

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO Y EN DERECHO COMPARADO.

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES

GABRIELA CAROLINA ARAYA ESPINOZA

KARINA ANDREA PORTUGAL CUEVAS

PROFESOR GUÍA: SR. CRISTIÁN MATURANA MIQUEL

Santiago, Chile 2005

INTRODUCCIÓN .	1
1.- LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO. .	1
2.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL DE LEGALIDAD. . .	3
CAPÍTULO PRIMERO. "ALGUNAS NOCIONES DOGMÁTICAS SOBRE VICTIMOLOGÍA" . .	11
1.- ANTECEDENTES GENERALES. . .	11
2.- FUENTES DE LA VICTIMOLOGÍA. .	14
3.- CONCEPTUALIZACIÓN. .	16
4.- OBJETO DE LA VICTIMOLOGÍA: LA VÍCTIMA. . .	16
6.- FORMAS DE VICTIMIZACIÓN. .	18
6.1. Victimización Primaria. .	18
6.2. Victimización Secundaria. .	18
CAPÍTULO SEGUNDO. "LA VÍCTIMA EN DERECHO COMPARADO" .	21
1.- "DERECHO PROCESAL PENAL ALEMÁN" . .	21
1.1. Estructura del proceso penal alemán . .	21
1.2. Los sujetos del proceso. .	22
1.3. Denuncia e instancia penal. . .	22
1.4. La acción privada. .	23
1.5. Desarrollo del procedimiento .	25
1.6. La reparación de la víctima. (Proceso por anexión). . .	26
1.7. Otras facultades del ofendido.²¹ .	29
2.- DERECHO PROCESAL PENAL AUSTRIACO. .	30
3.- DERECHO PROCESAL PENAL SUIZO. .	31
4.- DERECHO PROCESAL PENAL ITALIANO. .	32
5.- DERECHO PROCESAL PENAL FRANCÉS. .	33
6.- DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL. .	35
7.- DERECHO PROCESAL PENAL PARAGUAYO. .	35

²¹ ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, Pág. 540.

7.1. El Código de Procedimientos Penales Vigente o la Negación de la Participación No Formal de la Víctima. . .	35
8.- LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS A LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL LATINOAMERICANO. . .	37
9.- CONCLUSIÓN A ESTE CAPÍTULO. . .	39
CAPÍTULO TERCERO. "LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL" . .	41
1.- GENERALIDADES. . .	41
2.- LA VÍCTIMA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO PROCESAL PENAL. . .	43
3.- LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE. . .	47
4.- RESEÑA DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO CÓDIGO. . .	48
5.- LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO PENAL. . .	50
5.1. Sujeto procesal. . .	50
5.2. Concepto. . .	51
5.3. ¿Quiénes pueden ejercer los derechos de la víctima? . . .	56
5.4. Los derechos de la víctima. . .	56
5.5. Víctima y Debido Proceso. . .	63
5.6. Víctima y Ministerio Público. . .	65
6.- LA VÍCTIMA Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. UNA MIRADA AL DERECHO COMPARADO. . .	75
6.1. En la legislación alemana. . .	76
6.2. En el Sistema Procesal Norteamericano. . .	77
CAPÍTULO CUARTO. "LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL ANTIGUO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL" . .	79
1.- ASPECTOS PREVIOS. . .	79
2.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL. . .	81
3.- LA VÍCTIMA EN EL ANTIGUO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. . .	82
3.1. La diferente denominación. . .	82
3.2. Derechos y facultades de la víctima. . .	84
3.3. Derechos procesales de la víctima. . .	84
3.4. Los derechos patrimoniales de la víctima. . .	85

3.5. La víctima como órgano de prueba. . .	85
3.6. La víctima y las medidas cautelares. .	85
CAPÍTULO QUINTO. “PARTICIPACIÓN DE LA VICTIMA EN LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DEL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL” .	87
1.- INTRODUCCION. .	87
2.- LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL. .	89
2.1 Generalidades. . .	89
2.2. El procedimiento. .	90
2.3. La víctima como testigo en el juicio oral .	93
2.4. La víctima como interviniente en el juicio oral. . .	95
3.- LA AUDIENCIA DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. .	100
3.1. Generalidades. .	101
3.2. El procedimiento. .	101
3.3. Debate, fallo y recursos. .	105
4.- LA AUDIENCIA DEL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO. .	107
4.1. Generalidades. .	107
4.2. El procedimiento. .	108
4.3. Procedencia. .	110
5.- LA ACCION CIVIL. .	110
5.1. Generalidades. .	111
5.2. Procedimiento. .	112
6.- LA AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN. .	113
6.1. Los Fiscales y la Investigación. .	113
6.2. Participación de la víctima. .	114
6.3. La Formalización de la Investigación. .	115
6.4. Solicitud de juicio inmediato. .	116
7.- AUDIENCIA DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO. .	116
7.1. Opinión de la víctima. . .	117
7.2. Requisito de validez de la audiencia. .	118

7.3. Plazos y prescripción. . .	118
7.4. Condiciones por cumplir decretada la suspensión condicional del procedimiento. . .	118
7.5. Audiencia de modificación de las condiciones. . .	119
7.6. Revocación de la suspensión condicional. . .	119
7.7. Efectos de la suspensión condicional del procedimiento. . .	119
8.- AUDIENCIA DE PROCEDENCIA DE ACUERDOS REPARATORIOS. . .	120
8.1. Requisito de procedencia de los acuerdos. . .	120
8.2. Participación de la víctima. . .	120
8.3. Efectos penales del acuerdo reparatorio. . .	121
8.4. Efectos civiles del acuerdo reparatorio. . .	121
8.5. Efectos subjetivos del acuerdo reparatorio. . .	121
9.- NORMAS COMUNES A LAS AUDIENCIAS DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y DE ACUERDOS REPARATORIOS. . .	121
9.1. Oportunidad para solicitarlos. . .	121
9.2. Registro. . .	122
10.- AUDIENCIA DE SOBRESEIMIENTO O DE NO PERSEVERACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO. . .	122
10.1. Sobreseimiento definitivo. . .	122
10.2. Efectos del sobreseimiento definitivo. . .	123
10.3. Sobreseimiento temporal. . .	123
10.4. Participación de la víctima. . .	123
CONCLUSIONES. . .	125
ANEXO II . . .	133
BIBLIOGRAFÍA . . .	151

INTRODUCCIÓN

"UNA VISIÓN A LOS POSTULADOS FUNDAMENTALES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL"

1.- LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO.

El examen concreto de las garantías de orden procesal, debe comenzar por la del debido proceso, porque se trata de la principal de todas ellas y la que resume la forma en que se ha trabajado para articularlas a nivel internacional y comienza a hacerse incipientemente en Chile.

En rigor, en lo que constituye su característica esencial, no se trata de una garantía específica, que tenga un contenido preestablecido, sino que corresponde a los propios actores del sistema judicial iril llenando de contenido. Por eso, es que se trata de una garantía que debe operar fundamentalmente como una fórmula general y subsidiaria, que permita corregir procesos cuando no concorra otra garantía o para reforzar una más específica, que son las que más adelante analizaremos.

La garantía del debido proceso tiene un amplio contenido, que no es posible circunscribirlo taxativamente a priori, sino que constituyendo fundamentalmente una

garantía de justicia en la tramitación de un proceso, entrega a los propios jueces la facultad de determinar en el caso concreto si se ha respetado, es decir, si la tramitación del juicio ha sido justa.

Por lo tanto, es una garantía de la mayor amplitud posible, que permite corregir toda desviación procesal, no sólo atribuible al propio juez de la causa, sino que también al legislador, en este caso a través del mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes. Tanto es así que normas procedimentales, establecidas a nivel legal, reglamentario o incluso de autos acordados, que aparentemente no tienen ninguna importancia, llegado el caso pueden transformarse en obstáculos para considerar justa la tramitación de un proceso y, por lo tanto, considerarse atentatorios contra este derecho fundamental del debido proceso.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema, ha decidido que imponer exigencias no contempladas ni en la ley ni en disposiciones reglamentarias significa alterar, en un caso particular para el recurrente, su derecho a un justo y racional procedimiento que la ley ha predeterminado y que la Constitución reconoce y asegura. Asimismo, tratando de desentrañar el sentido de la expresión "racional y justo procedimiento", ha puesto el acento en las voces "justo" y "racional", llegando a la acertada conclusión de que se trata de conceptos genéricos, por lo que en vez de una enumeración taxativa de los elementos que lo componen, es necesario, respetando el criterio de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, determinarlos casuísticamente.

Por su parte, el Tribunal Constitucional resolvió que "La norma que autoriza al Director del Servicio Electoral para cancelar una inscripción por haberse practicado en contravención a la ley es inconstitucional si no asegura al afectado un racional y justo procedimiento para reclamar su cancelación. Y en la especie, al no contemplar, entre otras garantías, ni el emplazamiento a la persona respectiva, ni la oportunidad para defenderse ni tampoco la posibilidad de deducir recurso alguno ante otra autoridad para reclamar una eventual cancelación indebida, se afecta dicha garantía"¹.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha extendido abiertamente la garantía del proceso debido a los procedimientos administrativos, al resolver que se vulnera el debido procedimiento, en un juicio sobre ética profesional si en un sumario se actuó sin la debida prudencia e imparcialidad, omitiéndose diligencias importantes, con las cuales podría haberse llegado a otras conclusiones².

En definitiva, la garantía del debido proceso es la más amplia de todas las consagradas en nuestra Constitución, pues permite reprochar de inconstitucionalidad cualquier procedimiento o aspecto del mismo establecido por el legislador o proceso tramitado por el juez, en el que se hayan violentado los elementos esenciales que permiten calificar de justo un juicio y puede aplicarse, ya sea a título de mayor abundamiento dado su carácter general y subsidiario respecto a otras garantías del

¹ Tribunal Constitucional, sentencia de 8 de septiembre de 1986, Santiago, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 83, sección 6ª, pág. 93.

² Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 8 de abril de 1988, Santiago, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 85, sección 5ª, pág. 44.

sistema procesal chileno, o bien, para calificar cualquier otra exigencia procesal aunque se haya establecido sólo a nivel legal.

La garantía del debido proceso, presidirá por cierto la aplicación del nuevo proceso penal, desde su inicio hasta la ejecución completa de la sentencia. A partir del artículo 1 del nuevo Código Procesal Penal, queda clara la intención de conseguir procesos respetuosos de estos cánones internacionales. Al efecto, dispone el citado artículo “*Juicio previo y única persecución*. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal.

La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada. No podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

Además, cabe tener presente que el debido proceso se encuentra consagrado en diversos tratados internacionales ratificados por Chile, entre otros el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Cabe hacer notar que, de acuerdo a lo señalado al inicio de este trabajo sobre la extensión de estas garantías, la del debido proceso también se extiende a los actos de persecución penal y de preparación del juicio oral, aunque no estén a cargo de un juez, sino de otros agentes públicos como son el Ministerio Público y las policías, en cuanto tales actuaciones importarán restricciones a los derechos fundamentales de las personas por parte de órganos estatales encargados de la persecución penal, tales como a la libertad personal, el secreto de las comunicaciones, etc.

Por último -y de suma importancia- es la modificación que se introdujo mediante la Ley 19.519 de fecha 16 de septiembre de 1997, a la Constitución Política del Estado, específicamente el artículo 19 N° 3 en su inciso 6 que señala: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una **investigación** racionales y justos”.

2.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL DE LEGALIDAD.

Gran parte de las críticas al antiguo procedimiento penal se dirigen en contra del sistema de instrucción consagrado en el Código de Procedimiento Civil, caracterizable como el sistema del Sumario criminal. El núcleo central de las críticas dirigidas en su contra dice relación con lo inadecuado de entregar las tareas de investigación y administración de la persecución a un órgano judicial.

La labor judicial aparece estrechamente vinculada a algunas características que

parecen propias de su naturaleza y que se justifican en ciertos valores que debe cautelar. Por ejemplo, el rol judicial se distingue por una cierta pasividad, por la disposición de los jueces a la resolución de conflictos promovidos por las partes, frente a las cuales mantienen una actitud imparcial. Asimismo, el rol judicial se caracteriza por una cierta rigidez en cuanto a la posición de sus integrantes en el sistema. Características como la inamovilidad en los cargos, la formalidad en los nombramientos, así como reglas bastante rígidas en cuanto a la competencia de cada tribunal, se justifican en orden a garantizar la independencia de cada juez, así como la preexistencia del tribunal y de reglas objetivas para su integración.

Estas particularidades, no obstante, resultan contradictorias con la necesidad de una organización racional de la persecución penal. Esta última es una tarea fundamentalmente activa, que requiere un compromiso de la organización con la promoción de intereses estatales concretos, como son la investigación de los delitos, su sanción y la satisfacción de las necesidades de las víctimas. Pero además de un eficiente manejo, la persecución penal requiere de un modo de organización flexible, que permita la permanente adaptación de métodos de trabajo, la agrupación de casos similares, la constitución de equipos especializados de acción, la posibilidad de la incorporación de personal auxiliar en situaciones especiales, la movilidad territorial de los recursos humanos, etcétera. Asimismo, el valor de la independencia debe ceder lugar al favorecimiento de una actuación colectiva nacional o regional con miras a ejercitar de un modo uniforme los mecanismos represivos y a operar en el ámbito territorial que resulte adecuado a las características del delito de que se trate.

En la realidad del modelo antiguo parece clara la contradicción entre ambos roles. Por una parte, se obliga a los jueces a asumir un compromiso en la actividad persecutoria, con lo que se compromete su imparcialidad, pero a la vez, esta actividad no es ni puede ser desempeñada de un modo eficiente. Cada juez, en cuanto investigador y acusador, opera como unidad aislada sin conexión con las otras unidades que cumplen funciones similares, debiendo hacerse cargo cada uno de ellos de la variedad más amplia de casos, sin contar con la adecuada asesoría técnica, la que, por otra parte, resultaría muy difícil de organizar para una forma de funcionamiento tan dispersa.

Agréguese a lo anterior las enormes dificultades organizacionales y administrativas que al sistema judicial le significa el gestionar la persecución penal. La mayor parte de la enorme carga administrativa y de las dificultades de su manejo en los tribunales del crimen deriva de la actividad destinada a llevar adelante los sumarios criminales. Este problema es de tal magnitud que en la práctica impide al juez concentrarse debidamente en la resolución de los casos de que debe conocer. Piénsese también en las enormes posibilidades de mejoramiento en términos de la racionalidad general del sistema y en el tratamiento particular de cada caso, al liberar a los jueces de esta carga, reservando su tiempo al conocimiento y resolución de los casos en sus diversas etapas, en tanto el rol persecutorio se encarga a un organismo especializado. Los efectos organizacionales y administrativo del cambio propuesto están siendo objeto de estudios particulares.

El novel sistema concibe a la investigación formalizada como una etapa de preparación del juicio, en que una de las partes, el fiscal, con el auxilio de la policía y otros organismos especializados, debe investigar el hecho denunciado y recolectar los

medios de prueba que, en el momento oportuno, utilizará para respaldar su acusación frente al tribunal que debe dictar el fallo.

Se abandona, en consecuencia el modelo de instrucción formal en que el juez incorpora al expediente actuaciones de prueba que podrán servir directamente como fundamento a la sentencia. El rol del juez pasa a ser aquí otro completamente diferente. El tribunal que interviene en esta etapa, al que se llama juez de garantía, está encargado fundamentalmente de resolver los conflictos que la actividad persecutoria del fiscal y de la policía en su auxilio pueden generar en relación con los derechos de un imputado que debe ser tenido como inocente.

Excepcionalmente, el juez podrá realizar actos que constituyan anticipación de prueba, en aquellos casos en que pueda resultar imposible su producción durante el juicio y siempre con plena participación de los intervinientes que tuvieren derecho a concurrir. Estimamos que en forma excepcional esto es bueno por una razón práctica y por una razón filosófica. En la práctica siempre será correcto lograr conseguir la producción de probanzas, aun de manera anticipada, cuando existan serias presunciones de que dichas pruebas se deteriorarán, desaparecerán o se destruirán con el transcurso del tiempo. Del punto de vista filosófico debemos tener presente que el objetivo final de todo proceso, es la consecución de la justicia, de suerte que para el logro de tal finalidad se deben anticipar pruebas, es bueno que así sea.

También corresponderá al juez la resolución de otros conflictos que puedan producirse durante la etapa de investigación, como aquellos relativos a la intervención de querellantes u otros interesados y los que digan relación con formas de terminación anticipada del procedimiento.

La actividad fiscal durante la etapa de investigación se caracteriza por su informalidad, se lo faculta para desarrollar las diligencias que resulten técnicamente apropiadas para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades, debiendo llevar un registro sencillo de sus actuaciones. Se ha establecido una regulación muy precisa de la forma en que los organismos policiales deberán prestar auxilio al Ministerio Público en el desarrollo de estas tareas.

Especialmente relevante resultan en esta etapa las facultades que se otorgan al Ministerio Público para organizar su trabajo de modo eficaz. Los criterios de asignación, agrupación, control y evaluación de casos no son regulados por la ley procesal, sino que su definición corresponde a las autoridades del Ministerio Público, de acuerdo con lo que se dispone en la correspondiente Ley Orgánica que se analizará más adelante. Con ello se espera dar lugar a una verdadera racionalización de la persecución penal a partir de criterios generales, emanados de un órgano con competencia técnica y con una visión de conjunto respecto de todo el sistema.

Se ha facultado al Ministerio Público para archivar provisionalmente todas aquellas denuncias que no parezcan susceptibles de una investigación exitosa. El uso de esta facultad, bajo el control de las víctimas y limitada a delitos de ocurrencia común pero de poca gravedad, debiera ahorrar muchos recursos al sistema, evitando su desgaste en casos respecto de los cuales no existe expectativa razonable de éxito.

La reforma procesal penal siguió las tendencias de los sistemas más modernos como

el Alemán y el Italiano, otorgando a los fiscales la facultad de no iniciar o de abandonar la persecución penal en casos de mínima gravedad, cuando resulte conveniente por no estar comprometido el interés público. Esto es lo que podemos entender como principio de oportunidad reglado, es decir, aquel que reconoce al titular de la acción penal pública la facultad de disponer, bajo determinadas circunstancias, de su ejercicio. De este modo, se faculta a los fiscales del Ministerio Público para no iniciar o, eventualmente, abandonar la persecución de delitos menores, cuando no aparezca la posibilidad de llevar adelante una investigación exitosa o no se encuentre comprometido gravemente el interés público. Se observa aquí un conflicto con el principio de legalidad que regía para el antiguo procedimiento penal, principio que se caracteriza por el hecho de que todo delito se investiga y juzga, cualquiera sea su gravedad y cualquiera sean los indicios que sobre él existan.

El profesor Miguel Soto, exponiendo los puntos favorables para la adopción de uno u otro sistema, ha dicho:

"Resulta evidente que un derecho penal orientado a la legalidad, se funda directamente en el principio del Estado de Derecho y se corresponde con los principios que rigen la relación entre Derecho penal material y procesal penal en dicho Estado."

"a) El derecho penal material no sólo determina los límites de la punibilidad sino que además cumple evidentemente funciones preventivas, que requieren imprescindiblemente que sus normas tengan la posibilidad de realizarse en el proceso penal; la aplicación utilitaria y oportunista de las mismas, a la larga las debilita, particularmente en el caso de aquellas más perjudicadas por la selección."

"b) La aplicación desigual del derecho penal en el proceso penal, conlleva para la comunidad una impresión de desigualdad, en consecuencia a engaño."

"c) El principio de legalidad, asegura la igualdad, el principio de oportunidad entra en conflicto con el principio de igualdad."

"d) El principio de oportunidad entra en conflicto también con el principio de la separación de poderes, pues entrega a las autoridades de la instrucción la decisión relativa a la no persecución de hechos punibles."

"e) El principio de oportunidad, aplicado en la instrucción, desvaloriza y deslegitima la inmediación y la publicidad de la vista oral."

"f) De hecho, el principio de publicidad en el proceso penal, resulta excluido por la aplicación de la oportunidad en la instrucción."

"g) La intervención policial se rige de hecho por el principio de oportunidad, por lo que la aplicación del mismo al proceso de instrucción, imposibilitaría la distinción entre ambos."

"Por contrapartida y según fluye de lo expuesto en el párrafo precedente, en favor del principio de oportunidad cabe apuntar:

"a) Que se corresponde mucho más con la realidad del sistema penal, que la percepción idealista de la misma que funda el principio de legalidad."

"b) La aplicación del derecho penal a un supuesto concreto, necesariamente importa

algún grado de discrecionalidad y oportunidad."

"c) En el proceso penal no sólo se reflejan las normas del derecho penal material, su función como sistema de garantías no es sólo la realización del derecho penal material, antes es derecho constitucional aplicado y por ende la relación entre derecho penal y procesal penal que supone el principio de legalidad no se corresponde con la actual evolución normativa."

"d) Resulta económico y políticamente inconveniente invertir los relativamente escasos recursos de que dispone el sistema penal en una aplicación estricta del principio de legalidad."

"e) En todo evento, carece de sentido esperar hasta la sentencia para otorgar un beneficio cuya futura concesión resulte evidente ya en la etapa de instrucción."

"f) La legalidad estricta importa una estatización de la situación de la víctima a la que no siquiera en hechos de escasa gravedad, le reconoce participación alguna."

"g) Es político-criminalmente y materialmente deseable posibilitar la descongestión de los Tribunales penales, eliminando por la oportunidad ya en la instrucción hechos de escasa significación."

"h) Existen determinados ámbitos, como la persecución del terrorismo o de la criminalidad organizada, en que es imprescindible introducir soluciones de oportunidad, para posibilitar una lucha eficaz contra dichos delitos."

"i) En el substrato del principio de legalidad y en su automatismo se encuentra una concepción retributiva de la pena que no se corresponde con el actual estado de evolución del Derecho Penal."

"j) El principio de oportunidad se corresponde con el actual ideal descriminalizador y despenalizador, que no siempre es realizado a tiempo por el legislador."

"En definitiva, a nuestro entender, por todas las consideraciones expuestas la potenciación del sistema acusatorio y del Ministerio Público aconsejan la introducción de un principio de oportunidad reglado, sujeto a la aprobación del Tribunal de instrucción, a la aprobación del afectado y a una fundamentación previa y expresa del Ministerio Público."³

Tal como en los casos de los sistemas mencionados, se ha procurado delimitar de modo preciso el ámbito de aplicación de esta facultad y se le ha sujetado a estrictos controles tanto por parte del juez como del propio Ministerio Público. Este a su vez, deberá responder de su utilización frente a la autoridad correspondiente. Asimismo, se propone que cuando la víctima se interese en la persecución su voluntad se imponga de modo absoluto.

Se ha estimado indispensable introducir este principio a lo menos en la medida necesaria para manejar un conjunto importante de situaciones de mínima o nula gravedad que hoy día llegan a conocimiento del sistema, en que la persecución penal

³ SOTO PIÑEIRO, Miguel, "Ministerio Público y Política Criminal", artículo publicado en "Ministerio Público. Para una Nueva Justicia Criminal", seminario Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales, 1994, págs. 84 y sgtes.

aparece claramente contraria no sólo a la conveniencia social concreta, sino a las concepciones generalmente aceptadas sobre la convivencia en una sociedad democrática, y cuya correspondencia con tipos penales se explica únicamente por la antigüedad de los mismos.

En el diseño planteado, las amplias facultades del Ministerio Público durante la etapa de investigación tiene como límite los derechos individuales de las personas. En los casos en que su actividad afecte o pueda afectar esos derechos, procederá siempre la intervención judicial, en general previa, por medio de audiencias orales, en las que el juez deberá calificar la legalidad de la actuación y cautelar por el respeto a los derechos de quienes puedan resultar afectados por ella. Entre las medidas que requieren esta intervención judicial estarán siempre las medidas cautelares dirigidas en contra del imputado y también algunas actividades de investigación que puedan afectar sus derechos o los de cualquier otra persona. Al efecto, el Código Procesal Penal enumera un conjunto de medidas específicas que requieren este control (por ej, arts. 215, 217, 218, 219, etc), pero a la vez consagra la posibilidad de que el afectado requiera al juez reclamando de cualquier otra actividad persecutoria que pueda implicar afectación de sus derechos (art. 186).

Para aquellos casos en que sea necesario requerir la intervención judicial por primera vez en relación con una medida determinada o cuando se pretenda formalizar la persecución para eventuales futuras medidas, se consagra el establecimiento de la formulación de cargos por parte del fiscal ante el juez. Se trata de una institución procesal que obliga a formalizar y judicializar la investigación, con el fin de otorgar garantías al imputado en cuanto al conocimiento de la existencia y contenido de la persecución penal que se dirige en su contra, al permitir su declaración judicial como medio de defensa frente a esa imputación y a dar lugar a la intervención del juez para el control de la actividad investigativa y las eventuales medidas cautelares (art. 232).

La formulación de cargos debiera constituirse en un adecuado sustituto del sometimiento a proceso, manteniendo de éste el contenido de garantía, en cuanto permite al afectado conocer la imputación y facilita su defensa y en cuanto limita el ámbito de la persecución y de la eventual acusación a los cargos formalmente planteados, impidiendo que se sorprenda al imputado; pero, mitigando todos los elementos negativos del sistema vigente. El sistema propuesto evitará el prejuzgamiento que implica una resolución judicial basada en presunciones fundadas de participación e impedirá los efectos de interdicción del imputado que hoy surgen del sometimiento a proceso, como son el arraigo de pleno derecho, su conexión directa con la prisión preventiva y la libertad provisional, las anotaciones en el prontuario y demás efectos restrictivos de derechos.

Se ha establecido un plazo máximo de dos años para la etapa de investigación a partir de la formulación de cargos, en la convicción de que una vez dirigida formalmente la investigación en contra de una persona, ella representa una carga que no puede ser prolongada indefinidamente en el tiempo (art. 247).

El profesor Miguel Soto señala que la etapa de investigación es una función propia del Ministerio Público, por una insoslayable exigencia dogmática y político criminal. Al respecto señala:

"Situados nuevamente en el centro de la tensión e interacción entre dogmática y política criminal, creemos que la opción señalada en el último párrafo del epígrafe presente sólo puede resolverse en favor de la potenciación del Ministerio Público, que asumirá a su cargo la instrucción."

"Desde ya concurren a lo anterior innegables consideraciones garantistas, derivadas del hecho de que con la transformación del Juez Instructor en Juez de la instrucción, este pasa de inquisidor-esquizoide, a garante de los derechos ciudadanos en la instrucción."

"Esto es, al Juez ya no se le exige el imposible desdoblamiento objetivo, que para él importaba la asignación de la doble calidad de "garante" e "inquisidor" de una instrucción, que el Ministerio Público pacientemente observa y que en definitiva se resolvía normal y lógicamente en el predominio de una en perjuicio de la otra."

"En lugar de lo anterior, frente a sí mismo y frente a la comunidad, este Juez, liberado del lastre imposible de sobrellevar que conlleva la obligación de vigilarse y limitarse a sí mismo, puede recuperar la función que le es propia; la función de Juez, que vigila, controla, la regularidad del proceso de instrucción, asegurando durante el mismo la salvaguarda de los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los involucrados."

"Pero ocurre que además al margen de las consideraciones garantistas expuestas, nuestro colapsado sistema penal liberado del Juez Instructor, se vería notablemente vivificado por la introducción de un instructor, con una función claramente definida y limitada, dotado de una estructura orgánica que le permitiría disponer mucho más eficientemente de sus recursos, acorde las necesidades de cada caso particular, con miras a la formulación de una acusación o petición de sobreseimiento, de la que él mismo se hace responsable, no ante el Juez de la Instrucción, sino ante el Juez intermedio, que es el llamado a decidir, imparcialmente, sobre esa zona gris que existe entre el término de la instrucción y la apertura del juicio oral."

"De esta forma, se fortalecería el sistema acusatorio, logrando una aceleración de la instrucción, con la consecuente agilización de la justicia penal, dejando abierta la puerta para su coherente humanización, por la introducción del principio de oportunidad."

"Paralelamente, para los delitos de escasa significación punitiva, se podría crear un procedimiento monitorio, sumario, a resolver por el Juez intermedio, sin juicio oral, previo consentimiento del inculpado, su abogado y el Ministerio Público, aprobado por el Juez de Instrucción."

"El resultado último de todo lo anterior, sería un significativo aumento de la eficacia del sistema penal para solucionar los conflictos que se le presentan, sin lesionar las garantías individuales, posibilitando así que la pena y por ende el Derecho Penal todo, cumplan con los objetivos preventivos que le son propios, lo que obviamente constituiría un logro político criminal de primera magnitud."

"Frente a tales ventajas y conveniencias, no se pueden invocar como obstáculo, ni un peligro para las garantías individuales, que, por el contrario, se ven mucho más protegidas; ni tampoco un presunto problema de recursos, que hasta que no se realicen las evaluaciones pertinentes, no pasa de ser una mera petición de principios,

eventualmente infundada." ⁴

⁴ SOTO PIÑEIRO, Miguel, obra citada, pág. 94.

CAPÍTULO PRIMERO. "ALGUNAS NOCIONES DOGMÁTICAS SOBRE VICTIMOLOGÍA"

1.- ANTECEDENTES GENERALES.

Para determinar que es lo que sucede con la víctima en el nuevo proceso penal chileno, es preciso determinar en un primer sentido quién es la víctima. Etimológicamente la palabra proviene del latín "victima" y representa a una persona destinada al sacrificio o sacrificada, o bien que se expone a un grave riesgo a favor de otra, padeciendo el daño, por culpa ajena o por causa fortuita. Nos encontramos entonces ante un doble significado: por una parte se refiere el ser vivo, hombre o animal sacrificado a un ser superior como ofrenda correspondiente a un culto, y la otra interpretación que se usa en criminología, referida a la persona que sufre o es lesionada en su cuerpo o propiedad, torturada o asesinada por otra, impulsada por las más diversas motivaciones. Conceptualmente el tema de la víctima es tan antiguo como la existencia del hombre en el planeta, pero su estudio científico es reciente y data del año 1945 cuando el profesor Benjamín Mendelsohn, usa por primera vez el término victimología⁵, que es la ciencia

que actualmente se preocupa de este sujeto.

Esta palabra también tiene una raíz griega en la palabra “logos”, que significa estudio. Dicho concepto fue definido en el Primer Simposio sobre victimología celebrado en Jerusalén, entre el 2 y 6 de septiembre de 1973, en el libro titulado “El estudio científico de las víctimas del delito”, en el cual su autor, Gulota, señala que es “la disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito”⁶. La victimología se refiere de esta manera al estudio de la víctima del delito.

De acuerdo a la opinión de la profesora de Derecho Penal argentino Elena Larrauri, la víctima ha sido doblemente olvidada, primero por la corriente victimológica, que surge en la década del cuarenta, la que se preocupa de entender la etiología del delito y buscar otros métodos de respuesta al delincuente; ya sea carcelarios u otros alternativos. A pesar de la concepción social del delito, presta poca atención a la víctima. En segundo lugar se refiere al derecho penal, que de acuerdo a su opinión, olvida a la víctima, ya que el fin de protección de los bienes jurídicos, parecían basarse exclusivamente en el castigo al delincuente en lugar de la reparación del mal causado a la víctima.⁷

En un discurso aún más agresivo García Pablos, señala que el Derecho Penal tradicional no se ocupa de las víctimas, ejemplificando que ante un supuesto homicidio, la opinión pública exige la reacción jurídico penal, pero la víctima no plantea problema alguno, basta con enterrarla. Para la victimología esta neutralización de la víctima es algo connatural con la propia existencia del derecho penal, pues en base al *ius puniendi*, los miembros de una sociedad renuncian a la venganza privada y ceden al Estado la protección de la sociedad frente a la delincuencia. A partir de la monopolización del Estado de la reacción penal, esto es el castigo por parte de la víctima de las lesiones de sus intereses, el papel de las mismas se va difuminando hasta desaparecer instituciones tan obvias como la legítima defensa, minuciosamente reglada, imponiendo la ley el respeto de estrictos límites.⁸

Históricamente, los primeros estudios de carácter victimológico se abocaron al análisis de la víctima con relación a la comisión del delito. En este sentido, en 1948, Von Hentig se refirió en su libro “The criminal and his victim” al rol y contribución de la víctima en el hecho delictivo. De acuerdo a este trabajo se deben tomar en cuenta tres nociones fundamentales:

Primero, la posibilidad de que una misma persona pueda ser delincuente o criminal y

⁵ BERISTAIN, Antonio, “Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología”, Buenos Aires, Editorial Tirant la Blanch, 1994, pág. 245.

⁶ www.inicia.es/de/pazenred/victima.htm

⁷ LARRAURI, Elena, “El papel de la víctima en el Derecho Penal argentino”, Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa América, 1996, pág. 34.

⁸ DÍAZ, Landrove, “Victimología”, Madrid, Editorial Reus, 1999, pág. 23.

víctima según las circunstancias; de manera que comience por el rol de criminal y siga con el de víctima, o al contrario. También cabe la posibilidad de ser al mismo tiempo delincuente y víctima. Esta figura dual se da con frecuencia actualmente en los jóvenes drogadictos los que para conseguir el dinero que necesitan para comprar droga, se ven compelidos a cometer delitos contra la propiedad⁹.

Segundo, la noción de la "víctima latente" que incluye a aquellas mujeres y aquellos hombres que tienen una predisposición a llegar a ser víctimas, es decir, una cierta atracción hacia el criminal. Concretamente escribe Von Hentig: "El individuo débil, tanto entre los animales como entre las personas, es aquel que verosímilmente será víctima de un ataque"¹⁰.

Tercero, hay que tener presente la relación de víctima con el delincuente, relación que puede provocar una inversión de los roles de protagonismo. La víctima puede ser el sujeto más o menos desencadenante del delito.

Con posterioridad, Mendelsonh, desarrolla una clasificación sobre la base de la culpabilidad de la víctima en la producción del delito; esta idea de la culpabilidad de la víctima llevaba una carga moral mayor que la idea de contribución planteada por Von Hentig.

Luego Wolfgang acuñó el concepto de "precipitación" para describir aquellos supuestos en los que la víctima había sido la primera en utilizar la violencia, concepto que se intentó aplicar a los delitos de robo y violación. El hecho de trasladar estos conceptos a delitos como los de violación, junto a la carga moral (implícita), llevó a criticar a la victimología originaria por desarrollar una política de culpar a la víctima. Esta victimología convencional se caracterizaba por:

Un análisis individualista de las relaciones entre la víctima y el delincuente;

Una tendencia a considerar a la víctima como responsable;

A concentrarse en el delito común.

En resumen, para estos primeros autores, la víctima juega un papel, a veces, involuntariamente activo en la comisión del delito; dicho de otra manera, la víctima es parte integrante y no siempre "inocente" en sentido moral, del fenómeno criminal, intentándose clasificar a las víctimas según su participación en el delito.

Como respuesta a este criterio y a las grandes convulsiones y cambios sociales, los entonces recientes estudios victimológicos sufren enormes impulsos y aparece un creciente interés por la víctima. Surge así en la década de los 60 una nueva vertiente dentro de la victimología, que se diferencia de la anterior fundamentalmente porque se centra en las necesidades y derechos de las víctimas y no contrapone los derechos de la víctima a los derechos del delincuente.

Esta segunda etapa se caracteriza por simposios internacionales y la creación de institutos y sociedades nacionales de victimología, investigaciones sobre el tema,

⁹ BERISTAIN, Antonio, obra citada, pág. 245.

¹⁰ VON HENTIG, "The criminal and his victim, New Haven, 1948, pág. 139.

tipología relación entre víctima y victimario y se esbozan ideas sobre prevención, tratamiento y resarcimiento de las víctimas; surge la preocupación por parte de la ONU a través de “Congresos de prevención del delito y tratamiento del delincuente” que se ocupan de este tema y dan una serie de recomendaciones y declaraciones, amén de generar algunos tratados internacionales sobre el particular. En cuanto a la legislación de resarcimiento a las víctimas de delitos, ya en el año 1891 el Tercer Congreso Jurídico Internacional celebrado en Florencia, aprobó la proposición de Garófalo de instituir un fondo de compensación estatal para asistir a la víctima de ciertos delitos.

Prescindiendo de otros datos, en Nueva Zelanda, en el año 1963, se formuló un programa importante de compensación a las víctimas de los delitos. En América Latina fue México el pionero en 1969. En el Distrito Federal se elaboró y aprobó por inspiración de Sergio García Ramírez, Procurador General de Justicia, una ley de protección y auxilio a las víctimas del delito. En su articulado se fija claramente la manera de comprobar el estado económico de las víctimas a las cuales la ley protege; se logra el Departamento de Prevención y Readaptación Social; se fijan las formas de recaudar los fondos necesarios para el auxilio previsto, sin necesidad de recurrir a imposiciones de los contribuyentes.

De acuerdo a lo expresado por la profesora argentina Elena Larrauri, el surgimiento de esta nueva victimología obedece a varias razones:

Justificación política de “ley y orden” y la mayor rentabilidad política de satisfacer a las víctimas que a los delincuentes;

El ímpetu del movimiento feminista, señalando el alto grado de victimización de las mujeres.

El surgimiento e impacto de las encuestas de victimización que demuestran la extensión del delito y su concentración en los estratos más vulnerables de la población ¹¹

En opinión de Sangrador, esta nueva revitalización se debe a tres causas, no lejos por lo demás de la señalada por la profesora argentina, estas son:

La psicología criminal crea marcos teóricos adecuados para el desarrollo de la victimología;

El interés que despierta en EE.UU. el asesinato de una mujer, pues se inician las primeras encuestas sobre victimización (1967);

El fuerte movimiento feminista de esos años exige mayor atención hacia la violencia dirigida en contra de la mujer ¹².

2.- FUENTES DE LA VICTIMOLOGÍA.

¹¹ LARRAURI, Elena, obra citada, pág. 69.

¹² SANGRADOR, Matías, obra citada, pág. 73.

La victimología se encuentra entre sus principales fuentes, las encuestas de victimización, las que consisten en un cuestionario realizado a un grupo representativo de la población, acerca de su calidad de víctima de un delito determinado, índice que arroja los delitos acontecidos, su frecuencia y las características de la gente victimizada. Se refieren a la relación de la víctima con el procedimiento penal. Esto con el objeto de elaborar propuestas de política criminal tanto preventiva como represiva. A través de estas encuestas se ha logrado constatar según la autora, una serie de factores tales como:

Que existe un mayor número de delitos que aquél que es objeto de denuncia;

Que cuando se produce la denuncia ésta tiene motivos distintos que perseguir el castigo del culpable;

Que un factor influyente es el estilo de vida;

Que la víctimas provienen de sectores más pobres de la sociedad;

Que es frecuente que la víctima conozca a su agresor;

Que la percepción de inseguridad o miedo no está directamente relacionada con la posibilidad matemática de ser víctima del delito.

El estudio de dichas encuestas de acuerdo a la autora, nos debería llevar a efectuar una serie de observaciones:

Son incapaces de recoger los delitos de "cuello blanco" o los "delitos de los poderosos", por tanto sobre representan el delito común;

El delito común tampoco es íntegramente recogido;

La facilidad de ser captadas por los sectores políticos más partidarios de endurecer el derecho penal.

Desde un comienzo las encuestas sobre victimización nacen del seno de la arena política entre distintos grupos de presión o de instituciones de gobierno, lo que no las desmerece, pero nos recuerda que en las ciencias sociales no hay datos neutrales, por tanto la forma en que se recopilan estos datos, debe ser a su vez sometida a examen.

Las encuestas de victimización permiten vislumbrar una fructífera agenda de estudio, desde luego por ejemplo surge la pregunta respecto a la falta de denuncia del delito. Al respecto, algunos autores han indicado que la gente no define la mayoría de los problemas como delitos, y en consecuencia recurren a otro tipo de estrategias para encontrarles solución y que cuando se produce el recurso al sistema penal, el interés que lo guía es bastante distinto de un interés retributivo, siendo las motivaciones fundamentales el registrar el delito (por ejemplo, a efectos de reclamar un seguro) o el de conseguir la devolución o la reparación o protección inmediata. El no denunciar refleja desconfianza, discordancia entre lo que la gente espera conseguir y lo que sabe que puede conseguir si recurre al sistema penal.

3.- CONCEPTUALIZACIÓN.

Se entiende por "victimología" el estudio científico de la víctima, es decir, el estudio integral de la persona afectada o perjudicada por el delito. Esta disciplina jurídica persigue analizar la personalidad de la víctima desde diferentes ángulos: biológico, psicológico, moral, social, cultural, etc.

Importante resulta también la relación de la víctima con el delincuente. En este sentido vamos a observar que hay víctimas absolutamente ajenas al delincuente, víctimas accidentales que no se relacionan en nada con aquél. A veces de tipo masivo, como por ejemplo los actos de terrorismo, los accidentes de tránsito, víctimas desconectadas completamente del agente del delito. Pero hay otro tipo de víctimas que pasan a tener una cierta incidencia de sus conductas en el gen del delito, por ejemplo las llamadas "víctimas provocadoras".

El tema de la personalidad de la víctima y su relación con el delincuente tiene consagración legal en las normas del Código Penal que consagran las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal. Si analizamos el Código Penal y específicamente las normas sobre circunstancias atenuantes de responsabilidad, podemos observar que el artículo 11 N° 3 señala que es circunstancia atenuante: "La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito". O sea, en este caso la legislación penal recoge una actitud provocadora de la víctima transformándola en una atenuante de responsabilidad criminal para el agente.

Y la del N° 4: "La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge..." etc.

4.- OBJETO DE LA VICTIMOLOGÍA: LA VÍCTIMA.

El objeto de los estudios victimológicos es, generalmente, la víctima del delito. Al respecto podemos distinguir primariamente, la "victimización derivada del delito", esto es, el proceso por el cual una persona se convierte en víctima de una figura tipificada por el ordenamiento jurídico como delito y en un segundo aspecto, la "victimización no derivada del delito o victimización social", realizada ésta por el abuso injusto e insolidario de la prepotencia económica y social frente a grupos marginados o especialmente débiles. En este sentido ya se ha preocupado la doctrina en entender que "la ciencia victimológica debería tratar no sólo de víctimas de delitos sino todo tipo de víctimas"¹³. Al respecto hay voces que evidencian pese a la gran amplitud del concepto víctima, al abandono, de las personas jurídicas, que pueden aparecer desamparadas, tanto en relación a la

¹³ SANGRADOR, Matías, "La víctima y su categorización ante el delito", Bogotá, Editorial Temis S.A., 1984, pág. 45.

comisión de un delito, como en relación a los demás conflictos del sistema penal.

Por otra parte se ha llegado al consenso generalizado sobre que la política criminal oficial tiene por misión, no solamente ni principalmente infligir al delincuente una sanción apropiada para establecer el orden jurídico violado, sino también y ante todo, lograr que la víctima se beneficie de la seguridad ofrecidas por las disposiciones sociales y estatales. Hoy el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino un problema de derechos fundamentales.

Dentro de la victimización derivada del delito, suele distinguirse la victimización primaria y la victimización secundaria, a lo que nos referiremos en seguida.

5.- CLASIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS.

Efectuaremos a continuación una breve clasificación de las víctimas, lo que nos ayudará para entender el avance de las ciencias criminológicas y de la ciencia jurídica en la medida que los conocimientos de la criminología se puedan canalizar o se puedan insertar en normas jurídicas, en dogmáticas jurídico-penales.

1ª Clasificación: Menores, Mujeres, Ancianos, Deficientes Mentales, Inmigrantes.

Los menores de edad como víctimas de delitos sufren diversas acciones criminales, comenzando por el infanticidio a las pocas horas de nacido, pasando luego por toda la delincuencia que se desarrolla en torno a los menores. No podemos dejar de mencionar aquí el tema de la violencia intrafamiliar que los menores sufren de manera muy especial.

Los delitos que tienen como víctima a las mujeres, en general, se cometen porque se trata de personas con menor capacidad defensiva. Como ejemplo podemos señalar el tema de los delitos sexuales cuando el sujeto pasivo es la mujer.

El delito en contra de los ancianos podría insertarse bajo los mismos parámetros explicativos, esto es, personas con escaso poder de defensa, desamparados en la mayoría de los casos.

2ª Clasificación: Otra clasificación que vale tener presente es aquella que divide las víctimas en: enteramente inocentes, víctimas por ignorancia, víctimas provocadoras, víctimas voluntarias, víctimas agresoras.

3ª Clasificación: Se puede clasificar a las víctimas también en: víctimas individuales, víctimas familiares, víctimas colectivas y víctimas sociales.

Cuando se habla de víctimas individuales el tema no reviste mayor problema, al igual que las víctimas familiares por ejemplo, de violencia intrafamiliar o parricidio, por ejemplo. El problema se plantea en las víctimas colectivas.

Dentro de ellas tenemos, por supuesto, a las personas jurídicas. Obviamente las personas jurídicas pueden ser víctima de delitos y de hecho lo son, de determinados delitos, ya sea contra la propiedad, contra la honra, etc.

En lo que se refiere a los delitos sociales tenemos aquellos que afectan a la comunidad como tal y los delitos contra el Estado, como por ejemplo, el desfalco de una institución fiscal.

4ª Clasificación: Hay otra clasificación pero que un poco repite lo que ya hemos

mencionado: víctimas especialmente vulnerables por motivo de edad, por motivo de raza, de sexo, de riqueza (sobre todo cuando tiene que ver con la exhibición de riqueza), por motivo de profesión (por ejemplo en Chile a los taxistas y choferes de transporte público).

6.- FORMAS DE VICTIMIZACIÓN.

La victimización reviste dos formas: victimización primaria y victimización secundaria.

6.1. Victimización Primaria.

Es la que dice relación con los aspectos, o los daños, o los perjuicios ocasionados directamente al titular, es decir, los bienes jurídico penales.

Y aquí hay que tener presente particularmente que las consecuencias primarias del delito, puede tener diferentes matices; así podemos encontrar consecuencias físicas, económicas. Pensemos lo que significa para una víctima, por ejemplo, el tener que distraer sus horarios de trabajo; las consecuencias psicológicas, como la impotencia ante la agresión.

6.2. Victimización Secundaria.

Es la que ocasiona el sistema al que, paradójicamente, concurre la víctima en busca de protección. En este sentido, en la victimización secundaria, juega un papel fundamental la policía y el Ministerio Público en su función de persecución penal. No se debería adoptar una decisión discrecional sobre la persecución sin una consideración sobre la reparación del daño sufrido por la víctima y el esfuerzo desplegado por el delincuente a este fin.

Así, existe una atenuante de responsabilidad criminal en nuestro Código Penal esta es, "la reparación con celo del mal causado"; mediante la cual el delincuente, durante el procedimiento realiza abonos de dinero en la cuenta corriente del Tribunal, a fin de que el afectado lo retire posteriormente, pero en la práctica las sumas de dinero, en la mayor parte de los casos, es un absurdo en relación a la entidad del delito cometido.

