición de la pena por la materialización de actos de reparación no es

⁴³⁹ Una breve exposición de su teoría véase en: ROXIN, C. 1976. Sentido y límites de la pena estatal. En: Problemas básicos del derecho penal. Madrid, Reus. pp. 20-34.

una sustitución de un mecanismo de satisfacción de necesidades de prevención por otro mecanismo equivalente, sino que un indicio de ausencia de necesidad preventiva. Precisamente por ello, siempre la propuesta de la integración de la reparación en el sistema penal aparece referida a delitos de baja lesividad”⁴⁴⁰.

Defensa del fin retributivo y crítica a los fines preventivos de la pena.

Las teorías prevencionistas se sientan en general sobre una moral utilitarista, esto es, una en que la pena sólo se justifica en tanto importe un beneficio social mayor al mal que significa su imposición. Esa máxima conduce a adoptar una actitud cosificante respecto al sujeto destinatario del reproche, utilizándolo como un objeto de táctica social. Tal actitud se contrapone al principio general de respeto hacia otros, del que, a su vez, emana el de culpabilidad. Por eso, las finalidades preventivas se hayan en tensión con los principios de un Estado democrático moderno. Ello deja en cuestión que éstas puedan ser un objetivo del derecho penal. En consecuencia, aquellas no pueden constituir la base argumentativa de la reparación.

En contraste, la alternativa retributiva presenta mayor compatibilidad con una concepción democrática del Estado al valorar y sustentarse en la capacidad crítica de los ciudadanos y su participación directa en la construcción de las normas constitutivas del mismo. Tras esta propuesta

⁴⁴⁰ MAÑALICH, J. P. 2004. ob. cit. p. 265.

teórica se encuentra la asunción de que las personas en tanto participantes de la comunicación, y, por ende, del establecimiento de las normas, sólo pueden ser sancionadas por su falta de lealtad comunicativa. El reproche penal consiste en una actitud reactiva hacia ello, en el contexto de un reconocimiento recíproco entre ciudadanos como co-agentes morales destinatarios de las normas que ellos mismos se han dado⁴⁴¹.

Así, el reproche penal no se formula desde el daño concreto a la víctima, sino desde el quebrantamiento de la norma de comportamiento, por lo que la medida de la pena debe ser proporcional, no a la extensión de daño, sino que a la medida de la culpabilidad. En consecuencia, la reparación no puede ser defendida tampoco desde el punto de vista retributivo, éste, al contrario, exige la exclusión de la víctima del diseño del procedimiento penal.

El fin retributivo exige, además, la vigencia del principio de imposición judicial de la pena. Ello se funda en que el reproche penal supone que la norma de comportamiento sea válida también para el caso particular, lo que se asegura, únicamente, a través de un acto de adjudicación⁴⁴². La reparación no puede cumplir con esa exigencia, desde que, como defiende Roxin, ella adquiere sentido en la realización voluntaria por parte del imputado.

⁴⁴¹ MAÑALICH, J. P. 2007. ob. cit. p. 154; MAÑALICH, J. P. 2005. Pena y ciudadanía. Revista de Estudios de la Justicia (6). pp. 69-70.

⁴⁴² MAÑALICH, J. P. 2007. ob. cit. p. 193.

*Ultima ratio para una política criminal de intervención mínima,
radicalmente pública y garantísticamente formalizada*

A la consideración de la satisfacción del principio de *ultima ratio* como criterio determinante para incluir a la compensación del daño dentro de las formas de reacción del sistema penal cabe dirigir las siguientes objeciones.

En primer lugar, a la tipificación de una conducta como delito subyace la asunción de que la lesión al bien jurídico que se protege es de tal entidad que no puede ser solucionada por otros medios sociopolíticos sino que exige la intervención del derecho penal. En la medida en que la consagración de la reparación como prestación autónoma supone la aplicación del instrumental punitivo sólo en el evento en que fracase la negociación, y considerando que el éxito de la misma depende en buena medida de la voluntad de la víctima, se hace depender la utilización del *ius puniendi* del arbitrio privado, cuando, en realidad, se sujeta a una instancia estatal, en que la ciudadanía ya zanjó dicha disyuntiva⁴⁴³. De acuerdo a Schunemann, “[c]orresponde a las instancias estatales y no a los individuos afectados evaluar la cuestión acerca de si existe un motivo tan grave que, según la decisión previa del Derecho material, no permite la resolución del conflicto dentro de los mecanismos sociales. No corresponde al arbitrio del

⁴⁴³ GARCÍA ARÁN, M. 2003. Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias? En: ARROYO, L., NEUMANN, U. y NIETO, A. (Eds). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha. p. 199.

ciudadano concretamente involucrado decidir ulteriormente respecto a esta norma. El principio inquisitivo, es decir, la tarea del Estado de esclarecer de oficio la sospecha de un delito, es una consecuencia necesaria de la institución del derecho penal estatal”⁴⁴⁴.

En segundo lugar, en tanto la reparación ha sido entendida como una forma de reacción del sistema penal viable en delitos de gravedad menor, en que priman intereses de carácter privado, surge un cuestionamiento a la tipificación de éstos. En efecto, “si se admiten soluciones predominantemente privadas en el proceso penal, es porque se admiten ilícitos penales que podrían tener una solución en el derecho privado”⁴⁴⁵. La alternativa de descriminalizar presenta, entonces, mayor consistencia que la introducción de la reparación tanto en cuanto pena como en cuanto solución alternativa a la misma.

Adicionalmente, admitir la institucionalización de la reparación implica eludir la dramática situación de expansión que vive el derecho penal, como sostiene Naucke. En razón de ello, dicho autor manifiesta estar “decididamente en contra de que el problema de la excesiva expansión del Derecho penal sea bordeado a través de las denominadas alternativas dentro del Derecho penal. Es de poca ayuda cuando se habla de alternativas al Derecho penal pero a la vez el Derecho penal se mantiene en toda su expansión. La conciliación autor-víctima (...) supone un bordeamiento

⁴⁴⁴ SCHÜNEMANN, B. 2010. ob. cit. p. 25.

⁴⁴⁵ GARCÍA ARÁN, M. 2003. ob. cit. p. 199.

tal”⁴⁴⁶. A la misma idea apunta Mercedes García Aran, quien extiende esta tesis no sólo a la reparación, sino, en general, a la privatización y a la desformalización del derecho penal. Según dicha jurista: “la convivencia de la decisión privada y la decisión pública en la intervención penal no sólo no favorece su reducción sino que incluso, tiende a incrementarla; el incremento o la no reducción del derecho penal establecen un ámbito de punición ‘de baja intensidad’, más ligero y menos inexorable, características todas ellas que legitiman la relajación de la seguridad jurídica y de la alta formalización propia del -y exigible al- derecho penal”⁴⁴⁷. De similar manera, para Albrecht la orientación del sistema penal hacia la víctima oscurece una ejecución de poder del Estado: la privatización del Derecho penal y la politización de las decisiones judiciales son, en realidad, medios para encubrir una verdadera extensión del poder del Estado, fomentando la reducción de los derechos civiles frente al mismo, lo que, consecuentemente, compromete los principios que sirven para proteger al acusado⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. p. 365.

⁴⁴⁷ GARCÍA ARÁN, M. 2003. ob. cit. pp. 199-200; CARBONELL, J. C. 2003. Alternativas al derecho penal. En: ARROYO, L., NEUMANN, U. y NIETO, A. (Eds). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha. pp. 215-216.

⁴⁴⁸ “El discurso de la víctima enfrenta muchísimos problemas de legitimación política de tal desarrollo: el Estado ejerce poder, pero intenta oscurecer su ejecución con ayuda del discurso sobre la víctima [...] En este proceso la víctima sirve como una herramienta para el objetivo político de fomentar la reducción de los derechos civiles”. Véase: ALBRECHT, P. 2006. ob. cit. p. 58.

Plus de injusto sin resolver

La aplicación de la reparación entendida como tercera vía, deja un plus de injusto sin resolver, precisamente aquel que determinó el ingreso de la conducta al derecho penal⁴⁴⁹. En efecto, el ordenamiento civil ya establece la obligación de reparar los perjuicios causados, no debiendo el cumplimiento de dicha obligación limitar la responsabilidad penal⁴⁵⁰, pues en esta última de lo que se trata es de comunicar el reproche moral de la conducta, mientras que dicho ordenamiento carece de esta cualidad.

Tensión entre la reparación y el principio de igualdad

La reparación entendida como tercera vía presenta serios roces con el principio de igualdad. Resulta problemática la injerencia de la voluntad de la víctima en la respuesta del sistema penal, pues ella depende de si el ofendido está dispuesto o no a participar de un procedimiento de conciliación, o si facilita o dificulta la obtención de un acuerdo. La defensa de la reparación en tanto mecanismo de oportunidad se centra en la consecución de una mayor transparencia de la decisión. Sin embargo, el sentido de la transparencia decisoria se encuentra en la posibilidad de controlar públicamente la vigencia del igualitario tratamiento de los casos. Si dicho tratamiento obedece al arbitrio privado y no a la definición pública

⁴⁴⁹ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 290; MAIER, J. 1992. ob. cit. p. 197.

⁴⁵⁰ SCHÜNEMANN, B. 2006. El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas. En: SCHÜNEMANN, B. (Ed.). La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal. Lima, Grijley. p 33.

y objetiva de criterios persecutorios, no puede respetarse el principio de igualdad.

El diseño institucional chileno contempló, con objeto de paliar esta deficiencia, un control judicial capaz de denegar la procedencia del acuerdo reparatorio en caso de que existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. No obstante, dos cuestiones se oponen a esta pretensión. Una es que el establecimiento de criterios uniformes de la persecución penal, concretando el principio de igualdad, es cometido del Ministerio Público: es éste el encargado de determinar cuándo hay un interés público prevalente, aplicable a todos los casos. La otra es que la amplitud del contenido posible de un acuerdo reparatorio profundiza la tensión con el principio de igualdad, pues se hace imposible lograr la necesaria uniformidad de cargas a soportar en delitos de gravedad semejante⁴⁵¹.

