



UNIVERSIDAD DE CHILE.
FACULTAD DE DERECHO.
Departamento de Derecho Procesal.

VÍCTIMAS, PROCESO PENAL Y REPARACIÓN.

Los Derechos de las Víctimas en el marco de la
Constitución Política, los Tratados Internacionales y el
Código Procesal Penal.

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

JOSÉ FRANCISCO LEYTON JIMÉNEZ.

Profesor Guía: Sr. Cristián Maturana Miquel.

Santiago, Chile.
2008.

***A María Eliana y a José Iván.
A María Constanza.
A Matías Santiago.***

Con amor y esperanza.

ÍNDICE GENERAL.

	Página
RESUMEN	XII
INTRODUCCIÓN.	01
PRIMERA PARTE. LAS VÍCTIMAS EN LA DISCUSIÓN GLOBAL.	07
CAPÍTULO PRIMERO. PROCESO PENAL, VÍCTIMAS Y VICTIMOLOGÍA.	08
I.1.- EXISTENCIA Y FIN DEL PROCESO PENAL.	09
I.2.- EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.	20
I.2.1.- Conceptos.	20
I.2.2.- Participación histórica de la víctima en el proceso penal.	25
I.3.- APARICIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA.	34
I.4.- LA VICTIMOLOGÍA.	37
I.4.1.- Primeros antecedentes y trabajos académicos.	37
I.4.2.- Teorías Victimológicas.	41
I.4.2.1.- Los centros de interés en el estudio victimológico. Segunda Etapa científica	44
I.4.3.- Víctimología y Victimodogmática.	53
I.4.4.- Víctimología y Procesos de Victimización.	56
I.4.4.1.- Victimización Primaria.	57
I.4.4.2.- Victimización Secundaria.	57
I.4.4.3.- Victimización Terciaria o Desvictimización.	62

	Página
CAPÍTULO SEGUNDO.	
VÍCTIMAS, GLOBALIZACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL.	64
II.1.- EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL TRATAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS.	65
II.2.- VÍCTIMAS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.	71
II.3.- VÍCTIMAS Y DERECHO INTERNACIONAL.	78
II.3.1.- La Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia relativos a las víctimas de la criminalidad y del abuso de poder.	80
II.3.2.- El Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional.	87
II.3.3.- Carta Criminológica de Porto Alegre.	90
II.3.4.- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.	92
II.4.- VÍCTIMAS Y NORMATIVAS INTERNACIONALES.	99
II.4.1.- Proceso penal alemán y derechos de las víctimas.	101
II.4.1.1.- Desarrollo del Proceso Penal alemán.	101
II.4.1.2.- Estructura administrativa de Alemania y Fuentes del Derecho.	103
II.4.1.3.- Funcionamiento del Procedimiento penal y sujetos participantes.	106
II.4.1.4.- Participación de la víctima en el proceso.	110
II.4.1.4.1.- La Acción privada (<i>die Privtklage</i>)	112
II.4.1.4.2.- La Acción adhesiva o accesorio.	119
II.4.1.4.3.- Procedimiento de provocación de la acción.	118
II.4.1.4.3.1.- Procedimiento.	120
II.4.1.4.4.- Reparación del Ofendido.	122
II.4.1.4.5.- Derechos Anexos.	123
II.4.2.- Víctimas y Proceso Penal norteamericano	125
II.4.2.1.- Estructura administrativa norteamericana. Fuentes del Derecho.	125
II.4.2.2.- Normas penales y Procedimiento penal	127
II.4.2.3.- La víctima en el procedimiento penal estadounidense.	129

	Página
SEGUNDA PARTE.	
LAS VÍCTIMAS EN LA DISCUSIÓN NACIONAL.	136
CAPÍTULO TERCERO.	
VÍCTIMAS Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1907.	137
III.1.- MOTIVACIONES DEL PROCESO PENAL DE 1907.	138
III.2.- EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL CÓDIGO DE 1907.	140
III.2.1.- El Procedimiento Inquisitivo.	141
III.2.2.- Contexto político-jurídico en el que nace el Código de Procedimiento Penal de 1907.	142
III.2.2.1.- La necesidad de entender el proceso penal dentro de un contexto mayor al mero análisis normativo.	142
III.2.2.2.- Recepción del sistema inquisitivo en América Latina.	144
III.2.2.3.- El sistema inquisitivo en Chile y la creación del Código de Procedimiento Penal.	149
III.2.3.- Estructura del Código de Procedimiento Penal de 1907.	153
III.3.- LAS VÍCTIMAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1907.	157
III.3.1.- El derecho a la dignidad en su condición de víctima bajo el Código de Procedimiento Penal.	161
III.3.2.- Derecho a la reparación.	162
III.3.3.- Víctimas y derecho a la información.	167
III.3.4.- Víctimas y derecho a la protección.	168
III.3.5.- Víctimas y derecho a defensa letrada.	173
III.3.6.- Participación de la víctima en el desarrollo del proceso penal.	174
III.3.6.1.- Víctima y denuncia.	174
III.3.6.2.- Víctima y querrela.	178
III.3.6.3.- Víctima, reconocimientos y careos. Actividad probatoria.	178
III.3.6.4.- Víctima y conclusión del sumario. Posibilidades en el plenario.	183
III.3.6.5.- Víctima y sentencia definitiva.	185

	Página
CAPÍTULO CUARTO.	
VÍCTIMAS Y REFORMA PROCESAL PENAL DE 2000	187
IV.1.- LA NECESIDAD DE LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.	188
IV.1.1.- Ideas Generales.	188
IV.1.2.- La modernización del Estado y la modernización de la justicia.	192
IV.2.- PRINCIPALES CRÍTICAS AL PROCEDIMIENTO DE 1907.	197
IV.3.- ORIENTACIONES BÁSICAS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL.	200
IV.4.- PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL VIGENTE.	202
IV.5.- LAS VÍCTIMAS BAJO LA REFORMA PROCESAL PENAL.	207
IV.5.1.- La Constitución Política como norma suprema y el proceso penal.	209
IV.5.1.1.- Derechos de las víctimas en el plano constitucional internacional.	214
IV.5.1.2.- Las reformas introducidas por la Ley 19.519.	216
IV.5.1.3.- Derechos de las víctimas bajo la Constitución Política vigente.	218
IV.5.1.3.1.- Derecho constitucional de la dignidad de la persona humana.	218
IV.5.1.3.2.- Derecho constitucional de las víctimas al debido proceso penal de derecho en el marco penal.	221
IV.5.1.3.2.1- Derecho constitucional de las víctimas a la igualdad ante la justicia.	225
IV.5.1.3.2.2.- Derecho constitucional de las víctimas a un tribunal independiente e imparcial.	228
IV.5.1.3.2.3.- Derecho constitucional de las víctimas a un juicio sin dilaciones indebidas.	230
IV.5.1.3.2.4.- Derecho constitucional de las víctimas a la tutela judicial efectiva.	231
IV.5.1.3.2.5.- Derecho constitucional de las víctimas a la defensa.	232
IV.5.2.- Las víctimas en el Código Procesal Penal vigente.	236
IV.5.2.1.- Las controversias en la doctrina en torno a la participación de las víctimas en el proceso penal.	236

	Página
IV.5.2.2.- Concepto de víctima.	242
IV.5.2.2.1.- Víctima, ofendido y perjudicado.	242
IV.5.2.2.2.- Concepto de víctima en el Código Procesal Penal.	245
IV.5.2.3.- El derecho a la acción bajo el nuevo esquema procesal penal.	251
IV.5.2.4.- La consagración de la víctima como interviniente en el Nuevo proceso penal chileno.	255
IV.5.2.5.- Los derechos de la víctima plasmados en el Artículo 109 del Código Procesal Penal.	258
IV.5.2.5.1.- Derecho de la víctima a ser atendida.	261
IV.5.2.5.2.- Derecho de la víctima a recibir un trato digno	263
IV.5.2.5.3.- Derecho de la víctima a denunciar el delito.	266
IV.5.2.5.4.- Derecho de la víctima a ser informada.	268
IV.5.2.5.5.- Derecho de la víctima a solicitar y recibir protección.	271
IV.5.2.5.5.1.- La División de Atención a las Víctimas y Testigos del Ministerio Público.	276
IV.5.2.5.6.- Derecho de la víctima a obtener reparación.	281
IV.5.2.5.7.- Derecho de la víctima a ser escuchada.	282
IV.5.2.5.8.- Derecho de la víctima a presentar querrela.	286
IV.5.2.6.- Posición y calidad de la víctima en el Juicio Oral.	289
IV.5.2.6.1.- Víctima y Testigos en el Juicio Oral.	289