También se incluyen dentro de la victimización secundaria, los interrogatorios de la víctima, muy especialmente en lo que dice relación con la situación personal y la dignidad de las personas, ya que la víctima muchas veces es expuesta a largos y agotadores interrogatorios, en los que es sometida a una situación que resulta ser a veces incluso mas traumática que el delito respecto del cual, resultó ser el afectado.

Otro punto importante dentro de este tema, es la protección de la vida privada especialmente en cierto tipo de delitos, como son aquellos en que el afectado fue expuesto a situaciones degradantes, como por ejemplo, delitos de significación sexual. Ante lo cual es necesario, proteger a la víctima de toda publicidad que le signifique un ataque a su vida privada o a su dignidad.

La victimización secundaria dice relación con estas instituciones y particularmente con las personas que trabajan en estas instituciones, tema que no es legal ni jurídico, sino que es un tema de formación de las policías, de los fiscales del Ministerio Público, los jueces y el personal subalterno de los tribunales; qué en ocasiones tratan peor a las víctimas que a los mismos delincuentes, por falta de información, de sensibilización frente al tema.

CAPÍTULO SEGUNDO. "LA VÍCTIMA EN DERECHO COMPARADO"

1.- "DERECHO PROCESAL PENAL ALEMÁN"

1.1. Estructura del proceso penal alemán

El proceso penal alemán, cuya estructura básica predomina en el continente europeo y que está influenciado de diversas maneras, principalmente por el derecho francés, combina principios del proceso inquisitivo con los del procedimiento acusatorio puro.

Coincide con el procedimiento acusatorio puro en que las actividades de persecución penal y de juzgamiento están repartidas en dos autoridades independientes (fiscalía y tribunal), en que el tribunal que conoce se mantiene apartado de todas las actividades de investigación en el procedimiento preparatorio y en que la apertura de la cognición jurisdiccional está condicionada al ejercicio de la acción.

Sin embargo, conserva rasgos del proceso inquisitivo, por ejemplo cuando después de la interposición de la acción pública el señorío del procedimiento pasa al juez, él que – ya sea en el procedimiento intermedio o en el debate – no sólo realiza los interrogatorios,

sino que produce bajo su propia responsabilidad todas las pruebas que sirven para la declaración de culpabilidad o para el descargo del imputado. Por consiguiente, en el Derecho procesal alemán rige el principio de investigación, que excluye, desde un comienzo, que la fiscalía y la defensa dispongan sobre la materia procesal.¹⁴

Para Roxin en el Derecho procesal alemán no se debería utilizar, al menos en principio, el concepto de “parte”, puesto que, el proceso penal alemán no puede calificarse como “proceso contradictorio de partes”, por lo que dicha caracterización sería incorrecta, no sólo porque no son las partes las que dominan el proceso en las etapas decisivas, sino sobre todo, porque la fiscalía alemana no está limitada al papel de acusador de cargo, sino que está obligada a la imparcialidad en virtud de la ley y también a la averiguación de las circunstancias que rodean los hechos delictivos. Para definir estructuralmente del procedimiento penal alemán podría decirse que es un “*procedimiento acusatorio con principio de investigación*”, en razón de que debe ser diferenciado del procedimiento inquisitivo del Derecho común, así como del procedimiento acusatorio puro.

1.2. Los sujetos del proceso.

Los sujetos del procedimiento, quienes representan la cara visible del proceso penal alemán, son el imputado y su defensor, la fiscalía, el tribunal y el ofendido. Se tratará en este capítulo solamente lo relativo a la víctima por tratarse del tema que nos interesa.

La intervención del ofendido en el procedimiento penal estaba regulada, hasta ahora, de un modo muy insuficiente; pues en la práctica, la acción privada y el procedimiento por anexión solo muy rara vez contribuían con el ejercicio, por parte del ofendido, de sus derechos, mientras que la acción adhesiva era promovida con frecuencia, debido a su estrecho vínculo con la acción privada, pero estaba configurada de manera poco satisfactoria. Solo el auge científico de la victimología (de la teoría de la víctima del delito) ha provocado vivos esfuerzos político-jurídicos para mejorar la posición del ofendido¹⁵. Con la entrada en vigencia de la Ley de Protección de la Víctima (18/12/86), se ha modificado y ampliado la autorización para la acción adhesiva y ha extendido las otras posibilidades del ofendido de influir en el procedimiento. Por el contrario, la acción privada ha quedado intacta y los intentos de fomentar el procedimiento por anexión han sido tratados solo tímidamente.

En el actual estado de cosas jurídico, se debe señalar, en lo esencial, las siguientes posibilidades de participación del ofendido en el procedimiento penal alemán.

1.3. Denuncia e instancia penal.

En tanto se trate de la incoación de un procedimiento penal, el ofendido todavía juega un

¹⁴ ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, Pág. 122.

¹⁵ ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, Pág. 524.

rol comparativamente importante. Si bien el ministerio público y la policía se ven obligados a investigar de oficio los delitos, por regla general no son éstos órganos quienes deben poner en marcha un procedimiento penal, sino la víctima. Dado que sólo entre el 2 y 9% de todos los procedimientos preliminares se originan en la percepción de oficio a través de un órgano encargado de la persecución, en todos los demás casos el procedimiento se desencadena mediante la correspondiente "denuncia penal". Cualquiera se encuentra facultado, por cierto, para una denuncia de este tipo; sin embargo, de hecho, entre el 73% y el 86% de los casos es el ofendido quien formula la denuncia, y de este modo da inicio al procedimiento. No obstante ello, en cuanto él ha dado este paso, el desarrollo posterior, por regla general, le es quitado de las manos; especialmente en los delitos de acción pública, a los cuales pertenece la masa principal de todos los delitos. Así, la retractación de la denuncia no significa impedimento alguno para el ministerio público, el cual, entre tanto, se puede ocupar de los indicios del hecho ya constatados.

1.4. La acción privada.

El proceso de acción privada presenta componentes del procedimiento de partes:

a) Así, en contraposición con la fiscalía, el acusador privado no tiene el deber de perseguir, ni el deber de objetividad. Por ello de modo distinto que la fiscalía, él tampoco puede interponer recursos a favor del acusado que ha sido condenado.

b) El acusador privado puede desistir de la acción privada incluso después de la apertura del procedimiento principal, sin embargo, en ciertas circunstancias, solo de conformidad con el acusado. Por consiguiente, a diferencia de aquello que sucede en el procedimiento regido por la oficialidad, en el de acción privada las partes pueden disponer sobre el objeto del proceso también después de la apertura del procedimiento principal (la llamada máxima dispositiva).

Por otro lado, el procedimiento de acción privada no es un verdadero procedimiento de partes. Así, también en el procedimiento de acción privada, el tribunal debe inquirir por sí mismo, esto es, debe reunir, con responsabilidad propia, el material fáctico que contribuye a fundar su sentencia. Por tanto, aquí también rige la máxima inquisición (de instrucción), que no es reemplazada totalmente por el principio dispositivo.¹⁶

La acción privada sólo es admisible para determinados delitos leves; en tales delitos, la incoación y tramitación de un procedimiento penal depende en modo decisivo de la iniciativa del ofendido. Es cierto que sólo pertenecen a este grupo delitos comparativamente inofensivos, como la violación de domicilio, violación de secreto postal, lesiones corporales, daños, hurtos entre miembros de una familia, así como las injurias: delitos, por lo tanto, que suceden más en el ámbito de la vida personal, donde tal vez el ofendido ni siquiera tenga interés en que el autor sea perseguido penalmente, como por ejemplo, en la relación entre el padre que ha sido robado por su hijo rebelde. En tales delitos la justicia penal debe intervenir únicamente cuando el ofendido haya manifestado en forma inequívoca, mediante una "solicitud penal" formal, que él desea una persecución

¹⁶ ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, Pág. 526.

penal. De allí que una solicitud penal de este tipo debe satisfacer determinadas exigencias: debe ser formulada por escrito o en forma oral, por acta ante el actuario y presentada dentro de un plazo de tres meses desde que se tenga conocimiento del hecho y del autor (art. 77b, C.P. y 158 párrafo 2º O.P.P.). Pero, sin embargo, no todo el mundo tiene el derecho a presentar esta solicitud, sino solamente el propio ofendido, quien es el primer legitimado para ejercer la acción penal. También tiene derecho a promover la acción privada, además del ofendido el superior jerárquico en el servicio y los miembros de la familia del fallecido que, tienen un derecho autónomo a instar la persecución penal.

Si la querrela no fue interpuesta correctamente desde el punto de vista formal, debe ser rechazada, y el actor privado puede acusar nuevamente una vez superado el defecto.

Si la querrela ha sido promovida regularmente, el tribunal la comunica al imputado determinando un plazo para su manifestación. Después se produce la decisión del tribunal sobre la apertura del procedimiento principal, al igual que en el procedimiento oficial. Si la culpabilidad del autor es leve, el tribunal puede sobreseer el procedimiento.

Esta exclusiva dependencia de la persecución penal de la voluntad de la víctima sucede, por cierto, sólo en delitos dependientes de instancia privada puros, o de acción privada pura; así si un delito de acción privada concurre idealmente o conforma un concurso de leyes con un delito de persecución penal oficial (por ejemplo injurias y delito sexual; violación de domicilio y hurto grave), la acción privada no es admisible. En ese caso, el delito de acción privada, antes bien, también debe ser perseguido conjuntamente de oficio. Una combinación de este tipo –por cierto infrecuente- entre delitos dependientes de instancia privada y delitos perseguibles de oficio se encuentra particularmente en la sustracción de cosas de poco valor (art. 232 C.P.), así como, recientemente, en el delito de daños y sabotaje de computadores (art. 303 C.P.). En estos casos, el ofendido puede, por un lado, forzar un procedimiento instructorio mediante la acción penal, pero no impedirlo, una vez iniciado, mediante renuncia; tomando su lugar, el ministerio público puede impulsar el procedimiento afirmando la existencia de un interés público en la persecución penal –es decir- cuando intereses de la mayoría se ven afectados: como acontece en los casos de acciones amenazadoras, y por lo tanto, perturbadoras para la colectividad, se podría señalar a modo de ejemplo; la frecuencia con que ocurren robos a las tiendas, lesiones causadas por la infracción imprudente a las disposiciones relativas a la protección en el trabajo, o el temor del dueño de un negocio a las represalias del autor del destroz de sus vidrieras.

En relación con la acción pública, la acción privada no es exclusiva ni subsidiaria.

I.- No es exclusiva, es decir, que el Estado sigue facultado, junto al actor privado, para promover la acción por su parte. Empero, en caso de delitos de acción privada, la acción pública sólo es promovida, cuando es de interés público (principio de oportunidad).

Para la fiscalía existen tres posibilidades:

- a) Renunciar a toda acción.
- b) Comparecer a la audiencia como observador y a la expectativa.
- c) Promover la acción pública, a saber: desde un principio, de modo tal que ya no se

puede promover la acción privada, de manera alguna; o, posteriormente, a través de la Asunción de la persecución y, por cierto, en el estado en el que se halla el proceso.

II.- No es subsidiaria, esto es, ella puede ser promovida desde un principio; de suerte tal que el facultado para la acción privada no tiene que dirigirse primeramente a la fiscalía, ni queda habilitado para promover la acción privada sólo cuando la fiscalía ha rechazado el ejercicio de la acción pública.

En tanto los delitos de acción privada son delitos perseguibles a instancia de parte, en la promoción de la acción privada se incluye ya, también, la instancia de persecución penal, esto es, la exigencia del ofendido, expresada claramente, de que se debe aplicar un castigo.

La acción privada y la instancia de persecución penal pueden ser desistidas hasta la conclusión definitiva del procedimiento. Sin embargo, desde que comienza la declaración del acusado sobre el hecho, en primera instancia, el desistimiento de la acción privada requiere de su consentimiento, mientras que la instancia de persecución penal puede ser desistida siempre.¹⁷

1.5. Desarrollo del procedimiento

En la mayoría de los delitos de acción privada (la excepción la configuran los delitos de acción privada de las leyes penales especiales) es condición que se haya llevado a cabo un intento de conciliación ante una autoridad arbitral designada por la administración de justicia y que este no haya dado resultado positivo. Con tal intento lo que se persigue, obviamente, es evitar el proceso penal, siendo requisito necesario que comparezca el demandado, porque en caso contrario la conciliación habrá fracasado.

El proceso comienza con la promoción de la acción, la que se realiza por escrito u oralmente. En caso necesario junto con ella se debe presentar el certificado que acredita el fracaso del intento de conciliación.

El juicio oral se corresponde, en general con el procedimiento penal ordinario. Sin embargo, deben observarse las siguientes diferencias:

1.- A diferencia del procedimiento regido por la oficialidad, en el proceso de acción privada el presidente del tribunal da lectura al auto de apertura.

2.- El acusador privado ostenta el lugar de la fiscalía, pero con una limitación importante: el acusador privado sólo puede ejercer el derecho de examinar las actas a través de un abogado.

3.- El deber de asistencia está limitado de forma considerable: acusador privado y acusado se pueden hacer representar por un abogado. Sin embargo, el tribunal puede ordenar tanto la comparecencia personal del acusador como la del acusado y, en caso necesario, también puede hacer conducir forzosamente al acusado.

4.- El deber de esclarecimiento judicial rige también en el procedimiento de acción privada. Pero el tribunal no está sujeto a rígidas reglas, sino que determina por sí mismo

¹⁷ ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, Pág. 528.

la extensión de la recepción de la prueba.

5.- El acusado también debe ser advertido sobre la modificación del punto de vista jurídico. Sin embargo, se suprime su derecho de solicitar la interrupción del juicio oral.

6.- En la sentencia no pueden ser ordenadas medidas de seguridad y corrección.¹⁸

Por último cabe señalar que la conclusión del procedimiento de acción privada puede ser por distintos motivos, a saber:

1.- Puede ser desistida en todos los delitos, aun en la instancia de casación, en caso de desistimiento de la acción privada, el procedimiento es sobreseído. La acción privada desistida no puede ser promovida nuevamente.

2.- La conciliación exitosa, el acuerdo que se realiza en el juicio oral comprende el desistimiento de la acción privada, la mayoría de la veces una satisfacción del honor y un convenio sobre las costas. Esta es un título ejecutivo.

3.- En caso de muerte del acusador privado, el procedimiento es concluido por sobreseimiento.

4.- Finalmente, el tribunal también puede sobreseer el procedimiento en el juicio oral por insignificancia.

5.- El procedimiento de acción privada puede finalizar también debido a que la fiscalía asume el procedimiento. Cuando la fiscalía afirma la existencia de interés público en la persecución penal, el procedimiento se transforma en un procedimiento ordinario, en la etapa procesal en la que se halla.

1.6. La reparación de la víctima. (Proceso por anexión).

En primer lugar cabe hacer presente que el proyecto alternativo de reparación de 1992, presentó una propuesta de ley fundada y detallada, sobre la inclusión de la reparación en el Derecho penal. De acuerdo con ella, si se ofrece una reparación voluntaria hasta la apertura del procedimiento principal, se puede prescindir de la pena o esta puede ser suspendida, según el caso. Para fomentar la reparación se podría añadir un tribunal de arbitraje en el procedimiento de investigación y en el procedimiento intermedio puede realizarse una audiencia judicial de reparación. Por lo pronto, cuando se trata de penas privativas de libertad de hasta un año, se ha establecido, la posibilidad de prescindir de la pena o de suspenderla condicionalmente en caso de reparación. Sin embargo, el legislador ha prescindido, hasta el momento, de preceptos procesales especiales relacionados con ello.

Previamente hemos tratado en forma exclusiva la participación de la víctima en, y para, el ejercicio de la persecución penal en el derecho alemán. Pero, ni ahí, ni aquí tampoco, éste ha sido el interés real de la víctima del delito: lo que ella quiere, más bien, es una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito. El imponer tales pretensiones resarcitorias es, sin embargo, tradicionalmente misión de un procedimiento civil de reparación. Ello no sólo porque el ofendido se ve constreñido de este modo a un

¹⁸ ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, Pág. 531.

procedimiento civil adicional, junto con el procedimiento penal; sino que también puede no recibir nada si el autor, por su parte, carece de medios, o se ha sustraído por completo a una ejecución. Frente a esto, el derecho alemán pretende ayudar al ofendido de dos maneras: La acción adhesiva y el proceso por anexión.

I.- Acción adhesiva

En la acción adhesiva, junto a la fiscalía, se presenta una persona privada que dispone de derechos procesales propios, el llamado acusador adhesivo. La acción adhesiva pretende dar intervención en el procedimiento a personas que fueron ofendidas por un hecho punible, para su desagravio, para controlar a la fiscalía, así como también para salvaguardar sus demás derechos. Dado que la idea de retribución, vinculada a la función de desagravio, y las costas de la acción adhesiva resultantes para el imputado son contrarias a la resocialización, *de lege ferenda* se debería incluir a la acción adhesiva en un procedimiento de compensación entre autor y víctima, que lleve a un primer plano los intereses de reparación del ofendido.¹⁹

Se posibilita así, al ofendido a hacer valer su pretensión resarcitoria contra el imputado en el procedimiento penal (art. 403 O.P.P.). Ciertamente es que este, así llamado "procedimiento de adhesión" o acción adhesiva se encuentra abierto al ofendido sólo para pretensiones fundadas en derechos patrimoniales. De allí que el procedimiento de adhesión entre en consideración sobre todo para daños ocasionados por delitos patrimoniales, pero también para la pretensión de resarcimiento en el caso de lesiones corporales o delitos contra el honor. El rol procesal del ofendido en este procedimiento no es, sin embargo, demasiado fuerte, ya que ni siquiera consigue la posición jurídica del querellante adhesivo, sino que sólo tiene el derecho a participar en el debate. Si bien una unión similar entre procedimiento penal y civil es contemplada también en otros países –como por ejemplo, en Francia con gran éxito– en la praxis, lamentablemente, esta posibilidad es escasamente utilizada: esto sucede, por lo pronto, con los abogados, quienes no encuentran un aliciente suficiente para esta combinación entre procedimiento civil y penal dados los honorarios que les corresponden por este esfuerzo adicional. E incluso, si alguna vez se llega a tal punto, los tribunales penales temen, frecuentemente, un retraso o complicación del procedimiento, y por tal motivo hacen uso, no pocas veces, de la posibilidad jurídica de rechazar el procedimiento de adhesión por "inadecuado" (art. 405 O.P.P.). Lamentablemente, tampoco la Ley de Protección a la Víctima de 1986 ha introducido alguna mejora en este sentido.

No obstante el acusador adhesivo puede interponer recursos independientemente de la fiscalía, pero sus requerimientos deben ser firmados por un abogado, como se expuso anteriormente. Sin embargo, no es posible interponer recursos con el fin de que se imponga otra consecuencia jurídica o de que se condene por una violación a la Ley que no autoriza su incorporación como acusador adhesivo. Con motivo de esta posibilidad limitada de impugnación, el acusador adhesivo, debe comunicar el objeto de su apelación.

Una resolución que sobresee el procedimiento, en general, es inimpugnable para el

¹⁹ ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, Pág. 533-534.

acusador adhesivo; solo le corresponde la queja inmediata contra un sobreseimiento, cuando se trata de un hecho del que resulta la facultad de acusar de manera adhesiva. También bajo este presupuesto tiene la queja inmediata contra el auto que rechaza la apertura del juicio oral.

En los delitos perseguibles a instancia de parte, no se necesita una instancia de persecución penal, cuando la fiscalía ha afirmado la existencia de un interés público especial.

Se considera acusador adhesivo:

El ofendido por delitos pertenecientes al ámbito de los hechos punibles contra la autodeterminación sexual, por injurias, por lesiones corporales y por hechos punibles contra la libertad personal;

El ofendido por una tentativa de asesinato o de homicidio;

Aquel que ha llevado a cabo con éxito el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública; de este modo se elimina el peligro de que la fiscalía, obligada a acusar en contra de su voluntad, siga tramitando el procedimiento con poco esmero;

Los parientes cercanos o el cónyuge de una persona fallecida como consecuencia de un hecho punible.

Los funcionarios ofendidos en los casos de los artículos 90 y 90 b O.P.P.

Toda persona autorizada para ejercer la acción privada, de conformidad con el artículo 374 O.P.P.

El ofendido por un hecho antijurídico, conforme al artículo 108 a de la Ley sobre derechos de autor y derechos de protección relacionados.

El ofendido por lesiones corporales culposas, cuando parece conveniente por motivos particulares.

Cabe agregar que el ingreso de una persona autorizada para ejercer la acción adhesiva, que es admisible en cualquier estado del procedimiento se realiza a través de la presentación por escrito de una manifestación de adhesión ante el tribunal. Pero ella tiene efecto temporalmente, desde la promoción de la acción pública, y en el procedimiento por mandato penal sólo desde la fijación de la fecha para el juicio oral o desde el rechazo del requerimiento de mandato penal.

II.- Proceso por anexión.

El procedimiento por anexión se basa en el concepto de la conexión objetiva: cuando de un hecho punible nacen pretensiones patrimoniales es muy natural atender las pretensiones de resarcimiento del ofendido ya en el procedimiento penal, para evitar el doble trabajo, pero también para evitar decisiones contradictorias. De este modo, se tiene en cuenta, a la vez, el interés de una reparación rápida de la persona que sufrió el daño. No obstante, hasta ahora, este procedimiento apenas ha cobrado significado. El encuentra reservas entre los abogados debido a algunas disposiciones legales desfavorables (no existe obligación de que intervenga un letrado) y, con frecuencia, sobre

todo en causas difíciles, podría ser rechazado por el juez por resultar inidóneo.²⁰

En el procedimiento por anexión se puede perseguir toda pretensión patrimonial originada en un hecho punible, además el procedimiento exige un requerimiento especial del ofendido o de sus herederos. La existencia de tal requerimiento es un presupuesto procesal que debe ser considerado de oficio. Los facultados para formular la solicitud deben ser advertidos lo antes posible sobre este derecho.

Mucha mayor trascendencia, por lo pronto, le corresponde a la indemnización del ofendido por medios estatales. Esta vía fue abierta mediante la "Ley sobre la Indemnización de Víctimas de Delitos Violentos" de 11 de mayo de 1976. Sin embargo, bien comprendida, se trata no tanto de una ley civil de resarcimiento, como el que debería efectuar el ofensor, sino simplemente de un seguro social para aquél que haya sufrido graves daños para su salud o capacidad laboral por un hecho violento, y no pueda, por otra vía, obtener compensación alguna. Por ello, la indemnización es prestada por el Estado: dado que el ciudadano deja su protección en manos del Estado, parece legítimo que un ciudadano lesionado por un delito pueda esperar la correspondiente asistencia a través del Estado en aquellos casos en que la protección estatal contra el delito haya fallado. Si bien son posibles otras y tal vez mejores, soluciones para el resarcimiento de la víctima, con la conseguida hasta el momento se ha iniciado, en todo caso, un cambio fundamental: si hasta ahora el Estado se había abocado de modo excesivamente parcial al castigo del delito, dejando librada a la víctima a su propia suerte, ahora se le dedica a ella, con toda justicia, mayor atención, puesto que la paz jurídica perturbada por el delito sólo es verdaderamente restablecida cuando se le hace justicia, no sólo al autor, sino también a la víctima.

1.7. Otras facultades del ofendido.²¹

A través de la Opferschutzg del 18 de diciembre de 1986 fueron introducidos en la Ordenanza Procesal Penal, como sección independiente, los artículos 406 d a 406 h, con el título "otras facultades del ofendido". En esta sección están reunidos los preceptos vigentes para todos los ofendidos, en tanto no estén regulados en otro contexto, por razones sistemáticas. Los nuevos preceptos conceden también facultades especiales al legitimado para incorporarse como acusador adhesivo, ya antes de que manifieste formalmente su voluntad de adherirse. A través de la creación de una sección separada, el legislador quiso explicar más allá de la mera recopilación material, que el ofendido es reconocido como un interviniente autónomo en el proceso.

Las nuevas disposiciones otorgan al ofendido únicamente derechos facultativos de intervención, dado que ellos, establecidos ante todo para su protección, solo le conceden una posición jurídica garantizada, pero no lo quieren afectar en su libre decisión de sí, y en que medida, quiere hacer uso de sus facultades de intervención. En especial le son concedidas mejores posibilidades de información y la posibilidad de convocar a un asesor

²⁰ ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, Pág. 538.

²¹ ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, Pág. 540.

especialista.

En opinión de Roxin el legislador no ha aclarado el concepto de víctima, porque de haber sido así, se hubiese producido una mayor seguridad jurídica.

2.- DERECHO PROCESAL PENAL AUSTRIACO.

El nuevo derecho austríaco reconoce, sobre todo, dos estímulos materiales para la reparación del daño, los cuales son sostenidos más a a partir de la idea de “reparación en vez de pena”, que de la reparación como sanción adicional.

De una significación especialmente importante es, al respecto, la regulación del artículo 167 del Código Penal austríaco del “arrepentimiento activo”. De acuerdo con éste, el autor puede evitar la pena en prácticamente todos los delitos patrimoniales cometidos sin violencia (incluidos delitos contra la propiedad), si él, “sin ser obligado a ello”, realiza una reparación completa antes de que su responsabilidad sea conocida por el órgano encargado de la persecución penal. Esta prescripción resarcitoria tiene un amplio campo de aplicación, extendido aún más por la ley de reforma penal del año 1987, con sus diferentes modalidades²². De esta manera, la exención de la pena mediante el arrepentimiento activo es posible aun en el caso de que el autor cometa un delito patrimonial con un perjuicio económico particularmente elevado. Por lo tanto el fundamento de la exención de la pena, sólo puede residir en el hecho de que se pretenda procurar a la víctima una satisfacción lo más rápida y efectiva posible de sus reclamos de reparación. Frente a esto, las consideraciones acerca del fin de la pena, en su sentido tradicional, deben ceder el paso a la reparación. La gran cantidad de resoluciones judiciales referidas al artículo 167 del Código Penal Austríaco, así como la ya mencionada ampliación de su ámbito de aplicación, demuestra que existe una fuerte voluntad de aplicar esta norma, y que su recepción en la práctica ha sido positiva.

El arrepentimiento activo como causal de exclusión de la pena no se encuentra aislado en el sistema del nuevo derecho penal austríaco, que considera con mayor fuerza la reparación, y con ello los intereses de la víctima. Hasta ahora, el instituto jurídico de “ausencia de merecimiento de pena al hecho”, previsto para la discriminalización de los casos de bagatela, era un instrumento que permitía eximir de pena al autor en caso de una reparación rápida, aun cuando el daño sobrepasara el límite de la bagatela y la reparación tuviera lugar poco tiempo después de la denuncia. Esta jurisprudencia encontró, mediante ley de reforma penal de 1987, una clara ratificación en el nuevo texto legal. De acuerdo a éste, un hecho amenazado con pena pecuniaria, privativa de libertad no superior a tres años, o ambas, no es punible, entre otras posibilidades “en tanto el autor se haya al menos ocupado seriamente de eliminar las consecuencias del hecho en lo esencial de repararlas, o de compensarlas por algún otro medio”. Esta regulación, aplicable a todos los delitos de acción pública, tiene un gran campo de aplicación. Por un lado, contempla el ámbito de los delitos de lesiones corporales, particularmente, los

²² FOREGGER y SERINI, “Ley penal y procesal austríaca”, 3ª Edición, Viena, 1989, pág. 167.

masivos delitos de lesiones culposas (sobre todo de tránsito); por otro, parece importante resaltar que el daño no debe ser reparado por completo, sino que sólo debe ser "eliminado" o "reparado" "en lo esencial". Será interesante observar si esta disposición, que persigue un acuerdo entre autor y víctima, será tan exitosa como aquella del artículo 167 ya comentado.

3.- DERECHO PROCESAL PENAL SUIZO.

Al igual que en Austria, en Suiza el núcleo de la defensa de los intereses de la víctima reside en el derecho material. Respecto al derecho vigente, es necesario hacer referencia en primer lugar a la regla del artículo 41 inciso 1º del N° 1 del Código Penal Suizo, según la cual el resarcimiento del daño constatado judicialmente o por acuerdo –en la medida de lo exigible al condenado- es condición indispensable para la suspensión (condicional) de la pena. El derecho suizo llega en este tema más lejos que la disposición alemana, la cual menciona al comportamiento del autor "después del hecho" sólo como uno de los múltiples criterios facultativos a tener en cuenta para decidir acerca de la suspensión condicional de la pena.

Otro incentivo para que el autor repare el daño causado se encuentra en la circunstancia atenuante general del ejercicio del arrepentimiento sincero (art. 64 C.P.). El resarcimiento del daño, que es mencionado expresamente como caso típico, conduce a una disminución de la pena, si bien no obligatoria, no alcanzando con ello la amplitud del campo de aplicación de los artículos 142 y 167 del Código Penal austriaco.

Finalmente, se debe mencionar, con relación al tema, los artículos 77 y 78 del Código Penal suizo, que establecen como condición indispensable de rehabilitación judicial la reparación del daño ocasionado.

Una función común de todas estas normas suizas, que sirven, en primer lugar, a los intereses del ofendido, reside sin duda, en el hecho de que desde el punto de vista de un imputado –no convencido de su inocencia- se puede exponer la dependencia de una ventaja propia, en la forma de una suspensión de la pena, de una disminución o de una rehabilitación, de la reparación del daño como una exigencia justa, y por ello mismo, no carente de sentido. Por lo tanto, le corresponde a estas normas una doble función:

Por un lado, la tendencia favorable a la víctima dirigida a la reparación del daño en el procedimiento penal o en su contexto.

Por otro, el hacer honor a los intentos de reparar el daño por parte del autor, evitando su resentimiento frente a la comunidad jurídica (por "doble" sanción de su comportamiento incorrecto).

En aquellos casos en los que se prevea que el autor no va a reparar el daño en forma inmediata, el derecho suizo prevé "trabajo a favor del perjudicado" (art. 60 C.P.), que consiste en la posibilidad de conceder al perjudicado objetos incautados o el respectivo producto de su liquidación, hasta satisfacer el derecho de resarcimiento, o incluso –en caso de penuria económica de la víctima causada por el hecho- la multa

pagada por el condenado²³.

La discusión nacional en torno a la reforma se caracteriza por la tendencia a premiar los intentos de reparación del autor en aún mayor medida que el derecho vigente hasta el momento. De este modo, Schultz, en su proyecto de reforma de marzo de 1985, propone rescindir de la persecución penal en aquellos casos en que “el autor haya llevado a cabo un esfuerzo económico importante y haya reparado el daño por él causado, o cuando el autor, mediante un importante esfuerzo que haya repercutido de modo relevante en su modo de vida, ha procurado compensar el injusto por él cometido”.

El aspecto interesante, desde el derecho comparado, de esta propuesta reside en el énfasis puesto en el especial esfuerzo económico que debe significar para el autor la reparación a la víctima. De este modo, se evita una crítica a la que se ha visto expuesto, sobre todo, el derecho austriaco; sus disposiciones, anteriormente descritas contenidas en los artículos 42 y 167 del Código Penal Austriaco, favorecen con claridad a los autores de mejor situación económica, o expuesto de otro modo: las ventajas de estas normas resultan inalcanzables para autores carentes de medios o con una situación financiera débil. Visto de otra manera: ellas pueden convertir a la sanción penal de comportamientos delictivos en un riesgo aceptable para autores económicamente poderosos, ya que la causa de exención de pena del artículo 42 entra en consideración también en los casos de reparación posterior a la denuncia. En este sentido, la propuesta más diferenciadora de Schultz parece preferible.

4.- DERECHO PROCESAL PENAL ITALIANO.

Los sistemas jurídicos que analizaremos a continuación, comenzando por el Italiano, se encuadran en el ámbito jurídico romanista, en el que tradicionalmente la fuerte protección al ofendido se basa en sus intereses.

El derecho italiano vigente presenta aspectos favorables al ofendido, particularmente en el derecho procesal, aunque también en el derecho material la consideración de la reparación juega un cierto papel.

En primer lugar, debemos referirnos, en cuanto al derecho material, al artículo 62 número 6º del Código penal italiano, según el cual la reparación del daño representa una causa general de atenuación de la pena cuando tiene lugar antes del debate, o cuando el autor toma, con anterioridad a ese momento, medidas voluntarias y efectivas destinadas a reducir el daño causado. La atenuación de la pena mediante reparación fue regulada de este modo desde un principio en el Código Penal vigente de 1930, el cual, por lo demás, también regula en detalle, desde hace tiempo, las consecuencias del delito para el derecho civil (arts. 185-198 C.P.), incluyendo hasta una hipoteca legal obligatoria y un derecho de secuestro sobre los bienes muebles, entre otras medidas, con el fin de

²³ SCHULTZ, Karl, “Informe y anteproyecto para la revisión de la parte general y el libro tercero del Código Penal Suizo”, Berna, marzo de 1992, pág. 55.

asegurar la pretensión resarcitoria del ofendido y sus costos procesales (art. 189 C.P.).²⁴

Además de estas reglas, también favorables al ofendido, del derecho material italiano vigente, existe un proyecto de reforma del mayor interés, que contempla una forma de reacción penal nueva para Italia para los casos de defraudación mediante cheque, y que se funda en el hecho de que en Italia los cheques circulan con mucha facilidad, y, por lo tanto, estos delitos suceden en gran escala. El artículo 1º del proyecto, ya tratado en el Parlamento, obliga al librador del cheque a pagar al perjudicado una multa del 10% de la suma del cheque, si éste no estaba cubierto o el autor no se encontraba autorizado para extenderlo. En el caso del cheque sin fondos, el hecho, conforme al artículo 7º del proyecto, se tiene por no cometido si el autor, dentro de los 60 días posteriores a la intimación del cumplimiento, se allana a la ya mencionada multa, los intereses y todos los gastos del perjudicado. De este modo, el fracaso del acuerdo entre el autor y víctima ofrecido por la ley –cuyo efecto es la satisfacción a través de la multa- resulta un presupuesto de la persecución penal, y por lo tanto esta regla, más amplia que los casos ya mencionados de atenuación o exclusión de la pena por la reparación, conforma una auténtica alternativa a la sanción penal.

En el derecho procesal italiano, el centro neurálgico de la protección de los intereses del ofendido reside, desde hace tiempo en la acción civil en el procedimiento penal. La reforma al Código Procesal Penal italiano de febrero de 1988 mantuvo, sin embargo, en forma considerable estas disposiciones. La Comisión de Reforma, sin embargo, era de la opinión de que las normas referidas a la azione civile, por sí solas, no bastaban para la protección del ofendido. Los problemas surgen, sobre todo, en aquellos casos en que la víctima carece de medios para pagar al abogado requerido para el ejercicio de la acción civil, o cuando –por cualquier razón- no desea instar la acción civil. En estos casos, sólo le queda a la víctima el papel de un mero participante en el procedimiento, prácticamente sin derechos. El proyecto de reforma remedió este déficit mediante diversas normas que, con prescindencia de la acción civil, persiguen una mejor posición jurídica de la víctima en el procedimiento.

Así, el nuevo Código contiene un título específico sobre la víctima, donde en primer lugar, se regula el derecho de la víctima a formular peticiones, sobre todo referidas a la prueba. Además, las asociaciones que tienen por fin representar los intereses de las víctimas, de importante difusión en Italia, encuentran reconocimiento normativo. De este modo, se reafirma la jurisprudencia al tema. Otras normas obligan la concesión a la víctima de asistencia técnica (art. 100), aquí también, más allá del procedimiento civil, y establecen los derechos de la víctima en el debate (art. 498), así como los relativos a ser informado acerca de la marcha del procedimiento (art. 154). Finalmente, se concede a la víctima la facultad de recurrir autónomamente por cierto, también en lo atinente a la parte jurídico-penal del fallo.

5.- DERECHO PROCESAL PENAL FRANCÉS.

²⁴ CRESPI, ZUCCALA, STELA, "Comentario breve al Código Penal", Padua, 1986, pág. 191.

También en el Derecho Francés se presenta un cuadro análogo. En primer lugar en el derecho procesal, se encuentran expresiones de una protección de los intereses del ofendido. No obstante, también el derecho material presenta disposiciones cuya tendencia apunta, también, en todo caso, a la protección de los intereses del ofendido.

Así, en el derecho material el arrepentimiento activo conduce en algunos casos a una atenuación de la pena (como por ejemplo, en el artículo 343 del Código Penal francés, en el caso de la liberación voluntaria de un rehén) o, tal vez, a la exención de la punibilidad de un miembro arrepentido de una asociación ilícita, que colabora con los órganos de persecución penal con otras revelaciones (art. 768). Sin embargo, sobre todo en este último caso, las consideraciones de reparación apenas deben haber contado en los motivos del legislador.

Mayor significación tienen los criterios de reparación en algunas disposiciones de derecho procesal del Code de procédure penale, relativas a la aplicación de la pena. Así, la reparación puede conducir, en los delitos menos graves y en las contravenciones, a una atenuación de la pena y, si otras circunstancias concurren con ella, a la exención de la punibilidad (art. 492). Del mismo modo, la reparación cumple un rol en el marco de la suspensión de la decisión sobre la imposición de una pena (479), a cuyo efecto se debe tener en cuenta la capacidad económica del autor.

También la posibilidad de la transacción –una especie de avenimiento sobre la acción en el proceso penal- podría resultar de interés, a primera vista, respecto de una conciliación entre autor y víctima. Sin embargo, la extinción de la acción pública en virtud de una transacción entra en consideración sólo en los casos previstos por la ley para ello; ésta se encuentra sólo en el derecho fiscal, aduanero, forestal y agrícola. En estos casos, en los que normalmente se trata de la protección de bienes jurídicos supraindividuales, la acción pública es ejercida por la autoridad administrativa correspondiente, que entonces puede disponer de la acción por vía de la transacción. En el ámbito de la protección de bienes jurídicos individuales, de los cuales se trata ante todo en esta reseña, no existe una posibilidad de disposición de la acción penal de esta clase: así, este avenimiento queda sin posibilidad de influir sobre la acción penal.

No obstante, la acción civil es el instrumento más importante del ordenamiento jurídico francés, para la satisfacción de los intereses de reparación del ofendido por el hecho punible. Grebing, que puso al alcance de los lectores alemanes la regulación de la *actio civile* en detalle, destaca la “extraordinaria popularidad” de su ejercicio²⁵. El vio tendencias restrictivas respecto de la legitimación para accionar de las sociedades de protección a la víctima, que era en aquel entonces todavía cuestionada. Esta tendencia, entre tanto, se ha revertido: en una serie de leyes complementarias de la primera mitad de los años ochenta, el legislador francés ha atribuido a las sociedades de protección a la víctima legitimación para accionar en algunos ámbitos. La significación cada vez más creciente de la *actio civile* se evidencia también en una ley del 8 de julio de 1983, que ha modificado algunas disposiciones del Code de procédure pénale con el fin de facilitar al ofendido la obtención de una indemnización. Así, incluso habiendo formulado la acción

²⁵ GREBING, “La reparación del ofendido en el Derecho Penal alemán”, Revista Internacional de Derecho Penal, Berlín, 1973, pág. 338.

civil ante el tribunal penal, el actor civil puede no obstante, solicitar protección jurídica provisional del tribunal civil. Además de esto, en los casos de lesiones u homicidios culposos, el asegurador del autor del hecho penal puede ser incluido en el procedimiento penal. En este caso, la decisión del tribunal penal tiene eficacia también respecto de él.

6.- DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL.

No se da un cuadro esencialmente diferente en este país. En efecto, apenas se encuentran criterios de reparación en el derecho material; puesto que, según el artículo 9º número 9º del Código Penal español, se debe conceder una atenuación de la pena en el caso de una reparación voluntaria del daño por parte del autor, merced a un arrepentimiento activo sin haber tenido conocimiento de la iniciación de un sumario. Asimismo, se debe mencionar al perdón entre las causales de justificación (art. 112 Nº 5), aunque éste sólo entra en consideración en los tipos que no constituyen delitos perseguibles de oficio (como, ante todo, en los delitos sexuales –excepto la violación- de acuerdo al artículo 443, y en los delitos contra el honor, de acuerdo al artículo 467). Sin embargo –como en Italia-, es digna de mención la detallada regulación de la responsabilidad jurídica civil del autor que contiene la ley penal (arts. 101, 111 C.P.).

Tampoco la propuesta de un anteproyecto de un nuevo Código Penal de 1983, que no prosperó, ofrecía innovaciones especiales en los aspectos que se referían a la reparación.

En cambio, aspectos favorables al ofendido se encuentran, también en España, -al igual que en los demás países latinos- ante todo en el derecho procesal penal bajo la forma de la acción civil, que ha encontrado una regulación legal pormenorizada. Pero en comparación con la acción civil de otros países latinos (Italia, Francia), llama especialmente la atención el hecho de que el ofendido no necesita formular y sostener expresamente la acción civil, sino que es el Ministerio Público Fiscal el que está obligado a interponer la acción civil ante el tribunal penal, a menos que el ofendido haya renunciado expresamente a ella. De este modo, se evidencia, para los casos en los que el ofendido no puede formular una acción civil por problemas financieros, una solución alternativa a la posibilidad de otorgamiento de asistencia judicial gratuita a la víctima carente de recursos.

7.- DERECHO PROCESAL PENAL PARAGUAYO.

7.1. El Código de Procedimientos Penales Vigente o la Negación de la Participación No Formal de la Víctima.

Cuando queremos hablar de la participación de la víctima en el proceso penal paraguayo, estamos evaluando una forma distinta de intervención o actividad de ella en el proceso penal, absolutamente diferente de la tradicional o formal que contienen sus códigos procesales. Una cosa es la viabilidad de intervenir la víctima mediante la instauración del instituto de la querrela criminal, con todas las responsabilidades inherentes a tal asunción, y otra muy distinta es que esa participación sea obligatoria, al menos prevista como oportunidad taxativa y necesaria en las diversas fases del proceso penal, con cuyo concurso se pretende cristalizar los principios de contradicción, bilateralidad e igualdad de los juicios.

En este último sentido es que se plantea la locución del acápite de esta sección, como medio de explicar la contradicción entre las formas de intervención y la materialidad de la participación de la víctima. Es desde esta perspectiva que consideramos que el Código de Procedimiento Penal vigente nada prevé con relación a la participación efectiva de la víctima.

El capítulo de la querrela criminal establece una serie de requisitos exacerbadamente formales para la vinculación de la víctima a un proceso penal. Los artículos 117, 120 y 126 del Código de Procedimientos Penales prácticamente exigen la concurrencia de recaudos para una etapa posterior a la preliminar o investigativa, dado que la acusación, como la conocemos en su verdadera dimensión, se plantea en el estado de plenario. Si a ello se suma la jurisprudencia de nuestros tribunales, que exige el arraigo de orden económico para las resultas del proceso por parte del querellante particular, sobrepasando incluso la finalidad de averiguación de la verdad y la realización del derecho penal mínimo, la praxis revela las enormes trabas que la persona afectada por la realización criminal enfrenta para el acceso a la justicia y, con ello, a la colaboración con la justicia penal, como lo exige el artículo 99 del Código de Procedimiento Penal.

Es verificable entonces, que las posibilidades de la víctima mediante el ejercicio de la acción penal fácticamente resultaba selectivo y por demás beneficiario para la impunidad de muchos delitos. Habíamos sostenido que la función del Ministerio Público quedaba relativizada por la aplicación arbitraria del principio de legalidad objetiva. De más está decir que las víctimas de escasos recursos eran las más perjudicadas, puesto que sus "derechos" descansaban en un organismo que era una instancia más del cómplice esquema burocrático, ineficiente y corrupto vigente en el Poder Judicial durante la dictadura.

Si bien la denuncia es el medio ordinario para motivar instrucciones sumariales -al estar prohibida la intervención de la víctima en el proceso penal con posterioridad a dicho acto formal- la jurisprudencia se ha encargado de exigir una diligencia ociosa y hasta compulsiva de ratificación de la radicación inicial, como si una pausa temporal pudiese dar lugar al arrepentimiento de aquélla y perdonar así a su victimario, ya sea por la vía del amedrentamiento de éste o de sus propios abogados con adoptar represalias de orden técnico-procesal por la osadía de haber denunciado la perpetración del delito. Los jueces una vez que adoptaban la previa ratificación de la persona denunciante, establecían aditivos como "el apercibimiento de tenerse por desistida la denuncia" o "incurrir en apercibimientos como decretos de detención preventiva en caso de incomparecencia", con lo cual la victimización del damnificado se duplicaba.

Cabe acotar que esta rémora es aplicada con mucha asiduidad en el presente, contra el texto claro y expreso de la Constitución nacional, que obliga al Ministerio Público al impulso objetivo de la acción penal pública en los casos de perpetración de hechos que importen al interés público, aunque no medie la denuncia de la víctima. El artículo 100 del Código de Procedimiento Penal cede así ante la perniciosa práctica sentada por la jurisprudencia de los tribunales, al punto que se aborta la continuidad y eficacia de los sumarios investigativos si no se produce la comentada ratificación del denunciante (o de la víctima).

Con relación a la participación de la víctima durante el proceso penal sin que asuma la formalidad de una acción penal particular, es la única situación en que se exige su concurrencia para colaborar con la investigación del hecho bajo sumario mediante la prestación de una declaración informativa -entendida, en nuestro procedimiento penal, como una declaración al solo efecto de la indagación sumaria-, que algunos toman como elemento indiciario en la determinación del hecho punible a los fines previstos en el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, mas no en la identificación del victimario, que sería la principal preocupación de la víctima al momento de ser llamada a intervenir en el trámite sumarial.

La jurisprudencia se ha mostrado oscilante, ya que algunos tribunales han sentado el precedente de la obligatoriedad -o, al menos, la indisponibilidad para el agotamiento de las diligencias y la comprobación del "cuerpo del delito"- de que la víctima preste declaración informativa, en tanto que otros tribunales la consideran prescindible, ya que en los delitos de acción penal pública el sostenimiento de la acusación descansa en el Ministerio Público. Fuera del contexto consignado, ninguna participación se le atribuye o se le faculta para un eventual ejercicio, quedando en manos de la acusación pública eficientizar la diligencia informativa que la víctima haya prestado en el sumario.

8.- LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS A LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL LATINOAMERICANO.

En el derecho penal material latinoamericano está considerado el delito como una fuente de obligaciones. Por un lado obligaciones penales y por otro responsabilidades civiles (art. 103 C.P. Colombia, art. 70 C.P. Cuba, art. 23 C.P. Ecuador, art. 130 C.P. El Salvador). Frente al delito se presenta una mezcla de intereses públicos y privados, los primeros representados por el Estado y los segundos por el ofendido o sus herederos. El principal derecho que la víctima tiene en América Latina, es el ser indemnizado por los daños materiales y morales que el delito le cause (art. 30 C.P. Panamá, art. 65 C.P. Perú, art. 126 C.P. Paraguay, art. 29 C.P. México, art. 113 C.P. Venezuela).