En segundo lugar, constituye una discriminación ilegítima la desventaja que acarrea el hecho de no contar con recursos suficientes para reparar el daño, pues sólo los infractores que cuenten con medios económicos podrían acogerse a esta alternativa⁴⁵². Así, la reparación envuelve el peligro de establecer una justicia de clases⁴⁵³. Como dice Schunemann “[u]na porción grande de esos delincuentes pertenecientes a las clases bajas no está en posición de pagar la compensación económica”,

⁴⁵¹ PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. pp. 386 y 391.

⁴⁵² PÉREZ CEPEDA, A. I. 2001. ob. cit. p. 470.

⁴⁵³ HIRSCH, H. J. 1992b. ob. cit. p. 81.

mientras que “para el opulento criminal de cuello blanco, la mediación ofensor-víctima crea otra avenida para permitir al ofensor escapar de la red del sistema de justicia penal”⁴⁵⁴. Cabe hacer presente que esta crítica resulta aplicable también a la comprensión de la reparación como pena.

En tercer término, la reparación infringe el principio de igualdad producto del desigual trato que se otorga al imputado que ejerce sus legítimos derechos procesales frente a aquel que se muestra dispuesto a realizar un acuerdo reparatorio, el que, en definitiva, será castigado con una sanción menos severa⁴⁵⁵. De esta forma, la introducción de la tercera vía se constituye en un incentivo a la desformalización del sistema penal.

En cuarto lugar, el contexto de la negociación de un acuerdo reparatorio es innegable la asimetría de posiciones entre la víctima y el imputado: mientras la primera se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal, el segundo pone en juego su propia libertad. Ello, sumado al elemento agravante del proceso penal⁴⁵⁶, transforma al pretendido consenso en un compromiso al que la parte más débil deberá adherirse, lo que pone en entredicho tanto la autenticidad de la voluntad como la validez del procedimiento por el cual se llega a ese acuerdo⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ SCHÜNEMANN, B. 2006. ob. cit. p. 34.

⁴⁵⁵ ESER, A. 2005. Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la “reprivatización” del proceso penal? En: AMBOS, K. y MONTEALEGRE, E. (Eds.). Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. p. 65.

⁴⁵⁶ MAÑALICH, J. P. 2004. ob. cit. p. 267.

⁴⁵⁷ ARMENTA DEU, M. T. 1997. ob. cit. p. 228.

Esta crítica no parece aminorarse por el hecho de que la regulación particular de los acuerdos reparatorios en nuestra legislación haya contemplado un control jurisdiccional que asegure la libertad del consentimiento prestado por la víctima y el imputado en el acuerdo, pues dicho control dice relación con cuestiones diversas a la existencia del procedimiento penal.

Finalmente, se aprecia como un obstáculo la dificultad para que cierto tipo de delitos no puedan ser objeto de acuerdos reparatorios, como es el caso de los delitos sin víctima, en los que habría que castigar con pena al autor⁴⁵⁸.

Desmantelamiento del principio de presunción de inocencia

En la reparación, bajo su comprensión como tercera vía, se impone al imputado una carga relacionada con un hecho respecto del cual no se ha declarado formalmente su culpabilidad⁴⁵⁹. Ello implica la renuncia al, teóricamente indisponible, derecho fundamental de presunción de inocencia, desde que es necesario admitir la culpa antes de poder acceder a la vía reparatoria⁴⁶⁰. Desde esta óptica, parece cuestionable hablar de “víctima” antes que un procedimiento declare la culpabilidad, pues “no se es víctima (en sentido jurídico-penal) por el hecho de haber sufrido un

⁴⁵⁸ PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. pp. 386-392.

⁴⁵⁹ PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. ob. cit. p. 383.

⁴⁶⁰ PÉREZ CEPEDA, A. I. 2001. ob. cit. p. 466.

daño, sino sólo por haber sufrido una lesión antijurídica, [lo] que únicamente puede determinarse en el proceso”⁴⁶¹.

Quienes defienden la compensación del daño en sede penal matizan esta dificultad haciendo presente la posibilidad de evitar la admisión forzada de culpabilidad por medio del establecimiento de ciertas garantías y límites⁴⁶², de modo que al momento de la reparación “no quepa ninguna duda sobre la comisión del delito por el autor”⁴⁶³. Sin embargo, incluso en el mejor de los casos, el imputado está renunciando a que sea el propio Estado el que deba demostrar su culpabilidad en un proceso formalizado, desarrollado precisamente con objeto de exigir un grado de certeza importante como base a la imputación, destacando, el derecho a un tribunal imparcial que no haya intervenido previamente el procedimiento⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit. p. 55; en similar sentido, advierte Chirino que “[l]a posición de la víctima es difícil de establecer claramente en el proceso penal, principalmente por las consecuencias del principio de inocencia, ya que su pretensión no es más que una pretensión, que depende de la demostración en sentencia de la culpabilidad del acusado. Es decir, que se trata, en realidad, de una hipótesis que tendrá que ser planteada en el acusatorio y demostrada con las pruebas que puedan ser allegadas al debate. Por ello el concepto de ‘víctima del delito’ puede ser entendida, teóricamente, pero no funciona como un concepto que puede ser aplicado desde el inicio de la causa penal ya que su condición y posición esperan el descubrimiento de la verdad procesal mediante los mecanismos previstos en la ley”. Véase: CHIRINO, A. 2010. ob. cit. p. 23.

⁴⁶² GARCÍA ARÁN, M. 2003. ob. cit. p. 198.

⁴⁶³ SCHNEIDER, H. J. 1990-1991. Recompensación en lugar de sanción: Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad. Estudios penales y criminológicos (15). p 214.

⁴⁶⁴ GARCÍA ARÁN, M. 2003. ob. cit. p. 198.

Eficacia a costa de garantías procesales

En el contexto de la aplicación de salidas negociadas, las garantías son vistas como un estorbo, la tensión entre la eficacia y garantías se resuelve siempre a favor de la primera. El sacrificio de la garantía del mérito cognoscitivo del proceso, implícito en la reparación, instaurando mecanismos incompatibles con los estándares mínimos de imputación⁴⁶⁵, constituye un esquema incapaz de justificar la limitación de libertad que importa el establecimiento de una norma penal, en general, y, en particular, la imposición de una sanción. Como afirma Horvitz, la reparación “quiebra todos los presupuestos de responsabilidad penal y de aplicación de las penas de nuestro sistema jurídico [...] En efecto, la decisión de condena y la irrogación de un mal ‘negociado’ por las partes no pueden contar como un juicio de reproche ni como pena, sino, a lo más, como condena preventiva y como medida de seguridad, respectivamente, el condenado es tratado de modo objetivante y no como persona. Se trata más bien de una ficción de reproche basada en una pseudoaceptación del imputado del contenido de las actas de investigación del ministerio público, no sobre hechos probados cognoscitivamente, lo que afecta la legitimación retrospectiva del proceso y de la pena exigida por el principio de legalidad penal”⁴⁶⁶. En definitiva, la instauración de la reparación implica un “juicio de valor [que] afecta directamente al proceso, a sus mecanismos garantistas, y a la postre, a la

⁴⁶⁵ SCHÜNEMANN, B. 2010. ob. cit. pp. 20, 30 y 33-36; HORVITZ, M. I. 2012. ob. cit. pp. 111-113.

⁴⁶⁶ HORVITZ, M. I. 2012. ob. cit. pp. 112-114.

Administración de justicia y la confianza depositada en ella por los ciudadanos”⁴⁶⁷.

Por tanto, en un derecho penal público las consideraciones de eficacia deben subordinarse al respeto a las garantías del debido proceso. El análisis de la alternativa económicamente más conveniente o eficaz es una cuestión a posteriori. Las consideraciones económicas deben moverse dentro de las exigencias mínimas del derecho penal formalizado. El problema de la justificación económica de la reparación consiste en que invierte esta relación necesaria: antepone la eficacia a la justificación misma de la intervención penal.

Reposicionamiento de la víctima en el proceso penal

Como se señaló, la evolución del concepto de bien jurídico y la monopolización del poder punitivo en manos del Estado vino aparejada de la marginación del afectado del proceso, pues, justamente, se pretendía evitar que sus intereses particulares interfirieran en la obtención de una decisión imparcial. La nueva tendencia a cuestionar la objetivación de la víctima en el concepto de bien jurídico, pretendiendo que el sistema penal se oriente hacia la víctima actual, necesariamente debía cuestionar la posición de ésta en el proceso, proponiendo una serie de modificaciones que la mejoraran, ya fuera por medio del fortalecimiento de sus derechos en tanto interviniente como por la ampliación de sus facultades activas. A ello

⁴⁶⁷ ARMENTA DEU, M. T. 1997. ob. cit. p. 222.

apunta Piedrabuena, en relación a la Reforma Procesal Penal del año 2000, cuando expresa: “ha operado una transformación parcial de la legitimación estatal para perseguir los delitos, que ya no sólo descansa en el ejercicio racional y justo del ius puniendi, sino también en la consideración de los intereses concretos de los afectados u ofendidos por el delito. De esta forma, la búsqueda de reparación para las víctimas de delito se ha vuelto relevante en el funcionamiento del sistema penal. En consecuencia, ya no bastan sólo las menciones a las necesidades de prevención general o especial, objetivando con ello a la víctima, sino que desde el 16 de diciembre de 2000, progresivamente a lo largo de todo el país, se ha inaugurado una nueva forma de hacer justicia, en que los intereses de la víctima se reconocen expresamente y se establece un estatuto especial para su participación en el proceso penal”⁴⁶⁸.