	Página
TERCERA PARTE.	
LOS MODELOS DE REPARACIÓN PENAL.	295
CAPÍTULO QUINTO.	
VÍCTIMAS Y REPARACIÓN.	296
V.1.- LA REPARACIÓN COMO UNA NECESIDAD DE PAZ SOCIAL.	297
V.1.1.- La dificultad a la hora de hablar de reparación.	297
V.2.- LOS PRINCIPALES MODELOS DE REPARACIÓN PENAL.	303
V.2.1.- La reparación como una pena del Estado.	306
V.2.2.- La reparación como un incentivo.	310
V.2.2.1.- La reparación como atenuante bajo el Código Penal chileno.	312
V.2.3.- La reparación como una tercera vía.	314
CAPÍTULO SEXTO.	
VÍCTIMAS Y ACUERDOS REPARATORIOS.	322
VI.1.- LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL CHILENO.	323
VI.1.1.- Concepto y Características.	326
VI.1.2.- Requisitos de procedencia.	327
VI.1.3.- Objeto del Acuerdo Reparatorio.	332
VI.1.4.- Tramitación legal.	332
VI.1.5.- Oportunidades de celebrarse.	336
VI.1.6.- Problemas y beneficios.	336
CONCLUSIONES.	339

	Página
ANEXOS	350
1.- Oficio N° 145 del Fiscal Nacional, que orienta a los Fiscales del país en el tema de la citación de las víctimas a las audiencias del proceso penal.	351
2.- Oficio N° 337 del Fiscal Nacional, que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N° 11, sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal.	360
BIBLIOGRAFÍA	382

RESUMEN.

Se presenta un estudio acucioso acerca de la víctima como sujeto pasivo del delito y las distintas particularidades que presenta en el proceso penal. Para ello, se comienza realizando un análisis descriptivo del proceso penal, de sus fines más importantes, desembocando en la idea fundamental de que no es posible concebir ni entender a las normas procesal penales si no son capaces, en un Estado de Derecho, de restaurar la paz social quebrantada por el delito, y entregarle a la víctima un papel digno, propio del rol subsidiario que le compete al Estado, incluso por mandato constitucional.

Posterior a ello, se estudia la normativa internacional y nacional en torno a las víctimas, con las diferencias que presenta entre los distintos Estados la visión del ofendido y de su participación en el proceso penal. Como corolario de ello, se dedican páginas al análisis de acerca de si la participación de la víctima ha sido beneficiosa o no para lograr procesos penales más justos y certeros en cuanto a la represión del delito y el restablecimiento de la norma.

Finalmente, se analiza la reparación, como un elemento hermano de la pena, que intenta devolver a las víctimas a la situación anterior. Se concluye con un estudio a la institucionalidad de los “Acuerdos Reparatorios”, que el legislador de 2000 incluye en el Código del ramo.

Sin lugar a dudas la participación activa de la víctima en el proceso penal genera beneficios, ya que esta no puede ser tomada como mero objetivo de prueba. Su papel, como preocupación del Estado, debe estar siempre orientado en torno a la idea de la dignidad del ser humano y el respeto a sus derechos humanos, vulnerados por el delito cometido.

“Pensamos en la Inquisición evocando grilletes, hierros candentes, mazmorras y alaridos de dolor. Pero la esencia de la Inquisición no yace en esta idea del sufrimiento. La Inquisición consiste en perseguir almas descarriadas y el papel de los jueces consiste en descubrirlas para lograr la expiación del pecado. El derecho inquisitorio confunde al delito con el pecado y el proceso penal está teñido por esta falta de diferenciación.

*Hay dos maneras en que, por perseguir el pecado, el Derecho penal afecta seriamente nuestra dignidad; una es de fondo y la otra de forma. La persecución del pecado es esencialmente perfeccionista: lo perseguible criminalmente no consiste esencialmente en dañar a otro; la función de la coerción estatal debe dirigirse a castigar a aquellos que se apartan de ciertos ideales de excelencia. No castigamos el consumo de drogas, el menosprecio a los símbolos patrios o las exhibiciones obscenas porque ocasionen daños. Perseguimos estas acciones porque constituyen síntomas de espíritus aviesos, de actitudes pecaminosas. La condena no recae sobre el acto, recae sobre la persona desobediente. De esta premisa se sigue que la víctima carece de importancia; el delincuente no actúa contra sus congéneres, sino que desobedece a Dios. Este olvido del que sufre el daño priva al derecho de la misión de dignificar a la víctima a través de la condena del transgresor. Si el Derecho penal sirve para algo en una sociedad secular, este algo consiste en prevenir daños y, al suceder los daños, en devolverle a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos. **El chantajeado, el violado y la persona transformada en cosa por la violencia merecen un remedio institucional redignificante. Este remedio es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso. Llamo a esta versión del derecho, ‘derecho protector’. En cambio, el ‘derecho perfeccionista’ no cumple esta misión”***

Jaime Malamud Goti.

INTRODUCCIÓN.

El tema del tratamiento a la víctima a nivel nacional y en los países que inspiran a nuestra codificación procesal penal ha tenido un gran vuelco en las décadas pasadas. Durante muchos años, el esquema del proceso penal giró en torno al estudio y tratamiento del delincuente, el infractor de la norma, el cual, a través de la realización del hecho ilícito y contravenir el mandato de conducta impuesto por el legislador, más allá de producir un daño particular, genera una lesión al ordenamiento jurídico todo. En razón de ello, es que el estudio giró en torno a la delincuencia, sus causas, esquemas de rehabilitación del infractor, y a como, en definitiva, se lograba tener una sociedad cada vez con menores índices de criminalidad. La política criminal de los Estados giraba en torno a esta situación, siendo la delincuencia y sus efectos, materia de instrumentalización política por parte de las autoridades nacionales.

Esto ha cambiado en los últimos años. La víctima hoy ha recobrado un sitial privilegiado, en razón de que es protagonista de la acción penal, y en cuanto tal, tiene derechos en el desenvolvimiento del proceso. Los Códigos procesal penales han sido capaces de reconocer en el ofendido del delito normas acerca de la marcha de la persecución penal, y no a ser un mero testigo de éste, un mero objeto de prueba, como era su tratamiento en legislaciones como la que rigió a Chile bajo el Código de 1907. Todo ello ha sido acompañado de una vasta literatura jurídica y sociológica, que ha estudiado a la víctima y su entorno, surgiendo disciplinas como la victimología, que estudia a éstas desde una perspectiva científica; y la victimodogmática, que incluso estudia la propia responsabilidad de la víctima en la comisión del delito.

Por tanto, y en mérito de lo anteriormente expuesto, es que es del todo pertinente un estudio acucioso del papel que hoy tiene la víctima en nuestro Derecho procesal penal, y más aún, una revisión somera, pero no por ello menos acuciosa, del desarrollo de la victimología como disciplina científica. Los trabajos que han sido preparados en nuestro país, a nivel de memorias de grado, no han sido capaces de ofrecer un desarrollo total y esquemático de los nuevos derechos de la víctima en el

proceso penal que rige a nuestro país escalonadamente desde 2000. Muy por el contrario, se han encargado de enumerar artículos de la legislación en donde se cita a la víctima, a analizar legislaciones de países como Paraguay, para ver el tratamiento que se le da a ésta, sin considerar el real impacto que estos países han tenido o no, en la redacción de nuestras normas procesales. Finalmente, no logran entregar una estructura ordenada que pueda analizar el Derecho nacional con el comparado, sino que simplemente, se los muestra como caras que van por caminos paralelos. Todo ello, sumado a que no han considerado como el Derecho internacional se ha preocupado del tema, y que incluso Naciones Unidas ha generado en 1985 una declaración acerca del tratamiento de la víctima. Así, pretendemos desarrollar una investigación que pueda aclarar el papel real y actual que juega la víctima, ver su desarrollo histórico en el proceso penal, el cómo ésta es despojada por el Estado del proceso mismo, y que problemas hay, de *lege lata*, y qué soluciones pueden ofrecerse, de *lege ferenda*.