En general existen tres diferentes formas previstas en el derecho penal latinoamericano para obtener una reparación por daños y perjuicios sufridos. Un primer procedimiento, muy común y generalizado en casi todo el proceso penal de la región es

la llamada “actino civile” (art. 56 C.P.P. Costa Rica, art. 126 C.P. Paraguay, art. 54 C.P. Perú). La segunda forma por la que puede recibir el ofendido la reparación es mediante un trámite fuera del proceso penal, recurriendo a la jurisdicción civil (art. 91 C.P. Brasil, art. 25 C.P.P. Uruguay). El tercer medio para la reparación de daños es a través de una interesante institución latinoamericana, llamada Caja de Reparaciones y que existe solo en países como Perú, Cuba y Bolivia.

Reparación de los daños a través del proceso penal.

Los países de América Latina han adoptado desde el siglo pasado el modelo de la reparación de los daños, del sistema romanístico de derecho. Tienen una orientación muy similar a la del derecho penal material y formal de Italia, Francia y España que ya analizamos *supra*.²⁶

Este sistema de derecho se ha caracterizado por una tradicional protección de los intereses de la víctima a través de la acción civil dentro de proceso penal.

En la mayoría de países latinoamericanos, excepto Brasil y Uruguay, las víctimas pueden reclamar la indemnización y actuar en el proceso como parte, dentro del proceso penal, por medio de la “actino civile”. Sin embargo, el ofendido si lo prefiere, puede esperar que termine el proceso y posteriormente, reclamar sus derechos en la jurisdicción civil. Es decir, el ofendido en América Latina, tiene generalmente el derecho de escoger la vía procesal, sea la penal o civil.

Desde un punto de vista de la víctima, tiene más ventajas ejercer sus derechos en la jurisdicción penal que en la civil. En países pobres como los latinoamericanos, el acceso a la justicia civil es en muchos casos un privilegio, mientras que en la vía penal cualquiera puede reclamar sus derechos sin grades costes económicos. Se sabe que los procesos penales duran menos tiempo que los civiles. Además, los medios de prueba y de investigación son más eficaces en el proceso penal que en la vía civil. Por lo que, si el ofendido escoge el proceso penal para reclamar sus derechos, las posibilidades de lograr una reparación por los daños son mayores.

No sólo razones de economía procesal fundamentan la reparación de daños al ofendido dentro del proceso penal, sino también razones de orden social; el art. 82 del C.P.P. de Guatemala, es muy claro cuando dice: “la reparación de los daños a la víctima es de interés general y de orden social”. La “actino civile” tiene carácter de accesoriedad en el proceso penal latinoamericano. Es decir, si se ejercen en forma conjunta las dos acciones, la civil es accesoria de la penal, ambas, deben tramitarse conforme a las reglas y normas del proceso penal. Se trata en realidad de un “pequeño proceso civil”, dentro del proceso penal que lo resuelve el mismo juez o tribunal penal. Este especial proceso, tiene mucha similitud con modalidad del derecho penal alemán conocida como el proceso “adhesivo”.

El titular de la “actino civile” o sujeto activo es el particular ofendido, el que ha sufrido el daño material o moral. Pero también puede serlo sus herederos o representantes legales, en caso de menores o incapaces. Excepcionalmente, puede ser titular de la “action civile” el Ministerio Público. En Costa Rica, por el art. 10 del C.P.P., cualquier

²⁶ Ver párrafos 4, 5, y 6 de este Capítulo.

ofendido puede delegar en el Ministerio Público el ejercicio de sus derechos y ejercer la "actio civilis" en nombre del ofendido. Mientras que en otros países, como Argentina, sólo puede delegarse la acción civil en el Ministerio Público, cuando se trate de víctimas pobres, incapaces o menores de edad sin representación legal. El sujeto pasivo o demandado es el autor o autores y su responsabilidad es solidaria. Aunque también pueden ser demandados terceros civilmente responsables, como patrones, padres de familia, firmas, el Estado, etc. La finalidad principal del ofendido al actuar dentro del proceso penal es lograr una reparación (indemnización) económica por el daño sufrido con el delito. Para lograr este objetivo, el ofendido tiene por ejemplo, en Costa Rica (art. 67 C.P.P.), derechos procesales, como por ejemplo, pedir embargo sobre los bienes del acusado, tiene derecho a que se le notifique todo lo resuelto, puede ofrecer pruebas, revisar el expediente, ejercer y oponerse en los recursos legales ordinarios y extraordinarios.

Otros derechos procesales más amplios que la víctima tiene, son la facultad o poder de actuación en el proceso, tanto en la fase previa o de instrucción, como en la etapa principal o de juicio. Tres objetivos procesales específicos busca el ofendido al participar en el proceso penal: a) Demostrar la existencia del hecho (delito); 2) La extensión del daño causado (montos) y 3) La responsabilidad civil del demandado (culpabilidad).

El ofendido debe en principio, estar siempre representado por un abogado, por lo que no se permite que se presente al proceso sin el cumplimiento de esta formalidad.

9.- CONCLUSIÓN A ESTE CAPÍTULO.

El estudio que precedió, forzosamente debió quedar incompleto y limitarse, en lo esencial, a presentar algunos modelos de regulaciones (del derecho penal y procesal de adultos), que se refieren al derecho de la víctima a la reparación y a su ubicación dentro del derecho procesal.

Pero lo que siempre surge con claridad es que el renacimiento de la víctima en el proceso penal, del que hicimos mención al comienzo, se observa en todas partes. La literatura relativa a este tema es ya casi incalculable, y el aspecto que tiene que ver con el derecho comparado concita también cada vez más atención. El derecho comparado reclama día a día, por una parte, instrumentos tradicionalísimos de protección de la víctima –por ejemplo, la acción civil en los países latinos-, pero por otra también nuevas vías: como por ejemplo, la creciente sustitución de las penas por la reparación en el derecho penal austriaco.

Los nuevos modelos son, en verdad, bastante prometedores, pero también plantean numerosos problemas de tipo fundamental, de modo tal que el camino hacia un cuerpo sancionatorio único y coordinado, que combine las consecuencias jurídicas civiles y penales de un hecho punible, y, como ha sido esperado, en principio, para la delincuencia de bagatela, aun parece lejano, y no se debería ser excesivamente triunfalista.

CAPÍTULO TERCERO. "LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL"

1.- GENERALIDADES.

Cuando hoy se habla de la víctima, en el Derecho Penal, o del ofendido en algunos sistemas de Derecho Procesal Penal (el nuestro conserva la denominación de "víctima"), no sólo se tiene la impresión de ser impulsado por una "nueva ola" político criminal, sino, además, de que esa corriente de opinión se ha formado en el mundo moderno, recientemente, y más aún, de que asistimos a un debate que está comenzando y que de manera alguna se ha agotado. Y, sin embargo, a pesar de que la impresión es correcta, porque se trata del tema de moda de la política criminal, no se puede decir, sin un estudio del desarrollo evolutivo del sistema penal, que la víctima esté por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaban la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema

acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal ²⁷ . La víctima fue desalojada de ese pedestal abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal y transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante, o cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción –el más intenso- en manos del Estado, que lo utilizaba de oficio, sin necesidad de una queja externa de él; el conflicto se había “estatalizado”: de allí que se hable, pleonásticamente, de una “criminalización del derecho penal”, antes bien, del origen del Derecho penal, tal como hoy lo conocemos culturalmente, o, mejor aún, del “nacimiento” de la pena.

Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal. La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto de la disputa entre intereses privados, el Derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución del statu quo ante –o a la reparación del daño- entre sus fines y tareas, y el Derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla, por ello, de una “expropiación” de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones de la vida pacíficamente elementales (paternalismo estatal); ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho Penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: es que el concepto “bien jurídico”, establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podía dedicar a su “protección”, a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito: en la traducción procesal, persecución estatal-imputado.

Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, por intermedio de Ferri, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho penal; más allá aún, la pena integral comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquélla, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima ²⁸ . La idea se frustró, al parecer, por ese empecinamiento del positivismo criminológico en socializar al extremo las instituciones, de transformarlas en funciones estatales, sin advertir –otra vez- los intereses privados en juego y la justicia de su defensa personal. Sin embargo, como en otras áreas, no fue poco lo que quedó tras de sí, al abandonar el positivismo criminológico la escena del Derecho penal.

²⁷ MAIER, Julio, “Derecho Procesal Penal Argentino”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, Tomo I, pág. 23.

²⁸ GARÓFALO, R., “Indemnización a las víctimas del delito”, Madrid, Ediciones La España Moderna, 1929, pág. 60.

Conviene advertir, también, acerca de que el papel de la víctima no es un problema específico del Derecho procesal penal, tampoco del Derecho penal material, únicamente. Se trata, antes bien, 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. Así, la discusión, aunque se encare en algunos casos, principalmente, desde el ángulo de observación del Derecho penal, y en otros, bajo el punto de vista del Derecho procesal penal, preferentemente, no puede prescindir de los elementos que aporta la otra rama jurídica.

2.- LA VÍCTIMA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

En el ámbito universal, ya no son defendibles las perspectivas que perpetúan la expulsión de la víctima de la solución del conflicto social en el cual reside un caso penal, bajo el perjuicio justificante de su expulsión inicial: la venganza privada o el procurarse represalias, al fin y al cabo una suerte de retribución privada, idea que, transformada en interés público, con otro estilo argumentativo, explicó y explica aún hoy, parcialmente, la pena estatal. Este, por lo demás, es un prejuicio nunca demostrado; por lo contrario, si se compara el resultado de los intentos de conciliación en la acción penal privada (sobre la base de un procedimiento conciliatorio-arbitral previo a proponer acusación y como exigencia para ella), en la única investigación empírica que existe, se puede decir que la figura de la víctima "vengativa", al menos excluyendo los delitos de mayor gravedad y mediando el procedimiento judicial, no existe o existe en sus justos límites: la víctima tiene derecho, en primer lugar, a la disculpa del agresor y, en segundo lugar, a que él le repare el daño causado por su acción; y tiene también derecho, como cualquier ciudadano, a esperar la aplicación racional de la ley penal por parte de los órganos judiciales y a colaborar, para ello, en la búsqueda de la verdad. La ansiedad por perseguir, por encima de esos límites, es rara y podría ser catalogada de patológica; la que por lo demás, debe ser neutralizada, por las reglas del procedimiento.

Como tampoco existe hoy la necesidad de crear una frontera estricta entre el Derecho privado y el Derecho penal, entre reparación y pena, de modo que una u otra, o ambas en conjunto, pueden ser medios eficientes de control social, de justa retribución o servir como instrumentos preventivos suficientes, según el caso y según se quiera, carece de sentido excluir a la víctima del procedimiento penal.

Lamentablemente, los dos argumentos mencionados son todavía utilizados entre nosotros, la mayoría de las veces para impedir, con cierto efecto, reformas necesarias. El primer argumento, relativo a la introducción de la venganza en el procedimiento penal oficial, fue utilizado para defender el punto de vista que expulsaba a la víctima del procedimiento penal oficial, expulsión que materializaron los códigos modernos. Ese resultado podía ser justificado en una época de incorporación de las reformas

decimonónicas. Hoy se utiliza el argumento de manera conservadora, para volver a expulsar a la víctima de un procedimiento penal que le concede algún protagonismo y para evitar la creación de nuevos caminos participativos²⁹.

El segundo argumento –estricta separación entre Derecho civil y penal, entre reparación y pena- sigue vigente en el Derecho positivo general. El argumento sirvió para intentar impedir –sin idoneidad alguna- el ingreso de la cuestión civil al procedimiento penal. Pero la idoneidad del legislador para realizar su propósito, aquellas dudas y la influencia decimonónica francesa, a través de los códigos italianos de 1913 y 1930, condujeron a una regulación adecuada del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal. No se trata, en principio, de derribar por completo la separación, sino de crear cierto espacio fronterizo común, en el cual la reparación privada auxilie a conseguir los fines perseguidos por la pena y ésta, a su vez, ayude a la víctima a conseguir su justa compensación por el daño.

El único argumento racional para no tolerar la intromisión de la víctima en el procedimiento, se vincula a la posición en él del imputado, debilitado por la incorporación de un nuevo acusador, cuando no de varios, en casos específicos (Hirsch). Este es un argumento de peso, pues, en la situación ideal para la crítica, un imputado ve frente a sí, ocupándose de su persecución, a varios acusadores, que, incluso, disponen de asesoramiento jurídico adecuado, del cual, quizás, él no dispone. Ya la intervención como acusador de un órgano estatal, el ministerio público, asesorado por la policía, ambos organizados y entrenados para perseguir penalmente, desbalanceaba las posiciones de los intervinientes en el procedimiento y, conforme a ello, eran necesarias previsiones legales especiales para equilibrar, al menos jurídicamente, la balanza. Por encima de las exageraciones circunstanciales, colocadas allí como modo de indicar el problema y, por otra parte, sólo solucionables en los casos concretos y con remedios concretos, dentro del ámbito discrecional que la ley procesal concede para lograr un proceso justo, el problema es real y existe, aún sin la intervención del ofendido en el procedimiento, según se ha visto; la intervención posible del ofendido magnifica el problema, ya existente.

Únicamente existen dos soluciones básicas del problema. La primera consiste en eliminar este incremento, sólo en el sentido de no admitir la intervención de la víctima en el procedimiento, pues el problema, como vimos, quedará allí subsistente, debido a la persecución penal oficial.

Eliminar a la víctima del procedimiento, sin embargo, no es sencillo para el Derecho procesal penal, pues la tarea adjudicada al procedimiento penal convierte en necesidad su asistencia; el Derecho procesal penal ha podido arrasar con sus facultades, como sujetos de derecho en el procedimiento, pero no ha podido prescindir de ella. Se conoce que el comienzo del procedimiento oficial torna imprescindible su presencia: casi el 90% de los casos ingresan al sistema penal por su información (denuncia o querrela). En el procedimiento oficial, su papel parece opacarse con posterioridad, hasta pasar a ser un actor de reparto; empero, si se trata de un juicio empírico, serán pocos los casos en los cuales el Estado logra conducir un procedimiento hacia su meta sin el concurso del

²⁹ LEVENE, Ricardo y FRANK, Jorge, "Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al proyecto de ley del Poder Ejecutivo de reformas al Código procesal penal de la Nación", Buenos Aires, Cámara de Diputados, 1989, Tomo I, pág. 27.

ofendido: tanto durante la investigación preliminar, como durante el juicio, será necesaria su presencia; de allí que se haya puesto cuidado en reafirmar su obligación de comparecer y declarar.

La segunda solución consiste en tolerar el inconveniente e intentar algunos remedios jurídicos, para que la balanza retorne o se acerque a su punto de equilibrio. De todos modos quedó claro, aún sin expresarlo, que aquello que rompe el equilibrio no es, precisamente, la intervención privada, sino, antes bien, la persecución penal pública. El problema no se presenta en los delitos de persecución penal privada, donde se enfrentan víctimas y autor, o, si se presenta, no aparece en forma abstracta, tal como lo venimos exponiendo, sino en concreto, por el hecho de que el imputado tiene ante sí a varios acusadores o carece de medios para lograr una asistencia técnica similar a la del acusador; este planteamiento de la cuestión depende tanto del caso concreto que, con facilidad, se puede pensar en sentido contrario (varios partícipes, frente a una sola víctima, y con mejor asistencia técnica que ella) y es claro que aquí la solución depende de otras variables jurídicas (asistencia oficial al imputado y a la víctima, unificación de personería para perseguir, en caso de varios acusadores).

Nuestro problema sólo tiene solución (abstracta) por la vía de la ponderación de los intereses en juego y, posiblemente, por la vía de evitar graves dificultades para el imputado mediante algunos mecanismos jurídicos y prácticos. Por de pronto, hemos reconocido que el problema real lo plantea la persecución penal oficial; si bien ella está permanentemente en discusión, por razones político-culturales que aquí no viene al caso discutir, los remedios contra esta desproporción de fuerzas, pueden ser malos o buenos. Si el valor de la intervención de la víctima en el procedimiento oficial es mayor que las dificultades adicionales que provoca para la correcta defensa del imputado o si esas dificultades son a tal punto evitables, que el valor adjudicado a la intervención de la víctima las torna tolerables, resulta el tema central a discutir.

La división jurídica de un conflicto social en dos –o más- partes, una atendida por el Derecho privado y otra atendida por el Derecho penal, es, además de analítica, una ficción. Tal ficción se funda en el hecho de que el Derecho estatal reconoce que, mirado el conflicto social desde el atalaya de los daños reales que produce –o desde los daños inmateriales pero que recaen sobre una persona real, en el sentido de reconocida por el Derecho como existencia individual- rige para él el principio de la autonomía de la voluntad, propio del Derecho privado, por la absoluta disponibilidad del patrimonio o la propiedad; en cambio, observado ese mismo conflicto social con los ojos del Estado, algunos de ellos ponen en peligro de tal manera la convivencia pacífica y la estructura del Estado, que merecen ser perseguidos oficialmente, inclusive sin consideración a la voluntad de la víctima real, pues el Estado, según se dice, juega el papel de protector de las condiciones elementales de la vida en común. Este es, según se observa, un motivo fundado en argumentos meramente políticos; esos argumentos reclaman, hoy zonas diferenciadas y delimitadas de la vida en común, el control social directo de los ciudadanos que integran el Estado, de súbditos o subordinados, por parte del Estado, centro de imputación abstracta de un poder jurídico supraordinado a las personas que viven a su alcance o bajo su dominio (territorio, nacionalidad, etc.). Esta es, también, la razón según la cual no todo injusto es punible: algunos de ellos sólo merecen reacción

estatal, en tanto reaccione quien lo sufre y demande la intervención del Estado, precisamente porque, por sí mismos, no ponen en peligro las condiciones mínimas de convivencia social bajo una ideología determinada (injustos civiles o penales privados). Empero, el conflicto social como tal el injusto jurídico, es único y toca, en primer lugar, los intereses reales de la víctima, jurídicamente reconocidos.

La víctima es, como consecuencia, un protagonista principal del conflicto social, junto al autor, y el conflicto nunca podrá pretender haber hallado solución integral, si su interés no es atendido, al menos si no se abre la puerta para que él ingrese al procedimiento, dado que, en este punto, gobierna la autonomía de la voluntad privada. Sólo con la participación de los protagonistas –el imputado y la víctima como hipotéticos protagonistas principales- resulta racional buscar la solución del conflicto, óptimamente, esto es, de la mejor manera posible. Es por ello que todas las “Alternativas a la Justicia” o “Alternativas al Derecho o a las formas jurídicas”, que intentan transformar la justicia estatal, por ineficiente, con mecanismos informales de superación de los conflictos, conceden a la víctima un papel central en su solución pacífica. De todos modos, el papel principal de la víctima es casi imposible de ignorar por la escena de reconstrucción del conflicto que representa el procedimiento penal: el ofendido es un testigo irrenunciable, la mayoría de las veces, razón por la cual, aunque se le niegue derechos, se le impone la obligación de informar en el procedimiento.

Reconocer esta realidad en la regulación del procedimiento penal, permitiendo la participación de la víctima, tiene, así, carácter imperativo, no sólo desde el punto de vista político, sino, antes bien, desde el punto de vista empírico y práctico. Incluso la parte de venganza (como represalia) que pudiera incorporar la supuesta víctima al caso, si de ello se tratara, sería necio ignorarla en la búsqueda de la solución del conflicto, porque ella existe en el mundo real y también requiere solución o, mejor dicho, forma parte de la solución que pretende alcanzar, como meta, nuevamente la paz jurídica.

Un segundo argumento aboga por la intervención del ofendido en el procedimiento penal. El Estado protector de todos, de la generalidad, si esa fuera una realidad describable, como se postula, sólo procede por intermedio de una organización de funcionarios públicos (la policía, el ministerio público). Los órganos de persecución penal, como organismos estatales, inclusive por razones de eficiencia, tienden a burocratizarse, a dar, mediante rutinas, respuestas genéricas racionales, en el mejor de los casos, pero sin atender los intereses individuales o del caso concreto. La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar al caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad.

Incluso este argumento, que concede al ofendido, como principal interesado, funciones de contrapeso y control externo del ministerio público y la policía, principalmente –también del aparato judicial en su conjunto- es utilizable para justificar la ampliación del concepto de ofendido en relación con los bienes jurídicos colectivos o universales, la participación en el procedimiento penal de asociaciones intermedias, dedicadas a la defensa de esos bienes jurídicos o cuyo objeto los alcanza, o, también, la existencia de alguna posibilidad de participación popular en el papel de acusador.³⁰

³⁰ Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica, 78, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989.

Ambos argumentos justifican, también, que el ofendido pueda participar en el procedimiento por el solo hecho de ser el portador –o el legitimado para la protección- del bien jurídico real –concreto o del caso- que la ley penal pretende resguardar, aun cuando el hecho punible no lo haya dañado. Nos referimos en general, a la tentativa y a los delitos de peligro, incluso a los de mera actividad, que, mirados desde la acción típica, no provocan resultado (típico) alguno, y prescindimos de toda alusión al daño moral o inmaterial, que –se sostiene- siempre está presente. En efecto, aun en esos casos la solución integral reclama la satisfacción de la necesidad de represalia de la víctima, si ella existe –que puede llegar por vía de solución conciliatoria y la disculpa del agente- a más del interés por el llamado “daño moral”; por otra parte, la participación del ofendido en el procedimiento penal cumple, como en los casos de lesión real del bien jurídico, idénticamente, la función de contrapeso y control externo sobre los órganos de persecución penal.

Si admitimos la participación del ofendido en el procedimiento penal oficial y, además, tenemos en cuenta que la desigualdad teórica del imputado en ese procedimiento no proviene de la intervención de la víctima, sino de la persecución penal oficial, concordaremos en afirmar que, para evitar otras fuentes de desigualdad, sólo necesitamos evitar los excesos.

Unos de estos excesos se produce por la intervención de varios ofendidos en el procedimiento. He allí el remedio de la unificación procesal de los litis consortes, bajo una única representación, para evitar la sobrecarga de acusadores contra el imputado. Se debe advertir que el problema, llevado al caso concreto, es bipolar, pues puede suceder que existan varios imputados contra un solo ofendido; y también es posible que la situación se presente equilibrada, razón por la cual la reducción de la representación debe ser ponderada en cada caso.

El mismo defecto tiende a corregir la concepción de la participación del ofendido, en el procedimiento oficial, como acusador adhesivo. Ella supone que el ofendido toma parte en el procedimiento antes bien como colaborador y control externo del ministerio público, que como sujeto procesal absolutamente independiente. Por ello, no se permite, en esa concepción, que el ofendido persiga penalmente en forma autónoma: se impide que él acuse o recurra la sentencia –o cualquier auto que ponga fin a la acción o impida que ella continúe- autónomamente; sus quejas contra la actuación del ministerio público provocan el control jurisdiccional (por ejemplo: cuando acusa contra la opinión del ministerio público), o bien el control por la vía jerárquica del propio ministerio público. Si se persiste en un procedimiento penal oficial, cuyo principio básico es la persecución penal pública, resulta imposible dejar que la persecución continúe (acusación o recurso contra la sentencia) sólo por voluntad del ofendido. Si, en cambio, se piensa lo contrario, es mejor autorizar al ofendido para que persiga por la vía de la acción privada.

3.- LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE.

El gobierno encabezado por el ex Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000)

impulsó desde sus inicios un conjunto importante de políticas públicas destinadas a lograr la modernización y adecuación de nuestro sistema judicial a los requerimientos de un estado democrático. Dentro de este marco, la reforma estructural al sistema de enjuiciamiento criminal se transformó en la principal prioridad de las políticas públicas en el ámbito de administración de justicia para el sexenio de gobierno. Es así como desde el primer discurso anual de rendición de cuentas de la gestión gubernamental, realizado el 21 de mayo de 1994, que en realidad tuvo un carácter de fijación del programa de trabajo del gobierno para los futuros seis años de mandato debido a que éste sólo llevaba tres meses en el ejercicio de sus funciones, el Presidente de la República expresamente destacó la necesidad de: "Reformar profundamente nuestro procedimiento penal, de modo que agilice la resolución de los conflictos y que permita el contacto directo entre el juez y las partes que solicitan justicia. También se requiere separar la función investigadora -que deberá confiarse al Ministerio Público- de la sentenciadora, que en esencia corresponde al juez. Ello a fin de cautelar debidamente las garantías procesales propias de un Estado democrático, lograr la sanción de los delincuentes, el amparo de las víctimas y otorgar seguridad a la ciudadanía"³¹.

Con posterioridad, todos los discursos del 21 de mayo profundizaron el compromiso del gobierno en la materia, denominando incluso a este cambio de sistema procesal como la "reforma del siglo" en el área judicial. Luego de seis años de gestión gubernamental se estima que la reforma procesal penal es uno de los principales legados institucionales del gobierno del Presidente Eduardo Frei, al haberse aprobado y publicado en el Diario Oficial con fecha 12 de Octubre del año 2000 bajo Ley N° 19.696, que entró a regir para la Región Metropolitana con fecha 16 de Junio del año 2005, culminando con ello un proceso progresivo que importara tomar un nuevo sistema procesal penal en vigencia a lo largo del país.

4.- RESEÑA DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO CÓDIGO.

No obstante que algo ya hemos dicho en la Introducción de este trabajo, no está demás organizar y caracterizar las principales innovaciones que introdujo la reforma procesal penal, con el fin de dar continuidad explicativa a esta obra.

El nuevo Código Procesal Penal se caracteriza por confiar la investigación penal a un órgano autónomo -de rango constitucional- denominado Ministerio Público, al cual también se confía la acusación y sustentación de la acción penal ante el tribunal correspondiente.

La actividad del Ministerio Público estará sujeta a la decisión de un juez de garantía, quien deberá autorizar la práctica de aquellas actuaciones, diligencias o medidas que

³¹ Discurso de S.E. el Presidente de la República D. Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en el inicio de la Legislatura Ordinaria del Congreso Nacional, Valparaíso, 21 de mayo de 1994.

importen la vulneración de las garantías constitucionales de los imputados o de terceros.

Concluida la etapa de investigación tendrá lugar una etapa intermedia, o audiencia de preparación del juicio oral, en que serán presentadas la acusación y la defensa, se ha de resolver las excepciones previas si las hubiere, se determinará la prueba a rendir en el futuro juicio, para dar paso, finalmente, a un juicio oral y público ante un tribunal colegiado, integrado por tres jueces letrados, no siendo procedente en contra de la sentencia definitiva dictada por estos, el recurso de apelación.

De los varios institutos que son incorporados al ordenamiento procesal chileno, bien vale referirse, cuando menos, a los siguientes:

a) Se confiere al Ministerio Público la facultad de disponer el archivo provisional de las investigaciones, cuando no aparezcan antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos y en tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento (art. 167).

b) Principio de Oportunidad: Se reconoce a los fiscales del Ministerio Público el derecho de no iniciar la persecución penal, o de abandonar la ya iniciada, cuando se trate de hechos que por su insignificancia no comprometan gravemente el interés público, salvo que la pena mínima asignada al delito exceda de la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (61 días), o que se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus facultades (art. 170).

c) Suspensión condicional del procedimiento: Con el acuerdo del imputado, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. Ella podrá decretarse si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito (art. 237).

d) Acuerdos reparatorios: Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos (art. 241 inc. 2º).

Este acuerdo reparatorio extinguirá la acción penal.

e) Procedimiento abreviado: Cuando la pena solicitada por el Ministerio Público no excediere de cinco años de presidio menor en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuese su entidad o monto, ya fueran ellas únicas, conjuntas o alternativas, podrá proponer al fiscal, con acuerdo del acusado y su defensor, que la causa sea fallada en la audiencia de preparación del juicio oral.

Si el juez se convence de que el acusado ha prestado su conformidad al acuerdo libre y voluntariamente; de que conoce sus derechos a un juicio oral, y de que acepta los hechos materia de la acusación, aprobará el acuerdo y sustanciará y fallará él la causa, al término de la cual no podrá imponer una pena superior a la pedida por el Ministerio Público (arts. 406 a 415).

5.- LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO PENAL.

Las reformas procesales en América Latina se inician en la década de los ochenta, caracterizándose por un juicio público, desarrollado oralmente en una audiencia continua. Chile da inicio a la reforma procesal penal incorporando un sistema novedoso, el que constituye –como vimos- un juicio oral y público, como derecho básico del acusado, incorpora jueces profesionales, que no han tenido participación en la etapa anterior del proceso, estableciendo un ministerio público que es el organismo encargado de la investigación y presentación de las pruebas.

En un discurso pronunciado por el ex Ministro de Justicia José Antonio Gómez, señaló, ante la promulgación del nuevo Código Procesal Penal: “Los sistemas de enjuiciamiento criminal, que nos protege de la violencia y de los abusos, son uno de los más elocuentes indicadores del nivel de respeto por los derechos de las personas que existe en el ordenamiento estatal...”.

Toda institución jurídica, en su dimensión formal o declarativa, es una hipótesis, una apuesta al futuro y como toda declaración configura una promesa en que las autoridades han asumido como compromiso y deberán velar por su cumplimiento. Esa es la dimensión ética que involucra el ejercicio de la autoridad pública y el consiguiente juicio de evaluación sobre la confianza que los miembros de una comunidad tienen en los sistemas institucionales.

La justicia (nos referimos al ámbito penal) tanto en su dimensión orgánica como procesal, se cuestiona en términos de su capacidad para enfrentar los problemas de seguridad ciudadana que derivan de la delincuencia común. Llama la atención la permanencia por años de un Código sin grandes modificaciones, a pesar de la conciencia colectiva que existía del problema, la impresión de un sistema sobrepasado, la escasa prioridad que por largo tiempo ha tenido este tema para las elites dirigentes del país, no obstante ser un gran foco de captación de votos.

Afortunadamente esta situación ha comenzado a cambiar paulatinamente, con la implementación por regiones de la reforma procesal penal.

5.1. Sujeto procesal.

A diferencia del texto que viene a reemplazar, el nuevo Código demuestra una preocupación constante por este sujeto tan importante que es la víctima, en grado tal que no parece exagerado afirmar que una de las notas distintivas del nuevo cuerpo legal es, precisamente, su preocupación por dicha víctima.

No sorprenderá, entonces, saber que el párrafo 6° del Título IV, entre los artículos 108 a 110, se dedica, específicamente, a tratar sobre la víctima.

5.2. Concepto.

Para el nuevo Código se considera víctima "al ofendido por el delito" (art. 108 inc. 1º), y será a este sujeto a quien se reconozca la plenitud de derechos que el Código consagra. Un sistema moderno debe otorgar importancia a la protección del ofendido que es el que ha sufrido en su persona o en su patrimonio el menoscabo o daño producido por el delito.

Con todo, se aclara que en los delitos cuyo resultado fuere la muerte del ofendido, y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que el Código le otorga, se considerará víctima a un conjunto de personas, que se enumera con precisión.

Parece evidente, aunque no se lo exprese así, que la imposibilidad de ejercer los derechos, que autoriza la intervención de estos terceros, se deberá precisamente al delito; esto es, tal imposibilidad será consecuencia de éste.

Es preciso, antes de seguir adelante, precisar el concepto de víctima para tener certeza sobre quiénes habrán de ejercer los derechos que el nuevo Código Procesal Penal le reconoce a ella. Al respecto, el artículo 108 del Código, como vimos, dispone que "para efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito", es decir, no formula una definición científica de la víctima sino que sólo considera tal, para efectos del ejercicio de los derechos que reconoce, al ofendido por el delito.

Aún así, cabe observar que este artículo incurre en una tautología, puesto que las palabras víctima y ofendido son sinónimos en nuestra legislación, de manera que lo único que aclara el tenor de esta disposición es que se trata sólo de la víctima del delito y no del afectado por ningún otro fenómeno. Esto lleva a considerar el concepto dogmático de sujeto pasivo del delito, esto es, el titular o portador del bien jurídico protegido y, en esta medida, a reflexionar en torno a los distintos bienes jurídicos. En este sentido el profesor Juan Bustos advierte que no se debe confundir "el sujeto pasivo del delito con el sujeto pasivo de la acción, que es sólo la persona sobre que recae la acción típica, pero no necesariamente el destinatario de la protección del bien jurídico; así quien hurta a un niño el bolso de su madre, actúa sobre el niño y éste es el sujeto pasivo de la acción, pero es la madre el sujeto pasivo del delito" y, por tanto, la titular del bien jurídico. Dice el profesor Bustos que "ciertamente víctima del hurto es el niño, pero el sujeto pasivo es la madre"³²

En este último ejemplo, es posible distinguir, desde un punto de vista dogmático, entre el sujeto pasivo de la acción y el sujeto pasivo del delito, que serían el niño y la madre, respectivamente. Sin embargo, para efectos procesales penales, puede estimarse que ambos han sido afectados por el delito, aunque de diferentes maneras, de modo que pueden entrar en la categoría de sujetos que el Código considera víctimas. En general, cuando se trata de bienes jurídicos individuales –vida, salud, libertad, seguridad, honor, patrimonio- no debieran plantearse mayores problemas en incluir en la acepción del artículo 108 tanto al sujeto pasivo de la acción típica como al titular del bien jurídico que tienden, en estos casos, a confundirse.

³² BUSTOS, Juan, "Victimología: Presente y Futuro", Bogotá, Esditorial Temis S.A., 1993, pág. 30.

El problema se vuelve más complejo respecto de delitos que afectan bienes jurídico supra-individuales, esto es, en que el titular de los mismos es la colectividad en su conjunto o el Estado. En estos casos, la persona que eventualmente sufre la acción típica –el sujeto pasivo de la acción- no se confundiría con el titular del bien jurídico –el sujeto pasivo del delito- que podría ser la colectividad o el Estado. De manera que cabría preguntarse si, para efectos del Código Procesal Penal, se incluyen a ambos sujetos en la definición del artículo 108.

Por ejemplo, en el delito del artículo 313 d del Código Penal, podría haber una persona lesionada en su salud individual, es decir, un sujeto pasivo de la acción, y el titular del bien jurídico salud pública que sería la colectividad, esto es, un sujeto pasivo del delito. Asimismo, en los delitos terroristas tipificados en los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 18.314, podría haber una persona lesionada en sus bienes jurídicos individuales por los delitos indicados en el artículo 2º, vale decir, un sujeto pasivo de la acción, y el titular del bien jurídico protegido que sería el Estado.

En estos casos, para efectos del Código Procesal Penal, ¿son víctimas los sujetos pasivos del delito, los titulares de los bienes jurídicos protegidos? Una interpretación sistémica del artículo 108 del Código con el artículo 111 del mismo, que establece los sujetos que pueden presentar querrela, pareciera indicar que no. Este último artículo hace una distinción entre la facultad de presentar querrela que le asiste a la víctima, establecida en el inciso 1º, y aquélla que se le reconoce a cualesquiera personas capaces de parecer en juicio domiciliadas en la provincia o región respecto de delitos que, en general, vulneran intereses sociales, colectivos o estatales, prevista en los incisos 2º y 3º. Respecto de los delitos antes aludidos, el Código parece diferenciar, por una parte, la víctima propiamente tal, que sería el sujeto pasivo de la acción típica, la que podría querrellarse en virtud del inciso 1º del artículo 111 y ejercer los derechos de la víctima, y, por otra parte, las demás personas que podrían presentar querrela por el titular del bien jurídico colectivo o estatal, en aplicación de los incisos 2º y 3º del mismo artículo. En estos casos, no constituirá espíritu de la ley considerar víctimas a la colectividad o el Estado, pues pareciera bastarle la persecución penal pública del Ministerio Público, además de las personas que podrían presentar querrela, en representación del titular del bien jurídico afectado que sería la colectividad o el Estado, según el caso.

Lo anterior parece desprenderse también del tenor del artículo 153 del Código en cuanto dispone que “la acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código”. Es decir, le impone al Ministerio Público el deber general de ejercer la acción penal pública, salvo reglas especiales, y sólo faculta, además, a otras personas determinadas para ejercer la misma acción, conforme al artículo 111 ya citado.

En todo caso, es importante dejar establecido que, conforme al tenor del artículo 108 del Código, no existe problema en considerar víctimas tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, pudiendo presentarse la misma distinción señalada anteriormente entre la víctima y el titular del bien jurídico. El punto sin embargo no es pacífico, ya que una gran parte de la doctrina nacional estima que el artículo 108 presenta problemas de interpretación, ya que el referido artículo no precisa si dentro de los

ofendidos solo caben las personas naturales o si también se incluyen a las personas jurídicas. Para el Fiscal Nacional don Guillermo Piedrabuena, el punto es claro, los incluye a ambos porque la Ley no distingue y además por razones de igualdad ante la ley, es preferible no dejar fuera a las personas jurídicas³³. No obstante como dijimos el punto es debatido.

La discusión parece no ser meramente académica porque, si consideramos que el artículo 108 del Código no incluye a las personas jurídicas, se impediría al Estado y al Fisco querellarse en el nuevo proceso, salvo las situaciones especiales de los incisos 2º y 3º del art. 11 de las leyes adecuadoras las que despejan parcialmente este problema porque expresamente permiten al Servicio de Impuestos Internos, de Aduanas y al Consejo de Defensa del Estado, querellarse en representación del interés de la víctima que en este caso es el Estado.

Pero respecto de personas jurídicas, como sociedades comerciales o instituciones financieras, afectadas por un delito de estafa u otro delito común el punto sigue siendo oscuro. Sin embargo, en general se piensa que ello debería ser posible, porque la actuación del querellante para sostener la acción pública no es incompatible con la persecución del Ministerio Público y los roles como intervinientes son separados e independientes.

Una interpretación sistemática de los artículos 53, 54 y 55 del Código, relativos a las acciones penales privadas y públicas, parece restringir el concepto de víctima a las personas, tanto naturales como jurídicas, en la medida que identifican víctima y persona ofendida por el delito.

Lo que no pareciera constituir el espíritu de la ley es ampliar el concepto de víctima, para efectos procesales penales, a asociaciones intermedias dedicadas a la defensa de bienes jurídicos colectivos o universales o cuyos objetos los alcanza, como ha pretendido el profesor Maier³⁴, pues sería difícil sostener que objetivamente han sido afectadas por un delito contra dichos bienes jurídicos, sin perjuicio de la norma del artículo 111 sobre la facultad de presentar querrela.

Al respecto cabe señalar una sentencia del Juzgado de Garantía de Parral en primera instancia y de la Corte de Apelaciones de Talca en segunda instancia, quien acoge un recurso de apelación interpuesto, declarando admisible la querrela por abusos sexuales presentada por el SENAME.³⁵

SINTESIS:

El SENAME interpuso una querrela a través de su director regional, por el delito de abusos sexuales contra menores de edad, aduciendo para ello las facultades conferidas

³³ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, "La situación de la víctima en el nuevo proceso penal chileno", Santiago, Conferencia para las Jornadas Latinoamericanas sobre la víctima en el proceso penal, agosto del 2003.

³⁴ MAIER, Julio, "La víctima y el sistema penal", en De los Delitos y las Víctimas, AA.VV., Editorial Ad-Hoc, 1ª Edición, 1992, pág. 185.

³⁵ Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público, N° 18, Marzo 2004, páginas 71 a 73.

por el decreto ley N° 2.465 y los artículos 3 y 19 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, indicando que el interés procesal en el ejercicio de la acción penal y su legitimidad activa además se basa en el artículo 5° de la Constitución Política del Estado, los artículos 53 inciso 2° y 111 inciso 3°, toda vez que “los delitos cometidos contra menores constituyen en si mismos intereses sociales relevantes”,

La querrela fue finalmente declarada inadmisibile por el Tribunal de Garantía por haber sido interpuesta por una persona no autorizada por la ley. Ello, principalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 del Código Procesal Penal que señala expresamente “Que la querrela podrá ser impuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario”, así el Servicio Nacional de Menores como persona jurídica, no puede encontrarse en la calidad de víctima según lo dispone el artículo 108 del Código Procesal Penal. De acuerdo a lo anterior no cabe que una persona jurídica presente querrela, ya que la voz persona capaz de comparecer en juicio a que aluden los incisos 2° y 3° del artículo anteriormente señalado, debe necesariamente interpretarse restrictivamente de acuerdo al artículo 4° del Código de Procedimiento Civil.

Continua el fallo, señalando que es congruente determinar que la interpretación del inciso tercero del artículo 111, respecto de los delitos cometidos en la región que “afectaren intereses relevantes o de la colectividad en su conjunto”, no hace sino hacer referencia a lo que la doctrina moderna señala como intereses colectivos o difusos, es decir, aquellas figuras típicas que atenten contra bienes jurídicos como la salud pública, la seguridad colectiva o el medio ambiente. Esta interpretación no parece antojadiza teniendo en cuenta la historia fidedigna de la ley en la cual tanto el proyecto de ley enviado por el ejecutivo así expresamente lo señalaba como la discusión que se dio en la cámara alta del Congreso Nacional en torno a este articulado.

La interpretación que se da a la norma en cuestión está dada por tres factores:

a) La territorialidad (cualquier persona domiciliada en la provincia o en la región) No es un capricho para el legislador toda vez que se ha reconocido por la doctrina como requisito para ser catalogado un interés de carácter “difuso”, una radicación y una dimensión territorial,. Es decir que vincule a sujetos reunidos o reunibles en una dimensión territorial.

b) La visión que se debe tener del Código Procesal Penal. Asunto que está en conflicto con “el rasgo fundamental de la cultura legal de nuestro país constituido por su acendrado formalismo que conduce fácilmente al aspecto más bien lingüístico de las reglas, olvidando el sentido público y político que las anima y en muchas ocasiones los propósitos de reforma política que subyacen a las reglas” (Profesor Carlos Peña González, presentación del Libro de Introducción al nuevo Proceso Penal, U. Diego Portales, 29 de julio de 2002). Esta proposición se hace patente en esta norma por cuanto no parece que tenga ningún sentido práctico ni cause efecto alguno la exigencia del domicilio en un territorio político administrativo determinado sino es en el sentido de considerarle como protección penal de un interés colectivo.

c) El interés social relevante al que alude el Servicio Nacional de Menores pone énfasis en la distinción entre la moral y el derecho. Esto porque sin duda es relevante para la sociedad desde un punto moral las acciones de carácter sexual emprendidas en

contra de niños y así lo recoge el derecho a través de las figuras típicas que regulan estas conductas y las castigan de manera más severa que cuando las víctimas son jurídicamente adultas; sin embargo este carácter no legitima a nadie más que a las víctimas (legalmente representadas) para interponer querellas. El mandato al Estado Chileno que hace la Convención de Derechos del Niño implica un compromiso para todos sus organismos incluido por cierto quien tiene el monopolio de la investigación penal, El Ministerio Público, ente autónomo que según mandato constitucional debe guardar la debida protección a las víctimas y a los testigos sin distinción etaria alguna.

El artículo 53 del Código Procesal Penal demanda que siempre los delitos cometidos contra menores de edad estén protegidos por la acción penal pública no hace sino evitar una valoración errónea del conocimiento de la realidad del legislador, el estado de vulnerabilidad e indefensión de las víctimas de estos hechos, más no cabe interpretar por ello que la alusión a "socialmente relevante" que hace la ley lo haga sinónimo de acción pública ya que como expresamente lo señala el texto legal, todos los delitos tienen esa característica de persecución de oficio salvo los indicados como de acción penal previa instancia particular y los de acción penal privada que están taxativamente señalados por el Código en los artículos 54 y 55.

Sin duda el rol de protección a las víctimas es uno de los objetivos claves del nuevo sistema penal, cuestión a la que también concurre la justicia de menores a través de las medidas de protección.

La igualdad de armas responde a uno de los cimientos del sistema contradictorio impulsado por el Código Procesal Penal, en donde los intereses de la persecución penal del Estado debieran representados en forma exclusiva por el Ministerio Público. La lógica contraria del sistema inquisitivo sin duda llevó a admitir que los intereses del Estado se vieran personificados en el proceso penal, además del persecutor legal (el juez), por otros organismos que de acuerdo a sus particulares fines abogaran por la decisión jurisdiccional, situación jurídica ya superada por el nuevo orden como lo indica claramente la ley adecuatoria N° 19.806, que haciendo la excepción a la regla general del artículo 111, autorizó de manera expresa al Consejo de Defensa del Estado, al Servicio de Impuestos Internos y al Servicio Nacional de Aduanas, para querellarse en el nuevo proceso penal utilizando para ello la fórmula del actual artículo 162 del Código Tributario: "El denunciante (Consejo de Defensa del Estado o Directamente el Servicio de Impuestos Internos) ejercerá los derechos correspondientes a las víctimas de conformidad al Código Procesal Penal".

Se declaró inadmisibles, por tanto la querella presentada por el Servicio Nacional de Menores en contra del imputado en esta causa por cuando se dedujo por persona no autorizada por la ley.

SEGUNDA INSTANCIA :

La Corte revocó la resolución del Tribunal de Garantía señalando que, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 111 y 53 del Código Procesal Penal, cualquier persona, sin distinción de ser natural o jurídica, está facultada para parecer en juicio por delitos que afectan intereses sociales relevantes, como justamente son los intereses superiores del niño.

Se fundamenta el fallo en el hecho que el artículo 111 del Código Procesal Penal faculta para deducir querrela a “cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la región, respecto de delitos cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto”, disposición legal que resulta aplicable en la especie.

Y a su vez, el inciso segundo del artículo 53 del Código antes citado dispone que “se concede siempre acción penal para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad”, circunstancia la anterior que responde a considerar aquellos delitos como conductas que afectan intereses

sociales relevantes, como es el interés superior del niño.

Cuando el legislador en el artículo 111 del código en referencia usa la expresión “cualquier persona”, no la está restringiendo a las personas naturales, pudiendo deducir querrela tanto las personas naturales como las jurídicas y, en este caso, con mayor razón aquella que por mandato legal debe velar no solo por el bienestar de los menores, sino que por sus derechos, entre los cuales está la de instar a la intervención judicial.

Agrega el fallo que equivoca el juez de la causa al estimar que admitir la querrela del Servicio Nacional de Menores constituya una infracción a la igualdad de armas, toda vez que el Ministerio Público representa los intereses de la sociedad en su conjunto, que no necesariamente coinciden con los de la víctima. Aplicando, justamente, dicho principio, pareció prudente admitir la querrela del Servicio Nacional de Menores, toda vez que éste tiene la defensa de los derechos de los menores. Se declaró, por tanto admisible la querrela, interpuesta por el Servicio Nacional de Menores, se admitió a tramitación y el Juez de Garantía de Parral, debió remitirla al Ministerio Público de Parral.

5.3. ¿Quiénes pueden ejercer los derechos de la víctima?

La posibilidad de ejercer los derechos de la víctima, y aún más, la calidad de víctima -en el caso que el directamente ofendido no pudiere ejercer sus derechos- es otorgada a las siguientes personas, según el artículo 108:

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

Cabe acotar que para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración que hemos efectuado constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

5.4. Los derechos de la víctima.

Los derechos de la víctima están regulados de manera diversa en el nuevo Código.