Argumentos para un mejoramiento del estatus procesal de la víctima

Igualdad de armas procesal

Diversos proyectos de ley, tanto a nivel nacional⁴⁶⁹ como comparado⁴⁷⁰, buscan legitimar la construcción de una igualdad de armas procesal entre el imputado y la víctima⁴⁷¹. Sostienen que la actual estructura de los procesos penales se aparta abiertamente de ésta igualdad,

⁴⁶⁸ PIEDRABUENA, G. 2003. ob. cit. p. 44.

⁴⁶⁹ Ley N° 20.516; Boletín N° 6507-07; Boletín N° 4798-07; Boletín N° 4798-07.

⁴⁷⁰ Por ejemplo la primera ley de protección a la víctima de 1987 en Alemania. HIRSCH, H. J. 1992a. ob. cit. p. 100.

⁴⁷¹ HIRSCH, H. J. 1992a. ob. cit. p. 100.

oponiéndose, así, a las garantías del debido proceso, que rigen para ambas partes del mismo.

Control de los órganos de persecución penal

La intervención del ofendido se justifica por el beneficio del establecimiento de un control adicional sobre la aplicación del principio de oportunidad por parte del funcionario público⁴⁷².

Un paso más allá van quienes arguyen que esta intervención tiene por objeto materializar la necesaria atención que debe prestar el funcionario público, al aplicar el principio de oportunidad, a los intereses particulares del afectado: “[l]a intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar el caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad”⁴⁷³. Más radical es Hirsch, para quien, habiéndose evidenciado una trasgresión de los límites respecto a los delitos en los que procede el principio de oportunidad, es necesario dotar a la víctima de facultades tanto para forzar al ente estatal a ejercer la acción penal como para recurrir a las decisiones que pongan término al procedimiento, ya que el Estado, al reaccionar mínimamente, estaría desistiendo de su función protectora y desatendiendo el interés legítimo de satisfacción de la víctima en la vindicación del hecho punible,

⁴⁷² HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. pp. 291-292.

⁴⁷³ MAIER, J. 1992. ob. cit. p. 221; PIEDRABUENA, G. 2003. ob. cit. p. 49.

cuestión que el ente persecutor no puede olvidar por el hecho mismo de la monopolización del poder penal en el Estado⁴⁷⁴.

Eficacia del sistema penal

Empíricamente, se ha constatado la existencia de un bajo índice de denuncia por parte de las víctimas, lo que repercute negativamente en la eficacia del sistema penal, pues llega a conocer sólo un número limitado de delitos. Esto se debería a la ineficacia del propio sistema respecto a los casos que conoce y a la desmedrada posición que se confiere al ofendido en el procedimiento (que, a su vez, afecta a la eficacia represiva del mismo). Ambas cuestiones defraudan a las víctimas, creando en ellas un justificado sentimiento de indefensión e impotencia⁴⁷⁵.

Por tanto, una política criminal orientada a mejorar la eficacia del sistema penal, por medio del incremento de la tasa de denuncia y de condena postula un mejoramiento del estatus procesal del ofendido. En efecto, de acuerdo a estas formulaciones, la colaboración de la víctima como medio probatorio y su participación activa en calidad de interviniente contribuyen a evitar la absolución del imputado⁴⁷⁶. Reyna apunta que ello también es importante para evitar la defraudación de las expectativas resarcitorias del afectado⁴⁷⁷. De este modo, el deseo vindicativo puede

⁴⁷⁴ HIRSCH, H. J. 1992a. ob. cit. pp. 101-103.

⁴⁷⁵ GARCÍA-PABLOS, A. 1992. ob. cit. p. 256.

⁴⁷⁶ PIEDRABUENA, G. 2009. ob. cit. p. 673.

⁴⁷⁷ REYNA, L. M. 2006. ob. cit. p. 155.

orientarse en pro de la persecución y castigo de las infracciones punibles, coadyuvando con el Ministerio Público⁴⁷⁸ y mejorando la confianza de las víctimas en el sistema penal. En definitiva, la “comprensión de la eficacia del sistema penal implica reconocimiento de derechos de las víctimas a participar en el proceso penal y su derecho a la verdad”⁴⁷⁹.

Función terapéutica del proceso

El carácter terapéutico o sanador que el proceso puede tener para el ofendido forma parte del conjunto de justificaciones del mejoramiento de su estatus procesal. Permitir a la víctima intervenir e incluso hablar en el procedimiento, podría tener un efecto catártico, ayudándola a ganar autoestima y a reducir su sentimiento de impotencia⁴⁸⁰.

Fundamentos para rechazar la participación de la víctima en el proceso penal

Control público y principio de igualdad

En materia procesal penal el principio de igualdad exige la existencia de un órgano público de persecución que siga criterios uniformes. El dominio del ejercicio de la acción penal por parte del Estado “es visto como presupuesto del carácter público de la pena y como condición necesaria

⁴⁷⁸ Críticamente, BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 535.

⁴⁷⁹ TAVOLARI, R. 2007. ob. cit. p. 27.

⁴⁸⁰ Críticamente, BORDALÍ, A. 2011. ob. cit. p. 526.

para que pueda darse una política criminal estatal”⁴⁸¹. En cambio, en todos aquellos casos en que la persecución penal depende de la voluntad privada el trato que da el Estado al delito es distinto según la mera arbitrariedad de los implicados. La protección del bien jurídico, que la ley quiere proteger por vía de la tipificación, queda a merced de la voluntad privada. Como apuntan críticamente Hassemer y Muñoz Conde: “sólo la víctima que se muestra activa y participa en el proceso puede conseguir la efectiva protección de bienes jurídicos que teóricamente corresponde otorgar sólo a los órganos públicos”⁴⁸².

En consecuencia, un mecanismo de control centrado en la víctima, sobre quien recaen especiales sospechas de parcialidad, derivadas de que ella es parte del hecho que se investiga, resulta inconciliable con el principio de igualdad. Al mismo tiempo, la valoración negativa del abuso de funciones del fiscal se centra, justamente, en la vulneración del mismo principio. Luego, no se entiende cómo se puede solucionar la falta de igualdad por medio de un mecanismo que acentúa dicha falencia. Parece más coherente un mecanismo público de control interno de las decisiones del fiscal que consiga ceñir éstas a un criterio uniforme.

⁴⁸¹ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. ob. cit. p. 292.

⁴⁸² HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F. 1989. ob. cit. p. 174.

Equívoco de la pretendida igualdad de armas procesal entre el imputado y la víctima

La injerencia de la víctima implica necesariamente un detrimento de la posición procesal del imputado⁴⁸³, socavando el intento de equilibrio que constituyen las garantías procesales respecto al poder de persecución pública del aparato estatal. Ello es efectivo tanto porque, en general, el clamor por mayores derechos para la víctima es visto como un juego de suma cero, con cierta aversión respecto a las garantías procesales del imputado, como porque efectivamente la existencia de uno o más querellantes al lado de la acusación del fiscal implican necesariamente un menoscabo a la posición de la defensa⁴⁸⁴. En palabras de Schunemann, “como el procesado está ya en una casi desesperada posición de inferioridad debido a la distribución de roles en el juicio, me parece casi absurdo preparar a la víctima como otra parte oponente. Para esta conclusión es importante, pero no crucial, que cada nueva instancia gane una posición independiente e influyente con respecto al resultado, aún si el actor (por ejemplo, la víctima) simplemente repite argumentos hechos por otro actor (por ejemplo, el acusador) en el proceso”⁴⁸⁵. Lo anterior permite mirar críticamente la pluralidad de acusadores, tanto desde un punto de vista cuantitativo, como cualitativo.

⁴⁸³ Por todos, CHIRINO, A. 2010. ob. cit. p. 27, 28, 30 y 42.

⁴⁸⁴ DÜNKEL, F. 1992. ob. cit. p. 80.

⁴⁸⁵ SCHÜNEMANN, B. 2006. ob. cit. p. 30.

La cuestión se limita a un aspecto cuantitativo en caso de que el o los acusadores privados, adicionales al fiscal, plantearen la misma hipótesis que el funcionario público. La defensa resulta de todas maneras desmedrada en este caso, tanto por la sola existencia de un mayor número de juristas acusadores, como porque cada acusador, al tener un espacio en el juicio, produce que, en total, la defensa sea siempre más reducida que la acusación. Otra faceta de los problemas cuantitativos que plantea la existencia de pluralidad de acusadores se relaciona con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, ya que probablemente ello producirá una demora injustificada del procedimiento penal: a mayor número de acusadores, mayor afectación a este principio.

Si se sostienen diversas hipótesis acusatorias pasamos al aspecto cualitativo. En esta situación se vulnera el derecho a defensa desde que “si hay varias acusaciones -todas válidas- el imputado no podría seleccionar de cuál de ellas defenderse”⁴⁸⁶, cuestión que deviene crítica cuando las acusaciones son, además, contradictorias entre sí. En efecto, podría ocurrir que construir una defensa estratégica contra una acusación implique renunciar o dejar de defenderse de otra⁴⁸⁷. En esta hipótesis la pluralidad de acusaciones presenta problemas con el derecho a la defensa desde el punto

⁴⁸⁶ PANDOLFI, O. 2010. El derecho del imputado a un acusador penal único (o, a un solo discurso acusatorio del que defenderse...). [en línea] <<http://www.procesal1-catedra2.com.ar/sites/procesal1-catedra2.com.ar/files/El%20derecho%20a%20una%20acusacion%20unica%20-%20Oscar%20Pandolfi..pdf>> [consulta: 23 de agosto de 2013]. p. 7.