A este respecto, innova el Código Procesal Penal de 2000 cuando es capaz de definir a la víctima del delito. En mérito de esta misma idea, es que son innumerables las normas de este cuerpo legal que se refieren a ella.

En este mismo sentido, cobra razón el recordar como la doctrina reconoce en la dignidad humana, en el derecho a ésta, a uno de los pilares más esenciales que reconocen los ordenamientos jurídicos al ser humano, ya que de allí derivan una infinidad de otras garantías. Este derecho se veía truncado en el anterior ordenamiento procesal penal, ya que lo robusto de la persecución penal pública dejaba casi absolutamente en manos del Estado la decisión de la persecución penal. Más que el daño, lo importante era la ofensa al legislador y su norma, siendo los derechos de la víctima, residuales y escasos. Sólo se tendía a minimizar las consecuencias perjudiciales del delito y a resguardar al ofendido, como asimismo, asegurar las responsabilidades civiles (Artículos 7º y 380 del Código de Procedimiento Penal de 1907).

En atención a esta idea, este derecho a la dignidad del ser humano, es que en el marco del proceso penal, hoy pueden esquematizarse consagraciones a nivel legal de este derecho constitucional, como lo es la igualdad ante la justicia, expresada en el derecho de la víctima a formular alegaciones y presentaciones en igualdad de condiciones a los demás intervinientes; derecho a un tribunal independiente e imparcial, dividiendo las funciones de investigación, acusación y juzgamiento en órganos diferenciados; derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, expresado por ejemplo, en que todos los intervinientes pueden solicitar el cierre de la instrucción; derecho a la información, derecho al trato digno, etcétera.

Como vemos, nuestro Código, es capaz a través de sus normas, de crear un conjunto ordenado y sistémico capaz de ver a la víctima como un protagonista del proceso, y no, como un mero testigo que recibe la acción delictual, para después reproducir estos hechos frente al Estado, la verdadera víctima del delito en el sistema inquisitivo.

Por lo anterior, y dado lo novedoso del Código, es que se hace necesario realizar un estudio acucioso acerca de la aplicación práctica que ha podido tener toda esta nueva normativa, el cómo ha sido recepcionada tanto por la doctrina como por la judicatura esta institucionalidad, y en definitiva, el sí es posible hablar hoy de una nueva forma de ver y entender a las víctimas del delito, teniendo siempre presente que el Estado está protegido y revestido por el uso del *ius puniendi*, para consagrar la vigencia de la norma; el imputado debe ejercer sus armas en contra de este coloso y la víctima, estaba, al menos antes, desprovista de toda participación en este binomio.

Dados los antecedentes recién enunciados, ¿Es correcto sostener que la víctima del delito ha experimentado un avance real y efectivo en cuanto a sus derechos en el procedimiento, considerando el papel que desempeñaba en el sistema inquisitivo del Código de 1907?

De allí se desprenden múltiples interrogantes, por ejemplo: ¿Cómo surge la victimología, cuáles son sus orígenes y principales exponentes, en los pasados años y

hoy?, ¿Cuáles son los primeros cambios que ve la legislación occidental en sus procedimientos penales para reconocer a la víctima como protagonista del sistema?, ¿Por qué la víctima perdió el papel que antes tenía en el proceso?, ¿Cuáles son los principios básicos que estructuran la reforma procesal penal expresada en el Código de 2000?, ¿Qué inspiración tienen las normas que reconocen derechos a la víctima en este cuerpo normativo?, ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial de estas normas en los últimos años?, ¿Cómo las víctimas han ejercido los derechos contemplados en la legislación positiva?, ¿Qué falta aún por hacer?, etcétera.

Por tanto, será objetivo principal de la presente memoria de grado, el analizar críticamente la participación de las víctimas en el proceso penal, tanto histórico como presente, llegando al Código Procesal Penal de 2000, para ver si éste ha beneficiado o no a la víctima del delito, en cuanto a sus posibilidades de participación en el proceso penal.

Como objetivos específicos, se contemplan:

- a) Analizar el desarrollo histórico de la participación de la víctima en el proceso penal,
- b) Analizar el desarrollo de la victimología como disciplina científica,
- c) Analizar la participación de la víctima en el Derecho comparado que sirva de inspiración a nuestra codificación procesal penal,
- d) Analizar la influencia del tratamiento a la víctima del delito a nivel de Derecho internacional,
- e) Analizar y comentar críticamente los derechos de que goza actualmente la víctima en nuestro Código de 2000 y,
- f) Analizar la discusión doctrinaria actual de la reparación penal, desembocando en un estudio crítico de los “Acuerdos Reparatorios” que contempla el actual legislador procesal penal.

La hipótesis que se manejará expresará que el Código Procesal Penal de 2000 ha entregado derechos a la víctima que ésta antes carecía, y con ello, la ha situado en un lugar privilegiado para participar activamente en el proceso penal.

La estructura del trabajo está ordenada en tres partes; la primera, llamada **Las Víctimas en la Discusión Global**, estudiará a la víctima a través de las diferentes disciplinas científicas y le dará una connotación internacional al tema. Se dividirá en dos capítulos:

- Capítulo Primero, **Proceso Penal, Víctimas y Víctimología**. Allí se hará un análisis exhaustivo al proceso penal, a sus finalidades históricas y presentes en un Estado de Derecho. Se estudiará a la Víctimología como disciplina científica, a sus distintas corrientes de opinión y los diferentes tipos de victimización que los especialistas han sido capaces de separar y distinguir; y,
- Capítulo Segundo, **Víctimas, Globalización y Derecho Internacional**. En este apartado se verá el desarrollo de la víctimología en el mundo, y en como los distintos Estados han sido capaces de recepcionar los planteamientos de defensa de las víctimas en sus legislaciones. Se estudiará con detalle a los más importantes instrumentos positivos internacionales que han sido creados en las últimas décadas para situar en un nuevo lugar a las víctimas del delito.

La segunda parte, denominada **Las Víctimas en la Discusión Nacional**, entrará de lleno a analizar la participación de la víctima en nuestro país. También está dividida en dos capítulos:

- Capítulo Tercero, **Víctimas y Código de Procedimiento Penal de 1907**. Se estudiará con detalle la participación de las víctimas bajo el sistema inquisitivo que rigió a nuestro país durante casi un siglo. Se tendrá especial atención en las falencias y oportunidades que el sistema procesal ofrecía a las víctimas; y,

- Capítulo Cuarto. **Víctimas y Reforma Procesal Penal de 2000.** Este capítulo es uno de los centrales del trabajo. Se analizará en detalle los derechos que el nuevo sistema procesal entrega a las víctimas, sus conceptos, posibilidades de participación en las diversas audiencias que el sistema contempla y la interesante discusión doctrinaria que ha traído esta vuelta de mano a las víctimas bajo el Código hoy vigente en Chile.

La última y tercera parte, llamada **Los Modelos de Reparación Penal**, se abocará al análisis de la reparación como complemento necesario e indispensable de la sanción penal. Está también dividida en dos capítulos:

- Capítulo Quinto. **Víctimas y Reparación.** Se estudiará a la reparación penal, analizando los diferentes modelos planteados por la doctrina y recogidos por los Estados; y finalmente,
- Capítulo Sexto. **Víctimas y Acuerdos Reparatorios.** En este apartado se verá la recepción de la reparación en Chile, estudiando particularmente la institución de los “Acuerdos Reparatorios”, que contempla el Código Procesal Penal vigente.