De una parte tenemos aquellos que están consagrados en una enumeración expresa, esto es, en el artículo 109.

De otra parte, se los recoge en disposiciones dispersas del Código.

5.4.1. Derechos expresamente reconocidos.

El nuevo Código le otorga expresamente a la víctima, en virtud de la prolija enumeración del artículo 109, los siguientes derechos:

1) Derecho a intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en el Código.

Este numeral, que en realidad es el inciso 1º del artículo 109 pero que marca una regla general, reconoce aquella categoría de derechos comprendida por todas las posibilidades de actuación que el Código contempla, a las cuales nos referiremos más adelante.

Respecto de la forma de esta intervención, es importante tener presente que del inciso final del artículo 78 del Código, en cuanto impone a los fiscales el deber de realizar determinadas actividades a favor del abogado de la víctima, cuando hubiese designado uno, se sigue claramente, a contrario sensu, que puede intervenir personalmente en el proceso penal.

Ahora bien, respecto de la acción penal, cabe observar que las acciones penales privadas, no obstante constituir, según afirma el profesor Maier, la excepción más profunda a "la regla básica que gobierna la comprensión y estructura del procedimiento penal común", esto es, "reacción directa del Estado ante la *notitia criminis* y apropiación del conflicto para su solución, de oficio"³⁶, no sufren mayor modificación en el artículo 55 del Código. En cambio, se incorporan algunos delitos al régimen de las acciones públicas previa instancia particular como las lesiones menos graves, la violación de domicilio, ciertas amenazas y otros, que requieren de a lo menos, la presentación de la denuncia de la víctima. Asimismo, el artículo 109 letra b) del Código le reconoce a la víctima el derecho de presentar querrela.

2) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia.

En este sentido, al fiscal le corresponde ordenar por sí mismo o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables futuros atentados.

Al propio tiempo, se impone a la policía la responsabilidad de prestar auxilio a la víctima.

3) Presentar querrela.

Aparece confirmado, por el enunciado que antecede, el interés del legislador ante la víctima. En efecto: es claro que el ejercicio de los derechos descritos no está

³⁶ MAIER, Julio, obra citada, pág. 187.

subordinado, como en el presente. A la calidad de querellante, única vía por la cual, con arreglo a la tradición procesal penal nacional, le es posible al ofendido poner en práctica derechos en el proceso penal.

La querrela puede ser presentada por la víctima directamente; por su representante legal o su guardador, y, obviamente, en caso de incapacidad permanente o temporal, por las personas a quienes se otorga la posibilidad de ejercer los derechos de la víctima, y que antes enumeramos.

Si bien la víctima tiene los derechos que le confiere el art. 109, sea o no querellante, el problema es que cuando no deduce querrela y quiere ejercer estos derechos, la ley procesal no regula el procedimiento adecuado para ello. Por la vía de la interpretación, la Fiscalía Nacional ha entendido que la víctima puede actuar en las fiscalías sin patrocinio de abogado y sin registrarse por la ley 18.120 sobre comparecencia en juicio, porque la fiscalía no es un tribunal, de modo que se ha entendido que puede pedir directamente medidas de protección y ser oída por el fiscal antes de que éste pida la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada. La ley no regula, en cambio, cómo debe hacerse presente en el proceso para ser oída por el tribunal, antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento u otra resolución que pusiere término a la causa (art. 109 letra E) y tampoco regula en qué forma puede impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aún cuando no hubiera intervenido en el procedimiento (art. 109 letra F). Cabe preguntarse, cuando ejerce los derechos anteriores, ¿necesita patrocinio de abogado, es decir defensa letrada o puede presentarse por sí mismo ante el juez para ser oído o para impugnar el sobreseimiento o la absolución?. De paso, la lectura de los artículos 12 y 109 del Código deja muy en claro que el fiscal si bien protege a la víctima y escucha sus peticiones no es su abogado en sentido técnico, es decir puede ser todo lo amistoso del caso con la víctima pero no es un mandatario y puede estar en desacuerdo con el criterio persecutorio de la víctima. En principio, se estima que la víctima para ser oída en una audiencia en que deba resolverse un sobreseimiento o una suspensión condicional del procedimiento, puede estar presente sin estar asesorado por un letrado para manifestar su opinión al juez de garantía, pero tenemos dudas que pueda recurrir en contra del sobreseimiento y de la sentencia absolutoria sin el patrocinio de un abogado.

4) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible.

Este derecho supone instar por el otorgamiento de medidas cautelares reales, ya desde la etapa de investigación, y deducir las demandas de indemnización de perjuicios y otras que se estime precedentes, en la referida audiencia de preparación del juicio oral.

5) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de que éste pidiera o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada.

Se inscribe este derecho de la víctima en uno de los aspectos más controvertidos del nuevo Código: el referido al ejercicio de sus facultades por el Ministerio Público. Esta conducta es impuesta, además, como deber del Ministerio Público.

El criterio del nuevo cuerpo legal consiste en someter al fiscal no sólo al control directo de un juez, sino, además, al que deriva de la intervención que se reconoce a la

víctima.

De esta manera, cuando el fiscal pretenda archivar provisionalmente la investigación, deberá informar a la víctima, quien podrá solicitar la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias, concediéndosele, además, la posibilidad de reclamar, por la negativa, ante la autoridad superior del Ministerio Público.

Si el fiscal estima que no corresponde iniciar la investigación, ora porque los hechos no son constitutivos de delito, ora porque la responsabilidad penal está extinguida, la víctima puede provocar la intervención del juez de garantía interponiendo la querrela; y si el juez admite la tramitación, el Ministerio Público deberá seguir adelante con la investigación.

Víctima y juez habrán doblegado la voluntad del fiscal.

Si el fiscal se propone ejercer el principio de oportunidad en las ocasiones en que es legalmente procedente, el juez podrá dejar sin efecto la decisión que se haya adoptado cuando la víctima le manifieste, de cualquier modo, su interés en el inicio o la continuación de la persecución penal.

Igualmente, antes de determinar las condiciones (entre las cuales puede figurar la de pagar una indemnización a la víctima o garantizar su pago) y el plazo de la suspensión condicional del procedimiento, el juez deberá oír a la víctima.

6) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa.

Para decretar el sobreseimiento, el juez deberá citar a todos los intervinientes a una audiencia, ocasión en que se escuchará a la víctima entre otros.

Para estos efectos, el artículo 12 señala que "se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas".

7) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Debemos señalar que esta enumeración de los derechos específicamente reconocidos a la víctima, su ejercicio no está condicionado a la interposición de la querrela.

Además, los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad.

Por último, el artículo 110 del nuevo Código contiene la obligación de información a personas que no hubieren intervenido en el procedimiento: "En los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo 108 -esto es en aquellos casos en que el ofendido por el delito no pudiere ejercer personalmente los derechos de víctima- si ninguna de las personas enunciadas en ese precepto hubiere intervenido en el procedimiento, el ministerio público informará sus resultados al cónyuge del ofendido por el delito, en su defecto, a alguno de los hijos u otras de esas personas."

El enunciado anterior resulta particularmente ilustrativo acerca del modo como el texto ampara los derechos de las víctimas: reparemos en que se impone el deber de brindar información por la sola circunstancia de tener el sujeto condición de víctima, y con prescindencia de la actividad que desarrolle en relación con el proceso.

Es, en consecuencia, una insuperable demostración de la consideración que se dispensa a la persona por la calidad referida.

8) Cuando el Ministerio Público archive provisionalmente investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, en tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía, el artículo 167 del Código le reconoce a la víctima la facultad de solicitarle al Ministerio Público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Esta norma parece encontrar fundamento en el hecho de que la víctima se ha visto afectada en sus intereses por el delito y, en tal medida, tiene la legitimidad para solicitar que se continúe con la persecución penal y colaborar en la búsqueda de la verdad proponiendo diligencias de investigación. Lo anterior, sin perjuicio de su facultad de provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva, conforme lo prescribe el artículo 169 del Código.

9) La víctima tiene una facultad importante respecto del principio de oportunidad establecido en el artículo 170 del Código. Al respecto, cabe previamente señalar que la aplicación de este principio ha significado en otros países el abandono de la persecución penal de los delitos de bagatela, lo que ha tenido una importancia práctica inmensa. Pero se advierte que ello también ha significado un abandono de los intereses del ofendido. Aparentemente, sería esta última razón la que habría llevado a establecer la facultad que tiene la víctima de oponerse a la aplicación del principio de oportunidad.

El inciso 3° del artículo 170 del Código dispone que, dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez de garantía la dejará sin efecto cuando “la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal”. Asimismo, el inciso 5° de dicho artículo permite a los intervinientes reclamar ante las autoridades del Ministerio Público de la decisión del fiscal en el plazo que señala, cuando hubiere vencido el plazo para pedirle al juez que la deje sin efecto o cuando hubiere sido rechazada la petición respectiva. El problema se plantea porque al distinguir este artículo entre intervinientes y víctima no queda del todo claro si es espíritu de la ley permitir también a la víctima reclamar ante aquellas autoridades, en los eventos antes mencionados. No obstante, al considerar el artículo 12 del Código como interviniente también a la víctima, pareciera que sí podría reclamar dentro de dicho plazo ante las autoridades del Ministerio Público por la aplicación del principio de oportunidad.

10) En relación con el derecho a la reparación, se introducen dos mecanismos que tienden a este objeto. La suspensión condicional del procedimiento es uno de ellos, en la medida en que las condiciones pueden consistir, por ejemplo, en que el imputado se someta a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza, o en pagar una suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima, conforme al artículo 238 del Código. Respecto de la suspensión condicional, como ha puesto de manifiesto el profesor

Juan Pierre Matus, la víctima juega un verdadero papel de vigilante del cumplimiento de las condiciones que el juez imponga ³⁷, pues el inciso 3º del artículo 246 establece especialmente el "derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado" y, por tanto, de acceso al registro reservado que lleva el Ministerio Público.

El segundo y principal instituto que tiende al objetivo indicado es, sin duda, el acuerdo reparatorio que pueden convenir la víctima y el imputado, respecto de determinado grupo de delitos que, en general, son de mediana gravedad, conforme al artículo 241 del Código. Lo interesante está en que no se restringe el contenido que pueden tener estos acuerdos, el que, por tanto, puede consistir en la simple explicación del imputado, su disculpa, un trabajo en beneficio de la víctima, una compensación pecuniaria, etc. En todo caso, es importante tener en cuenta que la reparación tiene un sentido muy diferente de la pena. La reparación no busca alcanzar los fines de la pena, pues justamente con el acuerdo reparatorio se renuncia a la imposición de ésta. Por eso, sostiene Maier ³⁸, "la reparación sólo puede aspirar a un lugar secundario dentro del sistema. Secundario, pero no por ello menos necesario y cada vez más importante".

Para favorecer la aplicación de esta institución que, además de la reparación, tendería al objetivo de que sólo un bajo porcentaje de causas lleguen a juicio oral, las Unidades Regionales de Atención a Víctimas pueden promover procesos de mediación entre imputado y víctima voluntarios y previos a la celebración de acuerdos reparatorios. En concordancia con lo expuesto anteriormente sobre los ámbitos de acción de la División y de las Unidades Regionales, el profesor Matus señala que "es perfectamente posible y se encuentra legalmente respaldado, que el Fiscal Nacional, en uso de su atribución de fijar los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y las leyes y dictar las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos, determine que la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos organice y diseñe mecanismos que faciliten la obtención de los adecuados consensos que sean necesarios para recurrir con éxito a los acuerdos reparatorios, evitando el gasto de la realización de los juicios orales correspondientes.

5.4.2. Otros derechos de la víctima.

A lo largo del Código aparecen diversos derechos conferidos a este importante protagonista, tanto en especial como en general, es decir, entre los derechos otorgados a todos los intervinientes (asistir a los reconocimientos y a las actuaciones, acceder a los registros y documentos de la investigación fiscal y policial, etc.). Así, se declara que tendrá siempre acceso al registro en que estén consignadas las suspensiones condicionales de los procedimientos. No obstante que recomendamos en este sentido

³⁷ PIERRE MATUS, Jean, "La Justicia penal consensuada en el nuevo Código de Procedimiento Penal", en Revista CREA, N° 1, Universidad Católica de Temuco, 2000, pág. 191.

³⁸ MAIER, Julio, "Democracia y Administración de Justicia en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal", artículo publicado en Reformas Procesales en América Latina, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993.

recurrir al anexo de esta Memoria sobre catálogo de los derechos de la víctima, ordenaremos estos otros derechos de la siguiente manera:

Puede denunciar la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito ante la Policía de Investigaciones, ante cualquier tribunal con competencia en lo penal o ante Gendarmería de Chile en los casos de delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, todos los cuales deberán hacerla llegar de inmediato al ministerio público (artículo 173).

El ministerio público no puede investigar determinados delitos, ni ejercer la acción penal pública sin que la víctima haga denuncia ante las entidades anteriormente mencionadas respecto de ciertos delitos, así ocurre en los delitos de acción pública previa instancia particular, en los cuales “no puede procederse de oficio sin que, a lo menos el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía” (artículo 54). O bien puede tratarse de delitos de acción privada, en que la acción “no puede ser ejercida por otra persona que la víctima”, como por ejemplo en el delito de injurias y calumnias, (artículo 55).

El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima (artículo 6°).

Tiene derecho a participar en la audiencia intermedia por la posibilidad de conciliación antes del término del juicio.

Tiene derecho a deducir acusación o adherirse a ella y deducir demanda civil. La víctima puede también demandar civilmente y podrá además deducir todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible (art. 259 inc. 2°). La demanda civil del querellante deberá deducirse conjuntamente con su escrito de adhesión o acusación. Además debemos tener en cuenta que en nuestra actual legislación, existe independencia de la acción civil respecto de la acción penal, por lo que podría darse la situación de que una persona resulte absuelta en materia penal, pero condenada en materia civil. Tanto en el caso de absolución como en el de condena deberá pronunciarse el tribunal sobre la demanda civil validamente interpuesta (art. 349).

Participar en audiencia oral junto al fiscal, imputado y defensor. La víctima tiene derecho a presenciar íntegramente la audiencia de juicio oral, debiendo guardar el debido respeto.

Expresar su voluntad cuando el fiscal decide iniciar o abandonar la persecución de delitos menores siempre que estos no parezcan susceptibles de una investigación exitosa y no esté comprometido el interés público.

Solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación en los casos archivados provisionalmente por no aparecer antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Solicitar al juez de garantía que revoque la suspensión condicional del

procedimiento, cuando el imputado incumpliere, sin justificación grave o reiteradamente las condiciones impuestas o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos.

Medidas de protección y reserva de identidad: Tiene derecho a que se reserve su identidad en lo que se refiere a terceros ajenos al proceso, a menos que consienta en ello (art. 182). El juez está obligado a decretar esta reserva, la que se mantiene incluso estando afinada la causa. El juez debe tomar las medidas necesarias para garantizar la reserva y asegurar que todas las actuaciones del proceso en que debe comparecer la víctima se lleven a cabo en forma privada; suprimiéndose el careo entre inculpado y víctima a menos que esta consienta expresamente, debiendo emplearse el procedimiento de testigo ausente. El juez debe proteger igualmente a víctima e imputado, teniendo Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones prohibición de informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de la víctima.

Derecho a un trato digno: Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile tienen la obligación de otorgarle un trato acorde con su condición de víctima (art. 6°). Es deber del ministerio público evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubiere de soportar con ocasión de los trámites en que debiera intervenir (art. 78). Debe adoptar los resguardos necesarios para no ocasionar menoscabo a la dignidad de la víctima y garantizarle su seguridad e integridad psíquica y física en los careos que se llevaren a cabo con testigos e imputados, la víctima debe expresar su consentimiento para efectuarle los exámenes corporales, de negarse el fiscal debe conseguir autorización del juez de garantía, autoridad que ordenará la diligencia siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad de la víctima (art. 97). En caso de identificación o reconocimiento del difunto, debe entregarse el cadáver a los parientes del difunto o quienes tengan título suficiente (art. 201). Antes de efectuar la exhumación del cadáver, el fiscal debe citar al cónyuge o parientes más cercanos del difunto.

5.5. Víctima y Debido Proceso.

Respecto del rol de la víctima en el nuevo proceso penal chileno, podemos señalar que, tomando como referencia los avances existidos al respecto en materia de victimología, la Constitución Política de la República y la ley procesal penal reconocen a la víctima, en cuanto sujeto con particulares intereses, un haz de derechos o facultades procesales especiales, que se concatena con las atribuciones generales de todo interviniente, conformando el estatuto jurídico de la víctima al interior del proceso penal³⁹.

Lo anterior se traduce en el derecho de toda víctima al debido proceso, garantía que, según se sabe, encuentra su origen en la quinta enmienda a la Constitución de Estados Unidos, conocida como "Bill of Rights", de 1791 y, especialmente, en el desarrollo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de esa nación realiza respecto del contenido y alcance de la expresión "due process of law", allí contenida.

³⁹ HORVITZ y LÓPEZ, "Derecho Procesal Penal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación", Santiago, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág. 298.

En Chile esta fundamental garantía encuentra actualmente consagración constitucional en el N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que la hace aplicable no sólo a la fase de juicio, sino también a la etapa preliminar, en virtud de la reforma introducida por la Ley N° 19.519, que extendió la necesidad de racionalidad y justicia también a la fase de investigación.

Respecto de los titulares de este derecho, cabe señalar que el encabezado del artículo 19 precitado extiende su aplicación a todas las personas, lo que no se ve posteriormente limitado por el numeral 3°. No obstante, parte importante de la doctrina constitucional y procesal chilena parece inclinarse por una aplicación más restringida, dirigida sólo al sujeto pasivo del proceso. Otros, por el contrario, adscriben a una tesis más extensiva, atendido que el reconocimiento del debido proceso por el poder constituyente ha sido efectuado al tratar el derecho de todas las personas, sin distinción, a la igualdad ante la justicia frente a todo órgano que ejerza jurisdicción, como asimismo, frente al Ministerio Público durante la investigación.⁴⁰

Lo anterior no significa que el contenido preciso de esta garantía sea el mismo respecto de todas las situaciones en que sea procedente. Ello, puesto que se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance exacto deberá ser fijado caso a caso.

Ahora bien, lo expuesto, no obsta a que se reconozca que el derecho en cuestión se encuentra comprendido por ciertos derechos y garantías que constituyen sus notas esenciales, algunas de las cuales son aplicables tanto a la víctima como al imputado, mientras que otras hacen referencia sólo al justiciable, como por ejemplo, el derecho a ser debidamente emplazado.

En opinión de don Guillermo Piedrabuena Richards, son manifestaciones esenciales del debido proceso penal, respecto de las víctimas de delito, a lo menos las siguientes:

Igualdad ante la justicia: se expresa básicamente en que todos los intervinientes tienen derecho a ser oídos y a formular alegaciones y presentaciones en igualdad de condiciones frente a los operadores del sistema penal con miras a influir en la resolución del conflicto.

Derecho a un tribunal independiente e imparcial: para cualquier interviniente en el procedimiento penal, el reconocimiento de sus derechos se hace ilusorio si el tribunal que juzga el conflicto carece de la imparcialidad e independencia mínima para garantizar un fallo conforme a derecho. A este respecto, cabe recordar que uno de los pilares que fundamentó la Reforma en nuestro país estuvo constituido por el énfasis puesto en la imparcialidad del juzgador, lo que redundó en una nueva estructuración de la fase de investigación y en la separación de las funciones de investigar y acusar, por una parte y las de controlar la investigación y juzgar, por la otra.

Derecho a un juicio sin dilaciones indebidas: existen normas, aunque escasas, que permiten decodificar este derecho en el ámbito legal, así por ejemplo los artículos 234 y 247 del Código Procesal Penal que fijan un plazo para la investigación formalizada y permiten a todos los intervinientes solicitar el cierre de la investigación.

⁴⁰ En este sentido PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, "La situación de la víctima en el nuevo proceso penal chileno", Santiago, Conferencia para las Jornadas Latinoamericanas sobre la víctima en el proceso penal, agosto del 2003.

Derecho a la tutela judicial efectiva: traducido en su derecho constitucional y autónomo de hacer valer pretensiones penales al interior del proceso.

Derecho a defensa: En sentido amplio, este derecho importa la facultad de cualquier persona a ser oída por los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento de un derecho y mostrar el fundamento del reclamo, así como argumentar y mostrar la falta total o parcial de lo reclamado en su contra. En este sentido, constituiría un haz de derechos en el proceso. Se trata de una concepción material que excede la meramente técnica a la que alude el texto constitucional.⁴¹

Todos estos derechos, vinculados a la garantía del debido proceso, pueden ser agrupados en dos categorías:

En primer lugar encontramos las garantías, esto es, aquellos derechos instrumentales que sirven de base para el ejercicio de otros derechos, en este caso, al interior del proceso penal. Dentro de este importante grupo, podemos encontrar el derecho a la protección, al trato digno y a la información.

Sólo en la medida en que se asegura a la víctima la vigencia de estas garantías, ella puede encontrarse en condiciones de ejercer la segunda categoría de derechos. En este orden, encontramos la facultad para ejercer acciones y pretensiones penales, ejercer funciones de contrapeso y control sobre el aparato de justicia y ser reparada del daño causado por el delito. Ellas tienen en común dotar a la víctima de herramientas para ejercer una influencia en la persecución y decisión penal de su caso.

5.6. Víctima y Ministerio Público.

En su afán de cautelar ampliamente los derechos de la víctima, el nuevo Código impone a los fiscales el deber de velar por sus intereses durante todo el procedimiento, procurando facilitarle su intervención en éste y evitando o disminuyendo al mínimo cualquier perturbación que el afectado haya de soportar en ocasión de los trámites en que deba intervenir.

Pero para comprender mejor la importancia que tiene en el marco del nuevo proceso penal la figura del Ministerio Público, y su relación con la víctima, efectuaremos un breve repaso de sus funciones más importantes.

Los fiscales del ministerio público ejercerán y sustentarán la acción penal pública. Con ese propósito practicarán la investigación fiscal preparatoria y dirigirán las actuaciones de la policía (art. 77).

Será deber de los fiscales del ministerio público velar por los intereses de las víctimas de los delitos durante todo el procedimiento, procurando facilitar su intervención en el mismo y evitando o disminuyendo al máximo cualquier perturbación que el afectado deba soportar con ocasión de los trámites en que deba intervenir (art. 78).

En el ejercicio de sus funciones el ministerio público llevará adelante todas las actuaciones conducentes al éxito de la investigación.

⁴¹ PIEDRABUENA RICHARD, idem nota anterior.

Por distintas razones, el Ministerio Público es, ha sido y seguirá siendo una institución problemática, tal como lo demuestra la experiencia comparada⁴². En el curso de la historia esta institución ha debido responder a diversidad de paradigmas, falta de claridad en su rol y disonancia de objetivos y atribuciones. Sumado a lo anterior, su ubicación en el procedimiento penal lo transforma en víctima de toda complejidad, precariedad e incluso contradicciones que circundan la justificación de la acción estatal en materia de aplicación de las normas penales. Problemática siempre presente y que se proyecta al conjunto representado por el rol estatal en materia de seguridad.

Afortunadamente muchas de estas aprehensiones se encuentran resueltas en la estructuración de nuestro actual Ministerio Público. En efecto, al Ministerio Público nacional se le ha dado un rol eminentemente penal, liberándolo de pretensiones de control institucional de legalidad, constitucionalidad y otras tantas materias de las cuales debe ocuparse en la experiencia comparada. A pesar de ello, el rol del Ministerio Público en cuanto titular privilegiado de la acción y de la investigación penal, abre un amplio campo de estudio y elaboración, en especial en el contexto nacional actual, marcado por el inicio del difícil tránsito desde el paradigma inquisitivo hacia tendencias acusatorias en el quehacer procesal penal.

5.6.1. El Ministerio Público chileno: Una mirada desde el procedimiento inquisitivo.

El profesor argentino Julio Maier nos sitúa en una explicación del principio acusatorio y del Ministerio Público a partir la imagen del juez instructor propio del sistema inquisitivo. El describe a este hombre o mujer como "encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad, y su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos que se pretende jueguen al mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas"⁴³. Cabe agregar que más que diluir las funciones tiende a que éstas sean suplidas por otros órganos o instituciones diseñadas con otros fines. En efecto, en el procedimiento penal actual, es posible sostener que por una parte, la investigación está de manera principal a cargo de la policía y, por otra, que la consulta y la apelación, muy a grosso modo, cumplen la función de velar por la adecuación de las resoluciones al derecho.

En efecto, desde un plano funcional, atendiendo más a las funciones que a las definiciones o pretensiones retóricas, en el modelo inquisitivo el direccionamiento de la investigación y su ejecución permanecen de manera casi exclusiva en la policía. Si bien en esta etapa del proceso, la experticia criminalística y policial es y debe seguir siendo el parámetro para la toma de decisiones, no es menos importante que su direccionamiento jurídico, esto es, sus límites y marco de acción sea definido desde la experticia legal concretizando el rol protector de la norma penal, elemento esencial y contenido material

⁴² IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, "El Ministerio Público entre Viejo y Nuevo Proceso", artículo publicado en Revista de Ciencias Penales, Santiago, año 1990-1993, Número Especial, Editorial Cono Sur, pág. 49.

⁴³ MAIER, Julio, "Democracia y Administración de Justicia en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal", artículo publicado en Reformas Procesales en América Latina, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993, pág. 42.

de garantía ciudadana frente al Estado. Esto es, una persecución penal dentro de los marcos propios del Estado del Derecho.

Por el lado del control de la legalidad de la investigación, el modelo inquisitivo centra sus aspiraciones en el control jerárquico de las resoluciones importantes del proceso, estableciendo las vías de apelación y consulta. Esta forma de estructuración del proceso penal, presenta graves problemas a la luz de los planteamientos constitucionales paradigmáticos tales como el debido proceso y a la interpretación que de ellos se realiza en el actual estado de la doctrina política, constitucional, penal y procesal penal. A esto se agrega el grave atentado a los principios de independencia interna que debieran regir al interior o altera la función de impugnación que deben cumplir los recursos judiciales con las vías de control de tipo disciplinario.

En materia de principios, la incorporación del Ministerio Público al proceso penal, sin duda implica un reconocimiento de la necesidad de llevar a este ámbito de la actividad pública aquel viejo principio del sistema de frenos y contrapesos en la actividad estatal. Principio ya presente en la estructuración del Estado Colonial en lo que a derecho público se refiere, pero que no logró plasmarse al interior del proceso penal heredado del imperio. Así, se ha sostenido de forma reiterativa, que el proceso inquisitivo es la expresión racional del absolutismo basado en la concentración absoluta del poder, la concepción utilitaria del proceso en pos de los fines estatales y la degradación y cosificación del imputado ⁴⁴.

El advenimiento del iluminismo y el nacimiento del Estado Republicano impactan el proceso penal continental modificando sus derroteros. Esta vinculación entre forma de Estado y proceso penal ampliamente señalada por autores como Maier, Binder y Rusconi en nuestro medio cercano, destacan la correlación directa que existiría entre el Estado democrático de derecho post iluminismo y el modelo de procedimiento acusatorio. En una hermosa figura se resalta la idea señalando que "la historia del derecho procesal es una parte esencial de la historia de la relación entre el ciudadano y el Estado y tal relación caracteriza también hoy la configuración del proceso penal" ⁴⁵. De esta forma, si definimos la relación ciudadano y Estado en un esquema de democracia representativa basada en los principios del Estado de Derecho se impone la necesidad de modificar o al menos reinterpretar el proceso penal (caso español por medio de la jurisprudencia constitucional).

La incorporación del Ministerio Público, supone entonces, el rechazo al "autocontrol" implícito en la figura del juez de garantía, aunque atenuado por la constatación funcional de la delegación de atribuciones en la policía, y el reemplazo por un esquema de controles de tendencia horizontal entre las partes frente al juez (fiscal-juez de garantías, querellante, defensor).

En este esquema, al menos de manera teórica, se soluciona el reclamo de parcialidad de juez inquisidor y se eleva a una posición de tercero imparcial, virgen del

⁴⁴ RUSCONI, Maximiliano, "División de Poderes en el Proceso Penal", artículo publicado en 'En el Ministerio Público en el proceso Penal', VVAA, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 106.

⁴⁵ RUSCONI, Maximiliano, obra citada, pág. 107.

prejuicio investigativo y localizado en su objetivo natural. Objetivo esencial de resolver el asunto sometido a su decisión velando por la debida protección de los derechos de los intervinientes en el proceso en general y en particular por los del imputado, ahora sujeto procesal quien se presume inocente.

De esta forma, y situados en un esquema de transición del paradigma inquisitivo al acusatorio, el Ministerio Público debe ser mirado como instrumento de plasmación del principio acusatorio y en consecuencia un medio para liberar al juez de la carga asumida por el rol múltiple, o al menos doble de velar por la eficiencia de la persecución y la protección de los derechos del imputado. Tal como lo ha señalado Alberto Binder, en un contexto de reforma como la nuestra, el Ministerio Público sólo puede ser entendido y explicado como un medio de superación del sistema inquisitivo⁴⁶. Un incentivo a los actuales jueces para desprenderse de la pesada carga administrativa de la investigación para centrarse en un rol garante, rol desde donde es posible dar sentido a los principios que rigen la jurisdicción, tales como legalidad, imparcialidad e independencia. En efecto, estos principios característicos de la jurisdicción le son en gran medida privativos ya que no son aplicables de igual forma respecto de la actuación del Ministerio Público por el simple hecho de estar llamados a una función diversa.

Planteados entonces en esta perspectiva, nuestro Ministerio Público debe ser entendido como un mecanismo para la superación del sistema inquisitivo mediante la separación de funciones, la realización del principio acusatorio, el rechazo al autocontrol y en definitiva la liberación del juez de la investigación.

De esta forma, la incorporación del Ministerio Público y del principio acusatorio permiten centrar el momento jurisdiccional por excelencia en el Juicio Oral y Público. El Juicio Oral surge como aquella forma de ejercer la jurisdicción en el Estado Republicano. Momento respecto del cual la investigación preparatoria o fiscal es tributaria y funcional. En este sentido, la labor del Ministerio Público es funcional y se dirige al momento jurisdiccional. El momento judicial, definido en base a la contradicción y la oralidad se nos presente como la forma más perfecta de conocer y resolver la adjudicación de responsabilidad penal. Al desjudicializar la ejecución de la investigación penal se libera al juzgador de la elaboración de hipótesis de condena durante el proceso para posicionarlo sólo frente al momento de la prueba, esto en el juicio oral.

Ahora bien, esta pretensión explicativa que se funda en la superación del sistema inquisitivo, no se agota en el proceso penal, sin embargo es éste el lugar privilegiado desde el cual proyecta su accionar. El procedimiento penal de corte inquisitivo, al ser un reflejo de la relación entre el ciudadano y el Estado no es un mero mecanismo de aplicación de penas y medidas de seguridad, sino que en torno a él se ha ido elaborando toda una política de persecución criminal de corte autoritario⁴⁷. Política criminal eminentemente selectiva cuyas definiciones básicas han estado, en los hechos, entregadas principalmente a la policía. De esta manera, el desafío del Ministerio Público

⁴⁶ BINDER, Alberto, "Funciones y Disfunciones del Ministerio Público", en el Ministerio Público, CDJ, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1994, pág. 74.

⁴⁷ BINDER, Alberto, obra citada, pág. 70.

en cuanto instrumento de superación del inquisitivo no se agota al interior del proceso sino que se proyecta a un segundo gran objetivo, cual es la modificación de las políticas de persecución penal, misión que debiera lograrse principalmente a través de sus relaciones con la policía.

De esta forma y a modo de conclusión provisoria, dos son las grandes tareas que enfrenta nuestro Ministerio Público. La primera tarea es la superación del sistema inquisitivo al interior del procedimiento por medio de la liberación del juez de las funciones investigativas, permitiendo la realización del principio acusatorio. Es decir, la separación de las funciones de investigar, a cargo de una instancia no jurisdiccional de la de juzgar a cargo de los tribunales. La segunda gran tarea que se desprende de la incorporación del Ministerio Público al proceso penal chileno se proyecta más allá de las fronteras delineadas en torno a la acusación y la condena relacionándose a la modificación de las políticas institucionales de persecución penal. Esta tarea sin duda es más compleja que la anterior y se relaciona principalmente al impacto que el Ministerio Público debiera tener respecto de la actuación policial.

5.6.2. Funciones del Ministerio Público al interior del proceso penal.

a) Ejercer las acciones penales.

Dentro de esta gran tarea institucional del Ministerio Público de colaborar en la sustitución del sistema inquisitivo, los fiscales están llamados a materializar el principio acusatorio. Esto es, ser los titulares privilegiados de la acción penal y ejercerla en los casos que corresponda según el marco legal específico.

Esta función principal de "ejercer las acciones penales" constituye una de las funciones singularizantes del actual Ministerio Público, sin embargo su concreción no ha sido una materia pacífica en la experiencia comparada y tampoco debiera serlo en el caso chileno. En España, por ejemplo, la concentración de la titularidad de la acción penal en manos del Ministerio Público fue un proceso progresivo, no exento de dificultades. Una de las principales distorsiones fue el denominado sistema de la doble ventanilla en virtud del cual cabía la posibilidad de presentar denuncias indistintamente en los tribunales o fiscalías⁴⁸. Algo similar se describe para el caso italiano en el período inmediatamente posterior a la vigencia del Código de 1989. En este caso la policía remitía copia de las denuncias tanto al Ministerio Público como a los tribunales, buscando generar órdenes de investigar provenientes de ambos frentes.

En nuestro país, la tarea sin duda será ardua, toda vez que en la discusión parlamentaria de la reforma constitucional que introdujo el Ministerio Público se puso de relieve en forma reiterada la intención de mantener vigente la existencia de otras vías para el ejercicio de la acción penal, tales como la víctima u ofendido y demás personas establecidas por ley⁴⁹. De esta forma el denominado "señorío" de la acción penal para el

⁴⁸ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, obra citada, pág. 70.

⁴⁹ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, "Ministerio Público, Antecedentes de la Reforma Constitucional", Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1997, pág. 45.

Ministerio Público se ve seriamente restringido, existiendo el riesgo permanente de que esta función de ejercer la acción penal sea afectada por la intervención directa de los ofendidos mediante la presentación de querellas en los tribunales. En estas hipótesis será el juez receptor de la acción penal el cual, previo examen de admisibilidad, la remitirá al Ministerio Público. Esta norma supone una clara distorsión al principio acusatorio y abre la puerta al sistema de doble ventanilla español y al inicio de investigaciones judiciales, o al menos de pre-hipótesis investigativas de parte de los jueces, sin mencionar los eventuales que presentaría respecto de la separación de poderes como es considerado por el Derecho Anglosajón.

Estas limitaciones al principio acusatorio (o pervivencia del inquisitivo) se ven profundizadas en todas aquellas normas que permiten la intervención del afectado ante el juez de garantías impugnando la decisión del fiscal de no ejercer la acción penal. En efecto, el nuevo Código Procesal Penal establece la posibilidad de que la víctima recurra al juez cuando el fiscal se niegue a ejercer la acción penal, en los casos de archivo provisional, no inicio de investigación o principio de oportunidad. En todos estos casos, la discreción de los fiscales cede ante el juez, quien es en definitiva el que determina si aquella acción generará o no un proceso penal. En caso que el juez admita a tramitación la querrella, el fiscal se verá forzado a investigar mediante un impulso judicial investigativo.

Aparece claro entonces, que el Ministerio Público para poder cumplir su rol en cuanto a herramienta de superación del inquisitivo y liberador del juez para transformarlo en juzgador deberá recibir gran ayuda de parte de los tribunales. Los tribunales, por así decirlo, deberán mantenerse firmes frente a la tentación de encarnar el principio acusatorio, como lo han venido haciendo hasta ahora en el sistema inquisitivo. De esta forma, el proyecto deja abierta esta riesgosa posibilidad y corresponderá a los jueces su control y minimización.

b) En materia de investigación.

Asumir la investigación será una de las funciones principales de los nuevos fiscales. Ahora bien, qué entendemos por investigación penal. El procedimiento inquisitivo construyó la investigación en base a un modelo formalista y burocrático, que más que trabajar en base a hipótesis contrastables con la realidad, se ocupa de cumplir trámites rituales, muchas veces sin una dirección clara ni determinada, sino dirigida tan sólo a la configuración del expediente⁵⁰. La escrituración, al basar la decisión en el expediente y el registro, aleja la centralidad de la prueba como medio de convicción y se conforma en el registro escrito, mediato, de su producción.

La introducción del Ministerio Público al nivel de la investigación debiera significar la desformalización de la investigación y su administrativización. Por desformalización entenderemos la ausencia de rigidez y de fórmulas sacramentales para evaluar su suficiencia procesal. Por administrativización entenderemos su carácter no jurisdiccional y en consecuencia su rol meramente preparatorio o funcional a la acusación. En efecto, de reconocer valor probatorio a las actuaciones del fiscal, o mejor dicho a las constancias escritas de sus actuaciones, le estaremos dando valor jurisdiccional y en consecuencia

⁵⁰ BINDER, Alberto, obra citada, pág. 80.

desfigurando el juicio oral como momento jurisdicente principal. La desformalización y administrativización de la investigación fiscal se presentan entonces como garantía, o al menos como uno de los medios más eficaces para preservar el juicio y en consecuencia el rol jurisdiccional. En caso contrario, de optar por ritualizar la investigación fiscal en base a un parámetro como el del expediente tipo o completo por una parte y de reconocerle mérito probatorio por la otra, estaremos tan sólo sustituyendo la firma del juez por la del fiscal en el expediente ⁵¹.

Nuestra gran tarea de librar al juez de la investigación para permitirle ser juez, conlleva además otros objetivos. En efecto, se ha argumentado que la incorporación del Ministerio Público debiera permitir la creación de un real poder investigativo a través del cual el trabajo en equipo de fiscales y policías logre integrar la experticia criminalística con la experticia legal penal, posibilitando la persecución de determinadas modalidades delictivas que estarían actualmente fuera del alcance de los tribunales. De esta manera, se ha argumentado que el Ministerio Público debiera ser capaz de afectar aquellos tipos de criminalidad revestidas de una sofisticación que en la actualidad generaría su impunidad, tales como las realizadas por organizaciones criminales. En esta línea, se ha señalado que el Ministerio Público debiera ser capaz de generar investigaciones para actuar contra las redes de narcotráfico, tráfico de armas y de menores, delitos económicos y ecológicos, entre otras.

Si bien el solo aumento de la capacidad instalada del sistema de persecución pudiera dar luces acerca de determinados desarrollados en materia de persecución de la criminalidad organizada y la denominada criminalidad de cuello blanco, parece un tanto simplista establecer la relación directa con la incorporación del Ministerio Público. En efecto, las prácticas de selección penal son reflejo de condiciones sociales y culturales que superan por mucho las orientaciones de los actores del sistema penal, relacionándose más bien a condiciones estructurales de tipo económico, social y político que no debieran afectarse por medio de cambios en las estructuras de enjuiciamiento. De esta forma, esperar del Ministerio Público el inicio de la denominada "persecución de los poderosos" resulta quizás ingenuo, al menos en un primer momento ya que es claro que los criterios de selección penal reflejan una serie de componentes de carácter valórico, ético, social y político, bastante profundos y que no dependen de manera directa del diseño de los órganos de la persecución. En esta materia, debiéramos contentarnos con esperar el diseño de pautas racionales, intersubjetivas y públicas de los criterios de los criterios de selección empleados en la persecución.

Sin perjuicio de lo anterior, la liberación del juez de la dirección y materialización de la investigación y su posicionamiento en cuanto a real control de juridicidad y garantías de las investigaciones puede significar un aumento en la tecnificación de las investigaciones al menos desde el punto de vista legal. Es decir, si los jueces asumen realmente su rol en materia de control de las garantías de los intervinientes es posible prever una mayor complejidad y profundidad en las investigaciones penales. La conformación de equipos de trabajo integrados conjuntamente por fiscales y policías, la acumulación de antecedentes e información puede facilitar la pesquisa criminal en

⁵¹ BINDER, Alberto, obra citada, pág. 82.

materias jurídicamente complejas tales como las figuras legales que ocultan el blanqueo de capitales provenientes de actividades ilícitas.

c) En materia de actuación policial.

Ahora bien, la potencialidad del Ministerio Público en materia de investigación no se agota en el ejercicio de la acción penal o en la dirección de la investigación, sino que se proyecta más allá hacia la acción policial. En efecto, la incorporación del Ministerio Público, y este es uno de los objetivos expresados por el Mensaje del C.P.P., debiera permea las estructuras policiales en un esfuerzo dirigido a lo que podríamos denominar despolicizar la investigación criminal para dotarla de mayor juridicidad.

Para esta actividad, el Ministerio Público cuenta con una vía principal cual es la que se dirige a reducir el valor en el proceso de la investigación y del atestado o información policial, reemplazándola por la investigación fiscal. Esto que pudiera parecer una mera sustitución de títulos tiene al menos la potencialidad de establecer nuevos estándares de juridicidad para la actividad policial. El punto no es menor ya que en el actual esquema, el mito de la actuación meramente ministerial y de aplicación de la ley en la actuación policial ha permitido una especie de omisión de parte de los poderes públicos entregando la actividad policial amplios márgenes de discreción sin que existan controles rigurosos.

La ausencia de atención por lo policial desde los actores del proceso penal y la falta de interacciones reguladas y específicas no han permitido en forma adecuada la integración del saber criminalístico con el saber jurídico-penal, generando un importante vacío y distanciamiento, sentido e incluso a veces resentido, tanto por los policías como por los jueces. El Ministerio Público sería entonces llamado a cumplir esta función integradora en donde la verdad policial procesada de acuerdo a los técnico-legales se transforma en antecedentes y elementos dirigidos a lograr la convicción judicial, en definitiva y llegado el momento para transformarse en prueba⁵².

En esta perspectiva, el Ministerio Público, tal como lo ha señalado Binder se transforma en una institución bifronte, con una cara mirando al mundo policial y la otra cara mirando al mundo judicial. Esta función que podríamos denominar de enlace o de punto de encuentro entre la experticia criminalística y los requerimientos legales y constitucionales de una persecución enmarcada en el Estado de Derecho debiera contribuir a generar una cultura común, permeando de mayor legalidad las estructuras operativas. Esta relación, tal como puede apreciarse a simple vista, tiene un enorme potencial para transformarse en una fuente de diálogo e interacción que contribuya a la construcción de una oferta conceptual alternativa o al menos complementaria de las orientaciones meramente militares que tradicionalmente han mantenido nuestras policías.

Tal como esta tarea representa un enorme potencial de impacto en materias de prácticas policiales, también representa un enorme riesgo de policización del Ministerio Público. En efecto, el carácter nuevo de la institución y la ausencia de doctrinas y rutinas institucionales definidas ponen a esta institución en peligro de extrema permeabilidad al discurso simplista de la seguridad ciudadana. De esta forma, el encuentro con la policía,

⁵² BINDER, Alberto, obra citada, pág. 82.

institución caracterizada por una sólida tradición, formación y mística no deja de ser un punto sensible a considerar.

En esta línea, el Ministerio Público motivado por obtener una figuración fácil y dividendos políticos e incluso financieros, puede verse tentado de asumir una postura meramente represiva y de inflación penal bajo el alero de gran apelativo político propio del discurso de las víctimas y la eficacia retórica del derecho penal. En esta línea, no es difícil imaginar un Ministerio Público endosando sus responsabilidades en materia de criminalidad a la necesidad de nuevas leyes penales y la promulgación de herramientas legales que amplíen sus facultades, fundando sus peticiones en promesas basadas en un estado de seguridad pública o ciudadana que el Derecho Penal no es capaz de lograr, cosa que ha sido ampliamente constatada no sólo por la doctrina penal y la experiencia comparada, sino también por nuestra experiencia reciente en materia de leyes penales especiales (Drogas, Violencia en los Estados, etc.).

5.6.3. ¿Son los Fiscales del Ministerio Público Abogados de las víctimas?

En la preparación de la reforma procesal penal y durante su primera aplicación en regiones, se ha sostenido que los fiscales son abogados de las víctimas y se ha llegado a representar en distintas simulaciones al fiscal como un abogado que defiende a la víctima en las audiencias orales e incluso delibera con ésta como si fuera su cliente.

Estimamos conveniente refutar este error jurídico bastante divulgado, por cuanto se están confundiendo los papeles o roles que tienen el fiscal y la víctima en el nuevo proceso penal.

En primer término, si se accediera a la petición de que los fiscales actuarán como simples abogados de las víctimas, esto es, ser sus mandatarios, los perjudicados finales serían las propias víctimas y el sistema en general, ya que visiones que son legítimas para las víctimas al ser traspasadas directamente al fiscal (como por ejemplo, pretender penas muy rigurosas), terminarían restando eficacia a la persecución penal, lo que debilitaría el efecto de control general que produce un sistema preventivo.

Ahora bien, el fiscal tiene la obligación legal de adoptar medidas para la protección de la víctima del delito y de su familia y además de informarle acerca de sus derechos y del estado del proceso, pero ello no lo convierte en su abogado en el sentido que le da a este concepto el sistema legal chileno, por las razones que pasan a exponerse:

Según lo dispone el nuevo Código Procesal Penal, el fiscal y la víctima son intervinientes distintos y no se menciona al fiscal como abogado o defensor de la víctima.

Los fiscales se rigen por el principio de objetividad, en virtud del cual deben investigar con igual celo los hechos punibles y las circunstancias que agravan la responsabilidad del imputado y también aquellos que eximen, extingan o atenúen la responsabilidad penal de éste. Las víctimas no se rigen ni pueden regirse por este principio, porque su situación procesal y subjetiva es distinta.

Las facultades y obligaciones del fiscal son distintas a las de la víctima y su regulación se encuentra en párrafos separados del nuevo Código (arts. 77 y 78 respecto del fiscal y arts. 108 a 110).

Los intereses que defienden los fiscales pueden ser diferentes a los que pretenda la víctima. Así, la víctima puede aspirar a que se siga el procedimiento hasta la condena de imputado y puede pretender su prisión preventiva. El cambio, el fiscal puede estimar que no existe mérito para acusar al imputado o que no es necesaria su prisión preventiva. La situación puede darse al revés, cuando una víctima quiera desistirse del proceso y que no continúe adelante y el fiscal estime que en virtud del principio de legalidad no puede hacerlo.

La víctima puede estar en desacuerdo con la suspensión condicional del procedimiento que acuerden el fiscal y el imputado. El fiscal puede estar en desacuerdo con los convenios reparatorios que celebren la víctima y el imputado contraviniendo el marco legal de esta institución.

El fiscal tiene que escuchar a la víctima, si lo solicita, antes de proponer una suspensión del procedimiento o su terminación anticipada, pero este deber de audiencia no significa que esté obligado a seguir el criterio de la víctima.