⁴⁸⁷ PANDOLFI, O. 2010. ob. cit. p. 13.

de vista del principio de congruencia, cuyas más modernas formulaciones incluyen la calificación jurídica de la imputación, “porque casi cualquier cambio en la calificación produce alguna repercusión en la estructura fáctica del relato. Y por ello, termina por modificarlo”⁴⁸⁸. En consecuencia, el principio de congruencia exige que la acusación sea, además de completa y concreta, única⁴⁸⁹. Ello explica por qué en los instrumentos internacionales que protegen el derecho a defensa se hace referencia a la

⁴⁸⁸ PANDOLFI, O. 2010. ob. cit. p. 13.

⁴⁸⁹ Pandolfi cita algunos ejemplos clarificadores de la problemática: “El ejemplo más reiterado en la experiencia jurisprudencial actual, es el de los encuadres en Homicidio Culposo (por accidente de tránsito) y Dolo Eventual, que casi es un clásico de las disidencias en los encuadres [...] ocurre que para el imputado defenderse de dos acusaciones distintas [...] resulta una opción como la de la ruleta rusa. Ya que, si se defiende de una imputación por “estrago doloso” [...] con dolo eventual, podría optar por limitarse a una postura meramente pasiva, refugiándose en el argumento obvio de que: “¿Cómo iba a actuar con dolo, si nada demuestra que yo me haya querido suicidar, como que estaba en el lugar de los hechos y la inundación o el incendio, me hubiese puesto a mí también en peligro de muerte?[...] en cuyo caso saldrá condenado por Estrago culposo. U otro ejemplo, casi prototípico: Sabido es que para muchos autores clásicos del Derecho Penal la culpa por imprudencia equivale a un exceso de acción: violación activa de las normas de cautela y culpa por negligencia es un defecto de acción: forma pasiva de la imprudencia, omisión de la diligencia debida, vgr. en una praxis médica. Aquí la defensa necesitaría de una prueba “diabólica”: Si efectivamente se produjo el resultado letal, tendría que probar que no hubo imprudencia, porque en realidad, no hizo nada [...] pero en ese caso, se podría interpretar como que confesaría su negligencia y resultaría condenado lo mismo. O en caso contrario, tendría que probar que sí actuó, por lo que no hubo negligencia, pero en tal caso el resultado letal demostraría que hubo imprudencia. Y resultaría condenado, igual que en el caso anterior, por una de las simultáneas imputaciones contrarias entre sí, por las que fuera acusado”. Véase: PANDOLFI, O. 2010. ob. cit. p. 14.

acusación siempre en términos singulares: se da por sobreentendido que la acusación debe ser única⁴⁹⁰.

En definitiva, “[n]o puede existir, de manera alguna, igualdad de armas entre el imputado y el ofendido en la relación procesal penal. La faz jurídico penal del procedimiento penal se refiere al problema de la existencia de la pretensión punitiva del Estado. El acusado es, por ello, aquel para quien, en este sentido, todo está en juego; el ofendido, en cambio, alguien para quien, en relación con ello, sólo poco está en juego”⁴⁹¹. Como advierte Weigend, los intereses prioritarios del proceso penal son “la averiguación de los hechos y el ejercicio no interrumpido de todas las posibilidades de defensa por parte del inculcado”⁴⁹². De esta forma, “no hay fundamento para un derecho propio del lesionado a una cooperación activa en el procedimiento con la finalidad de determinar la ordenación o el resultado del proceso”⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Artículo 8.2 letras a), b), c) y f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículos. 9.2, 14.1, 14.3 letras a), b), e) y g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase: PANDOLFI, O. 2010. ob. cit. pp. 2, 4 y 16.

⁴⁹¹ HIRSCH, H. J. 1992a. ob. cit. p. 100; igual reflexión véase en: HORVITZ, M. I. 2003. Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema. Revista de Estudios de la Justicia (3). pp. 140-141.

⁴⁹² DÜNKEL, F. 1992. ob. cit. p. 80.

⁴⁹³ DÜNKEL, F. 1992. ob. cit. p. 80.

Compromiso de la persecución penal producto de la pérdida del testimonio de la víctima

La elevación de la víctima a parte del proceso penal acarrea la pérdida de uno de los elementos de prueba eventualmente más importantes del juicio, pues si la víctima se instituye en querellante, su testimonio como ofendido pierde toda credibilidad frente al tribunal oral, al ser transformado de manifestación de conocimiento a declaración de una parte. Presumiblemente, esta declaración será construida estratégicamente “después de que la víctima ha [ya] revisado los archivos del caso y consultado un abogado”⁴⁹⁴. Así, la víctima, con su intervención, no contribuye a la obtención de una condena, como se ha pretendido sostener, sino por el contrario: pone en entredicho el éxito de la investigación, comprometiendo el interés público en la persecución del delito.

Este razonamiento nos conduce a una conclusión inversa a la idea sostenida por Reyna⁴⁹⁵: la mayor injerencia de la víctima sobre el objeto penal conduce, precisamente, a dificultar la condena del imputado y, con ello, frustrar las expectativas resarcitorias del ofendido. Pero el planteamiento de Reyna y esta crítica que le oponemos sólo tienen sentido si pasamos por alto el principio de independencia de la responsabilidad civil respecto de la penal. De acuerdo a este principio, no cabría argumentar una

⁴⁹⁴ SCHÜNEMANN, B. 2006. ob. cit. p. 30-31.

⁴⁹⁵ Véase sección: argumentos para un mejoramiento del estatus procesal de la víctima, subsección eficacia del sistema penal.

supuesta pérdida de dicha expectativa por el no establecimiento de la responsabilidad penal.

Límites al input de la víctima en un sistema democrático

Constituye una idea generalmente aceptada aquella según la cual es dudosa la objetividad de la decisión de un sujeto cuando éste tiene intereses involucrados en la misma, en el sentido de que es esperable que favorezca su interés personal en desmedro del general. En el ámbito público, es valorada la objetividad y racionalidad de la decisión. Esto es obvio: si los ciudadanos encargan a un sujeto la decisión de un asunto público, esperan que la decisión siga criterios racionales y beneficiosos para todos. Ello explica el establecimiento de la regla de que si el sujeto funcionario público tiene un interés particular en el asunto, se inhabilite para decidir y sea substituido por otro sujeto, del que sí sea esperable una decisión imparcial.

Este criterio es aplicable a la participación del ofendido en el diseño del sistema penal. En efecto, resulta cuestionable que la opinión de las víctimas concretas tenga igual incidencia que la del resto de los ciudadanos en el establecimiento de las normas regulatorias de los asuntos criminales, dado que, como parte de ellos, es presumible que tengan una mirada sesgada de los mismos. Debiéramos seguir aquí la regla de la inhabilitación de la incidencia de un sujeto respecto a un asunto en que éste tiene un interés particular, en este caso, basado en una experiencia traumática individual. En palabras de Moore, las perspectivas de las

víctimas “están distorsionadas por los hechos particulares que han padecido, en vez de tener una más desprendida y desapasionada consideración, necesaria para una mejor intuición respecto a lo que la justicia exige”⁴⁹⁶. Por lo tanto, si bien en principio todos los ciudadanos deben tener igual incidencia en la construcción de las normas penales, así como de cualquier otra norma, por las razones aludidas debiera limitarse la influencia de las víctimas en la configuración de la ley penal.

Más criticable aún es la influencia que las víctimas concretas puedan tener a nivel de la aplicación de la normativa a un caso particular en que estas se han visto envueltas. En esta esfera, la falta de imparcialidad aparece todavía más patente. Lo dicho anteriormente se radicaliza: no cabe conferir a la víctima un estatus especial en la determinación del reproche merecido por el quebrantamiento de la norma⁴⁹⁷, la opinión del ofendido respecto al tipo de sanción o a su monto debería ser simplemente irrelevante para la decisión del tribunal⁴⁹⁸. En consecuencia, la exclusión de la víctima del proceso penal no significa negar la relevancia política del individuo afectado⁴⁹⁹, sino que implica situarla donde corresponde según los principios de justicia de un sociedad democrática.

⁴⁹⁶ MOORE, M. 1999. ob. cit. p. 75. La traducción es nuestra.

⁴⁹⁷ MAÑALICH, J. P. 2007. ob.cit. p. 167.

⁴⁹⁸ MOORE, M. 1999. ob. cit. p. 75.

⁴⁹⁹ BOVINO, A. 1993. La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos. Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (3 y 4). p. 149.

REFLEXIONES FINALES: OBSERVACIONES CRÍTICAS DESDE
LA TEORÍA RETRIBUTIVA DEMOCRÁTICA DEL FIN DE LA
PENA

La legitimidad de las normas de comportamiento descansa sobre el igual derecho político de los ciudadanos a la participación en la determinación del ordenamiento jurídico mediante un proceso democrático. Ello supone el reconocimiento de los individuos entre sí como personas deliberativas con capacidad crítica, esto es, que pueden tomar posicionamiento crítico respecto a las acciones propias y ajenas⁵⁰⁰. Esto es lo único que puede justificar la validez de la pretensión de vinculación de un individuo a una norma, legitimar la exigencia de su seguimiento⁵⁰¹ y reprochar penalmente su quebrantamiento⁵⁰². Si el reproche penal se sustenta en el reconocimiento recíproco de los individuos como co-agentes morales, fundamentándose en el quebrantamiento de la norma y no en el daño empíricamente causado al ofendido, éste no se formula desde el punto de vista de la víctima, sino desde el de la colectividad. “El reproche penal es un asunto público, y por eso el Derecho penal es Derecho público”⁵⁰³. El derecho penal entendido como derecho público es el que mejor se corresponde con un sistema democrático. Esta comprensión es la única

⁵⁰⁰ Esto se corresponde con la noción de autonomía pública, que posiciona a la persona como ciudadano del Estado. Véase: MAÑALICH, J. P. 2005. ob. cit. p. 66.