Finalmente, es del caso señalar que la metodología de investigación utilizada será histórica, para el análisis pertinente de los diversos procesos penales, así como la inclusión del ofendido en ellos; sistemática, para ver el funcionamiento de la institucionalidad en sí; e inductiva, con carácter comparativo, ya que se cotejarán los resultados obtenidos en la investigación, tanto en lo que respecta al Derecho internacional, como al propio Derecho histórico patrio.

**PRIMERA PARTE.
LAS VÍCTIMAS EN LA DISCUSIÓN GLOBAL.**

CAPÍTULO PRIMERO.

PROCESO PENAL, VÍCTIMAS Y VICTIMOLOGÍA.

I.1.-EXISTENCIA Y FIN DEL PROCESO PENAL. I.2.- EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. I.3.- APARICIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA. I.4.- LA VICTIMOLOGÍA.

I.

CAPÍTULO PRIMERO.

PROCESO PENAL, VÍCTIMAS Y VICTIMOLOGÍA.

“Where we once saw an offense against society, we now see an offense against an individual victim of crime. In a way, it is a common sense view of crime. The armer robber did not rob society: he robbed his victim. His debt, therefore, is not to the society; it is to the victim”¹.

I.1.-EXISTENCIA Y FIN DEL PROCESO PENAL.

Pocos años atrás, el H. Diputado Sr. Maximiano Errázuriz propuso al país como medida punitiva para los delitos sexuales, en dónde se viesen envueltos atentados contra menores de edad, lejos los que la sociedad más repudia, la

¹R. E. BARRET, citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación*, en Poder Judicial, Nº 45, 1997, Pág. 187.

castración química para el infractor². Tal fue el impacto social que desencadenaron estas declaraciones, sobretudo proviniendo de un conocido jurista y político y por tanto, líder de opinión, que tiempo después un sujeto procesado por pedofilia³, solicitó para sí esta peculiar pena en razón de estar enfermo, y por ende, no poder evitar el infringir daño a sus semejantes.

Quiero comenzar estas páginas con este comentario, que no deja de sorprender en la sociedad del año 2006, para ejemplificar el cómo muchas veces lo que consideramos como estudiosos del derecho, razones fundamentales para estructurar una determinada concepción del sistema jurídico, y más aún, de un sistema procesal penal, no son siempre claras para el resto de la población, que cree ver en las grandes penas, incluso físicas como la que se propuso, la solución a los graves problemas que el delito causa en la sociedad actual. Peor aún, nuestro país, jamás ha tenido a lo largo del Siglo XX, menos antes, una política criminal⁴ clara, siendo el aumento de las penas privativas de libertad en los tipos, la solución política frente al incremento del delito.

Esta falta de planificación estructural a la hora de entregar respuestas al aumento de los índices de criminalidad, las declaraciones de las autoridades políticas, muchas veces reforzando la idea de que el aumento de las penas trae

²Boletín 3326-07 ingresado a la H. Cámara de Diputados el día jueves 28 de agosto de 2003. Actualmente se encuentra en su primer trámite constitucional en la Comisión de Legislación, Constitución y Justicia de dicha Corporación.

³ Rafael Maureira, más conocido como "Zacarach", líder de la red internacional de pedofilia "Paidos", quien señaló en una información consignada por el matutino La Tercera el pasado 27 de abril de 2006, "*Estoy solicitando la castración química, que me ayuden para poder hacérmela. Quiero rehabilitarme*".

⁴ Podemos definir a la política criminal como la estrategia de la que se vale el Estado a través de sus órganos de persecución penal para enfrentar el fenómeno de la criminalidad. Se integra a través de elementos fácticos y valorativos, más los objetivos a lograr. Así, necesita tanto los presupuestos como los objetivos e instrumentos, encontrándose estos compenetrados y orientados hacia un fin determinado. En razón de estas ideas, es posible plantear que nunca Chile ha tenido una política criminal. Para profundizar esta idea, de la falta de política criminal en Chile, vid., MERA FIGUEROA, Jorge. *¿Tuvo Chile una política criminal durante el siglo XX?* En Revista de Derecho de la Universidad Mayor N°2, noviembre de 2003.

la disminución del delito⁵; la sobrepoblación de nuestras cárceles, en dónde los reclusos no pueden optar a instancias de resocialización, ya que viven en condiciones infrahumanas; y la opinión mayoritaria dentro de la población de que la “mano firme” es la respuesta decidida y efectiva contra quienes cometen delitos, son los síntomas más claros de que nuestro ordenamiento institucional no posee una estructura uniforme para enfrentar el delito, y que el Código Penal, como norma sustantiva, el Código de Procedimiento Penal primero, y el Código Procesal Penal, hoy, como norma adjetiva, son los elementos de los que se vale el legislador para dar una señal, más que al delincuente, sino que a la población misma, de que algo se está haciendo. El problema, es que este “algo”, está lejos de entregar respuestas efectivas para disminuir los índices de criminalidad. El Derecho penal, y el procesal penal, son las herramientas

⁵ Esto último es altamente preocupante en la sociedad actual. La subordinación del derecho a lo político, propio de un Estado de Derecho democrático, encuentra muchas veces respuestas ilógicas, apasionadas por captar el clientelismo de los votantes. A este respecto, Peter-Alexis Albrecht nos dice: “En el ámbito de la discusión pública sobre los problemas sociales puede considerarse como una tendencia generalizada en todos los partidos políticos la reacción permanente e inmediata la llamada al Derecho penal. Las actuales demandas de criminalización han sido y son formuladas en relación con el debate sobre la protección de datos, la amenaza a la naturaleza a través de la explotación destructora de la tierra, el aire y el agua, los peligros de la tecnología genética, la proliferación de mujeres extranjeras en la prostitución, etc. Asimismo, la difusión en los medios de comunicación de las imágenes sobre las víctimas de las peleas de perros condujo inmediatamente a un proyecto de ley para castigarlas; también los escándalos relacionados con el “doping” de deportistas de élite motivaron los esfuerzos para sancionarlos. Aunque es más que cuestionable que el Derecho penal pueda solucionar éstos y otros problemas sociales tan complejos, sí puede constatar que sin lugar a dudas el Derecho penal posee actualmente el carácter de *arma política*”. Como vemos, la sociedad actual necesita de respuestas inmediatas, creyendo que todo es riesgo, que todo es peligro y que frente a ello, es necesario “*enjaular*” a quienes parecen ser estas fuentes de peligro. Es lo que acertadamente el catedrático español de la Universidad Pompeu Fabra, Jesús María Silva Sánchez ha optado por denominar como “la sociedad del riesgo”, que tuvo, entre otras peligrosas manifestaciones, a la “guerra preventiva” que inició George Bush II. Para ver más, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª Edición, Civitas, 2001, y en la misma idea, MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Civitas, Madrid, 2001. También pueden consultarse, Díez Ripolléz, José Luis, *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*. En *Modernas tendencias en ciencia del Derecho penal y en la criminología*. Congreso Internacional sobre modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, VVAA, UNED, Madrid, 2001; BERGALLI, Roberto. *Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*. En *Sistema penal y problema social*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; y el Artículo del Dr. Raúl Núñez Ojeda, *Los procedimientos del Derecho penal moderno y del Derecho penal clásico*. En *Estado de Derecho y Reformas a la Justicia*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Heilderberg Center para América Latina; Proyecto de Reforma Judicial, GTZ, Chile, 2005. Pp. 80 y ss. Finalmente, las palabras de Hassemer resumen todo lo expuesto: “Violencia, riesgo y amenaza constituyen hoy fenómenos centrales de la percepción social. La seguridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico y alimenta una creciente industria de la seguridad”. En HASSEMER, Winfred. *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación y procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Traducción de Patricia S. Sèller, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003. Pp. 50-51.

utilizadas por el poder político para dar señales a la ciudadanía. El Derecho inexorablemente está subordinado a lo político y a sus particulares representantes⁶.