El fiscal puede resolver no recurrir en contra de una sentencia de sobreseimiento o de absolución y la víctima puede impugnar el sobreseimiento o la absolución, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento, discrepando del fiscal.

Si el fiscal fuera abogado de la víctima, tendría que rendirle cuentas a ésta como si fuera su mandatario y además no podría disentir de las instrucciones de su cliente. A este respecto, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que el fiscal sólo responde ante las autoridades superiores de este servicio público.

La ley en parte alguna establece una representación legal de la víctima por parte del fiscal, y las representaciones legales requieren de un texto legal expreso.

Finalmente, la presencia del fiscal en todas las audiencias del nuevo proceso es esencial, no así la de la víctima, quien debe ser citada, pero cuya presencia no es indispensable para la validez de la actuación.

Lo anterior no importa desconocer que la víctima es un interviniente que tiene derechos bien determinados en el nuevo proceso, que deben ser respetados por los fiscales. Así, debe ser informada ampliamente y debe ser protegida para evitar su amedrentamiento y asegurar que pueda colaborar con la acción de la justicia, en todo lo cual tiene un importante papel el ministerio público, ya sea a través de los fiscales o de las unidades de Atención a las Víctimas. Estas unidades no sólo han prestado una valiosa ayuda a las víctimas, sino que además la han derivado a los establecimientos de salud que correspondan para su rehabilitación posterior al delito.

Además, la víctima tiene el derecho de querellarse con el patrocinio de un letrado y en todo caso asesorarse por los abogados que ejercen la profesión en materia penal, personas a las cuales la fiscalía siempre debe prestar su más completa colaboración.

Al respecto cabe señalar que el instructivo general N° 11 sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo Código Procesal Penal (12 de Octubre de 2000) tiene por objeto orientar a todos los Fiscales respecto de los deberes y obligaciones con las víctimas, de acuerdo al nuevo ordenamiento procesal penal en que la víctima es un interviniente del proceso, sea o no querellante (Art. 12 y 108 y siguientes del Código

Procesal Penal). Señala el Instructivo que, "estos deberes y obligaciones de los Fiscales con la víctima, no pueden interpretarse en un sentido tan amplio como el considerar a los Fiscales como "abogados" de las víctimas porque ello conduciría al establecimiento de un mandato en que el mandatario, en este caso el Fiscal, debe rendir cuenta de su gestión ante el mandante, en este caso la víctima, y no podría actuar más allá de las instrucciones de la víctima, en circunstancia de que el Fiscal tiene una misión del más alto nivel que no está limitada por las instrucciones o peticiones de la víctima. El Fiscal puede discrepar de la víctima en cuanto a la continuación de la persecución penal y en cuanto a la plausibilidad de los recursos procesales que pueden intentarse.

En síntesis, si bien desde un punto de vista doctrinario algunos autores sostienen la tesis de que el Ministerio Público es "abogado" de la víctima en un sentido amplio, no es menos cierto que desde el punto de vista del nuevo Código Procesal Penal, el Fiscal es un interviniente distinto y autónomo de las víctimas (Art. 12), así como lo es respecto del imputado, su defensor y el querellante".⁵³

6.- LA VÍCTIMA Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. UNA MIRADA AL DERECHO COMPARADO.

A lo largo de este capítulo hemos venido refiriéndonos continuamente al llamado "principio de oportunidad". En lo que concierne a los fundamentos para la aplicación de este principio, existen criterios en la doctrina como el de Sánchez Velarde⁵⁴ para quien este fundamento se encuentra en la escasa relevancia social de la infracción. En estos casos considera que no existe un interés social de punición y que pueden ser resueltos por los sujetos de la relación procesal sin poner en marcha el aparato judicial o dando por concluido el ya iniciado.

Por su parte Gimeno Sendra⁵⁵ establece que el fundamento se encuentra en la escasa entidad del daño social producido o en la personalidad del inculpado que no podría justificarse mediante criterios discriminatorios de índole económico, sociológico o político, ya que los principios constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica podrían ser cuestionados.

En su opinión, éste principio también tiene un fundamento político; su innovación legislativa obedece a la necesidad no de luchar contra la delincuencia, sino de solucionar problemas de saturación de los procesos penales.

Para Oré Guardia⁵⁶, desde el punto de vista social el fundamento del principio de

⁵³ INSTRUCTIVO GENERAL N° 11, sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo Código Procesal Penal, Santiago, 12 de octubre de 2000.

⁵⁴ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, "Justicia y Derechos Humanos", Materiales de Lectura, Lima, Ediciones CEAS, 1992, pág. 130.

⁵⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, "Fundamentos del Derecho Procesal Penal", Madrid, Editorial Reus, 1991, pág. 198.

oportunidad radica en la escasa relevancia social del ilícito penal. En tal caso existe un interés colectivo en la persecución penal, de modo que el conflicto puede muy bien resolverse entre los sujetos de la relación procesal, sin que intervenga el órgano judicial.

Citando a Silvia Barona⁵⁷, considera que el principio de oportunidad contribuye a la consecución de la justicia material por encima de la formal, favoreciendo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, constituyéndose así, en un instrumento que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre hechos punibles que deben ser perseguidos, y otros con un mínimo de interés social y en los que la pena carece de significación.

Coincide Oré con Gimeno Sendra en que desde el punto de vista político estriba en la necesidad de solucionar problemas de saturación, como la acumulación de procesos, retardo procesal, y deficiencias en cuanto a infraestructura e ineficacia administrativa. Reflexiona en que el fundamento político criminal de la oportunidad radica, por un lado, en la necesidad de evitar procedimientos que puedan aparecer como innecesarios y facilitar el uso de penas alternativas a la privación de libertad, que pueden tener importantes efectos preventivos sin causar los estragos que sobre la libertad personal provoca aquella.

Por nuestra parte pensamos que todos los fundamentos que pueden darse para legitimar el principio de oportunidad están orientados hacia el beneficio del sistema judicial, del interés social o de la maximización de los recursos disponibles, pero dejan de lado la situación de la víctima de ese delito “de poca monta” por así llamarlo. Nadie mejor que la víctima es quien puede sopesar la exacta dimensión de la infracción que ha sufrido, y este parámetro se deja totalmente de lado con la consagración de este principio. Vulnera el derecho constitucional de acceso igualitario a la justicia, atenta contra el derecho humano de recibir soporte del Estado y de la sociedad frente a un hecho delictivo y, lo que es peor, tiende a legitimar y despenalizar los delitos de poca significación; esto puede llevar a que hoy sea rentable arrebatarle la cartera a las ancianas, robar la recaudación de un taxista o sustraer la billetera de un descuidado ciudadano. ¿Qué interés puede tener la sociedad toda de perseguir penalmente a un individuo que ha robado \$10.000.- en actos como estos? Pero si analizamos a la víctima, tal vez ese era su único sustento, y a nosotras nos gustaría escuchar los argumentos de un fiscal que tenga que explicarle a esa anciana o a ese taxista que a la sociedad no le interesa su pérdida ni su sufrimiento.

En el ámbito del Derecho Comparado, daremos un breve vistazo a la forma como se aplica este principio.

6.1. En la legislación alemana.

La institución del principio de oportunidad precisamente tuvo su origen en Alemania a través de la “Ley Emminger” del 4 de enero de 1924, por el cual se facultó al ministerio

⁵⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Lima, Editorial Alternativa, 1999, pág. 134.

⁵⁷ BARONA VILAR, Silvia, “La Conformidad en el Proceso Penal”, Valencia, Ediciones Tirant Lo Blanch, 1994, pág. 238.

público a abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos en que la culpa sea leve y carezcan de importancia las consecuencias dañosas, de tal manera que su persecución no afecte al interés público.

Al comentar la legislación alemana sobre el particular, Claus Roxin refiere que la Ordenanza Procesal Penal alemana contempla el principio de oportunidad en los artículos 153 y 55 señala que conforme a estos dispositivos, los asuntos de bagatela no caben en el principio de legalidad. Es más, el principio de legalidad no se entendería hoy absolutamente, pues la Fiscalía no está obligada a perseguir cualquier infracción del Derecho Penal, dado que por razones de prevención general y especial, ligadas a la necesidad y conveniencia del castigo en el caso concreto, han aconsejado una disminución de la intensidad formal que el principio significa. En ese entender, la disposición más importante, al respecto, la contiene el artículo 153 antes mencionado; éste artículo no admite la persecución de los delitos si la culpabilidad del autor es leve y no existe un interés público en la persecución, únicamente, por cierto con el consentimiento del Tribunal.

Añade que no resulta necesario el consentimiento del tribunal en los casos de pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio; los criterios de oportunidad pueden obedecer, además, a la satisfacción de determinados presupuestos. Es decir, la Fiscalía con aprobación del Tribunal y del inculpado, pueden prescindir provisionalmente del ejercicio público de la acción a cambio de que el inculpado: repare el daño causado; otorgue prestación de utilidad pública; cumpla determinadas obligaciones (y de carácter alimenticio).

Resalta Claus Roxin, que el archivo del procedimiento por el Ministerio Público no tiene autoridad de cosa juzgada. El procedimiento puede reanudarse en cualquier momento si se presentan hechos nuevos que produzcan simultáneamente otra calificación jurídica del hecho.⁵⁸

6.2. En el Sistema Procesal Norteamericano.

En un sistema procesal anglosajón como el norteamericano, el uso del principio de oportunidad aparece como un mecanismo institucionalizado de evitación de un juicio prolongado o de una condena mayor, por acuerdo entre las partes en la causa penal. De hecho, tal como lo refiere Sánchez Velarde⁵⁹, entre el 75 y el 90% de las causas penales en los Estados Unidos terminan como consecuencia del uso de éste sistema.

El denominado "Plea Bargaining" es el acto por el cual el imputado manifiesta su decisión de declararse culpable, su conformidad con los cargos que se le formulan, renunciando de esta manera al derecho que le corresponde que su causa sea vista en un juicio con las garantías prestablecidas y renunciando, asimismo, a la posibilidad de que en él se pueda declarar su absolución.

⁵⁸ ROXIN, Claus, citado por GARCÍA DEL RÍO, Flavio, "El Principio de Oportunidad", Lima, Ediciones Legales, 2000, pág. 97.

⁵⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, "Comentarios al Código Procesal Penal", Loima, Ediciones IDEMSA, 1994, pág. 141.

Como bien determina el autor, en el sistema norteamericano, la declaración de culpabilidad puede manifestarse bajo tres formas: a)

“voluntaria”, en caso de evidencia de culpabilidad; b) “estructuralmente inducida”, cuando la confesión es consecuencia de la previsión de una pena más grave, para quienes insisten en la celebración de la vista o porque es sabido que los jueces imponen una pena más benigna a quienes reconociendo su culpabilidad, renuncian al juicio contradictorio; c) “negociada”, que consiste en el acuerdo entre el Fiscal y el acusado o su abogado, antes de la vista de la causa, que puede ser un acuerdo sobre el delito o sobre la pena, o sobre ambos.

Es aquí que el “plea bargaining” aparece, como las negociaciones que se llevan a cabo entre Ministerio Público y la defensa y en las que se acuerda la declaración de culpabilidad del acusado, evitando de ésta manera la realización de juicio, a cambio de una reducción en los cargos formulados o a cambio de una recomendación de indulgencia hecha por el Fiscal al Juez ⁶⁰.

El poder de discrecionalidad del Ministerio Público es muy amplio. La negociación puede, incluso, llevar a renunciar a la acción penal ya iniciada. Se habla por ello de una “Justicia contratada”.

En ese sentido, el acuerdo transaccional entre el Ministerio Público y la defensa, que se reduce a la admisión de culpabilidad igual benignidad de la pena, significa que el “Public prosecutor” se puede comprometer a: 1) Ejercitar la acción penal sólo por algunos de los delitos investigados; 2) Proceder sólo en cuanto a delitos menores y no por los de gravedad; 3) Omitir las circunstancias agravantes o reconocer las atenuantes. Igualmente el Fiscal está posibilitado para no acusar a un delincuente que carece de antecedentes penales, cuando se trata de un delito no violento o relacionado al tráfico de drogas, siempre que cumplan con un programa de rehabilitación.

Menciona a su vez que el interés de la vigencia de éste sistema comprende distintas órdenes, pero que confluyen en un punto central: la economía, en sentido amplio. Así, la declaración de culpabilidad y evitación de juicio beneficia a las partes implicadas, el acusado puede evitar la imposición de una pena más grave, evitar retrasos en el proceso, superar la incertidumbre que se derive del juicio, y los gastos económicos que significa.

El Defensor obtiene sus honorarios con menos esfuerzo, el Fiscal consigue una condena sin riesgos de absolución, además de mantener una buena imagen pública y, por último, el Estado, que logra una declaración de culpabilidad sin mayor perjuicio económico, al evitarse la realización del juicio oral.

⁶⁰ DE DIEGO DIEZ, Luis, “La Comunicación a la Ponencia sobre el Principio de Legalidad y el uso de la Oportunidad”, Revista del Poder Judicial, N° VI, Madrid, 1989, pág. 37.

CAPÍTULO CUARTO. "LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL ANTIGUO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL"

1.- ASPECTOS PREVIOS.

En cuanto al rol de la víctima en el proceso penal, fue el criminólogo noruego Nils Christie (1977), quien popularizó la expresión de que a la víctima "se le roba el conflicto", advirtiendo de esta manera su escaso poder para iniciar, detener o modificar el resultado del proceso. En la misma línea el autor Albin Esser, comenta que a diferencia del imputado que en cierto modo constituye a figura central del procedimiento penal, el ofendido sólo es en el fondo una figura marginal, en contraste con lo que sucede con el procedimiento civil, en donde el demandante juega un papel decisivo.

Según lo aseverado por la profesora Carmen Anthony, en su artículo "Los movimientos victimológicos y su influencia en las reformas legales chilenas", no cabe duda acerca de los perversos efectos del proceso penal en las víctimas, desde su inicio,

cualquiera sea éste, las víctimas no reciben información sobre sus casos, no reciben protección ni ayuda de la policía, sufren los efectos de un escaso contacto con el sistema, no tienen privacidad durante los interrogatorios, no se perciben escuchadas, poseen la sensación de ser vejadas e ignoradas y por sobre todo acusan la convicción de no haber recibido justicia, lo que significa que sus problemas no han sido resueltos.

Al respecto, la “Declaración sobre Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder”, del Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, aprobada por Resolución N° 40/34 de la Asamblea General (1985), es el documento más importante para los Gobiernos sobre el particular. Esta declaración recoge los principios fundamentales, recomendando medidas en el ámbito internacional y regional, para mejorar el acceso a la justicia, obtener un trato justo, el resarcimiento y/o indemnización y la asistencia social apropiada, una mayor intervención en el proceso, eliminando las molestias causadas por la victimización secundaria, garantizando su seguridad.

Se dictó en la misma dirección la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1985) tendiente a mejorar el trato que recibe la víctima. De estas declaraciones y diversas investigaciones se desprenden las siguientes medidas:

A nivel policial: Suele ser la primera instancia a que la víctima recurre, de ahí su extrema importancia, junto al derecho a recibir información de todos los servicios asistenciales o jurídicos existentes; protección y ayuda inmediata.

A nivel procesal: Medidas tendientes a una victimización secundaria producida por el escaso tacto del sistema penal, salas separadas, protección de la vida privada en el interrogatorio y protección de la identidad física. Medidas tendientes a incrementar el rol de la víctima en el proceso y evitar la desconfianza en el sistema penal.

Los victimólogos radicales denuncian el olvido de la víctima no como casual, sino debido fundamentalmente:

Al funcionamiento del sistema penal, el cual tiene otros objetivos, además o en lugar de proteger a la víctima;

A la actitud selectiva del sistema penal, también operante respecto a la protección de la víctima;

A que la protección de la víctima requiere de una intervención estatal porque el delincuente no está en posición de resarcir y devolver a la víctima a su situación originaria.

Al respecto algunos alegan, que este derecho del ciudadano para reclamar la participación del Estado, surge del momento en que ésta se arroga el monopolio de la defensa del individuo.

Por otra parte la víctima no interviene en el ámbito penal, sino en algunos delitos en los que juega cierto papel, estos son los delitos de acción privada; en este tipo de delito se le otorga a la víctima la posibilidad de decidir sobre su incoacción del proceso y su prosecución y se otorga relevancia a su perdón, que extingue la pena. Nuestro sistema permitía, al juez determinar la reparación del daño causado a la víctima por el delito, lo que en la práctica podía ser realizado tanto en sede civil como en sede penal.

En este sentido, la misión del derecho penal es la de todo derecho, esto es, la regulación de la convivencia humana. La convivencia social requiere preceptos jurídicos y un orden en que un individuo pueda vivir sin ser lesionado por otros ⁶¹.

Durante largos años los diversos sistemas penales han centrado su actividad en la investigación de los delitos, y en conceptos de que la motivación preeminente es el interés punitivo del Estado. Con ello se ha desplazado a la víctima a un rol secundario restringido habitualmente a prestar su colaboración en la producción de las pruebas y perseguir su interés reparatorio por medio de acciones que frecuentemente ocupan un espacio marginal dentro del proceso penal.

2.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL.

Si nos hemos propuesto como meta a lograr en este trabajo el verificar la forma como el derecho chileno cautela -y si los cautela- los derechos de las víctimas de los delitos penales desde la óptica del nuevo proceso penal, creemos que dicha tarea quedaría inconclusa sino se analiza aunque sea brevemente el ordenamiento procesal penal vigente aún en el país.

La Constitución Política del Estado de 1980, señala en el artículo 1º inciso 5, que es deber del Estado, entre otros, "dar protección a la población".

Por su parte, el artículo 5º de dicha Carta, después de haber sido modificado por la Ley N° 18.825 del año 1989, agrega que es igualmente "deber del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

A su turno, el artículo 19 N° 3, asegura "la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos", norma que se complementa con lo preceptuado en el inciso 5º de la misma disposición, con arreglo al cual "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento".

Estas disposiciones de naturaleza constitucional, nos obliga a efectuar las siguientes consideraciones:

a) Los derechos esenciales de las personas, que son proclamados en la carta o en los tratados internacionales ratificados por Chile (a saber: Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos

⁶¹ BAUMANN, Jüngen, "Derecho Penal, Conceptos Fundamentales y Sistema", traducción de la 4ª edición alemana del año 1972, por Conrado Finzi, traductor del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Ediciones Depalma, pág. 3.

Humanos, etc.), deben ser no sólo protegidos por el Estado, sino que es deber primordial de sus órganos -incluyendo los jurisdiccionales- promoverlos.

b) En tanto que aseguran a todos la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, se establece anticipadamente un estatuto garantístico aplicable, sin discriminaciones, dentro y fuera de los procesos jurisdiccionales.

c) Específicamente, se cumple el mandato merced al encargo que se le hace al legislador en cuanto a establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento, cuya es la fórmula que el ordenamiento constitucional nacional utiliza, para instaurar la garantía del debido proceso.

De esta manera, en síntesis, podrá iniciarse el estudio del tema de la situación de la víctima en el proceso penal nacional, señalando antes que todo que en el desarrollo del proceso deberá otorgársele no sólo la posibilidad de ejercer sus derechos en condiciones de plena igualdad con todo otro litigante, sino, además, bajo el manto cautelar de lo que importa, en las formulaciones de la dogmática contemporánea, la garantía del debido proceso ⁶².

Dentro de lo que constituye la cultura o idiosincrasia jurídica nacional chilena, la norma del inciso 2 del artículo 5° de la Constitución Política reviste vital importancia: para mantener un control a través de ella, con el poder que otorga esa preceptiva constitucional, aún cuando no han sido incorporados al derecho interno. La jerarquía normativa se encuentra, aún en discusión, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el país. En consecuencia, todo estudio sobre los derechos de la víctima, ha de ser enfocado bajo este prisma constitucional superior, argumento suficiente para disipar dudas y superar los obstáculos que oponga la normativa simplemente legal.

3.- LA VÍCTIMA EN EL ANTIGUO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

3.1. La diferente denominación.

Lo primero que debemos señalar al respecto, es que el antiguo Código de Procedimiento Penal, (en adelante C.P.P.) no consagra un estatuto legal específico respecto de los derechos de la víctima de un delito (cabe señalar en este punto que el C.P.P. solo se mantiene vigente en el país, respecto de delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal). Incluso la terminología "víctima" es escasamente utilizada en el texto, apareciendo en aisladas disposiciones del C.P.P., la mayor parte de las cuales fueron incorporadas con posterioridad a su promulgación. A modo de ejemplo podemos citar los siguientes casos:

⁶² TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "El debido proceso: una perspectiva latinoamericana al concluir el siglo XX", Lima, Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal del Perú, agosto de 1996.

a) El artículo 8º cuyo inciso 2 señala que el juez que tome 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.

b) El artículo 146º, que autoriza, en los delitos de hurto o robo, a que sirvan de testigos, para acreditar la preexistencia de los objetos sustraídos, los parientes o los empleados del personal de servicio de la víctima.

c) El artículo 263 N° 5, que describe una hipótesis de flagrancia, señalando que encuadrará en ella el sujeto a quien personas asaltadas o heridas, o víctimas de un robo o hurto, que reclaman auxilio, sindicuen como autor o cómplice de un delito que se acaba de cometer.

d) El artículo 380 inciso 4, que autoriza al juez a disponer de oficio embargos si estima que de otro modo la víctima no podrá hacer efectivos sus derechos.

Lo anterior no significa que el C.P.P. desconozca el papel de la víctima de un delito o que le niegue posibilidades de actuación. Tal como ocurre en la legislación española, dichas posibilidades de intervención son conferidas al ofendido por el delito. Incluso la propia Constitución Política del Estado emplea este vocablo al señalar en el artículo 19 N° 7 letra e), que "la libertad provisional procederá, a menos que la detención o la prisión preventiva sean consideradas por el juez como necesarias para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad".

Por excepción el C.P.P. utiliza la expresión "parte agraviada", como por ejemplo en el artículo 11º, conforme al cual "la acción penal es pública o privada. La primera se ejercita a nombre de la sociedad para obtener el castigo de todo delito que deba perseguirse de oficio; la segunda sólo puede ejercitarse por la parte agraviada".

Por último, el C.P.P. se refiere a la víctima del delito como "perjudicada". Así sucede en el artículo 7º, el cual, describiendo lo que el propio cuerpo legal llama "primeras diligencias de instrucción del sumario", afirma que "considéranse como primeras diligencias: dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, etc."

Ninguna duda cabe de que en la denominación, como lo han sostenido la doctrina⁶³ y la jurisprudencia, hay una directa alusión a quienes han experimentado un menoscabo patrimonial con la actividad delictiva.

Para finalizar este punto, y en estricta relación con las denominaciones, la doctrina contemporánea ha venido efectuando interesantes precisiones: son víctimas, se ha afirmado, "todas las personas que de alguna forma sufren perjuicio con la infracción penal"⁶⁴.

⁶³ PEREIRA ANABALÓN, Hugo, "Alcance del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal", Santiago, Gaceta Jurídica, N° 56, pág. 12.

⁶⁴ SCARANCA FERNANDES, Antonio, "El papel de la víctima en el proceso criminal", Sao Paulo, Editorial Malheiros, 1995, pág. 49.

3.2. Derechos y facultades de la víctima.

La actuación de la víctima, regulada en el C.P.P., está orientada a tres aspectos diferentes:

- a) En el de atemperar las consecuencias dañosas del delito, confiriéndole protección para evitar la repetición del menoscabo o de sus efectos;
- b) Para establecer y hacer efectiva la responsabilidad penal de quienes corresponda;
- c) Para establecer y hacer efectiva la responsabilidad civil de tales sujetos y de aquellos a los cuales la ley atribuye responsabilidad patrimonial (haciéndose parte como actor civil y luego deduciendo demanda civil).

3.3. Derechos procesales de la víctima.

El análisis de las normas contempladas en el C.P.P., permite aseverar que el sujeto, en cuanto "víctima", no tiene reconocidas posibilidades de actuación. El profesor Raúl Tavolari es categórico al respecto cuando señala: "afirmo, así, que no hay instituto del Código, instancia o evento procesal que incluya a la víctima entre sus protagonistas..."⁶⁵ La situación es de tal rigor, continúa, que incluso el artículo 120, "usualmente invocado para demostrar que el secreto del sumario penal no tiene la severidad que se reprocha, y que dispone que a las inspecciones personales que practique el juez se debe citar al querellante, al Ministerio Público y a quien estuviere detenido o hubiere sido procesado, omite toda referencia a la víctima, en elocuente demostración del olvido o el desinterés del legislador"⁶⁶.

De igual manera, esto es, prescindiendo por completo de la víctima en cuanto tal, el artículo 104 sólo reconoce al actor civil, al querellante y al Ministerio Público el derecho a pedir que sean practicadas las diligencias que consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

De todo ello podemos colegir, que la sola condición de víctima del delito -que el Código no explica ni define- no otorga derechos de actuación en los juicios penales actuales.

Para que pueda contar con tales derechos es menester que el sujeto deduzca una querrela, situación en la cual quedará exento de la obligación de rendir fianza de calumnia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 100 N° 1 del C.P.P.

Eso sí, el Código contempla la tradicional distinción de los delitos, para reconocer que hay algunos cuya investigación sólo puede comenzar por requerimiento de la persona ofendida o de sus representantes (art. 18), esto es, delitos de acción privada, y

⁶⁵ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "La situación de la víctima del delito en el Derecho Procesal Penal chileno", en "La Víctima en el Procesal Penal", Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Editorial Depalma, 1997, pág. 169.

⁶⁶ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, idem nota anterior.

otros que sujetándose a las normas de tramitación de los de acción pública, requieren que a lo menos la denuncia del hecho a la justicia o a la policía sea efectuada por la persona ofendida, por sus padres, abuelos o guardadores, o por quien tuviere su tuición o cuidado⁶⁷.

Si la persona ofendida, en razón de su edad o estado moral, no pudiere hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere padres, abuelos o guardadores, ni persona encargada de su tuición o cuidado, o si éstas tuvieran imposibilitadas o implicadas en el delito, podrá el Ministerio Público denunciar el hecho y deducir la acción civil, a los efectos de obtener la indemnización establecida en el artículo 370 del Código Penal.

3.4. Los derechos patrimoniales de la víctima.

La defensa de estos derechos corresponde al mismo interesado, quien, interviniendo en el sumario como actor civil, conseguirá interrumpir la prescripción. Está autorizado para impetrar medidas cautelares, y luego, iniciado el plenario, tendrá la posibilidad de deducir la respectiva demanda.

La posibilidad de demandar está legislada, desde luego, respecto de dicho actor civil, a quien, por mandato legal, se le conferirá traslado de la acusación, pero también respecto de cualquier ofendido que no haya figurado como actor civil en el sumario, el cual podrá deducir la demanda hasta antes de que se notifique al procesado el traslado de la acusación (art. 431).

Excepcionalmente, respecto de violación, rapto, homicidio o lesiones, el juez podrá, de oficio, decretar el embargo de bienes del procesado, para asegurar todas las responsabilidades pecuniarias que se pueda pronunciar en su contra, si estima que de otra manera la víctima o sus herederos no podrán hacer efectivos sus derechos (art. 380).

3.5. La víctima como órgano de prueba.

El Código, que no le confiere derechos ni le otorga posibilidades de actuación procesal a la víctima del delito, por su mera condición de tal, opta por asimilarla a los testigos, y al regular la forma en que éstos han de ser interrogados, aclara que se comenzará el examen 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" (art. 206).

Cuando se deba proceder al reconocimiento del autor del delito, si el juez lo estimare más conveniente, podrá efectuárselo desde un punto en que no pueda ser visto quien lo practica (art. 343, inc. 2).

3.6. La víctima y las medidas cautelares.

También en este ámbito se le reconoce a la víctima un trato preferencial:

⁶⁷ PAILLÁS PEÑA, Enrique, "Derecho Procesal Penal", Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1992, pág. 123.

a) En primer lugar, porque, como a toda persona, se la autoriza para practicar la "detención civil", esto es, detener al delincuente flagrante, a fin de ponerlo a disposición del juez competente, sea en forma directa o por medio de la policía;

b) En segundo lugar, porque se le confiere inmediata credibilidad a los efectos de determinar al delincuente flagrante.

CAPÍTULO QUINTO. “PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DEL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL”

1.- INTRODUCCION.

Cabe hacer presente que uno de los aspectos mas relevantes en la reforma procesal lo constituye el reconocimiento de la víctima como sujeto procesal y la consagración de un amplio catálogo de derechos a su favor (al respecto ver anexo N° 1). En efecto, el Código Procesal Penal y el conjunto de las normas que integran la reforma procesal permiten al ofendido por el delito ejercer importantes facultades sin necesidad de convertirse en parte acusadora. Por otra parte, se impone al órgano persecutor la función de brindar protección al ofendido por el delito.

Así la posición que ocupaba el afectado por el delito frente a la normativa anterior, ha cambiado de manera radical, ya que en el sistema inquisitivo no se le permitía, intervenir mayormente en el procedimiento. Su actuación se limitaba básicamente a hacer efectiva

la responsabilidad criminal y civil, para lo cual debía interponer querrela o demanda, respectivamente.

Es necesario señalar, sin embargo, que el Código de Procedimiento Penal (1906) contenía normas que, con un alcance limitado, tendían a minimizar las consecuencias perjudiciales del delito y resguardar al ofendido como, asimismo, a asegurar las responsabilidades civiles (arts. 7°, 8° y 380, todos del CPP [1906]).

La posición marginal de la víctima en el CPP (1906) obedece al carácter sumamente rígido que tiene la persecución penal pública en ese cuerpo normativo. En este sentido, el CPP (1906) no hace sino reflejar una tendencia histórica, en orden a concentrar en el Estado la facultad de reaccionar frente a la comisión de un delito.

En efecto, la reforma procesal penal, ha significado un cambio de un sistema de justicia inquisitivo, administrado exclusivamente por jueces del crimen que se encargaban de investigar, acusar y juzgar a un sistema de persecución penal acusatorio formal en que las dos primeras funciones se encuentran encargadas principalmente al fiscal, bajo la eventual supervisión del Juez de Garantía, mientras que la tercera queda entregada al órgano jurisdiccional.

Referente al rol de la víctima en el nuevo proceso penal, teniendo en consideración los avances en materia de victimología, la Constitución Política de la República y la ley procesal penal, que se reconoce a la víctima, en cuanto sujeto con particulares intereses, por lo que se le reconoce un conjunto de derechos o facultades procesales especiales que se concatena con las atribuciones generales de todo interviniente, conformando el estatuto jurídico de la víctima al interior del proceso penal. Lo anteriormente señalado se traduce en un principio fundamental, el derecho de toda víctima al debido proceso.

Son manifestaciones esenciales del debido proceso penal, respecto de las víctimas de delito, a lo menos, las siguientes:

- Igualdad ante la justicia: se expresa básicamente en que todos los intervinientes tiene derecho a ser oídos y a formular alegaciones y presentaciones en igualdad de condiciones frente a los operadores del sistema penal con miras a influir en la resolución del conflicto. De esta forma, se da cabida a la contradicción dentro de la estructura misma del proceso penal.

- Derecho a un tribunal independiente e imparcial: para cualquier interviniente en el procedimiento penal, el reconocimiento de sus derechos se hace ilusorio si el tribunal que juzga el conflicto carece de la imparcialidad e independencia mínimas para garantizar un fallo conforme a derecho. A este respecto, cabe recordar que uno de los pilares que fundamentó la Reforma en nuestro país estuvo constituido por el énfasis puesto en la imparcialidad del juzgador, lo que redundó en una nueva estructuración de la fase de investigación y en la separación de las funciones de investigar y acusar, por una parte y las de controlar la investigación y juzgar, por la otra.

- Derecho a un juicio sin dilaciones indebidas: existen normas, aunque escasas, que permiten decodificar este derecho en el ámbito legal, así por ejemplo los artículos 234 y 247 del Código Procesal Penal que fijan un plazo para la investigación formalizada y permiten a todos los intervinientes solicitar el cierre de la investigación.

- Derecho a la tutela judicial efectiva: traducido en su derecho constitucional y autónomo de hacer valer pretensiones penales al interior del proceso.

- Derecho a defensa: En sentido amplio, este derecho importa la facultad de cualquier persona a ser oída por los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo, así como argumentar y mostrar la falta total o parcial de lo reclamado en su contra. En este sentido, constituiría un haz de derechos en el proceso. Se trata de una concepción material que excede la meramente técnica a la que alude el texto constitucional.

Todos estos derechos, vinculados como dijimos a la garantía de debido proceso, pueden ser agrupados en dos categorías⁶⁸:

En primer lugar encontramos las garantías, esto es, aquellos derechos instrumentales que sirven de base para el ejercicio de otros derechos, en este caso, al interior del proceso penal. Dentro de este importante grupo, podemos encontrar el derecho a la protección, al trato digno y a la información.

Sólo en la medida en que se asegura a la víctima la vigencia de estas garantías, ella puede encontrarse en condiciones de ejercer la segunda categoría de derechos. En este orden, encontramos la facultad para ejercer acciones y pretensiones penales, ejercer funciones de contrapeso y control sobre el aparato de justicia y ser reparada del daño causado por el delito. Ellas tienen en común dotar a la víctima de herramientas para ejercer una influencia en la persecución y decisión penal de su caso.

2.- LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL.

2.1 Generalidades.

La regulación de la organización del juicio oral y su desarrollo se encuentran contenidas fundamentalmente en el Título III del Libro Segundo del Código Procesal Penal, entre los artículos 281 a 351. No obstante, la mayor parte de las normas que regulan la rendición de la prueba en el juicio se regulan en el Título IX del Libro I.

Es sin duda el juicio oral el centro de la reforma procesal penal, constituye la consagración del juicio como elemento rector del conjunto del procedimiento, lo que se traduce en la concentración de los actos más importantes del procedimiento en una audiencia oral y pública. Para asegurar la centralidad del juicio se priva de todo valor probatorio a las actuaciones realizadas con anterioridad, por lo que tanto la víctima como los testigos, deben declarar en una audiencia, en la que los jueces toman contacto directo con estos, consagrando verdaderamente el principio de la inmediación.

⁶⁸ CONTRERAS Y ROJAS, “Material de apoyo sobre la participación de la víctima en el proceso penal y los deberes del Ministerio Público. Ministerio Público, Fiscalía Nacional, División de Atención a Víctimas y Testigos, inédito, Santiago, 2002, Pág. 5 y siguientes.

El Juicio Oral constituye en gran medida el giro hacia un derecho procesal contradictorio, oral y público, se funda en el propósito de preservar el equilibrio delicado e incierto entre contendientes de un poder similar, haciendo descender al estrado y someterse al escrutinio del juez y de la sociedad al que investiga y persigue, en contraste con la posición de privilegio que le acordaba el viejo sistema inquisitivo, característico del Estado absoluto, y por eso desprestigiado en el presente.

La víctima del delito en el nuevo proceso penal, no es un testigo, en sentido estricto, es decir, un tercero ajeno a dicho procedimiento (no obstante que depone sobre hechos que interesa acreditar a los intervinientes en él), sino uno de estos últimos, como lo pone de manifiesto expresamente el Código Procesal Penal en su artículo 12, que lo equipara con el fiscal, el imputado, el defensor y el querellante, al paso que el Título IV del Libro I de ese mismo cuerpo de leyes lo incluye, en su párrafo 6º, entre los sujetos procesales. En esa condición, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 109, letra e) del Código Procesal Penal, la víctima tiene el derecho a ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiera término a la causa. Pero si bien, la víctima posee derechos, de igual modo posee obligaciones, como la de declarar en el procedimiento, al igual que el testigo, porque la sociedad le impone que contribuyan con sus declaraciones al esclarecimiento de la verdad procesal, para la solución del conflicto entre pretensiones contrastantes. Consideramos por lo tanto, que la declaración de la víctima constituye un elemento esencial, dentro del proceso una prueba que contribuye, de manera eficaz a arribar a una pronta solución del conflicto, debiendo ser compelida a prestar declaración en el evento de negarse, de manera injustificada, a deponer sobre los hechos que dieron lugar a iniciar un proceso en contra de otra persona y por la cual se puso en movimiento todo el aparato judicial.

Con lo anteriormente señalado no queremos decir, que el interés social por llegar a la verdad deba primar por sobre los derechos de la víctima, sino más bien que esta debe contribuir con la búsqueda de esa verdad, para así de ese modo ayudar a la represión de los hechos ilícitos y al reestablecimiento de la paz social, porque su declaración resulta de vital importancia para cumplir con ese fin impuesto no solo sobre los fiscales, sino también sobre todos aquellos que de un modo u otro fueron afectados por la comisión de un hecho ilícito.

Resulta ser tan importante que la víctima preste declaración que el fiscal, incluso, en determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza del delito puede solicitar la suspensión del juicio oral, si esta, se niega a prestarla.

2.2. El procedimiento.

2.2.1. Apertura del Juicio Oral y actuaciones previas a la rendición de la prueba.

En primer lugar el tribunal oral deberá constituirse el día y hora fijado para la realización del juicio, es necesario que se constituya con la asistencia del fiscal, del acusado, de su

defensor y de los demás intervinientes. Asimismo, verificará la disponibilidad de los testigos, peritos, interpretes y demás personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarará iniciado el juicio (artículo 325).

Al respecto señalan Horvitz y López: “la ley exige la disponibilidad de testigos y peritos, no necesariamente su presencia física al momento de iniciar el juicio. Esto significa que el interviniente que los presenta debe asegurar su comparecencia al momento en que sea solicitada su declaración, según el orden de recepción de la prueba fijada por las partes. De allí que, si algún testigo o perito no estuviera disponible por causa injustificada, deba solicitarse en ese momento su comparecencia forzada por el medio establecido en el artículo 33 del CPP, incluso si dicho testigo fuera la víctima.”⁶⁹

Una vez iniciado el juicio, el presidente del tribunal inicia la lectura del auto de apertura del juicio oral, debiendo señalar las acusaciones que deberán ser objeto del debate.

2.2.2. Actuaciones de los intervinientes. Alegatos de apertura y declaración del acusado.

En primer lugar el presidente de la Tribunal concederá la palabra al fiscal, para que exponga su acusación y al querellante para que sostenga la acusación, así como la demanda civil si la hubiere interpuesto. (artículo 325 inciso final). Finalmente el alegato corresponde al abogado defensor, aunque su intervención sólo esta prevista legalmente después de la del imputado (artículo 326 inciso 1º y 2º), pero en la práctica es frecuente que el inicio del debate sea inaugurado únicamente por los alegatos de apertura de los abogados.

Una vez concluidos los alegatos de reapertura, el tribunal debe advertir al acusado que tiene derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos (artículo 8), como una concreción al derecho que tiene el acusado a ser oído, es la posibilidad de declarar como medio de defensa una vez concluido el alegato de su abogado defensor, una vez terminada la intervención del acusado el fiscal podrá interrogarlo directamente, luego el querellante y por ultimo el defensor, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos (artículo 326 inciso 3º).

No obstante el acusado no está obligado a declarar antes de que el ministerio publico rinda su prueba de cargo, en ese caso esta haciendo uso de su derecho a guardar silencio.

2.2.3. Rendición de la prueba.

La prueba y su manera de rendirla se encuentran consagrados en el artículo 295 y siguientes del Código Procesal Penal. En primer lugar se establece la libertad de prueba, esto es los hechos pueden ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley. (artículo 295). Existe por tanto en el nuevo sistema un sistema de libertad probatoria, en cuanto a la introducción de los medios al juicio, y un sistema de

⁶⁹ HORVITZ y LOPEZ, “Derecho Procesal Penal Chileno”, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 261-262.

libre valoración, en lo que se refiere a la apreciación de la prueba.

Conforme al artículo 340, el tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral, que es aquella que ha percibido por si mismo originaria e inmediatamente.

Respecto al ofendido este se constituye como interviniente del procedimiento por el solo hecho de haber sufrido una conducta delictiva. Este papel de actor del proceso criminal se extiende, aún durante la fase de juicio oral, en la cual el ofendido podría manifestar su opinión antes de que el Tribunal de Juicio Oral dicte la sentencia definitiva.

Ahora bien, el reconocimiento de la condición de interviniente de la víctima incluso durante el juicio oral es muy importante, pero, a la vez, es sumamente problemático, esta fase del proceso penal se encuentra estructurada para el desarrollo del debate y la producción de pruebas, en virtud de los cuales el Tribunal debe tomar la decisión de imponer una pena al acusado. El enfrentamiento que se produce en el juicio oral no es la disputa que se daba entre ofendido y ofensor para la solución del conflicto, sino que tiene por objeto entregar al Tribunal, bajo contradicción, las bases para el pronunciamiento acerca del ejercicio del poder punitivo del Estado sobre el acusado. El problema que plantea la intervención de la víctima en el juicio oral admite tres soluciones.

Existe una primera, la más fácil, pero que carece de perspectiva histórica y, en todo caso, opta claramente por instrumentalizar a la víctima, consistente en negar a ésta su condición de interviniente durante el juicio oral y reducirla a un medio de prueba, a un objeto útil para el pronunciamiento del Tribunal. Esta solución implica que, desde el momento en que el Ministerio Público, el querellante o la defensa ofrecen a la víctima como testigo, para comparecer y declarar en el juicio oral, ésta pierde su condición de interviniente y pasa a ser un simple medio de prueba. Es una solución que difícilmente tolerable, pues significa que, por una decisión unilateral de otros intervinientes como el Ministerio Público, el propio querellante o la misma defensa, la víctima deja de ser un sujetolegitimado para intervenir en el proceso penal y pasa a ser solamente un objeto necesario para el ejercicio de la jurisdicción. Por voluntad de otros intervinientes, la víctima pierde su condición de interviniente.

La segunda solución se ubica en el polo opuesto a la anterior y consiste en reafirmar la calidad de interviniente de la víctima en el proceso penal hasta alcanzar la negación de su condición de testigo. Esta solución del problema, también bastante fácil, supone preterir el significado del juicio oral en el contexto de un sistema procesal penal de corte acusatorio, al perder de vista que dicha instancia se estructura para permitir una decisión justa del Tribunal frente a la petición de pena de la parte acusadora. Pero esta solución entra en pugna con uno de los principios fundamentales de la Reforma en materia probatoria y con lo establecido en la jurisprudencia comparada y nacional.

La tercera solución, sin duda difícil, consiste en sostener la compatibilidad de la calidad de testigo y la condición de interviniente de la víctima en el juicio oral. Es decir, que su intervención puede darse en ambas calidades. Es la solución que proponemos y desarrollamos a continuación, analizando primero la intervención de la víctima como testigo y luego su participación como interviniente.

2.3. La víctima como testigo en el juicio oral

Respecto de esta primera faceta que puede revestir la participación de la víctima en el juicio oral, debemos advertir que una de las innovaciones importantes de la reforma procesal penal en materia probatoria consiste en la eliminación de las inhabilidades que pueden afectar a los testigos. Ello implica que para el Código Procesal Penal, toda persona tiene capacidad para ser testigo (incluso los que carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el proceso interés directo o indirecto, o los denunciadores a quienes afecte directamente el hecho, quienes son testigos inhábiles según el Código de Procedimiento Penal). El inciso primero del art. 309 CPP es categórico en este sentido, al señalar que: “En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles”. Con ello, nuestro Código sienta la regla de que toda persona, también la ofendida por un delito, tiene capacidad en abstracto, esto es, capacidad para deponer como testigo en relación con cualquier proceso. La regla precedente no obsta que en la práctica se reconozcan situaciones en las cuales una persona no cuente con la capacidad en concreto para ser testigo, situación que la doctrina procesal denomina incompatibilidad y que surge de distintos roles que no es posible armonizar en la audiencia de juicio oral. Así, por ejemplo, los jueces que integran el Tribunal de Juicio Oral no tienen la capacidad de declarar en el juicio en que intervienen, atendido que resultaría contradictorio que un juez valore su propio testimonio.

Las actividades de apreciar una declaración testimonial y la de prestar una declaración que suponga un aporte cognoscitivo al procedimiento, son incompatibles. Por otra parte, los fiscales que sostienen la acción penal pública en una causa concreta tampoco podrían asumir el rol de testigos. Nuevamente, se trata de roles que, atomizados en un solo sujeto, no pueden concebirse en forma armónica. Piénsese en cómo se daría cumplimiento, si el fiscal declarara como testigo, al requisito impuesto por el art. 284 del CPP.

Los motivos susceptibles de excluir la capacidad en concreto para declarar surgen fundamentalmente de la función que ejerce la persona en el proceso. Recordemos que el propio Código Orgánico de Tribunales prevé como causal de recusación el haber el juez declarado como testigo en la cuestión actualmente sometida a su conocimiento (art. 196, n.º 9), lo que pone de manifiesto la imposibilidad de concordar los roles de juez y testigo, exige la presencia ininterrumpida del ministerio público en el juicio, cuando, por otra parte, el art. 329, inciso final, del mismo Código señala que los testigos no pueden ver, oír ni ser informados de lo que ocurriera en la audiencia. O de qué forma el fiscal que declarara como testigo podría objetar las preguntas engañosas que se le formularan, o que estuvieran destinadas a coaccionarlo ilegítimamente o fueren planteadas en términos poco claros.

Así pensamos que, a diferencia de las dos situaciones expuestas, la víctima no está afectada a incompatibilidad alguna, atendido que el ejercicio de los derechos que la ley procesal penal le confiere en su calidad de ofendida por el delito, no entran en contraposición con la declaración que deba prestar como testigo. Por lo que respecta a la capacidad de la víctima para deponer como testigo en juicio, recordemos que nuestros

propios tribunales, si bien refiriéndose al Código de Procedimiento Penal, han comprendido dentro del concepto de testigoal ofendido por el delito, a pesar de que el artículo 460 de dicho cuerpo de leyes declara, en su número 8°, que son testigos inhábiles las personas que, a juicio del tribunal, carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el proceso interés directo o indirecto, y, en su número 11, que no son testigos hábiles los denunciadores a quienes afecte el hecho sobre que declaran. Así, la ltma. Corte de Apelaciones de Chillán, el 5 de enero de 1948, señaló que la expresión testigoabarca a toda persona que concurre a declarar en el juicio criminal sobre hechos que de alguna forma le consten (5 de enero 1948, G. 1948, primer semestre, N° 67, p. 373). Por su parte, la ltma. Corte de Apelaciones de Concepción declaró que son testigos todas las personas que declaran en el proceso criminal, con respecto de hechos que han podido caer bajo la acción de sus sentidos, sin que importe que se trate del ofendido por el delito o que, de alguna u otra manera, tenga algún interés directo o indirecto en el proceso (14 de junio 1943, G. 1943, primer semestre, N.° 80, p. 409). Finalmente, destaquemos que, en sentencia de 24 de noviembre de 1954, la Corte Suprema resolvió que el dicho del ofendido, a quien se interroga en la forma establecida por la ley, constituye prueba de testigos, conforme a lo dispuesto en el párrafo 5 del Título III y en el párrafo 2 del Título IV del Libro II del Código de Procedimiento Penal, y, aun cuando fuere considerado inhábil por tener en el proceso interés directo o indirecto, de todas maneras su declaración puede constituir una presunción judicial, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 464 y en el artículo 497 del mismo Código (R., t.51, sec. 4ª, p. 247). Por otra parte, la jurisprudencia comparada, específicamente la española, ha sostenido que el juicio histórico que en el proceso emita la víctima sobre el hecho vivido, debe someterse a las reglas de la prueba testimonial.