⁵⁰¹ Esto se corresponde con la noción de autonomía privada, que posiciona al individuo como persona de derecho. Véase: MAÑALICH, J. P. 2005. ob. cit. p. 66.

⁵⁰² MAÑALICH, J. P. 2005. ob. cit. pp. 63-69.

⁵⁰³ MAÑALICH, J. P. 2007. ob. cit. p. 166.

forma de garantizar el derecho a la igual participación ciudadana, tanto en el establecimiento de las normas de comportamiento y de sanción como en la aplicación de las mismas. Por ello es que la vigencia de un derecho penal público importa el seguimiento de una serie de principios con que se busca materializar este ideal de igualdad. Tales son, por ejemplo, el principio de legalidad, el de oficialidad, el de presunción de inocencia, el de proporcionalidad, el de jurisdiccionalidad y el de culpabilidad.

El discurso securitario es incompatible con este presupuesto democrático de organización social y con el reconocimiento mutuo de los ciudadanos como constructores de su entorno institucional; inconciliable con la disolución de la distinción entre ciudadano y súbdito sobre la cual se sienta esta base de legitimidad, pues defiende una ordenación jerárquica que contrapone a ciudadanos y delincuentes, a personas y antisociales. Este propósito pretende llevarse a cabo confiriendo al ofendido un estatus de ciudadano privilegiado en el sistema penal. Este posicionamiento, al acarrear la centralización del interés de la víctima -asociado a las demandas securitarias-, conlleva un incremento de la actividad represiva del Estado y, a la vez, una sustitución de éste cuando aparece como incapaz de satisfacer las demandas punitivas. En efecto, fue producto de la sensación de indefensión de las víctimas que se flexibilizaron los presupuestos y la extensión del control de identidad, fue por ello también que se amplió la procedencia de la detención, entre otros. Las instituciones de la querrela autónoma y de la reparación obedecen a la lógica de reemplazar al Estado

cuando los límites que derivan de la naturaleza pública de la persecución obstan al uso del *ius puniendi*.

Estas consecuencias producen un apartamiento de los principios considerados como condiciones necesarias para la vigencia del derecho penal público propio de un sistema democrático. Es por ello que algunos otrora defensores de la recuperación de la víctima se han retractado al caer en cuenta de la deriva neo-punitivista que envuelve la misma⁵⁰⁴. La

⁵⁰⁴ Por ejemplo, Maier, quien confiesa: “[y]o mismo creí, originariamente, como otros, que la participación de la víctima se justificaba no tanto por su derecho a obtener satisfacción a pretensión alguna fundada en un derecho propio, sino, antes bien, como método para desperezar la modorra burocrática del oficio estatal [...] Alguien me hizo notar, no hace mucho tiempo [...] que ese fue mi error, que el libro sobre los delitos y sus víctimas [...] o, mejor dicho, con comienzo en él, había desencadenado una tendencia político-criminal con final de neopunitivismo. Tengo que aceptar mi error político, pues nunca imaginé tamaño desarrollo, pero quiero recordar que, conforme al sistema [...] yo siempre pensé a la participación del ofendido como accesoria a la pretensión estatal [...] y, más aún, cuando intenté darle importancia básica, por aquello de que los bienes jurídicos tienen portadores de carne y hueso, con ciertos derechos sobre ellos, casi siempre disponibles para el portador, sólo creí auxiliar al autor, para que no sufriera el sistema penal más allá de lo razonable. Hoy en día la tendencia parece ser la contraria: el autor debe sufrir el sistema penal y su consecuencia, aunque ellos resulten, en el caso, irrazonables como reacción (estatal o privada)”. Véase: MAIER, J. 2007. Una tarde con la víctima. En: PRIMERA JORNADA de Análisis y Crítica de Jurisprudencia: Las facultades del querellante en el proceso penal desde “Santillán a Storchi TOC1”: 12 de julio de 2007. Buenos Aires, Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. 9p; en el mismo sentido, Aller señala: “[a]lgunos autores impulsan la mentada reprivatización del conflicto, devolviendo a éste a sus protagonistas originales: la víctima y el victimario. Y así lo pensé durante varios años, pero he advertido aspectos que me han hecho visualizar la cuestión de otra manera y elaborar otra tesis al respecto, porque la anhelada devolución del conflicto a las partes no siempre se ajusta a los parámetros de una sociedad regulada por el Derecho”. Véase: ALLER, G. 2006. Cuestiones victimológicas de actualidad: origen de la victimología, seguridad, cifra negra, personalización del conflicto y proceso penal. *Ilanud* 14(27). p. 273.

contraposición entre la orientación pública y privada en el derecho penal es radical, la restitución del poder punitivo a manos privadas sólo encuentra sentido si se suscribe a la supremacía absoluta del interés individual del afectado sobre el interés colectivo. Esto explica la complejidad de los mecanismos por los cuales se busca insertar a la víctima en el proceso penal, como puede observarse en la propuesta de conceder a la víctima el derecho a solicitar al fiscal regional subrogante la revisión de una decisión adoptada por el fiscal de la causa, consultada y aprobada por su fiscal regional. La intensión política legislativa de enfocar completamente el derecho penal en la víctima choca con la vigencia de uno fundado en fines públicos, viéndose obligada, por ello, a buscar intrincadas alternativas que maximicen la importancia de los intereses individuales del afectado. El caso aludido ilustra esta idea, puesto que, habiéndose adoptado una decisión por parte del fiscal, ratificada por su superior jerárquico, y, en consecuencia, habiéndose tomado en consideración el conjunto de intereses trascendentes, la víctima igualmente, y trastocando la lógica organizativa del Ministerio Público, tiene el derecho a sobreponer su propio interés buscando apoyo en otra autoridad.

La protección a las víctimas debe encontrar solución en el ámbito del derecho social o bien en aquel que les es propio: el derecho civil⁵⁰⁵. De hecho, el realce de los intereses de las víctimas en el sistema penal se debe a

⁵⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. ob. cit. pp. 53-54; JORNADAS DE la Asociación Internacional de Derecho Penal: Sección española, el Código Penal de 1995: diez años después, quinta mesa redonda: las víctimas y las tensiones que genera su intervención: 10 y 11 de junio de 2005. ob. cit.

la deficiente respuesta de los sistemas de responsabilidad civil⁵⁰⁶. Una mejora en los instrumentos resarcitorios daría una respuesta pertinente a sus necesidades⁵⁰⁷: la relegación de la problemática de la víctima al ámbito civil y de derecho social no constituye un “abandono”⁵⁰⁸ sino una manera coherente de tratar el problema en una sociedad democrática. Asimismo, los fines que persiguen las modificaciones legales que se sustentan en consideraciones de eficacia, se consiguen de mejor manera a través de la despenalización y/o el aumento de los fines materiales y humanos a disposición del sistema penal⁵⁰⁹.

¿Cómo la reforma procesal penal resolvió la tensión entre la vigencia de un derecho penal público propio de un sistema democrático y la deriva securitaria de la recuperación de la víctima?

⁵⁰⁶ JORNADAS DE la Asociación Internacional de Derecho Penal: Sección española, el Código Penal de 1995: diez años después, quinta mesa redonda: las víctimas y las tensiones que genera su intervención: 10 y 11 de junio de 2005. ob. cit.

⁵⁰⁷ GARCÍA ARÁN, M. 2003. ob. cit. p. 196.

⁵⁰⁸ Por todos, García-Pablos en numerosas publicaciones, entre ellas: GARCÍA-PABLOS, A. 1992. ob. cit. p. 239; véase sección: límites al input de la víctima en un sistema democrático.

⁵⁰⁹ En efecto, si lo que se quiere es atender al principio de escasez, estas políticas resultan más efectivas que la atención a los intereses de la víctima u otros que se persiguen con los mecanismos de oportunidad. Como señala Armenta Deu: “[d]e todas las razones que militan a favor de la adopción del principio de oportunidad (razones de interés social o utilidad pública: escasa lesión o falta de interés en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; o evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; y constituir el único instrumento que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre hechos punibles que deben perseguirse y otros en los que la pena carece de significación) la totalidad de los mismos alcanzaría una más amplia afectividad a través de uno u otro de los mecanismos citados”. ARMENTA DEU. M. T. 1997. ob. cit. p. 229, nota al pie N° 73.

Los factores sociopolíticos que impulsaron la reforma procesal penal reflejan un tanto de ambas cosas. Si bien la reforma buscó dar salida a la tensión normativa entre la legislación procesal penal y los tratados internacionales y la Constitución Política reconociendo una serie de derechos y garantías constitutivas del debido proceso, mejoró también notablemente la posición de la víctima en el sistema penal. Efectivamente, la difusión de los derechos fundamentales, que se busca materializar por medio de los tratados y la constitución, ha producido una inversión del paradigma sobre la intervención del Estado y de la forma en que se resuelve la contraposición entre libertad y seguridad. La jurisprudencia de los tribunales internacionales ha venido asentando la doctrina de la lucha contra la impunidad, y, con ello, el derecho de las víctimas a la verdad y a la justicia, entendiendo las garantías procesal penales en sentido bilateral. En consecuencia, la mayor atención a los tratados internacionales no ha implicado exclusivamente un reconocimiento de mayores garantías para los ciudadanos imputados, limitando la utilización del *ius puniendi*, sino, principalmente, un acogimiento de las demandas securitarias de las víctimas, lo que se ha concretado en su inserción como sujeto relevante dentro del sistema penal, potenciando el uso del poder punitivo.

Igualmente, podría pensarse que la recuperación de la democracia, como factor de impulso de la reforma, importó principalmente una mayor valoración de la participación ciudadana igualitaria en la definición de los asuntos públicos, y un mejoramiento del trato hacia el imputado, a causa de la aversión respecto de las prácticas propias de la dictadura, asociadas al

funcionamiento normal del sistema judicial. Sin embargo, la lucha contra la impunidad de los crímenes de Estado convirtió este factor en otro motivo para el realce de la posición de las víctimas en el sistema penal, confiriéndoles el estatus de ciudadano preeminente.