Nos olvidamos frecuentemente de que el delito es connatural a la vida en sociedad. Sus reminiscencias están presentes en cada esquina de nuestras calles, en cada paso que damos en las ciudades. Ahí está la sociedad estructurada, con sus desigualdades y diferencias, que no es capaz de comprender que el hombre y el delito muchas veces son realidades que van de la mano, unidos por siempre. Las estrategias de la política criminal que no entiendan esta realidad estarán condenadas al fracaso, ya que no serán capaces de entender que el delito no acaba, más aún, adquiere nuevas formas de desarrollo y manifestación.

La política criminal debe ir de la mano de una manifestación procesal para enfrentar las infracciones que se van cometiendo. El proceso penal es la “forma” creada por el hombre para el descubrimiento del delito, su negación, y la posterior aplicación de una sanción, una pena, por haberse contravenido una norma de conducta general y abstracta. En las sabias palabras del profesor argentino Alberto Binder⁷, presentando su *“Introducción al Derecho Procesal Penal”*, nos señala que:

“Este libro es una introducción al estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos unos a otros dentro de unas jaulas.”

⁶ Para ahondar más en la subordinación del derecho a lo político, ver el Artículo del Profesor de nuestra Escuela, Don Fernando Atria, *El derecho y la contingencia de lo político*. Revista CEP, Santiago, 2004, Pp. 319 y ss.

⁷ BINDER M. Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina, julio 2000. Pág. 19.

Al final de todo esto está la cárcel y la cárcel es una jaula para encerrar humanos”.

Es fuerte la expresión del jurista argentino, pero entronca con una realidad innegable. El estudio del Derecho procesal penal es en esencia esto: El cómo se aplican las penas, para en definitiva, existiendo el delito y su autor, y cumpliéndose los requisitos legales, enviarlo a una prisión a sufrir una pena privativa de libertad. Es el estudio de este proceso, el cómo intervienen quienes están llamados a participar y en definitiva el cómo se respetan o no, los derechos y garantías de los sujetos intervinientes. Por alguna razón, que creemos se relaciona con nuestra historia marcada por el autoritarismo, es que la población ve en las garantías un obstáculo para el logro del trabajo del Poder Judicial. En razón de ello es que el imputado, el acusado por el delito, es culpable socialmente, mucho antes de la sentencia condenatoria que así lo declara.

Decíamos que el delito es connatural a la idea de sociedad. En palabras de Hans-Heinrich Jescheck, citado por Aury Lima Lopes (sic), “A la larga, subsistir por sí solo, antes bien debido a la naturaleza de sus condiciones existenciales, todas las personas dependen del intercambio, la colaboración y confianza recíproca”⁸. El hombre no es capaz de alcanzar su plenitud solo, aislado de sus congéneres, por lo que se ve obligado a relacionarse con otros. Asimismo, en mérito de que hay insatisfacciones con estos otros, con quienes debe relacionarse, es que surgen conflictos y problemas.

Así, el concepto de paz social que se autoimpone en un momento determinado un grupo específico para su propia comunidad, no es otra cosa

⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, p.1 en LIMA LOPES, Aury. *Fundamento de la Existencia del Proceso Penal*, Revista de Derecho Procesal, Madrid, España. 2000, N° 1. Pág. 21.

que el nacimiento mismo del Derecho Penal. Sus normas buscan retrotraer a la comunidad al momento anterior al de la ocurrencia de la infracción que trajo un daño a esta paz social, y sólo con el restablecimiento de ésta, la comunidad seguirá creyendo en sus normas y en el derecho⁹. Estos valores de la comunidad, su concepto de paz social, se plasman en los tipos penales. El infractor, al cometer el hecho que desencadena esta reacción del grupo, sufre una pena por su acción, que es el resultado del disvalor de este hecho. La pena o la medida de seguridad, según sea el caso, es la exteriorización de estas ideas, buscando fines preventivos y resocializadores, dependiendo de la orientación político-criminal de cada sociedad en particular.

Como bien lo señala Lima Lopes, “Al contrario del Derecho privado, el Derecho Penal no tiene actuación ni realidad concreta fuera del proceso correspondiente. Para que pueda imponerse la pena no sólo es necesario que haya infracción (delito o falta), sino también es necesario que exista previamente el debido proceso penal. La pena no sólo es un efecto jurídico, sino a la vez es un efecto del proceso, pero el proceso no es efecto del delito, sino de la necesidad de imponer la pena al delito por medio del proceso. Podrá existir proceso sin delito –pero es necesaria una afirmación de su existencia, aunque unilateral- porque la actividad procesal se destina a comprobar si existió aquel. El proceso no es efecto del delito; sin embargo, la posibilidad de la pena depende, además de que exista el delito, de la existencia efectiva y total del proceso. Si el proceso termina antes de desarrollarse completamente, mediante un acto distinto de la sentencia (sobreseimiento, suspensión, etc.) no puede imponerse pena alguna”¹⁰.

⁹ Esto ha sido llamado por la doctrina penal como *prevención general positiva*, en que la sociedad reafirma sus valores y la adhesión a la norma a través de la imposición de la pena.

¹⁰ LIMA LOPES. Op. Cit. Pág. 22.

La concepción de la idea, del concepto y desarrollo del proceso penal, y de su efecto más próximo, esto es, la aplicación o no de una pena, van señalando de una manera clara y precisa la evolución misma de la historia del hombre, de su articulación política y de su plasmación tanto normativa como social de las garantías de los individuos. El Código Penal y sus normas más allá de señalar las conductas prohibidas por el legislador, amenazando con una pena en caso de contravenirlas, es un catálogo para ante el Estado mismo, en el sentido de que no podrá vulnerar los derechos de las personas más allá de cuando las mismas leyes lo permitan. La idea y principio de *última ratio* del Derecho Penal tiene una consagración fuerte a través de esta idea, ya que la violencia estatal, la privación de libertad de los individuos en cárceles, las “jaulas” de las que habla Binder, deben ser siempre el último recurso del que se vale la sociedad para mantener su concepto de paz social.

A través del proceso penal, en un modelo acusatorio como el que se ha implementado en nuestro país, el Estado a través del Ministerio Público debe ser capaz de probar aquello que afirma cuando intenta aplicar una sanción a una persona determinada. La evolución de la historia ha traído diversas concepciones en torno a este acápite. Por un lado, existen tendencias conservadoras proclives a un Derecho Penal máximo, en dónde los castigos deben ser impuestos sin una fuerte carga probatoria por parte del Ministerio Fiscal (Público), con fuertes penas y en dónde las garantías de los intervinientes en el proceso son mínimas, siendo el derecho del Estado a la pena, lo más importante¹¹. Por otra parte, la tendencia radicalmente contraria, del Derecho Penal mínimo, postula el irrestricto respeto a las garantías de los sujetos intervinientes y a una aplicación de las penas sólo como última

¹¹ Estas son las tendencias conservadoras que se ven a diario por radio y televisión a través de las declaraciones políticas que buscan en las normas penales una señal para mantener tranquila a la población del fenómeno delictual.

necesidad. Esta tendencia, garantista¹², es la afirmación de los regímenes democráticos, de la separación de poderes y del avance en la historia de la concepción del Estado de Derecho, como consagración del respeto a los Derechos Humanos, tanto de los procesados como de quienes no tienen tal carácter.

Hoy, la facultad del Estado de penar a los individuos se debe a la evolución de diversas formas en que los sujetos han reaccionado frente al delito. Con la supresión de la venganza privada, propia de los modelos primitivos, se van implantando criterios de justicia para la aplicación de las sanciones. Volviendo a Lima Lopes, “El Estado como ente jurídico y político recaba para sí el derecho (y también el deber) de proteger a la comunidad e incluso al propio delincuente como medio de cumplir su función de proporcionar el “bien común”, que se vería afectado por la trasgresión del orden jurídico penal a causa de la conducta delictiva. En la medida en que el Estado se fortalece, consciente de los peligros que encierra la autodefensa, asumirá el monopolio de la justicia, produciéndose no sólo la revisión de la naturaleza contractual del proceso, sino la prohibición expresa para los ciudadanos de tomarse la justicia por su mano”¹³.