En suma, la declaración de la víctima sobre los hechos objeto de la acusación debe someterse a las reglas impuestas respecto de la prueba testimonial. Además, tal declaración puede estimarse como prueba válida para destruir la presunción de inocencia que ampara al imputado. Ahora bien, en el contexto de la amplitud con que el Código Procesal Penal concibe la capacidad en abstracto para ser testigo, resulta lógico que ese mismo cuerpo de leyes predique, en el inciso primero del artículo 298 Código Procesal Penal, la obligación de comparecer y declarar respecto de la generalidad de los individuos. Por lo que respecta al deber de concurrir a la audiencia de juicio oral como testigo, el Código Procesal Penal sólo exceptúa de esta obligación a las personas enumeradas en el artículo 300 CPP, precepto que no considera a las víctimas en su calidad de tales. En lo que dice relación con el deber de declarar, los artículos 302, 303 y 305, todos del CPP, admiten ciertas excepciones, que tampoco están vinculadas con la calidad de ofendido por el delito que pueda revestir el testigo.

Se ha presentado la paradoja que entre la situación en que se encuentra el imputado, quien puede ampararse en su derecho a guardar silencio, y en la que se puede encontrar una víctima citada (y obligada) a deponer como testigo. El derecho del imputado a guardar silencio encuentra su fundamento en los tratados internacionales básicos en materia de derechos fundamentales (art. 8.2 del Pacto de San José y 14.3 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y en el propio Código Procesal Penal (art. 93, inc.2°, letra g.-). No existe una norma análoga que faculte a la víctima para

eximirse de su deber de declarar, al contrario, la amplitud de los términos que emplea el inciso primero del artículo 298 CPP nos lleva a afirmar que el ofendido tiene la obligación de prestar declaración testimonial.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que las normas de nuestro sistema procesal penal que asignan al Ministerio Público funciones de protección y de prevención de la victimización secundaria, están previstas, entre otras razones, precisamente porque para la víctima es obligatorio comparecer y declarar como testigo, tanto en la fase de investigación (inciso 1º del art. 190 CPP), como en la de juicio oral (inciso 1º del art. 298 CPP). Así para el ofendido por el delito declarar en juicio constituye un deber, del cual generalmente no se puede eximir y que eventualmente acarrea consecuencias sumamente perjudiciales (atentados dirigidos en su contra por parte del imputado, o bien, sufrimiento al exponer públicamente un hecho que suele ser sumamente perturbador), el ordenamiento jurídico le asegura que el Estado velará por su seguridad y por la prevención de la victimización secundaria que pueda sufrir.

A modo de síntesis de lo expuesto anteriormente, podemos señalar que en el nuevo proceso penal la víctima es un testigo hábil y, en consecuencia, rige a su respecto el estatuto jurídico que el Código Procesal Penal establece en relación con la prueba testimonial.

2.4. La víctima como interviniente en el juicio oral.

En primer lugar es necesario señalar que el artículo 109 letra e) CPP invoca el derecho de la víctima, de “ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa”, para sostener la voluntariedad de la comparecencia y declaración del ofendido en el juicio oral. Es justamente aquí donde se produce una confusión, entre la opinión que puede dar la víctima en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 109 letra e), con la declaración testimonial que debe prestar cuando es citada para estos efectos, conforme al artículo 298 CPP. Ambos actos procesales son de naturaleza completamente diversa. El primero es una manifestación de la legitimidad que tiene la víctima, por el hecho de haber sufrido el daño provocado por el delito, de participar en el proceso penal. El segundo es expresión del deber que tiene la víctima, por conocer las circunstancias o las consecuencias del hecho, de aportar información para el esclarecimiento del mismo. El primero es una facultad, el segundo una obligación. Al despejar esta confusión, se vuelve diáfano que la opinión que emite la víctima en ejercicio del derecho consagrado en el art. 109 letra e) CPP, es manifestación de su calidad de interviniente, mientras que la declaración que formula en cumplimiento del deber establecido en el art. 298 CPP, es expresión de su condición de testigo.

Una vez aclarado esto, podemos precisar los alcances de su participación como interviniente, compatibilizando ésta con su rol de testigo. En este orden de problemas, debemos aclarar, en primer lugar, que, cuando el Ministerio Público, el querellante o la defensa incluye a la víctima en la lista de testigos, de conformidad al artículo 259 CPP, el Juez de Garantía puede excluir o reducir prueba testimonial sólo por los motivos previstos en el art. 276 CPP, en la audiencia de preparación del juicio oral, de modo que, no

concurriendo ninguna de estas causales respecto de la víctima-testigo, dicho Tribunal se encuentra obligado a incluirla en el auto de apertura del juicio oral (arts. 276 inc. final y 277 letra e) CPP).

Una vez que el auto de apertura del juicio oral ha llegado al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, éste debe ordenar que se cite a la audiencia a todos quienes debieren concurrir a ella, entre los cuales se incluye a la víctima-testigo indicada en el auto de apertura (art. 281 inc. final CPP). La forma que debe revestir esta citación no puede ser otra que la propia de toda citación judicial, cual es la establecida por el artículo 33 CPP, conforme lo dispone el artículo 298 inciso 2º CPP. En el hipotético evento que no se incluyera a la víctima en la lista de testigos, al perder ésta su condición de testigo y mantener sólo la de interviniente, su participación en el juicio sería voluntaria, a diferencia de lo que ocurre con el acusado, el defensor o el fiscal (arts. 285 a 287 CPP), por lo que no sería menester solicitar los apercibimientos previstos por el artículo 33 en el evento de que no concurre. Ahora bien, para que podamos determinar los alcances de la participación de la víctima como interviniente en el juicio oral mismo, es necesario que hagamos las siguientes distinciones previas:

1. Si bien el Código tiende a utilizar las palabras “intervinientes” y “partes” como sinónimos, respecto del ejercicio de ciertas facultades es menester introducir una distinción entre los intervinientes en sentido amplio, que son todos los mencionados en el artículo 12 CPP, y las partes en sentido restringido, que son sólo los que se han constituido como partes procesales en el juicio. Éstas son únicamente los intervinientes que sostienen la pretensión punitiva y que se constituyen en partes acusadoras o activas en el juicio, como son el Ministerio Público y el querellante, por un lado, y el defensor que tiene la representación judicial del acusado, interviniente éste contra el cual se dirige la pretensión penal y, por ende, adquiere la calidad de parte acusada o pasiva en el juicio, por otro lado.

2. Los intervinientes mencionados en el artículo 12 CPP se distinguen de otras personas que pueden tener participación en el juicio, sea en la producción de pruebas (por ejemplo, testigos, peritos, intérpretes) o simplemente formando parte del público. El significado que tienen estas distinciones para la víctima es el siguiente: la víctima tiene derecho a presentar querrela, conforme lo disponen los artículos 109 letra b) y 111 inciso 1º CPP, y, si ha presentado querrela previamente, puede, antes de la audiencia de preparación del juicio oral, adherir a la acusación del Ministerio Público o presentar acusación particular, según lo previsto por el art. 261 letra a) CPP -derecho que, además, tiene reconocimiento constitucional en el art. 80 A inciso 2º de la Carta Fundamental-. Como podemos ver, tanto la querrela como la adhesión o acusación particular son derechos o facultades que la víctima puede o no ejercer, según su voluntad. Cuando la víctima ejerce estos derechos, entonces sostiene una pretensión punitiva y se constituye como parte acusadora o activa en el juicio. Si la víctima decide no ejercer estas facultades, no asume la calidad de parte acusadora en el juicio, pero no por ello pierde su condición de interviniente en el mismo. La mantiene, mas no puede ejercer un conjunto de facultades propias de las partes procesales en sentido restringido. Sin embargo, al mantener su condición de interviniente, sin ser parte procesal, puede ejercer otro tipo de facultades y, en todo caso, no puede recibir el trato que el Tribunal puede dar a otras

personas que no son ni intervinientes en el sentido amplio ni partes procesales en el juicio, como por ejemplo, el perito, el intérprete o quienes forman parte del público.

Hechas estas distinciones, a continuación haremos una interpretación de las normas del Título III del Libro II del CPP, que regulan el juicio oral, con el objetivo de hacer realidad el papel de interviniente que se pretende reconocer a la víctima en el curso de dicho juicio.

En primer lugar, el artículo 289 CPP consagra el principio de publicidad del juicio oral, permitiendo al Tribunal decretar medidas que hacen excepción al mismo por los motivos que indica. Atendidas las distinciones previamente señaladas, podemos afirmar que, en dicho artículo, las palabras “partes” e “intervinientes” se utilizan como sinónimos y en un sentido amplio, comprensivo de todos los mencionados por el art. 12 CPP. En este sentido, la víctima como interviniente, en primer lugar, puede solicitar al Tribunal que decrete dichas medidas excepcionales (art. 289 inc. 1º CPP), luego, puede verse alcanzada por la medida de prohibición indicada en la letra c) del inciso 1º del artículo en comento –que prohíbe informar o dar declaraciones a los medios de comunicación social durante el juicio- y, por último, puede oponerse a que los medios de comunicación social fotografien, filmen o transmitan alguna parte de la audiencia (art. 289 inc. 2º CPP). En cambio, y justamente por su condición de interviniente, la víctima no puede verse afectada por las medidas contempladas en las letras a) y b) del mismo artículo, en virtud de las cuales el Tribunal puede impedir el acceso u ordenar la salida de la sala de audiencia –para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere participar en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley-, que entonces sólo pueden aplicarse a otras personas y al público en general.

El art. 291 CPP consagra el principio de oralidad, que rige para las alegaciones y argumentaciones de “las partes” y, en general, para toda intervención de quienes participaren en la audiencia. La norma utiliza la palabra “partes” en un sentido restringido, puesto que sólo los intervinientes constituidos como partes procesales pueden hacer alegaciones y argumentaciones. Éstas se formulan en concreción del ejercicio de la acción penal o de la defensa técnica, según se trate de la parte activa o de la pasiva. No obstante, la misma norma extiende la aplicación del principio que consagra a las demás intervenciones de los que participaren en la audiencia, dentro de las cuales estaría la opinión que la víctima puede emitir como interviniente en virtud del art. 109 letra e) CPP u otra actuación que pudiere realizar.

Respecto de las facultades disciplinarias que el artículo 292 CPP concede al Tribunal, cabe señalar que, si bien la limitación de tiempo en el uso de la palabra “de las partes” parece estar pensada para las partes en sentido restringido (inc. 2º), no existe inconveniente en extender su aplicación a cualquiera que intervenga en el curso del juicio oral, incluida la víctima. En cambio, la limitación de acceso del público a un número determinado de personas que puede establecer el Tribunal (inc. 4º), no puede afectar a la víctima, dada su calidad de interviniente. No obstante esta calidad, la medida de impedir el acceso u ordenar la salida de personas que se presenten en condiciones incompatibles con la seriedad de la audiencia (inc. final), si podría resultar aplicable a la víctima. Lo mismo puede decirse respecto de los deberes establecidos en el art. 293 CPP. En la medida que la víctima también puede revestir la condición de testigo, rigen para ella todas

las normas del Párrafo aplicable a los testigos(Párrafo 5° Título III Libro II del Código). Sin embargo, debemos hacer algunas precisiones en relación con la aplicación de los arts. 300 y 301 CPP, siendo especialmente relevante la situación prevista por el art. 300 letra d) CPP, cual es la imposibilidad para comparecer en la audiencia, por enfermedad grave u otro impedimento calificado, circunstancia que puede darse respecto de la víctima-testigo.

Cuando la víctima-testigo se encuentra en esta situación, se hace excepción de su obligación de comparecer a la audiencia y, por tanto, puede prestar declaración testimonial en su domicilio, de conformidad a lo dispuesto por el art. 301 inciso 1° CPP. Cuando se trata de otro testigo que se encuentra en alguna de las situaciones previstas por el art. 300 letras a), b) y d) CPP, la víctima tiene derecho a asistir a la audiencia ante el Tribunal, que se desarrollaría en el lugar donde dichos testigos ejercen sus funciones o tienen su domicilio, de acuerdo a lo dispuesto en al art. 301 inciso 1° CPP, puesto que esta última norma utiliza la palabra “intervinientes” en un sentido amplio.

En cuanto al informe de peritos,es claro que la norma del art. 314 inciso 1° CPP usa la palabra “intervinientes” en un sentido restringido, puesto que los faculta para presentar informes elaborados por peritos, es decir, una prueba de las variadas que pueden ofrecerse, lo cual constituye un acto procesal conjunto al ejercicio de la acción penal (art. 262 letra c) o a la defensa técnica (art. 263 letra c) CPP). Las pruebas se ofrecen para acreditar las alegaciones y argumentaciones que se postulan como parte activa o como parte pasiva del juicio. En este mismo orden, la palabra “partes” que utiliza el art. 318 CPP debe entenderse en un sentido restringido, puesto que faculta para solicitar información sobre la remuneración del perito, consulta que se relaciona con las preguntas de acreditación que pueden formularse al técnico, en el interrogatorio o contrainterrogatorio del mismo. Igual aserto podemos sostener respecto de la norma del art. 320 CPP, la cual claramente se contempla para que las partes procesales puedan presentar informes periciales.

Respecto de las normas sobre desarrollo del juicio oral,podemos anotar que el Tribunal se constituye con la asistencia de todos los intervinientes, entre los cuales se incluye a la víctima, puesto que la norma del art. 325 inciso 1° CPP parece usar la palabra “intervinientes” en sentido amplio. Sin embargo, a continuación esta norma obliga al Tribunal a verificar la disponibilidad de los testigos, por lo cual, si la víctima ha sido citada como testigo, debe verificarse también su disponibilidad. Luego, el art. 325 inciso 2° CPP indica que el Tribunal debe disponer que los testigos abandonen la sala de audiencia. Esta norma debe relacionarse con la disposición del art. 329 inciso final CPP, en cuanto ésta ordena que “antes de declarar”, los testigos no pueden comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurre en la audiencia. Aparentemente estas dos normas ponen en cuestión la compatibilidad de los dos papeles que puede asumir la víctima en el juicio oral, como interviniente y como testigo. Ello porque la calidad de testigo le impediría presenciar las actuaciones del juicio oral. Sin embargo, se trata de un problema más bien de orden práctico, toda vez que la norma del art. 329 inciso final CPP sólo prohíbe a los testigos imponerse de lo que ocurre en el juicio antes de declarar, por ende, no después de hacerlo. En consecuencia, este problema puede resolverse disponiendo el abandono de la sala de audiencia al inicio de la misma e impidiendo que la

víctima-testigo se imponga de las primeras actuaciones del juicio. Pero, si pretendemos volver realidad la condición de interviniente en el juicio oral mismo, sería preciso que la víctima prestara declaración testimonial en primer lugar (art. 328 CPP), para luego permitirle participar en el desarrollo del juicio en su condición de interviniente. Respecto de las normas sobre incorporación y producción de pruebas, podemos constatar que, en general, utilizan las palabras “intervinientes” o “partes” en sentido restringido, esto es, abarcando sólo aquellos que se han constituido como partes procesales en el juicio. Ello porque el ejercicio de facultades procesales respecto de las pruebas es una expresión de la pretensión punitiva que sostiene la parte acusadora y, en el caso del acusado, de su defensa técnica. En este sentido restringido se debe entender el uso de la palabra “partes” en las normas de los incisos 3º y 5º del art. 329 CPP, relativo al interrogatorio de los testigos y peritos. Lo mismo cabe señalar respecto de los arts. 330 y 331 b) CPP. En cuanto a la exhibición de objetos y a la lectura parcial de documentos o reproducción parcial de grabaciones, regulados por el art. 333 CPP, también debe interpretarse la palabra “partes” en su sentido restringido. Por último, lo mismo debemos sostener respecto de la norma sobre prueba nueva contemplada por el art. 336 CPP. Ahora bien, respecto de los alegatos finales debemos convenir que éstos son argumentaciones que se hacen en virtud del ejercicio de la acción penal o en defensa técnica del acusado, por lo cual la palabra “partes” que usa el art. 338 CPP debe entenderse en su sentido restringido. Sin embargo, en lo que dice relación con la clausura del debate, es menester resolver el problema de interpretación que plantea el ejercicio del derecho que el art. 109 letra e) CPP concede a la víctima, de ser oída, si lo solicitare, por el Tribunal antes de pronunciarse acerca de la “resolución que pusiere término a la causa”, frente al derecho que tiene el acusado a la última palabra, conforme al art. 338 inciso final CPP. Sobre el punto, creemos que ambos derechos no son incompatibles entre sí, siendo concientes de que el acusado debe ejercer su derecho a la palabra en último lugar. Por lo tanto, la solución al problema discurre en permitir a la víctima ser oída por el Tribunal antes de que el acusado ejerza su derecho a la última palabra. De esta manera, se permite la realización efectiva de ambos derechos, que se le reconocen tanto a la víctima como al imputado por la legitimidad que les da ser partes del conflicto penal original, sin nunca olvidar que la pretensión penal se sigue en contra del acusado (y no de la víctima), por lo cual éste debe encontrarse dotado de derechos suficientes para contrapesar la desigualdad que siempre significa un proceso penal dirigido por el Estado en contra de un ciudadano.

En fin, respecto de la sentencia, debemos tener presente que el debate en torno a las circunstancias modificatorias de responsabilidad y sobre los factores relevantes para la determinación de la pena, involucra sólo a las partes entendidas en un sentido restringido, puesto que se vincula con la pretensión penal y la defensa técnica (arts. 341 inc. 2º, 343 inc. final y 345 CPP). Sin embargo, las normas relativas a la comunicación de la decisión sobre absolución y condena y la lectura de la sentencia, contempladas en los artículos 343 y 346 CPP, son aplicables a la víctima, en la medida que se trata del conocimiento sobre la decisión final del caso, respecto de la cual todos los intervinientes deben estar enterados.

En relación con el tema antes expuesto, cabe tener presente que con fecha 11 de febrero del 2002, en la ciudad de Temuco, se llevó a cabo la audiencia de juicio oral por

el delito de violación y robo con intimidación ante la Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, constituida por el Juez Presidente de la misma, Erasmo Sepúlveda Vidal, y los magistrados Oscar Luis Viñuela Aller y Juan Ángel Muñoz López.

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

Esta circunstancia se pudo ratificar mediante la realización de informes psicológicos y psiquiátricos que daban cuenta del severo daño que presentaba la víctima y las graves consecuencias que podría producirse en ella en caso de tener que declarar en la audiencia enfrentando cara a cara al imputado.

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

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

Subsidiariamente, el fiscal solicitó la utilización de un biombo que impidiera el contacto visual entre víctima e imputado, y el estricto cumplimiento de lo previsto en el artículo 33 inciso segundo de la Ley N° 19.733, en el sentido de prohibir la difusión por cualquier medio de comunicación social de la identidad de la víctima.

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

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

Dicha resolución, de fecha 7 de febrero de 2002 señala textualmente:

“En cuanto a la petición subsidiaria, se hace lugar a ella, sólo en cuanto autoriza el empleo de un biombo que evite el contacto visual de la víctima con el acusado, implemento que se colocará en torno a ella para el sólo efecto de recibir la declaración de ésta, tal como expresamente lo aceptaron el abogado defensor del acusado y el fiscal solicitante.”⁷⁰

3.- LA AUDIENCIA DEL PROCEDIMIENTO

⁷⁰ Boletín de Jurisprudencia de la Fiscalía Nacional, N° 8, diciembre de 2001.

ABREVIADO.

3.1. Generalidades.

El procedimiento abreviado, regulado en el Título III del Libro Cuarto del nuevo Código Procesal Penal, consiste en la posibilidad de que las partes puedan acordar una forma de procedimiento diversa, consistente en proceder a un debate simplificado frente al juez encargado de controlar la actividad de investigación, al término del cual este último pronunciará la sentencia.

En términos generales, el procedimiento abreviado elimina el debate oral, público y contradictorio, cuando la pena que se espera, conforme a la importancia del ilícito investigado es relativamente leve, siempre que el inculpado manifieste su acuerdo con los hechos que se contienen en la acusación y en los antecedentes de la investigación que los acreditan y que estén de acuerdo en su aplicación todos los sujetos esenciales del procedimiento penal, esto es, el Ministerio Público, el imputado y su defensor y también el Tribunal.

En otras palabras, se podrá proceder mediante estas normas cuando no exista controversia sobre los resultados de la investigación y la solicitud verbal de aplicación del procedimiento abreviado es en la audiencia de preparación del juicio oral, el fiscal y el acusador particular, si lo hubiere, podrán modificar su acusación, así como la solicitud de pena, para permitir la aplicación del procedimiento abreviado (artículo 407).

En Chile la imposición de este procedimiento obedeció a la necesidad de implantar un sistema de enjuiciamiento más rápido, con el fin de favorecer la eficacia de un gran número de casos, como es aquellos en que la controversia entre víctima y victimario no es trascendente respecto de los hechos materia del proceso. En definitiva este procedimiento fue pensado para convertirse en el principalmente utilizado

3.2. El procedimiento.

3.2.1. Contenido del acuerdo.

Sólo el fiscal del Ministerio Público puede solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, lo que se encuentra claramente establecido en los artículos 259 letra h), 406, 407, 409, 410, etc. del C.P.P.

Por consiguiente, nunca un imputado o su defensor y menos aún el querellante, salvo el caso de forzamiento de la acusación (Art. 258), pueden solicitar unilateralmente la aplicación del procedimiento abreviado y tampoco el juez puede forzar al fiscal a su aceptación.

Los elementos que integran el acuerdo entre las partes son la fijación de una pena máxima por parte del fiscal, que no puede ser superior a cinco años y la aceptación por parte del imputado de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la

investigación que la fundan (art. 406). Se trata entonces de un pacto en que ambas partes ceden parcialmente en sus pretensiones obteniendo algo a cambio.

El fiscal renuncia a la posibilidad de una pena en los tramos superiores fijados por la ley autolimitando su pretensión a un tramo inferior. A cambio de este sacrificio, el fiscal obtiene la enorme ventaja de no tener que producir la prueba en el juicio oral, valiéndose como pruebas los antecedentes que ha recopilado en la fase preparatoria, los que van a ser objeto del debate simplificado y van a servir de fundamento al fallo. Además obtiene del imputado una declaración de aceptación de los hechos materia de la acusación, con lo cual la sustancia de los mismos queda excluida del debate sin perjuicio que pueda haber diversas interpretaciones sobre los mismos o se le atribuyan diversas consecuencias jurídicas por las partes.

El imputado, por su parte, obtiene certeza respecto de la pena que arriesga y una eventual rebaja de la misma en la medida que en el caso del juicio oral ésta pudo haber subido a los tramos más altos del marco penal. A cambio, renuncia a su derecho a que la culpabilidad sea probada por el fiscal en un juicio oral y público y acepta ser juzgado por medio de los documentos que dan cuenta de la investigación del fiscal y la policía en un debate simplificado. Finalmente, el imputado renuncia a cuestionar la sustancia de los hechos proclamados en la acusación.

Aunque en teoría parece una solución simple y expedita, existen una serie de reparos a su aplicación desde el punto de vista del debido proceso y de las garantías en relación al imputado. El interés en la aplicación de este procedimiento se basa en razones prácticas y no doctrinales.

Desde el punto de vista del derecho que tiene todo imputado a un juicio oral, el procedimiento abreviado constituye una privación de ciertos derechos del acusado, en ese sentido sería paradójico constitucionalmente hablando, dar un fundamento al procedimiento abreviado, pues se basa en la renuncia a un derecho que se ofrece como absoluto en el propio inciso primero del Código, que dice: "Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal."

Creemos que el problema no pasa por la posibilidad de renuncia a dicho derecho, sino más bien por la libertad con que se toma la decisión, y la posibilidad de ser coaccionado.

Por otro lado, se ha advertido por la doctrina sobre el posible peligro que encierra, el hecho que el fiscal solicite penas muy altas en caso de ir a juicio, como incentivo para hacer renunciar a las personas a su derecho a un juicio oral, dado que en el procedimiento abreviado la pena a aplicar por el respectivo delito no puede superar los cinco años.

Como garantía ante una muy probable sentencia condenatoria, el Código establece que ésta (la sentencia), no puede basarse solamente en la aceptación de los hechos por parte del acusado, sino que debe fundarse en los antecedentes de la investigación. Esta es una garantía sumamente discutible, pero en todo caso, el mínimo que se pide para poder imponer una condena, además de la aceptación del acusado es la existencia de ciertos antecedentes aportados por la fiscalía que lleven al juez a concluir la culpabilidad.

Es un estándar bastante discutible que sólo pretende excluir la mera confesión como base de la sentencia.

El acusador particular debe tomar parte en el acuerdo a lo menos en cuanto acepte formular una solicitud de pena susceptible de ser debatida en el procedimiento abreviado, esto significa que podrían existir discrepancias entre el fiscal y el acusador particular en cuanto al contenido de sus respectivas pretensiones pero, ambos deberán estar de acuerdo en solicitar penas que no excedan de los cinco años (art. 408). Es evidente que si las acusaciones del fiscal y el acusador particular difieren en cuanto al monto de la pena, la aceptación del procedimiento abreviado por el imputado debe abarcar ambas acusaciones y hacerse cargo de la posibilidad de que sea acogida la más alta.

La no aceptación del acusador particular en los términos indicados obliga al juez a resolver la controversia (art. 410), la ley no es explícita en cuanto a los criterios para adoptar esta resolución pero el contexto del Código y, en especial, las reglas destinadas a resolver las discrepancias entre fiscal y querellante acerca de la acusación (art. 258) permiten sostener que lo que el juez debe hacer es examinar los antecedentes de la investigación del fiscal así como los que pueda acompañar el querellante. Examinados los antecedentes debe el juez evaluar hasta qué punto la pretensión del querellante en término de acusar por una pena que exceda el margen del procedimiento abreviado está o no justificada. Si lo está debiera rechazar el acuerdo entre fiscal e imputado y permitir que el caso sea llevado al juicio oral.

La víctima, en cambio, que no ha presentado querrela queda en la imposibilidad de oponerse, lo que en la práctica se traduce en una discriminación hacia aquellas víctimas que no tuvieran los medios para hacerlo.

De lo que hemos mencionado, se derivan los presupuestos de procedencia del procedimiento abreviado, que son:

a) En primer lugar, la pena que requiera el Ministerio Público no debe superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, u otras penas de distinta naturaleza, exceptuando la de muerte, ya fueren únicas, conjuntas o alternativas; y

b) En segundo término, debe existir un acuerdo escrito del acusado y su defensor con el fiscal, ratificado ante el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral.

3.2.2. Control Judicial.

El juez está obligado a controlar que el imputado ha prestado su acuerdo al procedimiento en forma libre e informada debiendo rechazar la abreviación en caso de que no lo considerare así, situación en la cual deberá continuarse el procedimiento por la vía normal del juicio oral. Para verificar estas condiciones debe el juez dirigir a las partes todas las preguntas y pedir todos los antecedentes necesarios para excluir cualquier posibilidad de un vicio en el consentimiento, sea por desinformación, engaño, confusión u otra causa similar. Estas indagaciones deben ser manejadas prudencialmente por el juez

tomándose todo el tiempo necesario en verificar la legitimidad de la renuncia que el imputado hace a sus derechos.

En cuanto a la oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado, existen dos oportunidades válidas para ello (artículo 407). Estas son:

1) El fiscal podrá solicitarlo por escrito al juez de garantías al momento de declarar cerrada la investigación, por considerar que se han practicado todas las diligencias que hubiere considerado necesarias para la averiguación del hecho punible y determinar los responsables del mismo.

2) El fiscal podrá solicitarlo verbalmente en la audiencia de preparación del juicio oral. En este caso, el fiscal y el acusador particular o querellante, si lo hay, podrán modificar su acusación así como la pena requerida, a fin de permitir la procedencia del procedimiento abreviado.

3.2.3. Procedimiento de oposición a la solicitud del Fiscal.

El querellante puede oponerse siempre que, artículo 408: “en su acusación particular hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las consignadas por el fiscal en su acusación y, como consecuencia de ella la pena solicitada excediere el límite señalado en el artículo 406”.

Por lo anterior, si no concurren los requisitos anteriores, el querellante no tiene legitimidad para oponerse. Por ejemplo, si el querellante ha adherido a la acusación del fiscal en que se solicita una pena no superior a cinco años de reclusión o presidio y por lo mismo no ha solicitado mayor pena, no puede oponerse al procedimiento abreviado.

En cuanto al actor civil, no está considerado por la ley como interviniente que puede oponerse al procedimiento abreviado y su actuación está circunscrita al sostenimiento de su acción civil en el juicio oral. Incluso más, si se da lugar al procedimiento abreviado, la sentencia no se pronunciará sobre la demanda civil (Art. 412 inc. 4º) y por ello deberá presentar su demanda civil ante el tribunal civil que sea competente, sirviendo la notificación de su demanda civil como factor que interrumpe la prescripción de la acción civil (Art. 68 C.P.P.).⁷¹

En conclusión existen dos principios a este respecto:

1) El actor civil (que será la víctima regularmente), si lo hay, no puede por motivo alguno oponerse a la tramitación abreviada del procedimiento, y

2) El querellante particular (que será la víctima regularmente) puede hacerlo, siempre que se den las dos condiciones siguientes:

2.1. Cuando en su acusación particular hubiere efectuado una distinta calificación jurídica de los hechos o atribuido una forma especial de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad diferentes a las consignadas por el fiscal, y

⁷¹ INSTRUCTIVO GENERAL N° 57, sobre procedimiento abreviado, Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Santiago, 2001.

2.2. Como consecuencia de concurrir alguna de estas situaciones, solicite la aplicación de una pena que excede al límite de 5 años de presidio o reclusión.

Una vez que el fiscal ha solicitado la prosecución del juicio de manera abreviada, el juez de garantía, háyase o no formulado oposición, deberá, antes de resolver, efectuar un segundo control respecto al consentimiento prestado por el imputado para aplicar el procedimiento abreviado.

En efecto, antes de resolver la petición del fiscal, el juez de garantía consultará al acusado a fin de asegurarse que éste ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre y voluntaria, de que conoce su derecho a exigir un juicio oral, que entiende los términos del acuerdo y las consecuencias que éste puede significarle, y, especialmente, de que no ha sido objeto de coacciones ni presiones por parte del fiscal o de terceros.

Sólo una vez que el fiscal se ha asegurado de que se han cumplido las circunstancias antes indicadas, queda en condiciones de resolver la petición del fiscal de tramitación en forma abreviada, y lo podrá hacer en alguna de las dos siguientes formas:

a) Rechazar la solicitud, si estima que no se han cumplido todos los requisitos legales o si considera fundada la oposición del querellante.

Si así procede, dictará el auto de apertura del juicio oral. Esta resolución que rechaza la tramitación de conformidad al procedimiento abreviado es inapelable.

Si se da esta primera hipótesis, deben tenerse por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado ni los antecedentes de la instrucción que la fundaron, como también las modificaciones de la acusación o de la acusación particular efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento.

b) La segunda forma en que puede resolver el juez de garantía la petición del fiscal, es acoger su solicitud y disponer la tramitación conforme al procedimiento abreviado, lo que implica que se va a omitir el juicio oral.

Adoptará esta actitud siempre que concurren todas las exigencias legales que hemos analizado, y cuando considere que el acuerdo ha sido prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente.

3.3. Debate, fallo y recursos.

En el caso de que el juez acepte el acuerdo propuesto por las partes se abrirá, en la misma audiencia a un examen de los antecedentes acumulados por el fiscal durante la etapa de investigación sobre los cuales las partes podrán intervenir formulando las alegaciones o interpretaciones que consideren pertinentes. Éstas normalmente debieran referirse a la calificación jurídica de los hechos o a aspectos de hecho no sustanciales que pudieren tener efecto acerca de la calificación jurídica, la extinción de la responsabilidad, la existencia de causales de justificación o de exculpación, así como sobre la procedencia de circunstancias atenuantes y agravantes. Esto es, el procedimiento abreviado supone un acuerdo sustancial sobre los hechos y sobre los antecedentes que los acreditan, pero admite la existencia de una discrepancia aún

fundamental sobre sus consecuencias jurídicas. Pero también admite una discrepancia sobre hechos marginales, siempre que ésta pueda ser resuelta con el mérito de la prueba introductoria y que puede tener influencia acerca de la decisión de condena o absolución o acerca de la determinación de la pena.

Una vez que el procedimiento abreviado ha sido declarado procedente, el juez de garantía debe abrir el debate, para lo cual otorgará, primeramente, la palabra al fiscal del Ministerio Público, quien deberá efectuar una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de la instrucción que la fundamentaron.

Una vez finalizada la exposición del fiscal, se dará la palabra a los demás intervinientes, como el acusador particular, si lo hay, finalizando el acusado, quien, seguramente, planteará lo que en derecho le parezca de acuerdo a la estrategia asumida por su defensor.

Una vez concluido el debate el juez deberá dictar sentencia, ésta sentencia podrá ser absolutoria o condenatoria, teniendo en este último caso como límite máximo de pena el determinado en la acusación. Este fallo se rige por las reglas generales debiendo su fundamentación de hechos hacerse en relación con la aceptación del imputado, los antecedentes del fiscal y el contenido del debate. En la práctica, el centro de la fundamentación debiera ser la aceptación de los hechos, a la que es necesario apoyar, verificar y dotar de plausibilidad por medio de los demás antecedentes. De lo que se trata es de evitar que la sola aceptación signifique una condena automática que pudiera conducir a errores. El Código, en su versión definitiva, recoge explícitamente esta exigencia (inc. 2º art. 412) al establecer que no se podrá condenar teniendo como único antecedente probatorio la aceptación de los hechos por parte del imputado.

La fundamentación del derecho en cambio debe ser completa, tal como si se tratara de un juicio oral puesto que el acuerdo en nada afecta la facultad excluyente de los jueces para aplicar el derecho a los hechos que se den por establecidos, ni limita la necesidad de justificar ampliamente la decisión del juez en una materia que puede estar sujeta a controversia entre las partes.

El Código Procesal Penal establece que procede el recurso de apelación en contra de la sentencia que se dicte en el procedimiento abreviado, el que será conocido por la Corte de Apelaciones respectiva. La vigencia de este sistema de impugnación, similar al actualmente vigente en el sistema inquisitivo, evidencia las similitudes de este último con el procedimiento abreviado. En ambos casos se trata de fallos sobre registros, cuyo contenido puede ser revisado por la vía de una nueva lectura de los registros por parte del tribunal superior y en ese sentido el sistema de recursos no parece demasiado problemático de acuerdo con la experiencia del sistema vigente. No obstante, parece necesario abordar dos cuestiones en que debieran producir diferencias. La primera es la forma de la vista ante la Corte de Apelaciones. A diferencia del sistema vigente la vista de la apelación, así como de los demás recursos, tendrá la forma de un debate sobre los registros (art. 358 CPP), con un análisis contradictorio de las piezas probatorias por las partes e intervención de los ministros por la vía de preguntas, respecto de las cuales se otorgue también posibilidad de intervención a ambas partes.

La segunda es que la ley permite que la Corte de Apelaciones no sólo revise el

contenido del fallo adoptado en el procedimiento abreviado, de acuerdo con los cuestionamientos que las partes formulen en contra de éste, sino que también se permite a la Corte revisar la concurrencia de los supuestos del procedimiento mismo, esto es, la validez del acuerdo que le dio lugar (art. 414).

Esta regla es bastante heterodoxa respecto de la regulación de un recurso, puesto que como es sabido éstos recaen sobre las resoluciones y aquí se extiende más allá de ésta a un acuerdo sobre el procedimiento. Se trata más bien de una solicitud de nulidad del acuerdo que se permite discutir en el contexto del recurso. La razón para admitir esta revisión del acuerdo se basa en la percepción de que el riesgo de arbitrariedad de estos procedimientos está mucho más en el acuerdo mismo que en la sentencia, por cuanto la posibilidad de abusos se centra en la obtención de acuerdos que pudieran considerarse ilegítimos. En la sentencia, en cambio, lo normal es que ésta no sea demasiado polémica, dado que precisamente los términos de acuerdo le han fijado condiciones bastantes claras y probablemente su contenido no sea sorprendente. En consecuencia, se ha querido extender el control de la Corte a las condiciones del acuerdo con el fin de que si existen cuestionamientos a su legitimidad se puedan discutir frente a un segundo tribunal, de mayor jerarquía y con mayor número de miembros con el fin de disminuir al máximo las posibilidades de abuso.

En relación al procedimiento abreviado, cabe tener presente que el Juzgado de Garantía de Los Vilos, con fecha 30 de enero de 2001, condenó a un imputado, en procedimiento abreviado, a la pena de tres años y un día, por el delito de robo con intimidación, concediendo la medida alternativa de libertad vigilada. Se formuló acusación por el delito de robo con intimidación en contra del imputado que acepta los hechos, lo que da lugar al procedimiento abreviado que culmina con sentencia condenatoria que impone la pena de tres años y años y un día de presidio menor en su grado máximo, que es reemplazada por la medida de libertad vigilada por el término de cinco años.

Al respecto el considerando 5° de la sentencia señala: “Que el imputado ha aceptado los hechos en los cuales se funda la acusación, lo que ha expresado ante este Tribunal en forma libre y espontánea, conociendo su derecho a exigir un juicio oral, entendiendo las consecuencias de esto y, no habiendo sido objeto de coacción de ningún tipo”.

4.- LA AUDIENCIA DEL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO.

4.1. Generalidades.

El procedimiento simplificado se encuentra regulado en el Título I del Libro Cuarto del nuevo Código Procesal Penal, entre los artículos 388 a 399.

Durante el transcurso de la tramitación parlamentaria se discutieron muchas propuestas para ampliar los casos en que este procedimiento debía aplicarse, las que

fueron rechazadas en lo sustancial manteniéndose la concepción original del proyecto del procedimiento abreviado como forma de evitar el juicio sobre una base del acuerdo prestado por el imputado.

No obstante, el texto definitivo sí recogió la preocupación que las propuestas manifestaban en relación con la necesidad de evitar que la gran cantidad de procesos que normalmente se siguen por delitos de baja penalidad dieran lugar a un juicio oral ante tres jueces. Se consideró que esta posibilidad constituiría el uso de un procedimiento demasiado complejo y caro, dada la menor dificultad y gravedad de la mayor parte de esos casos.

Es a partir de esta consideración que surge la necesidad de buscar una forma de juzgamiento simplificado que suponga evitar el procedimiento normal con las diversas audiencias que componen el juicio oral que se desarrolla ante tres jueces, para así llegar a una solución rápida por medio de una sentencia definitiva, sin vulnerar de manera alguna los valores que el nuevo sistema protege.

La solución que se escoge y que se traduce en la regulación del Código es el llamado procedimiento simplificado que se basa en una ampliación del procedimiento por faltas contenido en el proyecto original, el que ahora se establece para todos aquellos casos en que la pena pedida por el fiscal en la acusación no exceda de 540 días de privación de libertad.

4.2. El procedimiento.

El procedimiento simplificado es básicamente un juicio oral ante el propio juez de garantía, quien lo preside de acuerdo con las mismas reglas normales del juicio oral.

El procedimiento comienza con la formulación de una acusación simplificada que el Código llama requerimiento (arts. 390 y 391). En general, este requerimiento será formulado inmediatamente de recibida la denuncia por el fiscal que es lo que el Código prevé. No obstante, de ser necesarias actividades de investigación éstas se podrán efectuar de acuerdo con las reglas generales.

Dado que los delitos, de ser susceptibles de ser procesados por esta vía, son de aquellos que por regla general no dan lugar a medidas cautelares (arts. 124 y 141 letra a del CPP) no se contempla una audiencia preliminar en que esto pueda ser discutido, lo que permite la máxima simplificación de la etapa preparatoria. Para aquellos casos en que excepcionalmente pueda haber lugar a algún tipo de medida cautelar, o que como producto de las actividades de investigación sea necesario adoptar medidas que afecten derechos individuales, se deberá solicitar una audiencia judicial al efecto, la que se regirá por las reglas del procedimiento común.

Una vez formulado, el requerimiento es enviado al juez y éste procede directamente a la citación a los involucrados al juicio oral, los que deberán concurrir a éste con sus medios de prueba o solicitar su citación judicial (art. 393).

Si en la audiencia se encontrare presente la víctima, el juez instruirá a ésta y al imputado sobre la posibilidad de alcanzar un acuerdo reparatorio, si ello procediere

atendida la naturaleza del hecho punible materia del requerimiento(art. 394). El fiscal podrá oponerse o no al acuerdo ciñéndose a las instrucciones generales impartidas por el Fiscal Nacional sobre esta materia.

A pesar de que el Código sólo se refiere a la posibilidad de acuerdos reparatorios no debiera ser problemático que en este momento se admitieran también los demás acuerdos que la ley permite, como son la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento abreviado, que al igual que el simplificado es posible la renuncia del derecho al juicio sobre la base de la oferta al imputado de una pena más benigna, respecto al procedimiento simplificado, es discutible que tenga sentido, dada la facultad que analizaremos a continuación.

Descartada la posibilidad de acuerdo debe el juez preguntar al imputado si admite su responsabilidad en los hechos, si lo hace dictará sentencia de inmediato (art. 395). En el caso de que se proceda por esta vía la ley establece que el juez deberá imponer solo pena de multas, salvo que existieren circunstancias calificadas que justificaren la imposición de prisión y que esa posibilidad se hubiere advertido al imputado al momento de preguntársele por su admisión de responsabilidad.

Esta última regla proviene del proyecto original en que este procedimiento se aplicaba a las faltas, y en ese contexto funciona apropiadamente porque se trata de penas muy bajas que siempre pueden traducirse en multas. No obstante, tratándose de simples delitos, la situación es diferente puesto que normalmente la pena de multas no será una opción posible. Si el sujeto admite la responsabilidad, el juez deberá aplicar la ley imponiendo la pena prevista en ella y no podrá aplicar otra, en este caso la multa.

Para solucionar el problema sobre que pena se debe aplicar en el caso en que copulativamente la pena asignada a una determinada falta sea tanto la prisión como la multa, ante esto el propio legislador ha establecido una regla de determinación de pena en el Código Procesal Penal que prevalece sobre la prevista en el Código Penal o leyes penales especiales cuando se dan los presupuestos del artículo 395. Así lo ha establecido la Corte Suprema en diversos fallos, cuando señala que “ (...) el artículo 395 aludido constituye un precepto normativo penal que importa el establecimiento de una penalidad más benigna para el imputado, en tanto se den los presupuestos de hecho que tal norma contempla, y que hace variar la penalidad original de la figura típica de que se trata, sin que se altere por ello la tipicidad del injusto, puesto que este igualmente es sancionado por la ley (...)”⁷²

Además, la estricta aplicación de la regla podría dar lugar a que la confesión del hecho asegurara siempre evitar la privación de libertad, con lo cual los fiscales tendrían muy poco estímulo para aplicar este procedimiento en causas de cierta gravedad. Se trata, evidentemente, de una inconsistencia de la ley y la manera de resolverla es entender que el hecho de que la ley no contemple la pena de multas como alternativa a la privación de libertad será siempre una circunstancia calificada que justifique aplicar la pena privativa de libertad, si es que ella es la que establece la ley para el delito de que se

⁷² Vid. STS de 4 de agosto de 2003, Rol N° 2613-03, considerando 5°, citado por HORVITZ y LOPEZ, “Derecho Procesal Penal Chileno”, tomo II, edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 485.

trata.

Si el imputado no acepta su responsabilidad se dará lugar al desarrollo del juicio oral y el juez dictará la sentencia con el mérito de la prueba que se rinda.

Contra el fallo pronunciado por el juez de garantía procede sólo el recurso de nulidad de acuerdo con las reglas generales (art. 399).

Esto es natural, puesto que el recurso de nulidad es el propio del fallo del juicio oral e introducir la apelación significaría cuestionar la oralidad de este procedimiento.

4.3. Procedencia.

Como ya se indicó, este procedimiento fue originalmente propuesto para las faltas, lo que se mantiene en el texto definitivo, pero se amplía además a algunos simples delitos.

El criterio de delimitación de procedimiento no se vincula a la pena establecida en la ley sino a la pena solicitada por el fiscal, la que no puede exceder de quinientos cuarenta días de privación de libertad.

Esto se explica en el hecho de que la aceptación de un procedimiento con menores garantías que el regular, un juez en vez de tres, sólo aparece justificado en cuanto al riesgo concreto que afronta el imputado sea menor. Las penas incorporadas en este procedimiento son todas de duración bastante corta, de hecho la más grave de ellas, presidio menor en su grado mínimo, si bien puede llegar hasta quinientos cuarenta días, comienza en sesenta y un días de privación de libertad. Se trata entonces de penas bastante bajas frente a las cuales un juicio desarrollado ante un tribunal unipersonal puede constituir una garantía suficiente.

Esta manera de delimitar el ámbito de aplicación del procedimiento simplificado, permite al fiscal utilizarlo en delitos que exceden el límite en su marco penal, por ejemplo delitos que merezcan penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio, siempre que renuncien a los grados superiores de la pena limitando su pretensión al máximo establecido para esta forma de procedimiento.

El fiscal debe aquí hacer un cálculo estratégico, si se trata de un delito cuyo marco penal le permite ser juzgado tanto por el procedimiento simplificado como por el procedimiento común, debe considerar si es que la pena que considera adecuada y que cree posible obtener se encuentra en los niveles más altos del marco o si es suficiente respuesta una pena de aquellas que habilitan el procedimiento simplificado. En el primer caso se verá obligado a un procedimiento más complejo, en tanto que en el segundo podrá beneficiarse de los efectos de un procedimiento más sencillo.

5.- LA ACCION CIVIL.

5.1. Generalidades.

La acción civil se encuentra regulada en el párrafo 2º, del Título III del Libro I, al tratar la acción penal.

El titular de la acción civil es la persona que hubiere sufrido el daño, atribuible a culpa o dolo de otra persona, pudiendo ser tanto material como moral recaer tanto en las cosas como en las personas. Así por ejemplo en un cuasidelito de lesiones, en que un vehículo de manera negligente colisiona a otro, y en el que el chofer de este último resulta lesionado, se podría demandar a título de indemnización civil no sólo lo que corresponde a gastos médicos y daño moral, sino que también la reparación del vehículo, claro está que es necesario probar todo gasto en el que se incurrió.

Al respecto cabe tener presente que, “en primer lugar se encuentra la acción civil encaminada a obtener la restitución de las cosas que constituyen ya efecto del delito, como por ejemplo las especies hurtadas, robadas o estafadas o instrumentos del mismo, siempre que no sean objeto de la pena del comiso.