Aparentemente, el balance que arroja el análisis de la reforma procesal penal, respecto a la tensión entre la deriva securitaria de la recuperación de la víctima y el derecho penal público, la deja en una situación neutral, pues, en relación al código de 1906, mejora tanto el tratamiento del imputado, propio de un sistema penal público, como la posición del ofendido. No obstante, pensamos que la tensión entre estas dos orientaciones se resuelve a favor de la preeminencia de un derecho penal privatizado. Ello principalmente por la consagración constitucional del derecho del afectado a ejercicio de la acción penal. Esta consagración abre la posibilidad de que, como lo hiciera el Tribunal Constitucional en el comentado fallo 815-08, todas las instituciones que componen el sistema penal sean interpretadas a partir de la perspectiva de la víctima, y de que, a la postre, modificaciones legales acentúen este viraje del sistema, como de hecho ya ha comenzado a verificarse.

La introducción de un control administrativo a favor de la víctima respecto de la no formalización, propuesto por el proyecto de “reforma a la reforma”, pareciera de poca importancia, sin embargo, significa la intervención del afectado en la única instancia que quedaba libre de su participación dentro del espectro de las decisiones que el Ministerio Público

puede adoptar en relación a las causas. Constituye otro paso en el avance de la dirección propuesta por el artículo 83 de la carta fundamental. El próximo pareciera ser el derecho de la víctima a forzar o prescindir de la formalización, cuestión ya sugerida durante la tramitación del proyecto por medio de una indicación. Si actualmente el ejercicio de la querrela autónoma confiere a la víctima el control total del proceso desde la etapa de acusación, el forzamiento o la prescindencia de la formalización establece a su favor el control total de la persecución penal desde su inicio.

Con ello queda seriamente cuestionada nuestra tradición jurídico penal pública, fundada en el concepto de persona, su libertad y la igualdad entre ciudadanos, a quienes trata siempre como fines y jamás como medios.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA, D. 2011. La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 18(2): 51-72.
- ALBRECHT, P. A. 2000. El Derecho penal en la intervención de la política populista. En: *ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE POMPEU FABRA*. La insostenible situación del Derecho penal. Granada, Comares. pp. 471-487.
- ALBRECHT, P. 2006. La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal. En: SCHÜNEMANN, B. (Ed.). *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Lima, Grijley. pp. 39-58.
- ALLER, G. 2006. Cuestiones victimológicas de actualidad: origen de la victimología, seguridad, cifra negra, personalización del conflicto y proceso penal. *Ilanud* 14(27): 261-280.
- ANIYAR, L. 2009. Rasgando el velo de la política criminal en América Latina o el rescate de Cesare Beccaria para la nueva criminología. [en línea] *Revista Pensamiento Penal* Vol. 83 <

<http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/doctrina05.pdf>>

[consulta: 01 de agosto de 2013]

ARIAS, D. 2004. Sustitutivos penales con especial referencia a la reparación del daño. Tesis doctoral. Madrid, Universidad de Alcalá. 543p.

ARMENTA DEU, M. T. 1997. Pena y proceso: fines comunes y fines específicos. En: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.). Política criminal y nuevo Derecho Penal. (Libro homenaje a Claus Roxin). Barcelona, José María Bosch. pp. 207-230.

BALLESTEROS, R. 2012. Discurso inaugural. En: SEGUNDA JORNADA de Derecho Penal. Rancagua, Chile, Fiscalía Regional Región del Libertador General Bernardo O'Higgins, Corte de Apelaciones de Santiago y Asociación de magistrados del Poder Judicial de Chile. pp. s.p.

BASCUÑÁN, A. 2007. Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia (9): 47-74.

BERGALLI, R. 2004. Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía. En: LOSANO, M. G. y MUÑOZ CONDE, F. (Eds.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. (Actas del coloquio internacional, Humboldt, Montevideo abril de 2003). Valencia, Tirant lo Blanch. pp. 59-77.

- BERNARDI, A. 2010. Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea. [en línea] Revista electrónica política criminal Vol. 5 núm. 9 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A2.pdf> [consulta: 05 de mayo de 2013]
- BERISTAÍN, A. 2001. Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro. En: MORENO, M. (Ed.). La ciencia penal en el umbral del siglo XXI: II congreso internacional de derecho penal. México, Jus Poenale. Pp. 563-587.
- BINDER, A. 1999. Introducción al derecho procesal penal. 2ª ed. Buenos Aires, Ad-Hoc. 364p.
- BORDALÍ, A. 2008. 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 de la Universidad Austral de Chile 21(2): 205-249.
- BORDALÍ, A. 2011. La acción penal y la víctima en el Derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (37): 513-545.
- BOVINO, A. 1993. La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos. Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (3 y 4): 143-153.

- BOVINO, A. 1998. La participación de la víctima en el procedimiento penal. En: Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Buenos Aires, del Puerto. pp. 87-118.
- BUENO, F. 1992. La atención a la víctima. Papers d' Estudis i Formació (8): 117-134.
- BUSTOS, J. y LARRAURI, E. 1993. Victimología: presente y futuro. 2ª ed. Santa Fe de Bogotá, Temis. 93p.
- CAFFERATA, J. 2000. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Buenos Aires, del Puerto. 216p.
- CAFFERATA, J. 2007. Dúplica de Troya. En: PRIMERA JORNADA de Análisis y Crítica de Jurisprudencia: Las facultades del querellante en el proceso penal desde “Santillán a Storchi TOC1”: 12 de julio de 2007. Buenos Aires, Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. 11p.
- CARBONELL, J. C. 2003. Alternativas al derecho penal. En: ARROYO, L., NEUMANN, U. y NIETO, A. (Eds). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha. pp. 215-221.

- CARNEVALI, R. 2005. Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (26): 27-39.
- CAROCCA, A. 2005. Manual: El nuevo sistema procesal penal. 3ª ed. Santiago, Lexis Nexis. 289p.
- CASARINO, M. 2007. Manual de derecho procesal: derecho procesal orgánico. 6ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, tomo II.
- CASTRO, J. 2006. Introducción al derecho procesal penal chileno. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing. 588p.
- CHIRINO, A. 2010. El equilibrio de derechos entre víctimas e imputados. Una quimera dirigida contra las garantías “indisponibles” del proceso penal. En: OLIVEIRA, C., MURILLO, M. y YEBRA, R. (Eds.). Serie estudios en ciencias penales y derechos humanos: Homenaje a Antonio Sánchez Galindo. Guanajuato, Inceipe. Tomo I. pp. 17-44.
- CHRISTIE, N. 1992. Los conflictos como pertenencia. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 157-182.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. 2000. El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo. Barcelona, Ariel. 189p.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 1998. La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. En: OUVIÑA, G. (Ed.).

Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 431-455.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2004. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. [en línea] Revista electrónica de ciencia penal y criminología Núm. 6 <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>> [consulta: 04 de abril de 2013]

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2005. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. [en línea] Revista electrónica de ciencia penal y criminología Núm. 7 <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [consulta: 09 de abril de 2013]

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2008. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. [en línea] Revista electrónica política criminal Vol. 3 núm. 5 <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_7_5.pdf> [consulta: 15 de junio de 2013]

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2009. Los nuevos modelos de intervención securitaria. En: CARNEVALI, R. (Ed.). Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales. Santiago, Jurídica de Chile. pp. 221-253.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2011. La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la política criminal comparada. [en línea] Revista

electrónica de ciencia penal y criminología Núm. 13
<<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-12.pdf>> [consulta: 10 de mayo de 2013]

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2012. Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española. *Revista de Estudios de la Justicia* (16): 31-54.

DUCE, M. 2000. Políticas públicas, libertad provisional y seguridad ciudadana en Chile. *Revista nueva doctrina penal* vol. A: 325-362.

DUCE, M. y PÉREZ, R. 2001. Seguridad ciudadana y reforma de la justicia penal en América Latina. *Boletín mexicano de Derecho comparado* 34(102): 755-787.

DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *Proceso penal*. Santiago, Jurídica de Chile. 582p.

DÜNKEL, F. 1990. La conciliación delinciente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en el derecho comparado. En: BERISTAIN, A y DE LA CUESTA, J. L. (Eds.). *Victimología: VIII cursos de verano en San Sebastián*. San Sebastián, Universidad del País Vasco. pp. 113-147.

DÜNKEL, F. 1992. La víctima en el Derecho penal, ¿en vías de una justicia criminal orientada hacia el autor a una orientada hacia la víctima? *Papers d' Estudis i Formació* (8): 67-87.

- ESCOBAR, P. 2013 ¿Forzando a la formalización? [en línea] <http://www.defensores.cl/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2673> [consulta: 20 agosto de 2013]
- ESER, A. 1992. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires. Ad-Hoc. pp. 13-52.
- ESER, A. 1998. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 43p.
- ESER, A. 2005. Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la “reprivatización” del proceso penal? En: AMBOS, K. y MONTEALEGRE, E. (Eds.). Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. pp. 50-92.
- FERNÁNDEZ, G. 1998. Bien jurídico y sistema del delito. En: OUVIÑA, G. (Ed.). Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 417-427.
- FERRAJOLI, L. 1995. Derecho y razón, teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta. 991p.
- FIERRO, G. 1998. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. En: OUVIÑA, G. (Ed.). Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 621-628.