El proceso, el debido proceso de derecho es, y debe ser siempre, el instrumento por excelencia del que se vale el Estado para el respeto de los Derechos Humanos y las garantías individuales. A juicio de Roxin, el proceso “jurídicamente reglado”, comprende tres ideas: Sus prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del Derecho Penal material de

¹² La tendencia se hizo conocida mundialmente gracias al trabajo de dos grandes penalistas, Luigi Ferrajoli y Alejandro Baratta. Los principios, pueden conocerse en la obra de este último, *Principios de Derecho penal mínimo*. En *Criminología y sistema penal*, Compilación *in memoriam*, Editorial B. de F., Buenos Aires, Argentina, 2004. Pp. 299-333. Para aproximarse, Vid., *Una Aproximación al concepto de garantismo penal*, RAFECAS, Luis Eduardo. Consulta *on line* [Consulta: 13 de junio de 2006]. http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=3&PHPSESSID=2167df06f554aef518fec4c58c6ca83e

¹³ LIMA LOPES. Op. Cit. Pág. 22.

acuerdo con la forma que corresponde a las circunstancias de hecho demostradas; simultáneamente ellas deben trazar los límites fijados al derecho de intervención de las autoridades de la persecución penal en protección de la libertad del individuo; y finalmente, ellas deben lograr la posibilidad, a través de una decisión definitiva, de restablecer la paz jurídica quebrantada¹⁴. Así, los principios de juicio previo, no culpabilidad, irretroactividad de la ley procesal penal, juez natural, prohibición de comisiones especiales, imparcialidad, independencia judicial, inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio, *ne bis in ídem* (inadmisibilidad de la persecución penal múltiple), derecho a no declarar contra uno mismo, prohibición de tortura y apremios ilegítimos, etcétera¹⁵, son manifestaciones de un proceso penal imbuido del respeto a los derechos de las personas, de los intervinientes, y en dónde la aplicación final de la pena es sólo la última forma en que el Estado se vale para asegurar su protección y defensa. Estas ideas, probablemente, por la falta de enseñanza hacia la población y lo cerrado de la academia universitaria, en el sentido de que los estudios doctrinarios muy pocas veces son volcados hacia la comunidad, es que son consideradas excesivas por la mayoría de las personas, que, como decíamos al principio, creen ver en la aplicación de estos principios, un retroceso en la lucha contra la criminalidad.

Para Roxin¹⁶, la meta inherente al proceso penal debe, acerca de la decisión de punibilidad del imputado, alcanzar a ser:

- Materialmente correcta;
- Obtenida en conformidad al ordenamiento jurídico; y,
- Ser capaz de restablecer la paz jurídica.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000. Pág. 3.

¹⁵ BOVINO, Alberto. Op. Cit. Pág. 10.

¹⁶ ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág. 3.

La sentencia no debe llegar por cualquier forma. Debe estar motivada por un previo proceso penal de derecho. Siguiendo al autor en comentario, “Una tarea esencial del Derecho Procesal Penal consiste en ponderar, en las resoluciones incorrectas desde el punto de vista formal o del contenido, los tres criterios descritos y en establecer pautas jurídicas para determinar, en el caso individual, a cuál de ellos le corresponde la prioridad”¹⁷.

En razón de estas ideas es que resulta complejo entender la naturaleza final del proceso penal, ya que debe ser capaz de ponderar diversos intereses, muchas veces opuestos, como la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión. Estas metas son inherentes al Estado de Derecho.

Es en mérito de estos antecedentes expuestos, que un modelo procesal penal que pueda preciarse de promotor de los derechos fundamentales tanto para los imputados como para el resto de la ciudadanía, debe tener ciertos mínimos, tanto en su regulación positiva como en la forma práctica en que actúan los intervinientes. Para Ferrajoli¹⁸, un esquema procesal garantista, debe tener como base los siguientes principios:

- Jurisdiccionalidad –*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*: No sólo como la necesidad del proceso penal, mas también en sentido amplio, como garantía orgánica relativa a la figura y al estatuto del juez. También exclusividad de la potestad judicial, juez ordinario, independencia, competencia (natural) y sometimiento sólo a la ley.

¹⁷ ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág. 3.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, Madrid, España, 1995. Traducción al español de Perfecto Andrés Ibáñez. Título Original: *Diritto e Ragione*. Pág. 732.

- Inderogabilidad del juicio: En el sentido de infungibilidad y no declinabilidad.
- Separación del juez y de la acusación –*nullum iudicium sine accusatione*: Configuración del Ministerio Fiscal con funciones exclusivas de acusación y garantía de la imparcialidad del juez, sometiendo su actuación a la previa invocación (acción penal).
- Presunción de inocencia: Carga de la prueba para la acusación y constatación del delito y aplicación de la pena sólo por medio del proceso y en la sentencia de condena.
- Contradicción –*nulla probatio sine defensione*: Es un método de conformación de la prueba y comprobación de la verdad fundado no ya sobre un juicio potestativo, sino sobre una controversia, disciplinada y ritualizada, entre partes contrapuestas: la acusación, expresión del interés punitivo del Estado, y la defensa, expresión del interés del acusado en quedar libre de acusaciones infundadas e inmune a penas arbitrarias.
- Fundamentación de las resoluciones judiciales: Para el control de la contradicción y de que haya prueba suficiente para eliminar todo atisbo que pudiera indicar la existencia de la presunción de inocencia, también es fundamental el principio de la motivación de todas las decisiones judiciales.

El problema central que motiva estas páginas, es que en tanto fue avanzado el desarrollo del proceso penal, en dónde estos mínimos garantistas fueron tomando aplicación positiva en las legislaciones mundiales, la víctima, el

ofendido por el delito, fue cada vez más neutralizada a manos del Estado, quien ejercerá la acción penal pública en algunos casos, con prescindencia de la opinión del sujeto pasivo. En las siguientes páginas se estudiará con detención el cómo la víctima es primero protagonista del sistema procesal penal, para luego ser anulada a manos del Estado, y en los últimos años, el cómo ha ido siendo redescubierta por este mismo Leviatán. El problema es que, no obstante esta nueva legitimación de su rol de interviniente con garantías y derechos, ella siempre estuvo ahí, padeciendo la indefensión total y absoluta del sistema.

I.2.- EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.

I.2.1.- Conceptos.

Se hace necesario comenzar aclarando a quién se entenderá como víctima para los efectos del presente trabajo. El concepto ha tenido una larga evolución a lo largo de los años en los estudios científicos realizados al respecto.

En cuanto a las legislaciones a nivel de Derecho comparado, y que definen particularmente el concepto, se analizarán estas definiciones en el capítulo correspondiente.

Como se decía, este concepto ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Para el Diccionario de la Real Academia Española¹⁹, víctima es:

¹⁹ Consulta en línea en sitio web institucional: <http://www.rae.es>

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

Según la memorista Valeria Ruz Hernández²⁰, “En principio se cree que dicha expresión es latina y que comenzó a usarse en otras lenguas, entre ellas la francesa (año 1327) como *victime* y posteriormente en inglés como *victim*, en italiano como *vittima*, siendo las tres primeras versiones ligeramente distintas del original latino *víctima*, no así en la lengua de Cervantes, a la cual paso (sic) intrega (sic) en su forma escrita, verbal y semántica. En latín, víctima es un ser vivo ofrecido en sacrificio a los dioses”.

La misma autora señala que el concepto tiene un origen religioso²¹, ya que los primeros vocablos aluden a sacrificio, a victoria, a guerra.

En cuanto a un concepto más contemporáneo y jurídico, Rodríguez Manzanera²² entiende a la víctima como “La persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción, o se entiende que una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos han sido violados por actos deliberados y maliciosos”.

En tanto concepto criminológico, la noción de víctima no muchas veces coincide con la de otras ciencias, como el Derecho Penal para referirse al sujeto pasivo del delito. El valor es más alto en el concepto criminológico, porque abarca en su ámbito de acción no sólo al sujeto pasivo sino que a toda persona,

²⁰ RUZ HERNÁNDEZ, Valeria. *El Papel de la víctima en el proyecto de Código y en el Derecho Comparado*. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile, 1999. Pág. 36.