Luego están las acciones civiles que persiguen la reparación del daño producido, esto es, una compensación indemnizatoria por el daño causado.”⁷³

5.1.1. Acción civil restitutoria.

Se encuentra regulada en el artículo 59 que establece, lo siguiente: “la acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal...”, esto no impide que la acción se ejerza por una persona distinta de la víctima ni que se dirija contra una persona distinta del imputado, ejemplo de esto último puede ser cuando se demanda al tercero civilmente responsable, aunque contra este último la acción indemnizatoria deberá ser deducida sólo en sede civil.

Así mismo el artículo 189, establece las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablen durante la investigación con el fin de obtener los objetos recogidos o incautados, acciones que se tramitarán ante el juez de garantía. Agrega el artículo que la resolución que recaiga en este incidente deberá limitarse a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de estos sino hasta después de la terminación del procedimiento, a menos que el tribunal considere innecesaria su conservación. El mismo artículo señala que son una excepción a la regla anterior las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las que se entregarán al dueño en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio por cualquier medio y establecido su valor.

5.1.2. Acción civil reparatoria o indemnizatoria.

El artículo 59 en su inciso segundo se refiere a ella en los siguientes términos: “asimismo,

⁷³ HORWITZ y LOPEZ, “Derecho Procesal Penal Chileno”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 609.

durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este Código, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. La víctima podrá también ejercer esas acciones ante el tribunal civil correspondiente. Con todo, admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil.”

Como es posible percatarse el inciso segundo del artículo 59, está redactado en términos muy amplios, se ha entendido por la doctrina, que “el ejercicio de esta acción en sede penal no puede acotarse únicamente a las pretensiones meramente indemnizatorias, sino a cualquier acción que persiga la reparación –no únicamente de carácter pecuniario- de las consecuencias civiles del hecho punible que ha causado daño”⁷⁴. Al respecto podemos señalar a modo de ejemplo la indemnización del daño moral, conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

En lo que respecta a la víctima en estas acciones, posee un derecho de opción:

1.- Puede ejercerlas durante la tramitación del procedimiento penal, y sólo contra el imputado, o

2.- Puede ejercerlas ante el tribunal civil correspondiente, en este caso puede ejercer la acción no sólo contra el autor material del daño, sino que también respecto de todo aquel, que según la ley, deba responder del daño.

Cabe tener presente, que sólo la víctima puede deducir la demanda civil en el proceso penal y sólo respecto del imputado. Lo que significa que solamente podrá interponer la acción reparatoria o indemnizatoria en el proceso penal el titular del bien jurídico afectado con el delito, no así la víctima indirecta, claro está que, la excepción a la regla anterior, la constituyen los casos en que del delito se sigue la muerte de la víctima, en este caso serán legitimados para ejercer la acción las personas señaladas en el artículo 108 inciso 2°.

5.2. Procedimiento.

El hecho que el Código Procesal Penal le “permita” a la víctima preparar la demanda, implica un importante efecto procesal, que es, la interrupción de la prescripción de la acción civil, que es de cuatro años desde la perpetración del acto. Para preparar la demanda es necesario solicitar la práctica de diligencias necesarias para determinar los hechos en que la demanda se funda, esto debe hacerse con posterioridad a la formalización de la investigación. Para asegurar los resultados de su pretensión el actor civil también podrá solicitar medidas cautelares reales. (artículo 157).

La oportunidad procesal para deducir la demanda civil, se encuentra contenida en el artículo 261, esto corresponde al término previsto para que el querellante adhiera a la acusación o acuse particularmente. La demanda civil, debe contener los requisitos establecidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, además de los medios de prueba que hará valer en el juicio oral.

⁷⁴ HORWITZ y LOPEZ, “Derecho Procesal Penal Chileno”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 610-611..

6.- LA AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

6.1. Los Fiscales y la Investigación.

Asumir la investigación en el organigrama del nuevo Proceso Penal, será una de las funciones principales de los nuevos fiscales. Ahora bien, qué entendemos por investigación penal. El procedimiento inquisitivo construyó la investigación en base a un modelo formalista y burocrático, que más que trabajar en base a hipótesis contrastables con la realidad, se ocupa de cumplir trámites rituales, muchas veces sin una dirección clara ni determinada, sino dirigida tan sólo a la configuración del expediente. La escrituración, al basar la decisión en el expediente y el registro, aleja la centralidad de la prueba como medio de convicción y se conforma en el registro escrito, mediato, de su producción.

La introducción del Ministerio Público al nivel de la investigación debiera significar la desformalización de la investigación y su administrativización. Por desformalización entenderemos la ausencia de rigidez y de fórmulas sacramentales para evaluar su suficiencia procesal. Por administrativización entenderemos su carácter no jurisdiccional y en consecuencia su rol meramente preparatorio o funcional a la acusación. En efecto, de reconocer valor probatorio a las actuaciones del fiscal, o mejor dicho a las constancias escritas de sus actuaciones, le estaremos dando valor jurisdiccional y en consecuencia desfigurando el juicio oral como momento jurisdicente principal. La desformalización y administrativización de la investigación fiscal se presentan entonces como garantía, o al menos como uno de los medios más eficaces para preservar el juicio y en consecuencia el rol jurisdiccional. En caso contrario, de optar por ritualizar la investigación fiscal en base a un parámetro como el del expediente tipo o completo por una parte y de reconocerle mérito probatorio por la otra, estaremos tan sólo sustituyendo la firma del juez por la del fiscal en el expediente.

Nuestra gran tarea de librar al juez de la investigación para permitirle concentrarse totalmente en la etapa jurisdiccional, conlleva además otros objetivos. En efecto, se ha argumentado que la incorporación del Ministerio Público debiera permitir la creación de un real poder investigativo a través del cual el trabajo en equipo de fiscales y policías logre integrar la experticia criminalística con la experticia legal penal, posibilitando la persecución de determinadas modalidades delictivas que estarían actualmente fuera del alcance de los tribunales. De esta manera, se ha argumentado que el Ministerio Público debiera ser capaz de afectar aquellos tipos de criminalidad revestidas de una sofisticación que en la actualidad generaría su impunidad, tales como las realizadas por organizaciones criminales. En esta línea, se ha señalado que el Ministerio Público debiera ser capaz de generar investigaciones para actuar contra las redes del narcotráfico, tráfico de armas y de menores, delitos económicos y ecológicos, entre otras.

Si bien el solo aumento de la capacidad instalada del sistema de persecución pudiera dar luces acerca de variados desarrollos en materia de persecución de la denominada criminalidad organizada y de la criminalidad de cuello blanco, pareciera ser un tanto simplista establecer la relación directa del estudio de estos delitos, con la incorporación del Ministerio Público. En efecto, las prácticas de selección penal son reflejo de condiciones sociales y culturales que superan por mucho las orientaciones de los actores del sistema penal, relacionándose más bien a condiciones estructurales de tipo económico, social y político que no debieran afectarse por medio de cambios en las estructuras de enjuiciamiento. De esta forma, esperar del Ministerio Público el inicio de la denominada "persecución de los poderosos" resulta quizás ingenuo, al menos en un primer momento ya que es claro que los criterios de selección penal reflejan una serie de componentes de carácter valórico, ético, social y político, bastante profundos y que no dependen de manera directa del diseño de los órganos de la persecución. En esta materia, debiéramos contentarnos con esperar el diseño de pautas racionales, intersubjetivas y públicas de los criterios de selección empleados en la persecución.

Sin perjuicio de lo anterior, la liberación del juez de la dirección y materialización de la investigación y su posicionamiento en cuanto a real control de juridicidad y garantías de las investigaciones puede significar un aumento en la tecnificación de las investigaciones al menos desde el punto de vista legal. Es decir, si los jueces asumen realmente su rol en materia de control de las garantías de los intervinientes es posible prever una mayor complejidad y profundidad en las investigaciones penales. La conformación de equipos de trabajo integrados conjuntamente por fiscales y policías, la acumulación de antecedentes e información puede facilitar la pesquisa criminal en materias jurídicamente complejas tales como las figuras legales que ocultan el blanqueo de capitales provenientes de actividades ilícitas.

6.2. Participación de la víctima.

Antes de formular la acusación, el fiscal deberá informar a la víctima sobre el curso del procedimiento, sus derechos y las actividades que debiere realizar para ejercerlos. En especial, deberá informar de la forma y plazo para interponer la demanda civil, en conformidad a los artículos 59, 60 y 261 del Código Procesal Penal, del efecto de su no comparecencia injustificada a la audiencia de preparación del juicio oral o la audiencia del juicio oral, conforme al artículo 64 del mismo código, y de su derecho a solicitar la devolución de los documentos que hubiere acompañado, de acuerdo al artículo 279 del Código Procesal Penal. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto.

Cuando el fiscal solicitare que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado, informará a la víctima sobre el significado de este procedimiento, los motivos que fundan la solicitud, sus efectos penales y civiles y los derechos que puede ejercer. En especial, le informará del efecto civil regulado en el artículo 68 del Código Procesal Penal, artículo que se refiere al curso de la acción civil ante suspensión o terminación del procedimiento.

En todos las audiencias que se realicen ante al juez de garantía, con concurrencia de la víctima, el fiscal solicitará la aplicación de las sanciones contempladas en el artículo

294 del Código Procesal Penal a quienes incumplieren los deberes previstos en el artículo 293, que señala “quienes asistieren a la audiencia deberán guardar respeto y silencio mientras no estuvieren autorizados para exponer o debieren responder a las preguntas que se les formularen. No podrán llevar armas ni ningún elemento que pudiere perturbar el orden de la audiencia. No podrán adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo o contrario al decoro”, en perjuicio de la víctima. Asimismo, solicitará al tribunal que impida que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles y afecten la dignidad, salud, intimidad, el honor o la seguridad de la víctima, en conformidad al artículo 292 del mismo código. Lo anterior, en virtud del artículo 71 del Código Procesal Penal.

6.3. La Formalización de la Investigación.

El párrafo 5º del Título I del Libro II, trata, desde el artículo 229 en adelante, el tema de la "Formalización de la Investigación".

Por formalización de la investigación debemos entender la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, en cuanto a que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos.

El momento en que ello ocurre puede ser o discrecional para el fiscal u obligatorio para él. Será discrecional, siguiendo el inciso 1º del artículo 230, cuando dependa exclusivamente del fiscal y sucederá cuando considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial. Será obligatorio cuando el fiscal deba requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares. En estos casos estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente.

Si el fiscal desee formalizar la investigación respecto de un imputado que no se encontrare detenido y respecto de quien ya se ha formalizado la investigación y solicitado medidas cautelares (art. 132), deberá solicitar al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando:

- a) La individualización del imputado;
- b) La indicación del delito que se le atribuye;
- c) La fecha y lugar de su comisión, y
- d) El grado de participación del imputado en el mismo.

A esta audiencia se citará al imputado, al su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento.

6.3.1. Desarrollo de la audiencia.

En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado.

A continuación será el turno del imputado, quien podrá manifestar lo que pareciere

conveniente.

Acto seguido, el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen.

El imputado tiene aquí la oportunidad de reclamar antes las autoridades del ministerio público, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considere que ésta ha sido arbitraria.

6.3.2. Efectos de la Formalización de la Investigación.

La formalización de la investigación produce los siguientes efectos:

a) Suspende el curso de la prescripción de la acción penal;

b) Comienza a correr el plazo de dos años que, según el artículo 247, tiene el fiscal para cerrar la investigación. No obstante, este plazo legal se puede ver alterado por la facultad que el artículo 234 le otorga al juez de garantía para fijar en esta audiencia un plazo judicial distinto para el cierre de la investigación, lo que puede hacer de oficio o a petición de alguno de los intervinientes y oyendo al ministerio público y siempre que ello sea necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y que las características de la investigación lo permitieren;

c) El ministerio público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.

6.4. Solicitud de juicio inmediato.

En esta audiencia de formalización de la investigación, el fiscal puede solicitar al juez que la cause pase inmediatamente al juicio oral, esto es, sin pasar por la etapa de audiencia de preparación del mismo. Si el juez accede a esta solicitud, en la misma audiencia el fiscal debe formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba.

Para que la víctima tenga una participación activa en esta etapa es necesario que deduzca una querrela, de ese modo, en la audiencia el querellante puede adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente y deberá indicar las pruebas que de piensa valerse en el juicio. El imputado podrá realizar las alegaciones que correspondieren y ofrecer, a su turno, prueba.

Al término de la audiencia, el juez dictará auto de apertura del juicio oral. No obstante, puede suspender la audiencia y postergar esta resolución, otorgando al imputado un plazo no menor de quince ni mayor de treinta días, dependiendo de la naturaleza del delito, para plantear sus solicitudes de prueba.

Las resoluciones que el juez dictare en conformidad a lo dispuesto anteriormente, no son susceptibles de recurso alguno.

7.- AUDIENCIA DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL

PROCEDIMIENTO.

El fiscal del ministerio público a cargo de la investigación de un hecho punible, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para resolver (art. 237).

Los requisitos para que pueda decretarse la suspensión condicional del procedimiento, son:

- a) Que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el caso de dictarse sentencia condenatoria en el proceso, no excediere de tres años de privación de libertad, y
- b) Que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que debe someterse el imputado por el plazo que determine, el no puede ser inferior a un año ni superior a tres años.

La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento, será apelable por el imputado, por el ministerio público y por el querellante.

7.1. Opinión de la víctima.

Antes de solicitar la suspensión condicional del procedimiento en conformidad al artículo 237 del Código Procesal Penal, el fiscal debe informar a la víctima sobre el significado de esta institución, los efectos penales y civiles de la misma y los derechos que puede ejercer. En particular, informará a la víctima sobre su derecho a solicitar la revocación en caso de incumplimiento de las condiciones, su derecho a conocer la información relativa al imputado del registro reservado y, cuando fuere pertinente, los efectos de la suspensión condicional del procedimiento respecto de la acción civil en conformidad al artículo 68 del Código Procesal Penal. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Asimismo, registrará estas actividades.

El fiscal no solicitará al juez que imponga la condición prevista en el artículo 238 letra e) del Código Procesal Penal, que señala; “ el juez de garantía dispondrá, según correspondiere que durante el periodo de suspensión, el imputado esté sujeto a una o más de las siguientes condiciones.....e) pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el periodo de suspensión del procedimiento...”, sin la previa aceptación de la víctima. Si la víctima no aceptare esta condición, el fiscal solicitará cualquiera de las otras contempladas en dicho artículo, siempre que considerare pertinente la suspensión condicional del procedimiento.

Una vez decretada la suspensión condicional del procedimiento, tratándose de casos

derivados, en que fuere víctima un menor de edad, un enfermo mental grave, una persona con capacidad física notoriamente disminuida o que hubiere sufrido un daño psicológico grave a consecuencia del delito. Cuando la víctima perteneciere a una etnia, hablare en otro idioma, fuere analfabeta o una persona de la tercera edad (65 años o más), o se tratare de delitos con resultado de muerte o de puesta en peligro concreto de la vida, delitos con resultado de lesiones corporales de significación, delitos sexuales, delitos de secuestro, de abandono o delitos terroristas, el fiscal informará de ello y de las condiciones impuestas a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos. Ésta se mantendrá en contacto permanente con la institución o persona encargada del cumplimiento de las condiciones y con la víctima, a fin de evaluar dicho cumplimiento. Asimismo, la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos informará periódicamente al fiscal del seguimiento que hubiere realizado, a objeto que, en el evento de un cumplimiento defectuoso o de un incumplimiento, solicite la modificación de las condiciones impuestas o la revocación de la suspensión condicional del procedimiento, respectivamente.

Transcurrido el plazo fijado por el juez sin que la suspensión fuere revocada, el fiscal informará a la víctima de su derecho de ser oída, si lo solicitare, por el juez antes de pronunciarse sobre el sobreseimiento definitivo y de impugnar el mismo.⁷⁵

7.2. Requisito de validez de la audiencia.

La solicitud del fiscal de suspender condicionalmente el procedimiento, se ventilará en una audiencia en la que la presencia del defensor del imputado constituye un requisito de validez de la misma.

Si a esta audiencia asiste el querellante, debe ser oído por el tribunal.

7.3. Plazos y prescripción.

El plazo de duración de la suspensión condicional no puede ser inferior a un año ni superior a tres. Durante dicho período no se reanuda el curso de la prescripción de la acción penal. Igualmente, durante el tiempo que dure la suspensión condicional del procedimiento, se suspenderá el plazo de dos años que tiene el fiscal para cerrar la investigación, de acuerdo al artículo 247.

La suspensión condicional del procedimiento no impide, en ningún caso, el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

7.4. Condiciones por cumplir decretada la suspensión condicional del procedimiento.

El juez de garantía, al decretar la suspensión condicional del procedimiento en la

⁷⁵ INSTRUCIVO GENERAL N° 11, sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo Código Procesal Penal, Santiago, octubre, 2000.

audiencia respectiva, deberá disponer, según el caso, que durante el período que dure la suspensión, el imputado esté sujeto al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones, establecidas en el artículo 238 del nuevo Código:

- a) Residir o no residir en un lugar determinado;
- b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;
- c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;
- d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación;
- e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se puede autorizar el pago en cuotas o durante un determinado lapso de tiempo que en ningún caso puede ser superior al tiempo de duración de la suspensión;
- f) Acudir periódicamente al ministerio público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas, y
- g) Fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio del mismo.

7.5. Audiencia de modificación de las condiciones.

La modificación de una o más de las condiciones impuestas durante el período de suspensión, puede ser modificada por el juez que las decretó, para lo cual citará a una audiencia a todos los intervinientes que concurrieren a ella los que tienen derecho a ser oído al respecto (inc. final del art. 238).

7.6. Revocación de la suspensión condicional.

La revocación de la suspensión condicional del procedimiento, procederá cuando el imputado no cumpliera sin justificación alguna, ya sea en forma grave o reiterada las condiciones que le hubieren sido impuestas por el juez, o cuando fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos.

En estos casos, el juez, a petición del fiscal o de la víctima, revocará la suspensión condicional del procedimiento y éste continuará de acuerdo a las reglas generales.

La resolución que se dictare al efecto será susceptible del recurso de apelación.

7.7. Efectos de la suspensión condicional del procedimiento.

En primer lugar se debe señalar que la suspensión condicional del procedimiento no extingue las acciones civiles de la víctima o de terceros. Sin embargo, si la víctima recibiere pagos de la indemnización en cuotas según condición impuesta al imputado por el juez, según lo ya visto, ellos se imputarán a la indemnización de perjuicios que le pudiere corresponder.

Transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado para la duración de la suspensión condicional, sin que ella fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo.

8.- AUDIENCIA DE PROCEDENCIA DE ACUERDOS REPARATORIOS.

La posibilidad de convenir acuerdos reparatorios es facultativa del imputado y de la víctima. Estos acuerdos necesitarán aprobación del juez de garantía, la que se podrá obtener en una audiencia a la que éste citará a todos los intervinientes para escuchar sus planteamientos. En tal caso, el juez otorgará su aprobación a los acuerdos si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos (art. 241 inc. 1°).

8.1. Requisito de procedencia de los acuerdos.

Los acuerdos reparatorios solamente pueden referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, o a hechos investigados que consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará la aprobación a los acuerdos convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos distintos de los mencionados, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.

8.2. Participación de la víctima.

Cuando a juicio del fiscal procediere un acuerdo reparatorio conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, debe solicitar a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos un informe u opinión en que se evalúe la factibilidad de llegar a tal acuerdo. Si conforme a la evaluación de la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos resulta posible llegar a un acuerdo reparatorio, ésta debe conducir un proceso de conciliación penal invitando ante sí a la víctima y al imputado. Propondrá las bases del acuerdo y dejará constancia por escrito de sus términos. Antes de la audiencia correspondiente, la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos deberá informar al fiscal sobre el proceso de conciliación y los términos del acuerdo.

Es necesario, que los concurrentes al acuerdo presten su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos, ya que es requisito de validez del acuerdo reparatorio que el consentimiento de la víctima y del imputado se preste en

forma libre y con pleno conocimiento. De constatar la falta de este requisito, el fiscal deberá oponerse a la aprobación del acuerdo reparatorio en la audiencia correspondiente.

Una vez aprobado el acuerdo reparatorio, el fiscal deberá informar a la víctima sobre los efectos penales y civiles del mismo. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Asimismo, deberá registrarse estas actividades.⁷⁶

8.3. Efectos penales del acuerdo reparatorio.

Junto con aprobar el acuerdo reparatorio propuesto, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extinguirá, total o parcialmente la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado.

8.4. Efectos civiles del acuerdo reparatorio.

Ejecutoriada la resolución judicial que aprobare el acuerdo reparatorio, podrá solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía con arreglo al procedimiento de cumplimiento de un fallo con citación, que contempla el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

El acuerdo reparatorio no puede ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

8.5. Efectos subjetivos del acuerdo reparatorio.

Sin en la causa existiere pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento concurrirá respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

9.- NORMAS COMUNES A LAS AUDIENCIAS DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y DE ACUERDOS REPARATORIOS.

9.1. Oportunidad para solicitarlos.

La suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio pueden solicitarse y decretarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Si no se planteare en esa misma audiencia la solicitud respectiva, el juez citará a una audiencia, a la que podrán comparecer todos los intervinientes en el procedimiento.

⁷⁶ INSTRUCTIVO GENERAL N° 11, sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo Código Procesal Penal, Santiago, octubre, 2000.

Una vez declarado el cierre de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio sólo podrán decretarse durante la audiencia de preparación del juicio oral (art. 245).

9.2. Registro.

El ministerio público llevará un registro en el cual dejará constancia de los casos en que se decretase la suspensión condicional del procedimiento o se aprobare un acuerdo reparatorio.

El registro tiene por objeto verificar que el imputado cumpla con las condiciones que el juez impusiere al disponer la suspensión condicional del procedimiento, o reúna los requisitos necesarios para acogerse, en su caso, a una nueva suspensión condicional o acuerdo reparatorio.

El registro será reservado, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado.

10.- AUDIENCIA DE SOBRESEIMIENTO O DE NO PERSEVERACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO.

El artículo 249 señala que, cuando el fiscal decidiera solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento (por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación), deberá formular un requerimiento en tal sentido al juez de garantía, quien citará a todos los intervinientes a una audiencia.

10.1. Sobreseimiento definitivo.

El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo:

- a) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito;
- b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del inculpado;
- c) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en virtud de las disposiciones legales pertinentes (art. 10 del Código Penal, que se refiere al loco o demente, al menor de 16 años, el que obra en defensa propia, etc.)
- d) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por alguno de los motivos establecidos en la ley;
- e) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y
- f) Cuando el hecho de que se tratare hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado.

El juez de garantía tiene una importante limitación en esta materia, y es que no puede dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de muerte del imputado y de cumplimiento de la condena.

10.2. Efectos del sobreseimiento definitivo.

El sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada, según lo establece el artículo 251 del nuevo Código Procesal Penal.

10.3. Sobreseimiento temporal.

El juez de garantía debe decretar el sobreseimiento temporal en los siguientes casos:

- a) Cuando para el juzgamiento criminal se requiere la resolución previa de una cuestión civil;
- b) Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde;
- c) Cuando después de cometido el delito el imputado cayere en enajenación mental.

10.4. Participación de la víctima.

Antes de solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, el fiscal informará a la víctima sobre la causal por la cual pide el sobreseimiento, el curso del procedimiento, de su derecho a ser oída, si lo solicitare, por el juez antes de pronunciarse, de su derecho a impugnar el sobreseimiento que se decretare, de su derecho a reiterar diligencias de investigación en conformidad al artículo 257 del Código Procesal Penal y, cuando fuere pertinente, los efectos del sobreseimiento respecto de la acción civil en conformidad al artículo 68 del Código Procesal Penal. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto.

Cuando la causal del sobreseimiento temporal fuera la prevista en el artículo 252 letra a) (“el juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos: a) cuando para el juzgamiento criminal se requiere la resolución previa de una cuestión civil de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171...” del Código Procesal Penal, el fiscal evaluará la eventual necesidad de adoptar una medida de protección. De igual manera procederá cuando el tribunal suspendiere la audiencia del juicio oral, conforme al artículo 283 inciso 2º del mismo código.

Tratándose de casos derivados por cualquier delito en que fuere víctima un menor de edad, un enfermo mental grave, una persona con capacidad física notoriamente disminuida o que hubiere sufrido un daño psicológico grave a consecuencia del delito, cuando la víctima perteneciere a una etnia, hablare en otro idioma, fuere analfabeta o una persona de la tercera edad (65 años o más), la derivación quedará a juicio del fiscal. O cuando se trate de delitos con resultado de muerte o de puesta en peligro concreto de la

vida, delitos con resultado de lesiones corporales de significación, delitos sexuales, delitos de secuestro, de abandono o delitos terroristas, la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos profundizará la información proporcionada por el fiscal a la víctima. El fiscal informará a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos del pronunciamiento del juez.

El fiscal deberá informar a la víctima del pronunciamiento del juez y de sus efectos penales y civiles. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto.

Recursos.

En contra de la resolución dictada por el juez de garantía que decreta el sobreseimiento, ya sea definitivo o temporal, procede el recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

CONCLUSIONES.

Hoy día se muestra como una necesidad imperiosa el incluir a la "víctima" dentro del amplio marco del "sistema penal", comprensivo, por lo pronto, del derecho penal de fondo y del proceso penal.

En efecto: como fácilmente se puede visualizar en los apartados que hemos expuesto, el debate sobre la víctima ha venido a conmover la estructura jurídico-penal toda. Ello, desde la distinción clásica entre reparación y pena hasta el carácter y las funciones del propio derecho penal.

También se puede observar, la incidencia de la víctima en la propia teoría del delito, básicamente bajo la categoría de la denominada "víctimo-dogmática".

En este cuadro de situación, a modo de concepto básico, podemos caracterizar desde el principio a la víctima como quien ha sido lesionado o sufre perjuicio o daño por una infracción penal.

Aunque no se trató en rigor y stricto sensu, de un tema dogmático del derecho procesal penal (al menos, pensando en términos "clásicos"), no podemos soslayar una referencia -mas no un tratamiento exhaustivo- con respecto al llamado "carácter victimizador" (victimización secundaria) que se le ha adjudicado al propio enjuiciamiento criminal.

En tal sentido, se ha subrayado que el hecho de que frecuentemente la víctima del delito no tenga información sobre sus derechos; de que no reciba la atención jurídica correspondiente; de que sea completamente mediatizada en su problema, y de que, más

aún, en muchos casos (violaciones o agresiones sexuales en general, violencia doméstica, etc.), reciba un tratamiento que le significa ahondar la afectación personal sufrida con el delito, implica que los operadores del sistema procesal penal le determinan sus condiciones de desamparo e inseguridad, con lo cual se reafirma su etiqueta de víctima.

Es por ello, que creemos, que en derecho comparado existen dos grandes sistemas jurídicos: aquellos que visualizan la reparación de la víctima desde el estricto punto de vista penal o material, de manera de un resarcimiento obligatorio y aquellos sistemas, con raíz romana, que trasladan a la víctima al ámbito procesal penal, de suerte que en este espacio también tiene sus ventajas, derechos y facultades.

En relación específica con nuestro sistema procesal penal actual, debemos señalar que el sistema antiguo, inquisitorial y arcaico, no tenía por la víctima especial preocupación. Como sus modelos decimonónicos, circunscribía las posibilidades de actuación al ejercicio de querrelas y de demandas civiles.

El nuevo Código Procesal Penal, en cambio, la ubica como una persona que merece la atención del sistema de justicia penal.

En aplicación de dicha idea, impone a los órganos de la persecución penal el deber de asistirle y proporcionarle la información necesaria para que adopte las decisiones que estime adecuadas a sus intereses.

Del mismo modo, le reconoce posibilidades directas de actuación en las diversas etapas del enjuiciamiento penal, disponiendo, incluso, que se la escuche antes del pronunciamiento de resoluciones judiciales de trascendencia.

Si bien la situación de la víctima ha sido ampliamente mejorada en la reforma procesal penal, pensamos que para que ésta no quede en una mera declaración de papel, deben existir organismos instrumentales que hagan posible la concreción de estos principios en la práctica.

La víctima del delito debe recibir la atención, información y respuesta adecuada a su situación (muchas veces grave) individual, familiar y social, para atenuar las secuelas que implica la comisión del hecho delictivo en su persona y en su grupo familiar.

Consideramos por consiguiente que el actual sistema, reconoce como eje central de protección al afectado, implementando sistemas tan modernos como la declaración de la víctima por sistema cerrado de televisión o como se ha implementado últimamente, que la víctima es convertida en “otra persona” por medio de maquillaje y pelucas, lo que permite que este no se enfrente directamente con su victimario, o no permitir que este la reconozca, lo que a todas luces constituye un avance increíble hacia una justicia segura y sobre todo protectora de quienes más lo necesitan.

Por último podemos decir, que a través de la investigación de este trabajo, hemos descubierto que la nueva justicia, impresiona y no solo por la rapidez con que concluyen los casos, sino porque es el sistema que este país necesitaba, por los cambios políticos y económicos que hemos sufrido los últimos años, lo que demuestra que aun es posible confiar en una justicia rápida, transparente, eficaz y preparada para albergar a los afectados por la delincuencia, tan creciente por estos días, por que a pesar de los

detractores de la reforma, confiamos en que las personas se sentirán más seguras para denunciar y para sindicar a los culpables.

ANEXO I

I.- EL CATÁLOGO DE DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO.

1.- DERECHO A SER PROTEGIDA.

- La víctima tiene derecho a recibir la debida protección, durante todas las etapas del proceso penal, frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia.

- El Ministerio Público, a través de sus fiscalías y en coordinación con las policías, está obligado a brindar la debida protección a la víctima. Los Tribunales, por su parte, deben velar por la vigencia de sus derechos durante todo el procedimiento (art. 1º Ley 19.640 y arts. 6º y 78 del Código Procesal Penal).

- La víctima tiene derecho a solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia (art. 109 C.P.P.).

- Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile tienen prohibición de informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de la víctima (art. 92 C.P.P.).

2.- DERECHO A PARTICIPAR EN EL PROCESO PENAL.

- La víctima puede denunciar la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito ante la policía, cualquier tribunal con competencia en lo criminal o directamente en la Fiscalía de su localidad (art. 203 del C.P.P.).

- Según la ley, el Ministerio Público no puede investigar determinados delitos ni ejercer la acción penal pública sin que antes la víctima haga la denuncia ante la policía, los Tribunales o en la Fiscalía de su localidad. Estos delitos son: la violación, el estupro, los abusos sexuales, las lesiones menos graves, las lesiones leves, las amenazas, la violación de domicilio, la violación del secreto profesional, delitos previstos en la Ley Nº 19.039 sobre privilegio y propiedad industriales, la comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado y otros que la ley señale expresamente (art. 54 del C.P.P. y art. 369 del Código Penal).

- En los casos de delitos sexuales, la denuncia puede ser hecha, además de la víctima, por sus padres, abuelos o guardadores, o por quien la tuviere bajo su cuidado. En caso que la víctima, a causa de su edad o estado mental, no pudiere hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere padres, abuelos, guardadores o persona encargada de su cuidado, o si, teniéndolos, estuvieren imposibilitados o implicados en el delito, la denuncia puede ser efectuada por los educadores, médicos, u otras personas que tomen conocimiento del hecho en razón de su actividad (art. 369 del C.P.).

- La víctima, su representante legal o su heredero testamentario, tiene derecho a presentar querrela en el proceso penal (art. 109 y art. 111 del C.P.P.). Para ello requiere de un abogado, quien deducirá la querrela ante el Juzgado de Garantía. En caso de no contar con medios suficientes, el Ministerio Público le informará sobre las instituciones

que prestan asistencia jurídica gratuita.

- Sólo la víctima puede ejercer la acción penal que nace de los delitos de injuria y calumnia, la injuria liviana, la provocación al duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado, el matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo (art. 55 del C.P.P.).

- El Ministerio Público, a través de sus fiscalías, tiene la obligación de escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa. Cuando la víctima hubiere designado abogado, el Ministerio Público estará obligado también a escucharlo en las oportunidades mencionadas (art. 78 del C.P.P.).

- La víctima tiene derecho a ser oída, previa solicitud, por el fiscal antes de que éste pida o se resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada (art. 109 del C.P.P.).

- La víctima puede solicitar al Ministerio Público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación en los casos archivados provisionalmente por no aparecer antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. Asimismo, la víctima puede reclamar de la denegación de dicha solicitud, por escrito, ante el Fiscal Regional (art. 197 del C.P.P. y art. 33 de la Ley N° 19.640).

- La víctima puede oponerse al principio de oportunidad, esto es, el no inicio de la persecución penal o el abandono de la ya iniciada respecto de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, manifestando de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal, respectivamente, dentro del plazo de 10 días de comunicada al juez de garantía la decisión del fiscal (art. 200 del C.P.P.).

- La víctima tiene derecho a ser oída, previa solicitud, por el tribunal antes de que éste se pronuncie acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa. Asimismo, tiene derecho a impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento (art. 109 del C.P.P.).

- La víctima puede solicitar al juez de garantía que revoque la suspensión condicional del procedimiento cuando el imputado incumpliere, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos. Para estos efectos, la víctima tiene derecho a conocer la información relativa al imputado que consta en el registro llevado por el Ministerio Público de los casos en que se ha decretado la suspensión condicional del procedimiento (art. 270 y art. 277 del C.P.P.).

- El Estado tiene el deber de soportar los gastos de la víctima que gozare de privilegio de pobreza. La víctima puede solicitar este privilegio al Tribunal (art. 51 del C.P.P./art. 591 del C.O.T.).

3.- DERECHO A SER DEBIDAMENTE ATENDIDA.

- Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile tienen la obligación de facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir (art. 6° del C.P.P.).

- El Ministerio Público tiene la obligación de asegurar un adecuado acceso a sus fiscales por parte de cualquier interesado, con pleno respeto a sus derechos y dignidad personal (art. 8° de la Ley 19.640).

- Los Juzgados de Garantía y los Tribunales Orales en lo penal tienen la obligación de brindar una adecuada atención a la víctima (art. 25 del C.O.T.).

4.- DERECHO A UN TRATO DIGNO.

- La víctima tiene derecho a ser tratada con pleno respeto de su dignidad personal.

- Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile tienen la obligación de otorgarle un trato acorde con su condición de víctima (art. 6° del C.P.P.).

- El Ministerio Público, a través de sus fiscalías, tiene el deber de evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubiere de soportar con ocasión de los trámites en que debiere intervenir (art. 78 del C.P.P.).

- El Ministerio Público, a través de sus fiscalías, tiene el deber de adoptar los resguardos necesarios para no ocasionar menoscabo a la dignidad de la víctima y para garantizarle su seguridad e integridad psíquica y física en los careos que se realizaren con testigos o imputados. En los casos de violación, estupro, abusos sexuales, favorecimiento de la prostitución de menores, trata de personas e incesto, el careo sólo puede disponerse con la conformidad previa de la víctima (art. 227 del C.P.P.).

- Los fiscales deben solicitar a la víctima su consentimiento para efectuarle exámenes corporales, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos. De negarse la víctima, el fiscal solicitará al juez de garantía su autorización exponiéndole las razones en que se hubiere fundado la negativa, autoridad que autorizará la práctica de la diligencia siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad de la víctima (art. 228 del C.P.P.).

- Cuando el fiscal practicare el reconocimiento e identificación de un difunto y ordenare la autopsia, el cadáver puede entregarse a los parientes del difunto o a quienes invoquen título o motivo suficiente, previa autorización del fiscal, una vez practicada la autopsia (art. 232 del C.P.P.).

- Los tribunales deben citar al cónyuge o los parientes más cercanos de un difunto antes de autorizar la práctica de una exhumación de cadáver solicitada por el fiscal (art. 233 del C.P.P.).

5.- DERECHO A RECIBIR ASISTENCIA.

- Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile tienen la obligación de prestar auxilio a la víctima, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales (art. 83 del C.P.P.).

- El Ministerio Público, a través de sus fiscalías, tiene el deber de facilitar la intervención de la víctima en el procedimiento (art. 78 del C.P.P.).

- Los Juzgados de Garantía y los Tribunales Orales en lo penal deben otorgar una adecuada orientación a la víctima (art. 25 C.O.T.).

6.- DERECHO A LA INFORMACIÓN.

- El Ministerio Público, a través de sus fiscalías, tiene la obligación de entregarle información a la víctima acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos. Cuando la víctima hubiere designado abogado, los fiscales cumplirán esta obligación de información también a su respecto (art. 78 del C.P.P.).

- En los casos de delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en que éste no pudiere ejercer los derechos que el Código Procesal Penal le otorga, y no hubieren intervenido en el procedimiento las personas que en estos casos este código considera víctima, el Ministerio Público, a través de sus fiscalías, informará de sus resultados al cónyuge del directamente ofendido por el delito o, en su defecto, a alguno de los hijos u otra de las personas antes aludidas (art. 110 del C.P.P.).

- Los Juzgados de Garantía y los Tribunales Orales en lo penal están obligados a otorgar una adecuada información a la víctima (art. 25 C.O.T.).

7.- DERECHO A LA REPARACIÓN.

- La víctima tiene derecho a la reparación del daño que le ha provocado el delito.

- La víctima tiene derecho a ejercer contra el imputado las acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible. Asimismo, puede ejercer estas acciones ante el tribunal civil correspondiente (art. 109 y art. 59 del C.P.P.).

- El Ministerio Público, a través de sus fiscalías, tiene la obligación de informar a la víctima sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo. Asimismo, tiene el deber de remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima para la presentación de la respectiva demanda civil (art. 78 C.P.P.).

- La víctima y la familia del difunto, en su caso, tienen derecho a demandar civilmente el pago de alimentos y prestaciones médicas al imputado en los delitos de lesiones y homicidio (art. 410 y art. 411 del C.P.).

- La víctima de violación, estupro o abuso sexual tiene derecho a demandar civilmente alimentos al imputado (art. 370 del C.P.).

- La víctima puede preparar la demanda civil solicitando, con posterioridad a la formalización de la investigación, la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda (art. 61 del C.P.P.).

- La víctima puede solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado medidas precautorias que aseguren el resultado de la demanda civil (art. 61 y art. 157 del C.P.P.).

- Cuando, Antes de comenzar el juicio oral, el procedimiento continuare conforme a las normas del procedimiento abreviado, o por cualquier causa terminare o se suspendiere, sin decisión acerca de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente, la prescripción continuará interrumpida siempre que la víctima presentare

su demanda ante el tribunal civil competente en el plazo de 60 días siguientes a aquel en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal (art. 68 del C.P.P.).

- La víctima dueña de cosas hurtadas, robadas o estafadas tiene derecho a solicitar se le entreguen dichas cosas en cualquier estado del procedimiento, previa acreditación por cualquier medio de su dominio y determinación del valor de ellas (arts. 59 y 219 del C.P.P.).

- En los delitos de lesiones menos graves, culposos y que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, la víctima puede convenir acuerdos reparatorios con el imputado, los que deben ser aprobados en audiencia por el juez de garantía. Estos acuerdos pueden convenirse después de la formalización de la investigación y en la audiencia de preparación del juicio oral. Una vez aprobados, el juez de garantía dictará sobreseimiento definitivo en la causa, sin perjuicio del derecho de la víctima para exigir el cumplimiento de ellos ante el tribunal civil competente (art. 272 a art. 276 del C.P.P.).

ANEXO II

I.- DATOS ESTADISTICOS .

1.- INTRODUCCION.

Las siguientes estadísticas, dicen relación con la permanente labor que realiza el Ministerio Público de información a la comunidad acerca del cumplimiento de las funciones establecidas en la Constitución Política de la República. Junto a la función de persecución penal de los delitos, el Ministerio Público se encuentra a cargo de la protección a las víctimas y los testigos.

Esta función es cumplida tanto por los Fiscales como por la División Nacional en conjunto con las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos. Se orienta a la misión de brindar protección eficiente y prevenir la victimización secundaria.

Pese a haber completado cinco años de operaciones, el nuevo sistema procesal penal es aún muy joven y, por ende, debe seguir perfeccionándose. Sin embargo, posee, al mismo tiempo, una serie de potencialidades que continuarán su proceso de desarrollo. Los datos estadísticos que presentaremos, dan cuenta de una serie numerosa de resultados en los que el observador y analista encontrará defectos y virtudes del sistema. En otros casos, podrá detectar áreas en que se aprecie la maduración del proceso de cambio o se vislumbren perspectivas de mejoramiento y desarrollo.

2.- INFORMES MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público ha estructurado la entrega de su información estadística a través de informes periódicos que incluyen un conjunto de datos útiles a sus procesos de

gestión –procesales y administrativos-, conforme a los parámetros y variables que la práctica y las necesidades de los usuarios y destinatarios de la información han ido mostrando como relevantes, sumando a sus contenidos los datos que la experiencia hace aconsejable.

La consolidación progresiva de nuestros sistemas de conteo y análisis, que empiezan a compartirse con otros actores del sistema, hace necesario explicitar algunas de las características que los distinguen de las formas más tradicionales de entrega de información del sistema de enjuiciamiento criminal, a objeto de uniformar criterios y comenzar un proceso de homologación conceptual que permita el uso de un lenguaje común de carácter estadístico.

1.- Los informes del Ministerio Público, estructuran sus contenidos conforme al conteo de tres tipos de registros principales, a saber:

Casos

Delitos, y

Relaciones.

1.a) Casos: Corresponde a los ingresos que registra el sistema conforme a las denuncias que se reciben de las policías (Carabineros, Policía de Investigaciones), de otros organismos (Hospitales, Gendarmería, etc.) y las que se recepcionan directamente en las fiscalías locales. En esta forma de registro un caso equivale a una denuncia.

1.b) Delitos: Corresponde a los ilícitos penales que deben ser conocidos por el Ministerio Público con ocasión de las denuncias que recibe. Una denuncia puede estar relacionada o incluir más de un delito, de modo que, por lo general, los registros darán cuenta de un número mayor de delitos que de casos o denuncias ingresadas.

1.c) Relaciones: Corresponde a los vínculos jurídico-penales o jurídico-procesales que se verifican al interior de un caso o de un delito. Así, por ejemplo, un caso puede contener múltiples relaciones si incluye más de un imputado, más de una víctima o más de un delito, donde el vínculo entre el imputado N° 1, la víctima N° 1 y el delito N° 1 constituye una relación. Al interior de los delitos también pueden verificarse relaciones múltiples si existe más de un imputado y/o más de una víctima.

2.- Con arreglo a estas formas de registro, la información estadística contenida en los informes del Ministerio Público se estructura conforme al propósito de obtener un seguimiento más fino de los ingresos que recibe el sistema y de acuerdo con objetivos específicos que, en líneas gruesas, pueden citarse como sigue:

Casos ingresados / casos terminados.

Esta información da cuenta del total de denuncias recibidas por el sistema, según un conteo que permite homologar estos datos con los que registran las policías y otros actores del circuito de persecución penal. Si se considera que el Ministerio Público recibe denuncias por vías diversas (policías, tribunales, hospitales, etc., más la de recepción directa en las fiscalías locales) y que una parte de ellas desarrolla y concluye su tramitación en la fiscalía pertinente, las cifras entregadas no necesariamente coinciden con los registros de los demás actores como tribunales y policías, pero los incluye o los

contiene.

Delitos recepcionados / delitos terminados / categorías de delitos

Esta forma de entrega de la información refleja la cantidad de hechos delictivos de los que el sistema ha debido ocuparse, haciéndose cargo de la diferencia estadística existente y ya reseñada entre éstos y las denuncias. La categorización utilizada incluye los ilícitos de mayor impacto social y que constituyen el mayor porcentaje de ingresos del Ministerio Público. A diferencia del registro de casos o denuncias, el conteo de delitos permite obtener información detallada y de mayor precisión acerca de la frecuencia delictiva y del tipo de criminalidad presente en un lugar y tiempo determinado. La comparación de los registros de esta naturaleza entre ámbitos geográficos o espacios de tiempo distinto, posibilitan un mejor diseño, seguimiento y evaluación de la gestión del sistema y constituye un insumo para el diseño y evaluación de las políticas públicas relacionadas con el fenómeno criminal.

Relaciones.

El uso principal que se da a esta forma de registro se encuentra en el señalamiento de los términos aplicados por el sistema y en la identificación de los motivos o causales de término utilizadas en cada caso. Habida consideración de que el vínculo entre un imputado y una víctima puede ser objeto de una solución penal específica sin que ello signifique el término efectivo de la causa, toda vez que subsisten los vínculos (relaciones) entre los restantes intervinientes (Ej. en un delito de lesiones menos graves provocadas por dos imputados en contra de una sola víctima, respecto del imputado N° 1 la tramitación finaliza con un acuerdo reparatorio, pero la causa continúa respecto del imputado N° 2 conforme a las reglas del juicio ordinario, finalizando con una sentencia definitiva) la expresión estadística del tratamiento dado a cada relación permite monitorear el uso que se da a las formas de solución al conflicto penal aportadas por el sistema procesal.

Los casos, delitos y relaciones, como formas de registro y el cruzamiento de esta información con los restantes datos y antecedentes registrados por el sistema, generan un conjunto de variables o parámetros susceptibles de ser medidos estadísticamente y de cuya expresión gráfica o numérica se ocupa el Ministerio Público.

De un modo general, puede indicarse que el conteo de casos permite disponer de información comparable con los registros de los demás actores; la contabilización de los delitos permite conocer en detalle el tipo de criminalidad sometida al conocimiento del sistema; y el registro de las relaciones, como concepto estadístico, da cuenta del uso de las potencialidades que presenta el esquema persecutorio penal.

RESUMEN EJECUTIVO

Los indicadores estadísticos del año 2004 están fuertemente condicionados por la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal en las regiones V, VI, VIII y X, que en su conjunto, representan el 34,8% de la población del País, cifra considerablemente superior a la de cualquiera de las etapas anteriores del proceso de instalación de la reforma que, sumadas, sólo llegaban al 25,1% de los habitantes del territorio nacional.

Los aspectos más relevantes del contenido del informe, se resumen a continuación:

1.- Casos Recibidos por el Sistema.

Durante el año 2004, el sistema registró un ingreso de 485.796 casos, de los cuales, el 54% correspondió a la cuarta etapa de implementación, el 21% a la segunda etapa, el 16% a la primera etapa y el 9% a la tercera. Las regiones que más contribuyeron a esta carga de trabajo fueron la V región con un 19% del total de los ingresos, la VIII región con un 18% y las regiones VII y X con un 11%, cada una. Estas regiones corresponden a las cuatro con mayor número de habitantes del país, lo que explica su mayor incidencia en el total de casos ingresados. Sin embargo, la VIII región –que es la más poblada- sólo ocupa el segundo lugar en el aporte de casos en el período, mientras que las regiones VII y X comparten el tercer lugar, aún cuando la VII región tiene 165.000 habitantes menos que la X. Estas consideraciones sugieren la existencia de comportamientos diversos de las regiones en materia de tasas de criminalidad o, al menos, de denuncias, por lo que parece interesante examinar este comportamiento en un estudio futuro.