- FLETCHER, G. 1999. The place of Victims in the Theory of Retribution. *Buffalo Criminal Law Review* 3(51): 51-63
- FONTECILLA, R. 1978. Las dos formas fundamentales e históricas del proceso penal: proceso acusativo y proceso inquisitivo. En: Tratado de derecho procesal penal. 2ª ed. Santiago, Jurídica de Chile. Tomo I. pp. 33-54.
- FOUCAULT, M. 1996. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Gedisa. 168p.
- GARCÍA ARÁN, M. 2003. Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias? En: ARROYO, L., NEUMANN, U. y NIETO, A. (Eds). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha. pp. 191-200.
- GARCÍA, J. 2003. La reparación en el Derecho Penal. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral Santa Fe* 3(3): 147-170.
- GARCÍA-PABLOS, A. 1989. La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal. En: DE LA CUESTA, J. L., DENDALUZE, I. y ECHEBURÚA, E. (Eds.). Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin. San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología. pp. 193-197.

- GARCÍA-PABLOS, A. 1992. El derecho penal y la víctima. *Papers d' Estudis i Formació* (8): 239-261.
- GARLAND, D. 2005. La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona, Gedisa. 462p.
- GIMÉNEZ, A. 1994. La neutralización de la víctima y el interés socializado de las víctimas. *Revista Eguzkilore*, cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (8): 223-230.
- GUZMÁN, J. L. 2002. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la “doctrina” de la seguridad ciudadana. *Revista Direito e Cidadania* 5(15): 09-22.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. 1989. Introducción a la criminología y al derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch. 237p.
- HASSEMER, W. 1990. Consideraciones sobre la víctima del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 43(1): 241-260.
- HASSEMER, W. 1990-1991. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”. *Estudios penales y criminológicos* (15): 181-198.
- HASSEMER, W. 1992. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45(1): 235-250.

- HASSEMER, W. 1999. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Santa Fe de Bogotá, Temis. 167p.
- HERNÁNDEZ, H. 2010. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. [en línea] Revista electrónica política criminal Vol. 5 núm. 9 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf> [consulta: 30 de abril de 2013]
- HERRERA, M. 2005. Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (26): 385-405.
- HIRSCH, H. J. 1992a. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 91-128.
- HIRSCH, H. J. 1992b. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 53-90.
- HORVITZ, M. I. Y RIEGO, C. 2001. Reformas al Nuevo Código Procesal Penal. Apuntes de Derecho, Universidad Diego Portales (9): 32-34.

- HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. 2002. Derecho procesal penal Chileno. Santiago, Jurídica de Chile. Tomo I.
- HORVITZ, M. I. 2003. Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema. Revista de Estudios de la Justicia (3): 133-143.
- HORVITZ, M. I. 2012. Seguridad y garantías: Derecho penal y procesal penal de prevención de peligros. Revista de Estudios de la Justicia (16): 99-118.
- HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J. 1984. Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa. Barcelona, Ariel. 145p.
- JORNADAS DE la Asociación Internacional de Derecho Penal: Sección española, el Código Penal de 1995: diez años después, quinta mesa redonda: las víctimas y las tensiones que genera su intervención: 10 y 11 de junio de 2005. 2005. España, facultad de derecho de Cáceres de la Universidad de Extremadura. 17p.
- LLOBET, J. 2006. Justicia restaurativa y la protección de la víctima. [en línea] Revista Pensamiento Penal Vol. 32 <<http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/justicia-restaurativa-proteccion-victima>> [consulta: 23 de agosto de 2013]
- MAIER, J. 1992. La víctima y el Sistema Penal. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 183-249.

- MAIER, J. 1995. El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino. En: MAIER, J. y BINDER, A. (Eds.). El Derecho penal hoy: Homenaje al profesor Davis Baigún. Buenos Aires, del Puerto. pp. 27-52.
- MAIER, J. 2001. Entre la inquisición y la composición. En: ARROYO, L. y BERDUGO, I. (Eds.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam. Vol. II. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca. pp. 801-814.
- MAIER, J. 2002. Derecho procesal penal. 2ª ed. Buenos Aires, del Puerto. Tomo I.
- MAIER, J. 2004. ¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal? En: GUZMÁN, J. L. (Ed.). El penalista liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Buenos Aires, Hammurabi. pp. 215-230.
- MAIER, J. 2007. Una tarde con la víctima. En: PRIMERA JORNADA de Análisis y Crítica de Jurisprudencia: Las facultades del querellante en el proceso penal desde “Santillán a Storchi TOC1”: 12 de julio de 2007. Buenos Aires, Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. 9p.

- MAÑALICH, J. P. 2004. El Derecho penal de la víctima. *Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (10): 253-283.
- MAÑALICH, J. P. 2005. Pena y ciudadanía. *Revista de Estudios de la Justicia* (6): 63-83.
- MAÑALICH, J. P. 2007. La pena como retribución. *Revista Estudios públicos* (108): 117-205.
- MAQUEDA, M. L. 2004. Políticas de seguridad y Estado de Derecho. En: PÉREZ, F. (Ed.). *SERTA. In memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca, Universidad de Salamanca. pp. 1287-1298.
- MARTÍNEZ, M. 2008. Populismo punitivo, mayorías y víctimas. *Revista Nomos* (2): 183-199.
- MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Santiago. Legal Publishing Chile. Tomo I y II.
- MERA, J. 2010. Política criminal y seguridad ciudadana. En: OLIVEIRA, C., MURILLO, M. y YABRA, R. (Eds.). *Serie estudios en ciencias penales y derechos humanos: Homenaje a Antonio Sánchez Galindo*. Guanajuato, Inecipe. Tomo I. pp. 265-274.
- MOORE, M. 1999. Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher. *Buffalo Criminal Law Review* 3(65): 65-89

- MORALES, A. M. 2012. La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. [en línea] Revista electrónica política criminal Vol. 7 núm. 13 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A3.pdf> [consulta: 13 de abril de 2013]
- MORENO, M. 1998. Política criminal y dogmática de las víctimas. En: OUVIÑA, G. (Ed.). Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 351-374.
- MUÑOZ CONDE, F. 2004. El nuevo Derecho penal autoritario. En: LOSANO, M. G. y MUÑOZ CONDE, F. (Eds.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. (Actas del coloquio internacional, Humboldt, Montevideo abril de 2003). Valencia, Tirant lo Blanch. pp. 161-183.
- NEUMANN, U. 2003. Alternativas al derecho penal. En: ARROYO, L., NEUMANN, U. y NIETO, A. (Eds). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha. pp. 201-213.
- PALAVECINO, C. 2011. Sistemas procesales e ideologías. Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (17): 13-30.
- PANDOLFI, O. 2010. El derecho del imputado a un acusador penal único (o, a un solo discurso acusatorio del que defenderse...). [en línea]

<<http://www.procesal1-catedra2.com.ar/sites/procesal1-catedra2.com.ar/files/El%20derecho%20a%20una%20acusacion%20unica%20-%20Oscar%20Pandolfi..pdf>> [consulta: 23 de agosto de 2013]

PÉREZ CEPEDA, A. I. 2001. Las víctimas ante el derecho penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación. En: ARROYO, L. y BERDUGO, I. (Eds.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam. Vol. I. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca. pp 443-478.

PÉREZ CEPEDA, A. I. 2007. Del derecho penal como carta magna de la víctima al programa social del derecho penal en el Estado de bienestar. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.). Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Salamanca, Universidad de Salamanca. pp. 611-626.

PÉREZ SANZBERRO, G. 1999. Reparación y Conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía? Granada, Comares. 474p.

PIEDRABUENA, G. 2003. La Constitución y los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal chileno. En: MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL. La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal. Chile, Fallos del Mes. pp. 11-42.

- PIEDRABUENA, G. 2009. Cómo proteger mejor los intereses de las víctimas y de esta manera contribuir a la disminución de la delincuencia. *Revista Chilena de Derecho* 36(3): 671-677.
- PIEDRABUENA, G. 2010. Control judicial anterior a la formalización de la investigación (artículo 186 del Código Procesal Penal). *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (23): 9-38.
- PRITTWITZ, C. 2005. La resurrección de la víctima en la teoría pena.[en línea] *Revista general de derecho penal* noviembre 2005 núm. 4 <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=4> [consulta: 8 de agosto de 2013]
- QUERALT, J. 1997. Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación. . En: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. (Libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona, José María Bosch. pp. 145-171.
- REYNA, L. M. 2006. Estudio final: La víctima en el sistema penal. En: SCHÜNEMANN, B. (Ed.). *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Lima, Grijley. pp. 101-164.
- REYNA, L. M. 2008. Las víctimas en el derecho penal latinoamericano: presente y perspectivas a futuro. *Revista Eguzkilore, cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* (22): 135-153.

- RIEGO, C. 2000. Informe de Chile. En: MAIER, J., AMBOS, K. y WOISCHNIK, J. (Eds.). Reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 167-195.
- RIGHI, E. 1998. Dogmática y política criminal de la víctima. En: OUVIÑA, G. (Ed.). Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 325-340.
- RIVERA, I. 2005. Política criminal y sistema penal, viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona, Anthropos. 494p.
- ROBLES, R. 2012. Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona, Atelier. 252p.
- ROXIN, C. 1976. Sentido y límites de la pena estatal. En: Problemas básicos del derecho penal. Madrid, Reus. pp. 11-36.
- ROXIN, C. 1992. La reparación en el sistema de los fines de la pena. En: MAIER, J. (Ed.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 129-156.
- RUIZ, E. 1992. Hacia dónde camina, hoy, el Derecho penal. Papers d' Estudis i Formació (8): 9-22.
- SCHNEIDER, H. J. 1989. La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho y en el proceso penal. Nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la República Federal de Alemania, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas. En: DE LA CUESTA,

J. L., DENDALUZE, I. y ECHEBURÚA, E. (Eds.). Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin. San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología. pp. 379-394.

SCHNEIDER, H. J. 1990-1991. Recompensación en lugar de sanción: Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad. Estudios penales y criminológicos (15): 199-224.