²¹ Id. Pág. 37

²² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Víctimología: Estudio de la víctima*. Editorial Porrúa S.A. México, 1990. Pág. 57.

sea ésta física o jurídica (aunque esto es un tanto discutible en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas) que resulte afectada por los efectos dañosos de una infracción criminal. A este respecto, Alonso Pérez²³ va un poco más allá y sugiere que también pueden ser consideradas como víctimas las personas que sufren las consecuencias nocivas no ya de un delito –consecuencias morales y materiales-, sino que de lo que él denomina como “cualquier conducta asocial o desviada”, o incluso afectada por un accidente casual, como laboral o de tráfico u otro más agresivo, como una guerra. Lo que sí la doctrina es un tanto conteste en sostener es que, a juicio del autor en comento, deben quedar fuera los casos en que la condición de víctima no procede de una conducta humana, como el caso de una inundación o de un terremoto.

Resulta interesante lo que opina Bustos Ramírez sobre esto, ya que como él expresa, “Nadie duda que podrían entrar en las definiciones de víctima aquellos que son afectados por cualquier delito contra las personas (homicidio, detención ilegal, injuria, hurto, estafa, etc.). Tampoco ofrecería discusión el incorporar a todos aquellos afectados personalmente por delitos contra el funcionamiento del sistema (intoxicados por el medio ambiente, por la calidad del consumo, etc.). Diferente es la situación cuando se trata propiamente de la colectividad o del Estado como tal. Resulta en estos casos dudoso hablar de víctima, aunque se pueda hablar de sujeto pasivo. Esta contradicción surge ya de los orígenes positivistas de la victimología, pues como se trata de averiguar las causas biológicas, antropológicas, sociales, necesariamente ello llevaba a una concepción personalista naturalista de la víctima y a dejar sin consideración a colectivos como tales o a personas jurídicas”²⁴. Así también, Bustos llega más allá y señala que puede ser considerado como víctima incluso el

²³ ALONSO PÉREZ, Francisco. *Introducción al estudio de la Criminología*. Editorial Reus S.A., Madrid, 1999. Pág. 122.

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Presente y Futuro de la Victimología*. En *Revista de Ciencias Penales*, Quinta época, 1990-1993, Tomo XL, Nº 1. Santiago. Pág. 10.

delincuente cuando en la marcha del proceso penal se violan sus derechos consagrados previamente por el legislador, o el testigo, cuando no recibe toda la protección necesaria por parte del Estado para cumplir esta importante función.

En lo tocante a bienes jurídicos microsociales, como la vida, la salud, el honor, etcétera, los conceptos de Derecho Penal y Víctimología coinciden en cuánto al sujeto pasivo. Cuando ya se excede esta definición, se va más allá de lo que es el Derecho Penal mismo.

En tanto debate doctrinario, como se ve, puede analizarse una disparidad de definiciones, toda vez que la literatura jurídica y criminológica de las últimas décadas ha recogido este “renacer” de la víctima y el tema ha suscitado que numerosos autores planteen sus diversas teorías. A este respecto, ver el excelente cuadro comparativo preparado por la memorista Valeria Ruz²⁵.

Sí, es necesario destacar que en materia penal, se habla de víctima, y en materia procesal penal, de ofendido. No obstante esto, ambos vocablos se entienden como parte de un todo. Siguiendo a Solé Riera, “El término ofendido parece referirse al sujeto que sufre directamente la lesión del bien jurídico protegido por el ordenamiento, mientras que perjudicado sería aquella persona que sufre en su esfera estrictamente patrimonial, o moral, las consecuencias las (del) (sic) del ilícito cometido. Evidentemente pueden coincidir ofendido o perjudicado en una misma persona, aunque los textos positivos parecen reservar la figura de los perjudicados a quienes no sufren el delito en su esfera física (parientes de la víctima, o inclusive terceros)”²⁶.

²⁵ RUZ HERNÁNDEZ, Valeria. Op. Cit. Pág. 38.

²⁶ SOLÉ RIERA, Jaime. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997. Pp. 20-21.

Los tipos de víctimas son de distinta naturaleza, ya sea cuando están recogidos por las leyes o no. Así, están presentes las víctimas de los delitos patrimoniales, sexuales, contra la vida, contra el honor, etcétera. De esta manera, debemos atenernos a la identificación del bien jurídico protegido para entender quién está sufriendo las consecuencias dañosas del ilícito. Y como señala Solé Riera, “La identificación de quienes sean víctimas hay que efectuarla, además, con un criterio amplio: No sólo son víctimas los que sufren directamente la acción delictiva, sino también aquellos que, sin sufrir directamente el daño, se ven indirectamente perjudicados”²⁷.

Especial atención merecen los llamados delitos con perjudicados difusos, como los del ámbito ecológico, o de la salud pública, en los que la identificación de las probables víctimas no es tan clara como lo es en el caso de un delito patrimonial, por mencionar un ejemplo²⁸.

Por último, Antonio Beristain, distingue entre los que se entiende por victimología tradicional, o de mínimos, como él menciona, que incluye únicamente a las “cruentas, directas e inmediatas”²⁹, mientras que por otro lado, la que él denomina como victimología de máximos, “ensancha notablemente su

²⁷ SOLÉ RIERA, Jaime. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997. Pág. 22

²⁸ SOLÉ RIERA cita un pasaje de Ramos, que nos ilustra bastante a este respecto. (*La tutela de la víctima en el proceso penal*, Justicia, 1995, Pp. 27 y ss.): “Es obvio que víctimas no son exclusivamente los parientes de un muerto, sino también las personas que convivían o contribuían a su sustento y bienestar en todos los órdenes. Éstas deben gozar de los mismos derechos y expectativas procesales, en el ámbito de la causa penal, que quienes han sufrido el perjuicio directo. Además, las víctimas no siempre pueden estar claramente identificadas en el momento de cometerse la acción delictiva; a título de ejemplo, pensemos en los llamados “delitos masa”, en los que sus repercusiones dañosas se producen en una pluralidad indeterminada de personas, que como tales van apareciendo a lo largo del tiempo (vgr., los casos del aceite de colza, contagio del virus del sida, los damnificados por las inundaciones de la presa de Tous, etc, por mencionar algunos de los casos que aparecen con frecuencia en los medios de comunicación social”.

²⁹ BERISTAIN, Antonio. *Desde la victimología de mínimos hacia la victimología de máximos*. En Cuadernos de Política Criminal, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, I, Nº 85, 2005, Segunda Época, Pág. 256.

número: incluye también a las incruentas, las mediatas, las familiares y amigas de las víctimas directas, los pobres, etc.”³⁰.

Concluyendo, es posible señalar que hablar de víctima como sujeto autónomo es un error conceptual, ya que siempre habrá perjudicados colaterales diferentes a quien ha recibido como sujeto pasivo la comisión de un ilícito.

I.2.2.- Participación histórica de la víctima en el proceso penal.

El hablar hoy de la víctima dentro del proceso penal no es algo nuevo; muy por el contrario, es la historia misma de ésta la que nos va mostrando el cómo ha ido teniendo distintos niveles de participación a lo largo de los siglos. Es más, incluso el análisis de los distintos momentos históricos de la humanidad toda, con el mayor o menor avance en la defensa de los derechos humanos, son los que nos van dando ciertas pautas en torno a cómo el ofendido, quién primero tiene el mejor derecho a la sanción, luego es despojado, de manos del Estado, del ejercicio de la acción penal. De acuerdo a García-Pablos³¹, “*Protagonismo, neutralización y redescubrimiento* son, pues, tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima del delito a lo largo de la historia”.

³⁰BERISTAIN, Antonio. Op. Cit. Pág. 256.

³¹ GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Sobre la función de la víctima en el estado de derecho: Víctima, política criminal, criminología y política social*. En Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, Vol. XIV, N° 46, Enero-Abril de 1992. Pág. 55.