A continuación, se representa gráficamente el número de casos ingresados al sistema durante el año 2004, por cada una de las etapas de implementación de la reforma, y la proporción que ese número representa en el total de ingresos lo que da cuenta de la incidencia que las regiones de la cuarta etapa tienen en la carga de trabajo a nivel nacional

**Casos recepcionados por etapa de implementación
Año 2004**

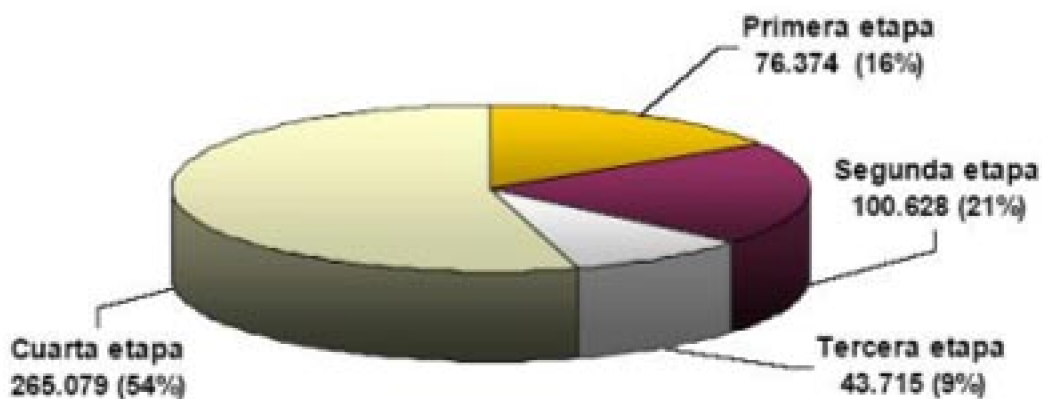


Gráfico N°1: Casos recepcionados por etapa de implementación

En lo que respecta a la cifra de ingresos acumulados desde el 16 de diciembre de 2000, hasta el cierre del período recién pasado, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2004, el Ministerio Público registró un ingreso total de 961.251 casos, el 50,5% de los cuales corresponde a los que fueron recibidos durante el 2004, como se muestra en el gráfico siguiente.

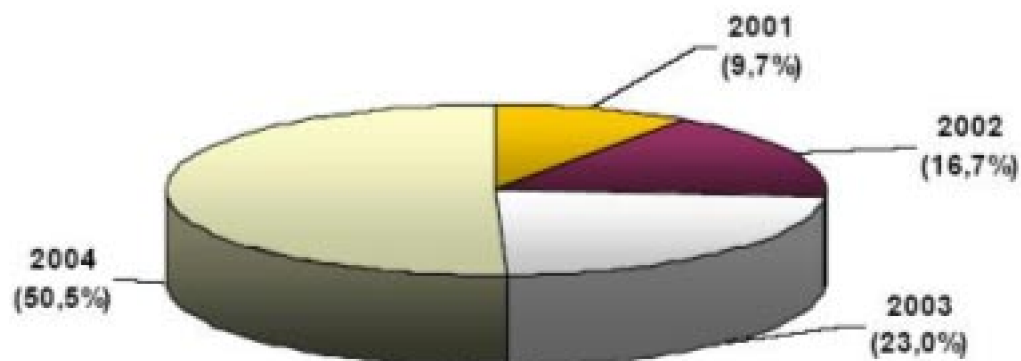


Gráfico N°2: Casos recepcionados por año

En lo que se refiere a la variación anual de los casos ingresados, las tres etapas muestran un crecimiento respecto del año inmediatamente anterior. En el caso de la primera etapa este incremento es del 4,7%; en la segunda llega a un 2,6%, mientras que en la tercera asciende a un 6,1%. No obstante, llama la atención la variación anual de las regiones de la primera etapa que venían experimentando una baja de sus ingresos durante los años 2002 y 2003, tendencia que se revierte durante el 2004, como se aprecia en los gráficos siguientes.

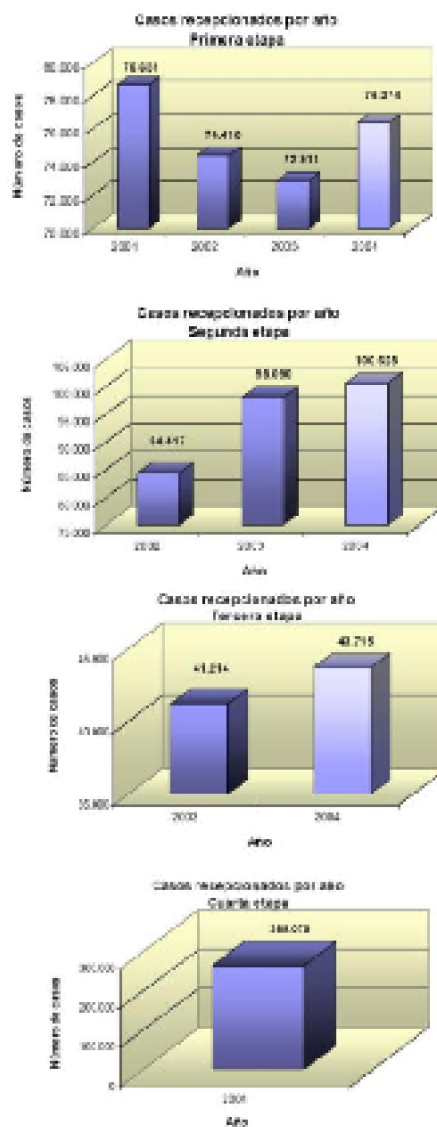


Gráfico N°3: casos recepcionados por etapa de implementación y año

Respecto de los entes o instituciones remisoras de los casos recibidos, el 85% proviene de denuncias efectuadas ante Carabineros de Chile; luego, con porcentajes significativamente más bajos, figuran la Policía de investigaciones, con 5,5%; las Fiscalías Locales, con un 5,0%; los Juzgados de Garantía, con un 1,5; y Gendarmería con un 0,4%. Lo más relevante en esta materia es que, a nivel nacional, la distribución de los casos/denuncias por instituciones remisoras mantiene la tendencia observada en años anteriores, salvo pequeñas variaciones, destacando Carabineros de Chile como el gran receptor de la demanda de justicia de la comunidad.

Casos recepcionados por institución remitora



Gráfico N°4: Casos recepcionados según institución remitora

2.- Delitos Ingresados

Durante el año 2003, el total de víctimas alcanzó a 5.817, en la I, II, III, IV, VII, IX, XI Y XII durante el periodo comprendido entre el 1° de enero al 31 de diciembre, y en las regiones V, VI, VIII y X en el periodo comprendido entre el 16 al 31 de diciembre, número que sube considerablemente durante el 2004, considerando claro esta, la aplicación desde el 1° de enero hasta el 31 de diciembre en las 12 regiones (se excluye la metropolitana).

Durante el 2004 se denunció un total de 516.405 ilícitos. La incidencia estadística de las distintas categorías en que agrupamos los delitos, muestra un comportamiento muy similar al observado en los periodos anteriores. Es así como los mayores porcentajes de denuncias estuvieron asociados a Robos no violentos (20,1%), hurtos (17,4%), Otras faltas y simples delitos (13,8%) y Lesiones (13,1%), mientras que los menores porcentajes se presentaron en los Delitos funcionarios (0,1%), Homicidios (0,2%) y Faltas a la Ley de alcoholes (0,2%).

Conviene destacar, también, que las modificaciones legales introducidas en relación con el delito de hurto, prácticamente no se vieron reflejadas en las cifras a nivel nacional, ya que este ilícito apenas experimentó un incremento de 0,2%, respecto del año 2003. En sentido inverso, es decir, reflejando un cambio notable con escenarios anteriores, se presentan las faltas a la ley de alcoholes, donde las modificaciones legales produjeron una disminución de 2,9% respecto del año anterior, quedando reducidas a un 0,2% del total de ingresos anuales.

LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO Y EN DERECHO COMPARADO.

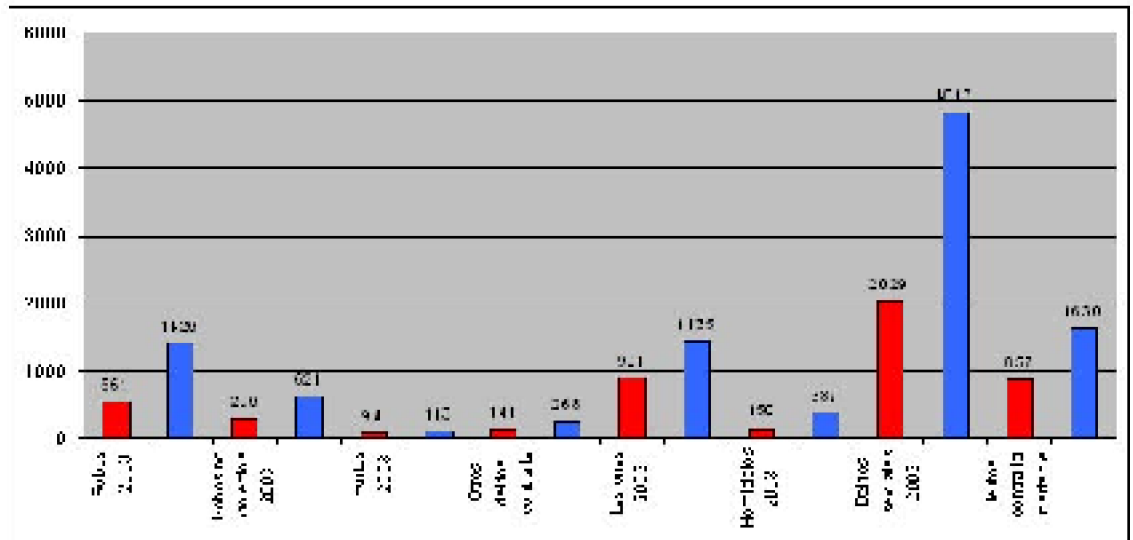
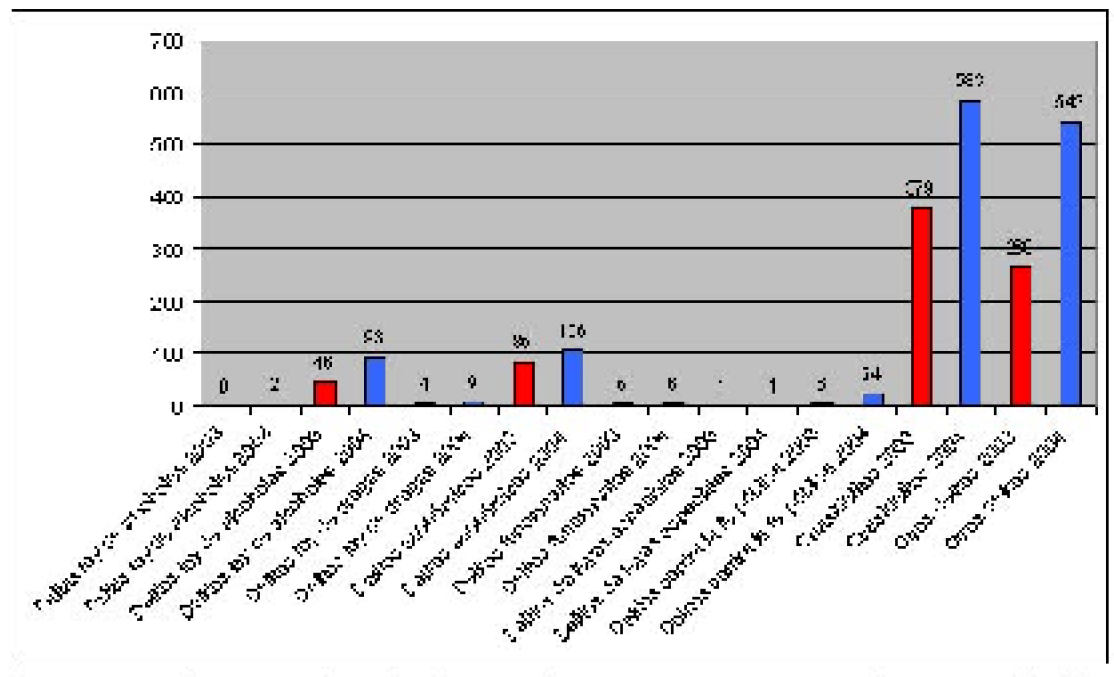


Gráfico N° 5: Distribución por tipo de delitos de los cuales son víctimas o testigos los usuarios derivados a las UAVT.

Si consideramos el gráfico anterior en términos porcentuales, los delitos más denunciados son los sexuales con un 34,90% en el año 2003 y 39,90% en el año 2004, le siguen las lesiones con un 15,50% en el año 2003 y 11,90% en el 2004, en tercer lugar encontramos los delitos contra la libertad e intimidad de las personas con un 14,70% en el año 2003 y 13,60 en el año 2004.

Gráfico N° 6: Distribución de otros delitos de los cuales son víctimas o testigos los usuarios derivados a las UAVT.



Considerando el gráfico anterior en términos porcentuales es posible advertir que el

porcentaje más alto de denuncias se encuentra en los cuasidelitos con un 6.50% en el año 2003 y 4,8% en el 2004.

3.- Casos Terminados

Durante el 2004, la gestión de las fiscalías locales permitió finalizar la tramitación de un total de 439.616² casos, lo que da una razón de ingreso y término para el año igual al 90.5%.

Desglosado por etapa de implementación, se tiene que la primera terminó un total de 74.803 casos el año 2004, obteniendo una relación de ingreso y término de un 98%. La segunda, terminó 100.935 casos, obteniendo una relación de un 100,3% entre los casos ingresados y terminados en el año, la tercera etapa, terminó un total de 40.510 casos, obteniendo una relación de término de un 93% y por último, la IV etapa terminó un total de 223.368 casos, lo que significa que la relación entre ingresos y términos alcanzó un 84%.

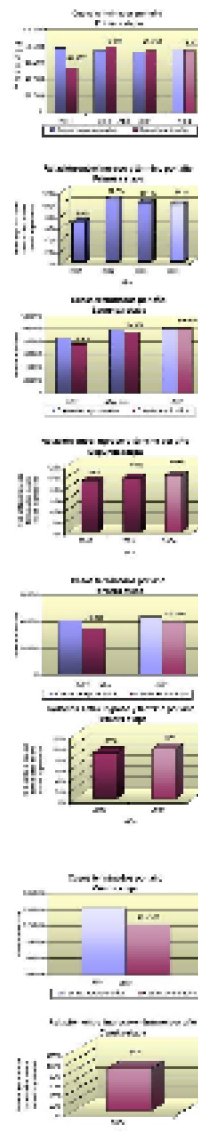


Gráfico N° 7: Casos terminados por etapas de implementación

4.- Tipos de términos aplicados

Teniendo presente que los tipos de términos se encuentran asociados a las relaciones presentes al interior del caso, en los términos explicados en la introducción de este informe, podemos indicar que durante el año 2004 se terminó un total de 504.127 relaciones. De ellas, el 19% correspondió a formas de término que implican un pronunciamiento judicial, mientras que el 81% restante finalizó por vía de términos facultativos del Ministerio Público. Esta proporción, da cuenta de que en el año 2004 se produjeron los porcentajes más altos de judicialización desde que el nuevo sistema entrara en vigencia. En el gráfico siguiente se muestra el ascenso de la curva correspondiente a los términos judicializados y el consecuente descenso de los términos facultativos.

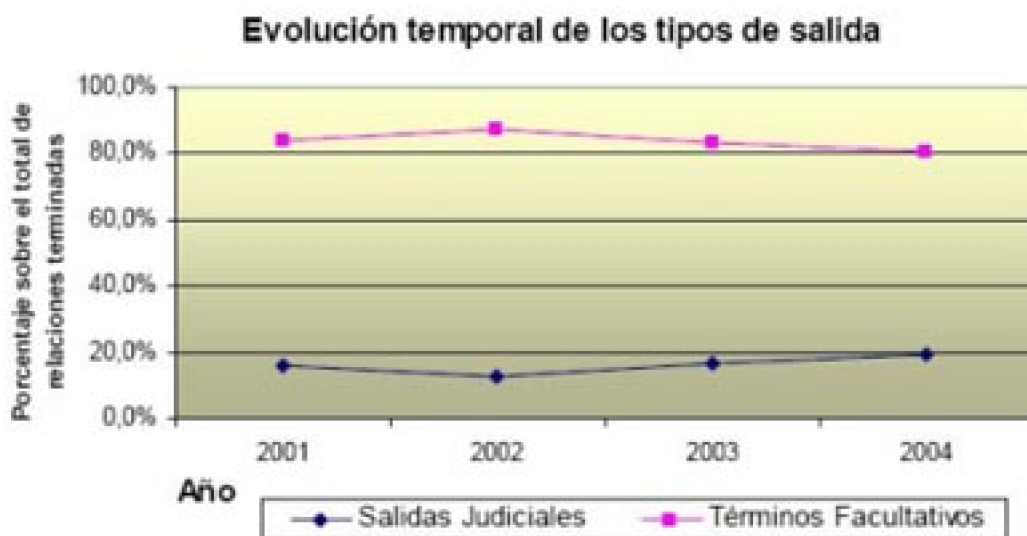


Gráfico N° 8: Evolución temporal de los porcentajes por tipo de salida

En lo que se refiere a los niveles de judicialización de los términos por etapa del proceso gradual de instalación del sistema, los mayores porcentajes se observan en la segunda y tercera etapas (28% y 20% respectivamente), y el menor en la cuarta etapa, que alcanza al 15% del total de términos aplicados. Cabe consignar, sin embargo, que si bien el porcentaje de judicialización de la IV Etapa, es menor al observado en las restantes etapas, éste, es mayor a las cifras que a este respecto se observaron en el primer año de operaciones de las regiones de las etapas que le precedieron, dado que el período inicial está condicionado por el proceso de puesta en marcha y aprendizaje, no sólo de las fiscalías locales sino de todos los actores del sistema. La experiencia indica que el segundo año de operaciones permite alcanzar los niveles de resultados del resto de las regiones, lo que podremos medir en el reporte estadístico del 2005.

ETAPA	PORCENTAJE SALIDAS JURIDICAS
Primera etapa	19%
Segunda etapa	28%
Tercera etapa	20%
Cuarta etapa	15%
TOTAL	19%

Tabla N°1: Porcentaje de términos judicializados por etapa de implementación.

En el segmento de los términos judicializados, los de mayor frecuencia son la Sentencia definitiva condenatoria (47%), la Suspensión Condicional del Procedimiento (25%) y el Sobreseimiento definitivo (17%). Por su parte, la menor frecuencia se presenta en la Sentencia definitiva absolutoria (1%).

Gráfico N° 9: Distribución porcentual de las Salidas Jurídicas



En el segmento de los Términos Facultativos, los de mayor participación son el Archivo provisional (63%), el Principio de oportunidad (14%) y la Facultad de no investigar (12%), por el contrario, los de menor participación son las Otras causales de término y suspensión, junto con las anulaciones administrativas.

Distribución porcentual de los Términos Facultativos
Año 2004

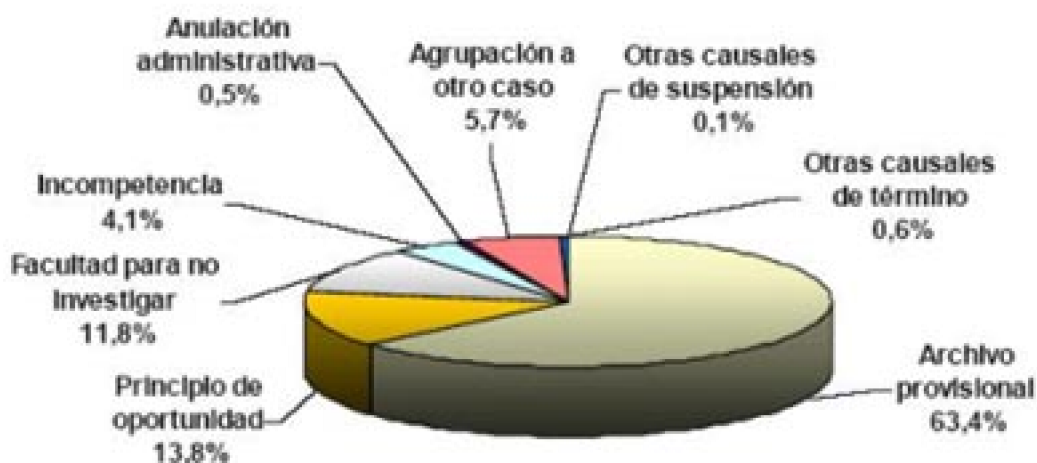


Gráfico N° 10: Distribución porcentual de los Términos Facultativos

5.- Juicios Orales ⁷⁷ .

Durante el año 2004, se realizó un total de 2.177 Juicios orales, de los cuales la mayor concentración se produjo en la segunda etapa de implementación con un 29%. Esta cifra da cuenta de que el período examinado fue el que más procedimientos de este tipo generó desde que el nuevo sistema entrara en vigencia, lo que se explica en gran parte por el ingreso de las regiones de la cuarta etapa. Sin embargo, es apreciable, también, la incidencia que en esta cifra tiene el incremento de juicios orales que entre cada período anual se observa en las regiones de las tres etapas anteriores.

⁷⁷ Los Juicios Orales se contabilizan por caso, es decir, aunque involucren más de una relación o más de una audiencia, se contabiliza sólo un Juicio Oral por causa.

ETAPA	Juicios Orales		Juicios Orales inicio	
	2004		reforma - 2004	
	Nº	%	Nº	%
Primera etapa	545	25%	1.156	34%
Segunda etapa	641	29%	1.198	35%
Tercera etapa	489	22%	591	17%
Cuarta etapa	502	23%	502	15%
TOTAL	2.177	100%	3.447	100%

Tabla N°2: Juicios Orales por etapa de implementación

Cabe destacar que, hasta el 31 de diciembre de 2004, el sistema tramitó un total de 3.447 casos que finalizaron a través de un juicio oral.

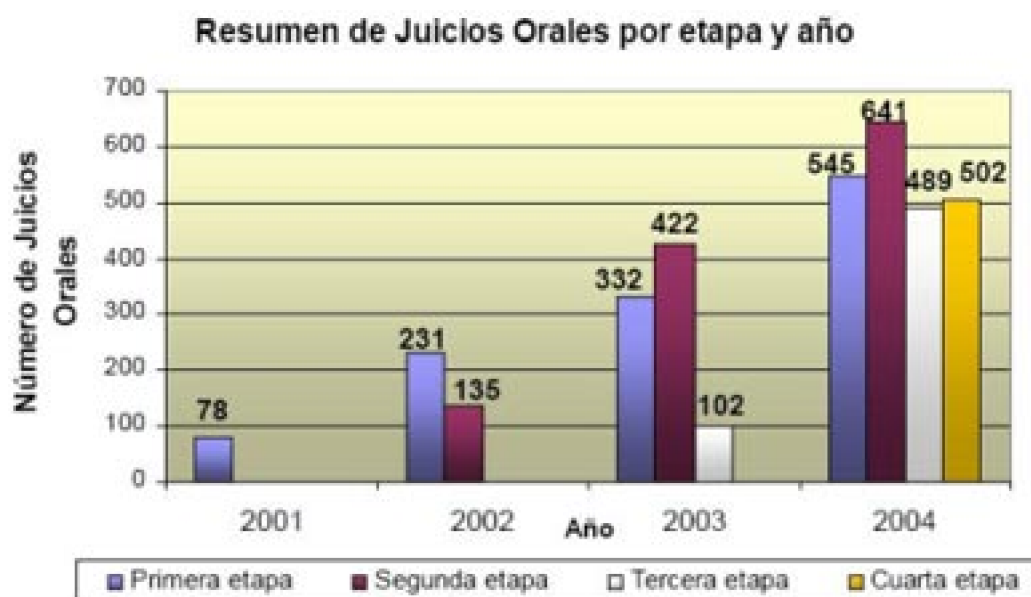


Gráfico N° 11: Distribución de los Juicios Orales por etapa de implementación y año.

Con respecto a los ilícitos asociados a este procedimiento, se observa que un 80,7% de los delitos cuya tramitación finalizó en un juicio oral durante el 2004 corresponde a

robos, homicidios, delitos de la ley de drogas y delitos sexuales. Esto significa que el juicio oral, que constituye el procedimiento más completo, que mueve la mayor cantidad de recursos del sistema y que demanda una importante dedicación de los fiscales, está siendo efectivamente utilizado para el conocimiento y fallo de los ilícitos penales de mayor relevancia, gravedad e interés social.

Por otra parte, del total de juicios orales realizados desde la entrada en vigencia del sistema y hasta el 31 de diciembre de 2004, un 90,9% terminó con una sentencia condenatoria, entendiéndose por esto la dictación de una sentencia que impuso alguna sanción a algún imputado. Esto representa un leve descenso en relación con lo observado hasta el 31 de diciembre de 2003, lo que se explica en virtud de la incidencia que tiene el período de puesta en marcha de las regiones de la cuarta etapa. Sin embargo, el porcentaje de sentencias condenatorias sigue siendo elevado y, por ende, continúa dando cuenta de que se está llevando a juicio oral los casos que realmente justifican el uso de este procedimiento cuando existe real mérito para ello.

VICTIMAS Y TESTIGOS

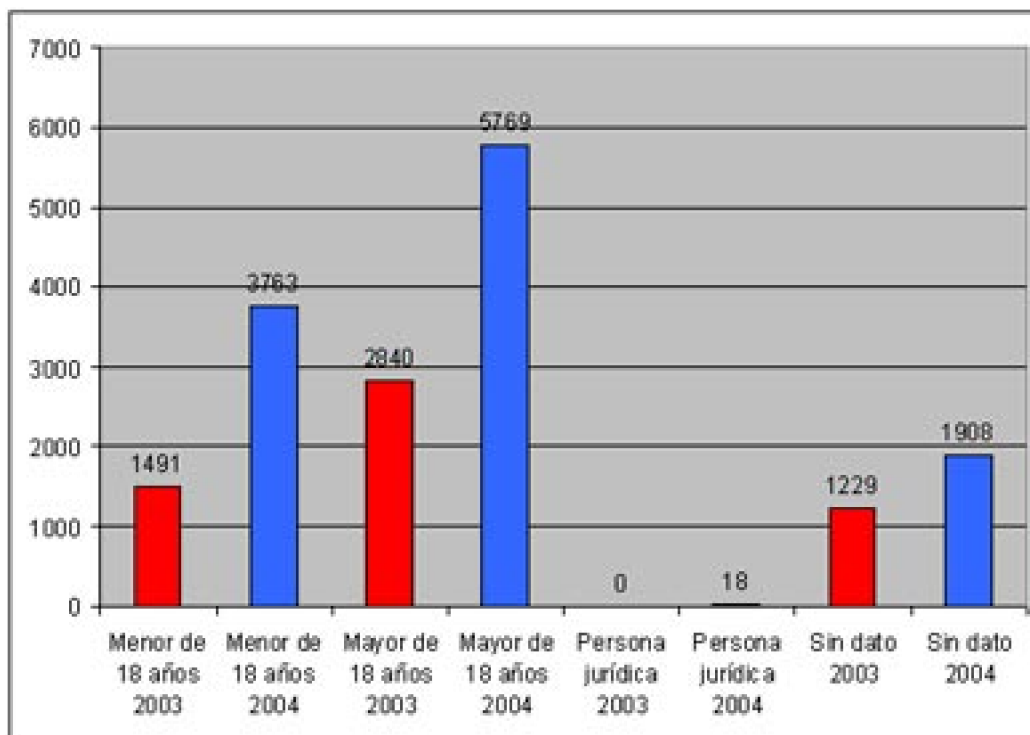
En esta parte se presentan las principales estadísticas relativas a los sujetos derivados y atendidos por las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT) durante el periodo 2003-2004 (1º de enero de 2003 a 31 de diciembre de 2004).

La información que se presenta, se entrega desagregada por víctimas (se incluye a víctimas directas e indirectas), testigos y otros tipos de sujetos.

Para dar cumplimiento a la función de atención y protección a las víctimas y los testigos, el Ministerio Público ha diseñado un sistema de derivación, que se establece en el Instructivo 11 del Fiscal Nacional, en virtud del cual las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos sólo atienden a las víctimas y los testigos previamente derivados por los fiscales, según los criterios contemplados en dicho Instructivo. Este sistema tiene por objetivo racionalizar el uso de los recursos de las Unidades Regionales, de modo tal que la labor general de atención y protección a las víctimas y los testigos es desempeñada por las propias Fiscalías Locales y sólo cuando concurren ciertos criterios estos usuarios son derivados a dichas Unidades, lo que exige una evaluación previa de los propios fiscales.

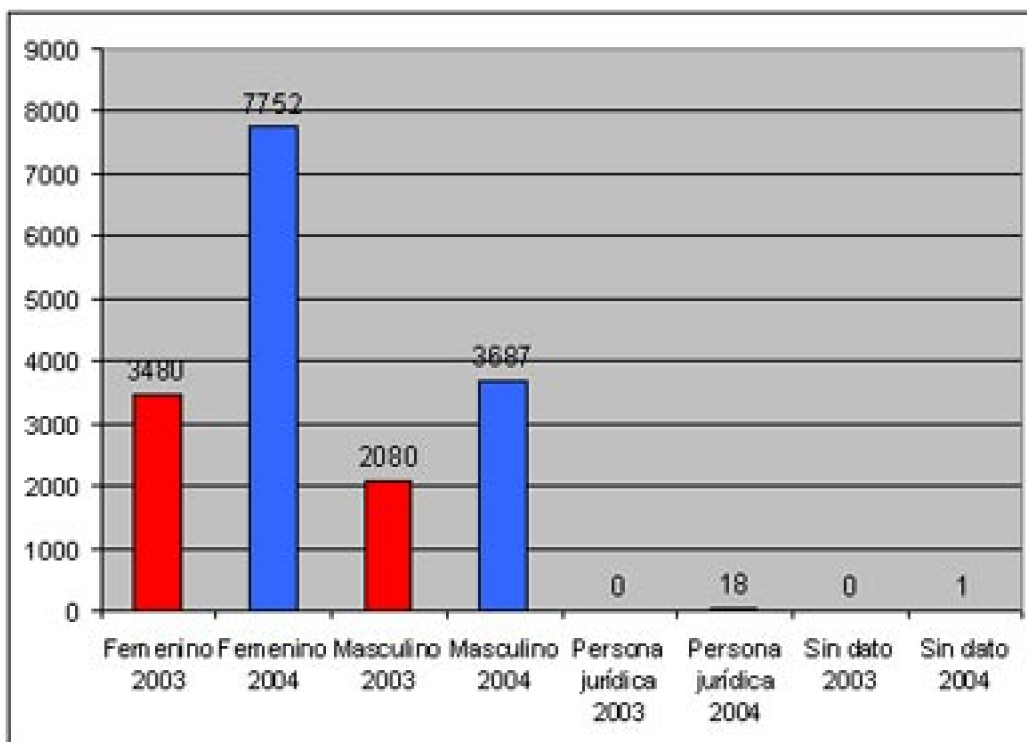
1.- Composición según sexo de los usuarios derivados a la UAVT.

Periodo comprendido entre enero de 2003 a diciembre de 2004.



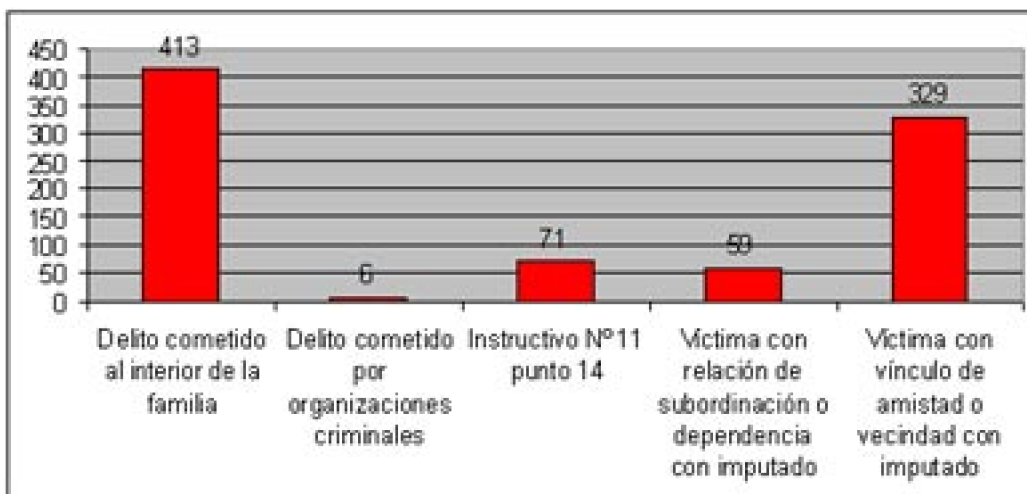
Es posible apreciar que el mayor número de víctimas se da sobre los 18 años, esto es en los adultos, que representan el 51,10% en el año 2003 y 50,30 en el año 2004. Cabe hacer presente que durante el año 2003 no se registraron personas jurídicas como víctimas a diferencia de lo ocurrido en el año 2004, en que el porcentaje de personas jurídicas afectadas asciende a 0,20%, del total nacional.

2.- Composición de usuarios según sexo.



En el gráfico anterior es posible apreciar que las mujeres son las más afectadas por los delitos representado el 62,60% en el año 2003 y 67,70% en el año 2004. Respecto a las personas jurídicas es posible advertir que durante el año 2003, no se presentaron como víctimas a diferencia de lo que ocurre en el año 2004 en que el porcentaje asciende a 0,10% del total nacional.

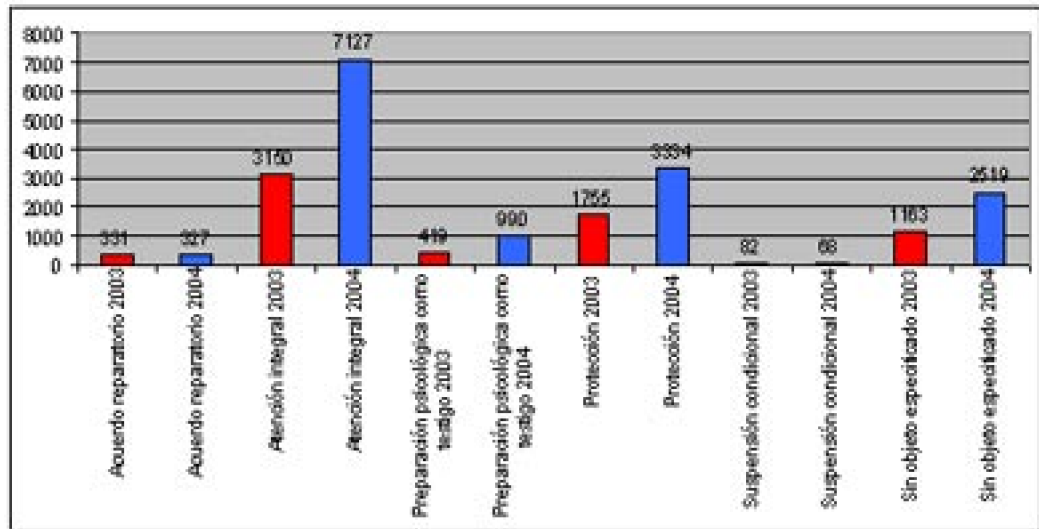
3.- Principal criterio de derivación utilizado por los fiscales.



Periodo comprendido en enero de 2003 y diciembre de 2004.

Como es posible apreciar en el gráfico anterior el principal criterio de derivación utilizado por los fiscales lo constituyen los delitos cometidos al interior de la familia que representa un 47% del total nacional, le siguen los delitos en los cuales la víctima presenta un vínculo de amistad o vecindad con el imputado, que representa un 37,50%

del total y luego lo relativo al instructivo N° 11 punto 14 ⁷⁸, con un 6, 10 % de derivación.



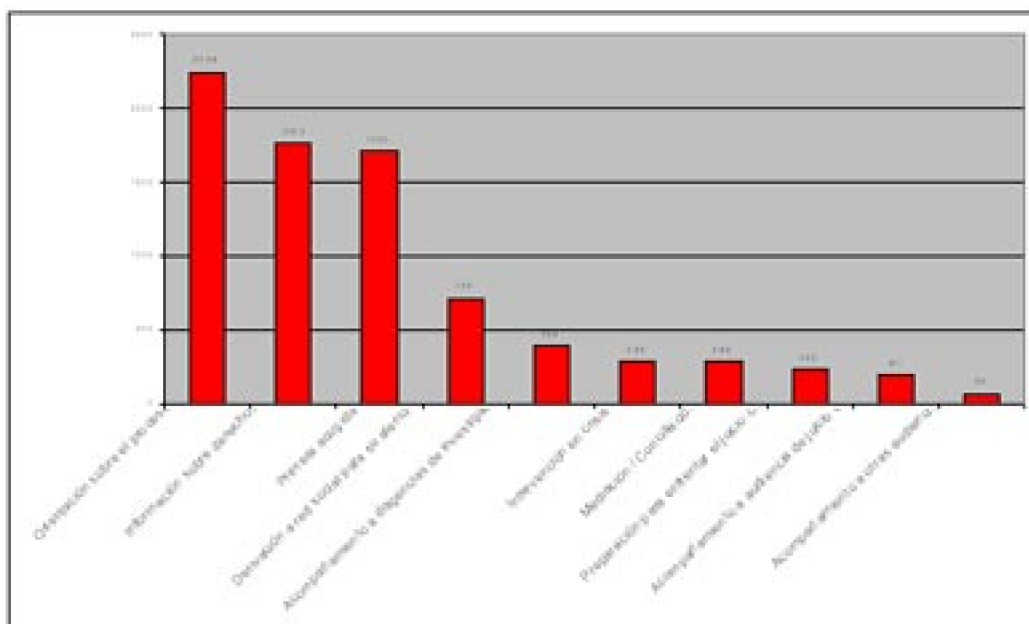
4.- Objeto de derivación de usuarios a la UAVT utilizado por los fiscales.

En relación al gráfico anterior se puede apreciar que el mayor objeto de derivación tanto en el 2003 como en el 2004 es la atención integral, entendida esta última fundamentalmente como primer apoyo y tareas de prevención de la victimización secundaria durante el proceso penal, la que alcanza a un 45,70% en el año 2003 y a un 49,60% en el año 2004. Se aprecia que en menor número le sigue la protección con un 25,40% en el 2003 y un 23,20 en el 2004, en menor número se encuentran las salidas alternativas como objeto de derivación.

5. PRINCIPAL ATENCION DIRECTA BRINDADA A LOS USUARIOS VICTIMAS DERIVADOS A LAS UAVT.

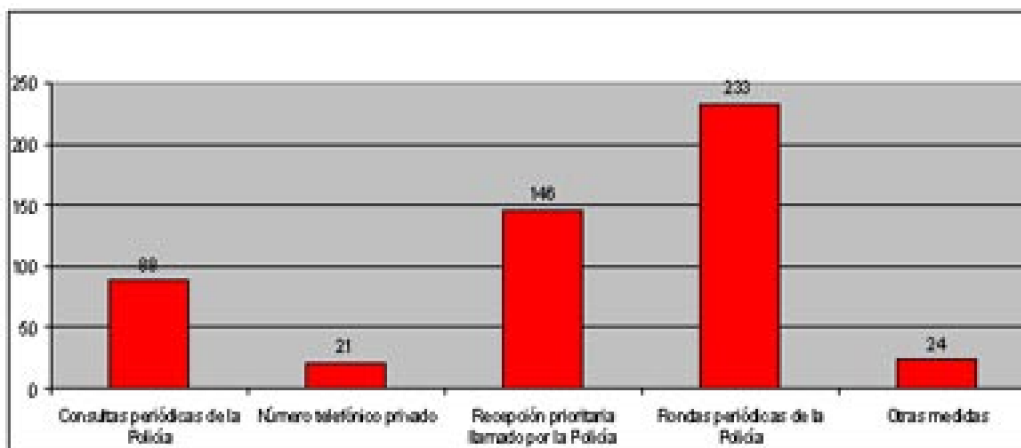
⁷⁸ INSTRUCTIVO 11 N° 14: víctima menor de edad, enfermo mental grave, con capacidad física disminuida, con daño psicológico como consecuencia del delito, perteneciente a una etnia, que hable otro idioma, analfabeta, perteneciente a la tercera edad; en que el delito tenga como resultado la muerte, con resultado de puesta en peligro concreto de la vida, con resultado de lesiones corporales de significación, delito sexual, delito de secuestro, delito de abandono, delito terrorista.

LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO Y EN DERECHO COMPARADO.



La principal atención directa brindada a la víctima corresponde a orientarlas sobre el proceso lo que corresponde a 28,50% del total nacional seguida por información sobre los derechos con un 22,40% y la primera acogida o lo que podría ser la recepción de la denuncia con un 21,60%.

6. PRINCIPALES MEDIDAS DE PROTECCION DE USUARIOS QUE RECOBIERON UN SEGUIMIENTO DE LAS UAVT.



Es posible apreciar que las principales medidas de protección que recibieron un seguimiento son las rondas periódicas realizadas por la Policía el que alcanza a un 45,50%, seguida por la recepción prioritaria de llamados por la policía con un 28,50%.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BARONA VILAR, Silvia, "La conformidad en el Proceso Penal", Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1994.
- 2.- BAUMANN, Jürgen, "Derecho Penal, Conceptos Fundamentales y Sistema", Córdoba, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ediciones Depalma, 1972.
- 3.- BERISTAIN, Antonio, "Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología", Buenos Aires, Editorial Tirant la Blanch, 1994.
- 4.- BERTOLINI, Pedro, "El debido proceso penal", Montevideo, Bustos y Massi Editor, 1996.
- 5.- BINDER, Alberto, "Funciones y disfunciones del ministerio público", Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1994.
- 6.- BUSTOS, Juan, "Victimología: Presente y Futuro", Bogotá, Editorial Temis S.A., 1993.
- 7.- CAFFERATA NORES, José, "La prueba en el proceso penal", Buenos Aires, Editorial Depalma, 1994.
- 8.- CRESPI, "Comentario breve al Código Penal", Padua, 1986.
- 9.- CREUS, Carlos, "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996.
- 10.- DE DIEGO, Luis, "La comunicación a la Ponencia sobre el principio de legalidad y el uso de la oportunidad", Revista del Poder Judicial, N° VI, Madrid, 1989.

- 11.- DÍAZ, Landrove, "Victimología", Madrid, Editorial Reus, 1999.
- 12.- FOREGGER y SERINI, "Ley penal y procesal austríaca", Viena, 3ª edición, 1989.
- 13.- GARÓFALO, R., "Indemnización a las víctimas del delito", Madrid, Ediciones La España Moderna, 1929.
- 14.- GIMENO SENDRA, Vicente, "Fundamentos del Derecho Procesal Penal", Madrid, Editorial Reus, 1991.
- 15.- GREBING, "La reparación del ofendido en el Derecho Penal Alemán", Berlín, Revista Internacional de Derecho Penal, 1973.
- 16.- HORVITZ y LÓPEZ, "Derecho procesal penal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación", Santiago, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- 17.- HORVITZ y LÓPEZ, "Derecho procesal penal chileno", Santiago, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- 18.- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, "El Ministerio Público entre viejo y nuevo proceso", Santiago, Revista de Ciencias Penales, 1990-1993.
- 19.- INSTRUCTIVO GENERAL N° 11, sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo Código Procesal Penal, Fiscal Nacional del Ministerio Público, Santiago, 2002.
- 20.- INSTRUCTIVO GENERAL N° 57, sobre procedimiento abreviado, Fiscal Nacional del Ministerio Público, Santiago, 2001.
- 21.- JAUCHEN, Eduardo, "La prueba en materia penal", San Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1993.
- 22.- LARRAURI, Elena, "El papel de la víctima en el Derecho Penal Argentino", Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa América, 1996.
- 23.- LEVENE, Ricardo y FRANK, Jorge, "Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al proyecto de ley del Poder Ejecutivo de reforma al Código procesal penal de la Nación", Buenos Aires, Cámara de Diputados, 1989.
- 24.- MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal Argentino", Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989.
- 25.- MAIER, Julio, "La víctima y el sistema penal", en De los Delitos y las Víctimas, A.A.V.V., Editorial Ad-Hoc, 1ª Edición, 1992.
- 26.- MAIER, Julio, "Democracia y Administración de Justicia en Iberoamérica", Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993.
- 27.- ORÉ GUARDIA, Arsenio, "Manual de Derecho Proceso Penal", Lima, Editorial Alternativa, 1999.
- 28.- PAILLÁS PEÑA, Enrique, "Derecho Procesal Penal", Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1992.
- 29.- PEREIRA ANABALÓN, Hugo, "Alcance del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal", Santiago, Gaceta Jurídica, N° 56, 1992.

- 30.- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, "El Ministerio Público, Antecedentes de la Reforma Constitucional", Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1997.
- 31.- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, "La situación de la víctima en el nuevo proceso penal chileno", Santiago, Conferencia para las Jornadas Latinoamericanas sobre la víctima en el proceso penal, agosto del 2003.
- 32.- PIERRE MATUS, Jean, "La justicia penal consensuada en el nuevo Código Procesal Penal", Revista CREA, N° 1, Universidad Católica de Temuco, 2000.
- 33.- ROXIN, Claus, citado por GARCÍA DEL RÍO, Flavio, "El principio de oportunidad", Lima, Ediciones Legales, 2000.
- 34.- RUSCONI, Maximiliano, "División de Poderes en el Proceso Penal", Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 1996.
- 35.- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, "Justicia y Derechos Humanos", Materiales de Lectura, Lima, Ediciones CEAS, 1992.
- 36.- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, "Comentarios al Código Procesal penal", Lima, Ediciones IDEMSA, 1994.
- 37.- SANGRADOR, Matías, "La víctima y su categorización ante el delito", Bogotá, Editorial Temis S.A., 1984.
- 38.- SCARANCE, Antonio, "El papel de la víctima en el proceso penal", Sao Paulo, Editorial Malheiros, 1995.
- 39.- SCHULTZ, Karl, "Informe y anteproyecto para la revisión de la parte general y el Libro III del Código Penal Suizo", Berna, 1992.
- 40.- SOTO PIÑEIRO, Miguel, "Ministerio Público y Política Criminal", artículo publicado en "Ministerio Público para una nueva justicia criminal", Santiago, Universidad Diego Portales, Seminario Paz Ciudadana, 1994.
- 41.- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "El debido proceso: una perspectiva latinoamericana al concluir el siglo XX", Lima, I Congreso Nacional de Derecho Procesal del Perú, 1996.
- 42.- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "La situación de la víctima del delito en el Derecho Procesal Penal chileno", Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Editorial Depalma, 1997.