SCHÜNEMANN, B. 2006. El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas. En: SCHÜNEMANN, B. (Ed.). La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal. Lima, Grijley. pp. 17-37.

SCHÜNEMANN, B. 2010. Crítica del modelo norteamericano de procedimiento penal. En: INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. Derecho penal y política criminal: libro en homenaje a Álvaro Bunster. Ciudad de México, Ubijus. pp. 19-40.

SEGURIDAD CIUDADANA y la reforma procesal penal: 26 de octubre de 2006. Santiago, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, Fundación Paz Ciudadana, Facultad de derecho de la Universidad Católica y Facultad de derecho de la Universidad Diego Portales.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1990a. Innovaciones teórico-prácticas de la Victimología en el Derecho penal. En: BERISTAIN, A y DE LA CUESTA, J. L. (Eds.). Victimología: VIII cursos de verano en San Sebastián. San Sebastián, Universidad del País Vasco. pp. 75-83.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1990b. La víctima en el futuro de la dogmática. En: BERISTAIN, A y DE LA CUESTA, J. L. (Eds.). Victimología: VIII cursos de verano en San Sebastián. San Sebastián, Universidad del País Vasco. pp. 229-235.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. 1998. Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación. En: Perspectivas sobre la política criminal moderna. Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma. pp. 191-122.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Madrid, Civitas. 167p.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2009. Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. Revista de Estudios de la Justicia (11): 35-56.
- STRUENSSE, E y MAIER, J. 2000. Introducción. En: MAIER, J., AMBOS, K. y WOISCHNIK, J. (Eds.). Reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 17-32.

- TAMARIT, J. 2005. La protección de las víctimas en el sistema penal. [en línea] <<http://www.fundacionfive.com/wp-content/uploads/Proteccion-de-las-v%C3%ADctimas1.pdf>> [consulta: 4 de agosto 2013]
- TAVARES, J. 1998. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. En: OUVIÑA, G. (Ed.). Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 629-649.
- TAVOLARI, R. 2007. Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos. Santiago, Jurídica de Chile. 440p.
- TRENCZEK, T. 1992. ¿Hacia una reprivatización del control social? Una evaluación de víctima-delincuente-reconciliación. Papers d' Estudis i Formació (8): 23-42.
- VARGAS, J. E. 1999. Criterios económicos en la reforma procesal penal. Apuntes de Derecho, Universidad Diego Portales (5): 30-33.
- ZAFFARONI, E. 1989. La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica. En: DE LA CUESTA, J. L., DENDALUZE, I. y ECHEBURÚA, E. (Eds.). Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristaín. San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología. pp. 193-197.

ZAFFARONI, E. 1998. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. En: OUVIÑA, G. (Ed.). Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 613-620.

LEGISLACIÓN

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Adoptado por la asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas, por resolución N° 2.200, realizada el 16 de diciembre de 1966. Diario Oficial 29 de abril de 1989.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada por la conferencia especializada Interamericana de derechos humanos, realizada el 22 de noviembre de 1969. Diario Oficial 05 de enero de 1991.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. 2006. 11ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. 1906. Edición oficial. Santiago, Imprenta Cervantes.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. 2007. [en línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960&idParte=0>>
[consulta: 15 d julio de 2013]

CÓDIGO PROCESAL PENAL. 2008. 8ª ed. Santiago, Lexis Nexis.

CÓDIGO PENAL. 2008. 8ª ed. Santiago, Lexis Nexis.

HISTORIA DE LA LEY N° 19.696 de 2000, que establece el Código Procesal Penal. [en línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&buscar=19696>>
[consulta: 02 de abril de 2013]

HISTORIA DE LA LEY N° 19.519 de 1997, que crea el Ministerio Público. [en línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=75674&buscar=19519>>
[consulta: 06 de abril de 2013]

HISTORIA DE LA LEY N° 19.789 de 2002, que introduce modificaciones al Código Procesal Penal. [en línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=194154&buscar=19789>>
[consulta: 09 de abril de 2013]

HISTORIA DE LA LEY N° 19.942 de 2004, que modifica los Códigos de Procedimiento Penal y Procesal Penal en materia de control de identidad. [en línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=223642&buscar=19942>>
[consulta: 09 de abril de 2013]

HISTORIA DE LA LEY N° 20.074 de 2005, que modifica los Códigos Procesal Penal y Penal. [en línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=243832&buscar=20074>>
[consulta: 09 de abril de 2013]

HISTORIA DE LA LEY N° 20.253 de 2008, que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269848&buscar=20253>> [consulta: 09 de abril de 2013]

HISTORIA DE LA LEY N° 20.516 de 2011, reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y no pueden procurárselas por sí mismas. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1027573&buscar=20516>> [consulta: 09 de abril de 2013]

HISTORIA DE LA LEY N° 20.603 de 2012, que modifica la ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1040510&buscar=20603>> [consulta: 09 de abril de 2013]

LEY N° 19.223 de 1993, que tipifica figuras penales relativas a la informática que reguló delitos de orden informático.

LEY N° 19.806 de 2002, que establece normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.

LEY N° 19.913 de 2003, que crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos que reguló el lavado de dinero.

LEY 19.950 de 2004, que aumenta las sanciones a hurtos y facilita su denuncia e investigación.

LEY N° 20.009 de 2005, que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas.

LEY N° 20.084 de 2005, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

LEY N° 20.393 de 2009, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.

PROYECTO DE LEY que modifica el artículo 395, del Código Procesal Penal, para permitir la intervención del querellante, en los casos de resolución inmediata. Boletín N° 4798-07.

PROYECTO DE LEY que crea el fondo nacional para la representación de las víctimas de delitos. Boletín N° 5839-07.

PROYECTO DE LEY que modifica el artículo 109 del Código Procesal Penal. Boletín N° 6256-07.

PROYECTO DE LEY que modifica artículo 80 de la Constitución Política de la República, para permitir la interposición de querellas por personas distintas a los ofendidos, en los casos que indica. Boletín N° 6351-07.

PROYECTO DE LEY que modifica el Código Procesal Penal, en lo relativo a la actuación del querellante particular. Boletín N° 6789-07.

PROYECTO DE LEY que establece la obligación del fiscal de escuchar a la víctima, cuando ha denunciado los delitos que se indican, antes de archivar la causa. Boletín N° 8241-07.

PROYECTO DE LEY que permite a los particulares el ejercicio de la acción penal publica en los casos que indica. Boletín N° 8258-07.

PROYECTO DE LEY que legitima la presentación de querellas por personas distintas de las ofendidas. Boletín N° 8497-07.

PROYECTO DE LEY que modifica el artículo 83 del Código Procesal Penal, para fortalecer la situación procesal de la víctima que actúa como querellante. Boletín N° 8505-07.

PROYECTO DE LEY que modifica disposiciones del Código Procesal Penal, con el objeto de subsanar una discriminación contra el principio de igualdad de armas. Boletín N° 6507-07.

PROYECTO DE LEY que modifica la ley N° 19.696, que establece Código Procesal Penal, en el sentido que indica. Boletín N° 8516-07.

PROYECTO DE LEY que modifica el Código Procesal Penal, facultando a las organizaciones vecinales a querellarse con ocasión de delitos vinculados a drogas perpetrados en sus barrios. Boletín N° 8538-07.

PROYECTO DE LEY que modifica el artículo 277 del Código Procesal Penal, respecto del recurso de apelación. Boletín N° 8571-07.

PROYECTO DE LEY que modifica los artículos 276, 277 y 334 del Código Procesal Penal, con el objeto de limitar la facultad de exclusión de prueba del juez de garantía, fortalecer la justicia penal y ajustarlas a los principios del debido proceso. Boletín N° 8641-07.

PROYECTO DE LEY que modifica el artículo 111 del Código Procesal Penal, que amplía la facultad para ejercer querellas en caso de delitos de carácter sexual cometidos contra menores de edad. Boletín N° 8657-07.

PROYECTO DE LEY que modifica el proyecto modifica el Código Procesal Penal con el fin de reforzar la protección de las víctimas, mejorar la función que desempeña el Ministerio Público y fortalecer la acción policial y la operatividad del sistema de justicia penal. Boletín N° 8810-07.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19 de agosto de 2008. Rol N° 815-08.

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Patricio Rodrigo Meneses Farías respecto del artículo 230, inciso primero, del Código Procesal Penal. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=996>> [consulta: 11 de abril de 2013]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 02 de junio de 2009. Rol N° 1244-08.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Cosmética Vegetal S.A. respecto de los artículos 229, 230, inciso primero, y 237, inciso antepenúltimo, del Código Procesal Penal. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1153>> [consulta: 13 de abril de 2013]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 20 de agosto de 2009. Rol N° 1337-09.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Raúl Antonio Arriagada Gutiérrez respecto de los artículos 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1211>> [consulta: 13 de abril de 2013]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 03 de noviembre de 2009. Rol N° 1380-

09. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de

Carlos Jordán Ortiz respecto de los artículos 230, inciso primero, y 186, ambos del Código Procesal Penal. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1255>> [consulta: 13 de abril de 2013]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 29 de diciembre de 2009. Rol N° 1467-09. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Arturo Oyarzún Godoy respecto del 230, inciso primero, del Código Procesal Penal. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1295>> [consulta: 13 de abril de 2013]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 15 de abril de 2010. Rol N° 1341-09. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Raúl González Guzmán respecto del artículo 248 del Código Procesal Penal. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1332>> [consulta: 13 de abril de 2013]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 31 de agosto de 2010. Rol N° 1542-09. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Juez Titular del Juzgado de Garantía de Castro respecto del inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1506>> [consulta: 14 de abril de 2013]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 05 de octubre de 2010. Rol N° 1484-09.

Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano respecto de los artículos 186, 229, 230 y 231 del Código Procesal Penal. [en línea]

<<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1575>>

[consulta: 14 de abril de 2013]