El tema de las víctimas es tan antiguo como lo es la humanidad entera. Así, tal como lo señala Jesús Riaño Ibáñez³², “La Biblia, nos señala como primera víctima del homicidio a Abel, quien fue asesinado por su hermano Caín. Mediante este relato bíblico nos aclara la cosmovisión de la víctima que se repite en la preferencia divina, quien no se subleva contra el victimario y no le contesta en el mismo sentido”.

Lo cierto es que antes del papel de negación a manos del Estado que vivió la víctima los últimos siglos, tuvo un rol particularmente distinto. Los conflictos particulares eran resueltos entre los involucrados. En una primigenia etapa, la venganza privada es la forma en que los individuos resuelven los conflictos, y no siendo posible ello por la víctima directa, eran sus allegados o el clan los encargados de esta situación. Son problemas consiguientes por esto, exceso en la respuesta y aparición de contravenganzas, que aumentaban ilimitadamente el número de víctimas y de contrarreacciones. La ley de Talión, “ojo por ojo, diente por diente”, es una respuesta frente a los excesos, siendo un coto a las respuestas del ofendido frente al agresor, estableciendo ciertos criterios de proporcionalidad entre el daño y la reparación.

Para el pueblo hebreo, la reparación proporcional también es mandato legal establecido por Yahvéh³³. El memorista Aldo Osorio Parra³⁴, nos agrega a estos antecedentes que “el concepto de compensación lo encontramos ya en la

³² RIAÑO IBÁÑEZ, Jesús. *La Víctima en el juicio oral*. [en línea] Derecho Penal *on line*. <www.derechopenalonline.com/index.php?=&14,127,0,0,1,0> [Consulta: 14 de mayo de 2006]

³³ Dice en Levítico 5, 20-24. “Habló Yahvéh a Moisés, diciendo: Si uno peca y comete una prevaricación contra Yahvéh engañando a su prójimo acerca de un depósito o de un objeto confiado a sus manos, o de algo robado, o bien oprimiendo a su prójimo violentamente, o si halla un objeto perdido y lo niega, o jura en falso acerca de cualquiera de las cosas en que el hombre suele pecar; cuando así peca, haciéndose culpable, devolverá lo robado, o lo exigido con violencia, o el depósito que se le confió, o la cosa perdida que halló, o todo aquello sobre lo cual juró en falso. Lo restituirá íntegramente, añadiendo un quinto más, y lo devolverá a quién lo poseía en el día en que se hizo culpable. Entregará para Yahvé su sacrificio de reparación: un carnero del rebaño, sin defecto, según su valoración, como sacrificio de reparación ante el sacerdote. El sacerdote hará por él la expiación delante de Yahvé, y será perdonado en cualquiera de los casos en que fuera culpable”.

³⁴ OSORIO PARRA, Aldo. *El rol de la Víctima en el proceso penal*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago, Chile, 1999. Pág. 24.

Ley Mosaica, que exigía restituir cuatro ovejas por una robada, o cinco bueyes por uno robado”.

Luego, hablando de las primeras comunidades europeas, mecanismos como la autotutela, entregada a la familia (*sippe*), y la composición (*Sühnevertrag*), mecanismo mediante el cual se reparaba el mal pagando una determinada suma al ofendido, a modo de reparación, nos señalan el papel central de la víctima en lo que es el proceso penal de los pueblos germánicos. En caso de no lograrse esta reparación, principiando por el debido acuerdo entre las partes, recién entonces comenzaba el proceso penal propiamente tal, de corte eminentemente acusatorio³⁵. Así, como lo señala Castillo Vial³⁶, “Observamos, entonces, como en el derecho germánico el conflicto era visualizado con un carácter eminentemente privado, por lo que su resolución quedaba entregada en gran medida al afectado o a su núcleo familiar y, cuando se lograba la satisfacción del afectado, se entendía concluida la controversia penal y agotada la pretensión punitiva de la víctima”.

A este respecto, Garrido, Stangeland y Redondo³⁷, afirman que “Una justicia en manos de la familia de la víctima puede ir dirigida a la familia del agresor en general, por ejemplo, matando a un primo del culpable para ajustar

³⁵ CASTILLO VIAL, Ignacio. *La Reparación de la víctima en el Proceso Penal y su relación con el Ministerio Público*. [en línea] <www.udp.cl> [Consulta: 20 de mayo de 2006]

³⁶ *Ibid.*

³⁷ GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de Criminología*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999. Pp. 669-70. Los autores citan un excelente ejemplo, publicado por Cohen, 1995. “Japón mantenía un sistema privado de justicia penal bajo un cierto control estatal hasta tiempos recientes. Un caso del año 1820 ilustra esto: Takizawa Kyuemon mató a un hombre llamado Yagobe, dejando a sus dos gemelos huérfanos. El gobierno prestó ayuda a la familia, pero no hizo nada para castigar al culpable, éste era el deber de la familia del fallecido. Once años después, los hijos eran mayores de edad, y solicitaron permiso oficial para vengar a su padre. Recibieron la siguiente autorización: “Con respecto a su solicitud de que a Ud. y a su hermano Seitaro se les concediera permiso para buscar y matar a Takizawa Kyuemon, el enemigo de su padre fallecido Yagobe, se han dado instrucciones de aprobar su petición... Si todo sale bien y Uds. logran matar a su enemigo, habrá que cumplir con el reglamento y presentar el informe pertinente a las autoridades locales sobre las circunstancias del suceso... La ayuda alimenticia de arroz a su familia se mantendrá, así no tendrán preocupaciones que les distraigan de su objetivo”. El hermano mayor, Kume Cotarro, dedicó su vida a la búsqueda de venganza, y logró vengar al asesino de su padre, cuarenta años después del suceso”.

cuentas. La familia del primo se siente entonces agredida, busca vengarle, y *vendettas* de este tipo pueden durar más de un siglo. Para evitar estas *vendettas* (sic) largas y crueles, las sociedades primitivas suelen tener un sistema de indemnización por homicidio u otros delitos. El pago de esta indemnización reestablece la paz entre las familias enfrentadas. Los sabios de la tribu o representantes religiosos pueden mediar entre familias para acabar con cadenas interminables de venganzas”.

El Código de Hammurabi, diecisiete siglos antes de Cristo, en sus secciones 22-24, señala que “Si un hombre ha cometido un robo y es atrapado, tal hombre ha de morir; si el ladrón no es atrapado, la víctima del robo debe formalmente declarar lo que perdió.... Y la Ciudad.... Debe reembolsarle lo que haya perdido. Si la víctima pierde la vida, la Ciudad o el Alcalde debe pagar un maneh de plata a su pariente”. Vemos como el Estado mismo tutela las acciones privadas de reparación, realizadas por la propia víctima.

En Roma, cuna de nuestra legislación occidental, el sistema es más bien mixto. El “*delictum*” es un problema de los privados, perseguible a través de la interposición de la respectiva querrela. El considerado “*crimen*”, es perseguido por el Estado, de oficio. Esto es bastante parecido a lo que hoy entendemos como delitos de acción penal pública y delitos de acción privada (Artículos 53, 54 y 55 del Código Procesal Penal). Sólo que, como lo señala Rodríguez Manzanera³⁸, “poco a poco, más *delicta* se fueron convirtiendo en *crimina*, hasta que se optó por el monopolio de la acción penal por parte del Estado; con esto la víctima pasaba a un plano muy secundario”. En la parte autocompositiva, el Estado Romano normaba de manera bastante reglada esta realidad. En los “*delictum*”, de carácter privado, había todo un sistema de autocomposición, convenida entre las partes, y en caso de no poder llegar ellas

³⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA. Op. Cit. Pp. 6-7.

mismas a acuerdo, un Tribunal Arbitral designado por el Estado era el encargado de promoverlo, siendo también responsable en la determinación de la extensión del daño. En caso de haber acuerdo, había absolución; en caso contrario, sentencia penal. Osorio Parra³⁹ también señala que en los demás casos, a falta de acuerdo, la composición era de corte legal: “por la fractura de un hueso, 300 ases o 150 ases según que la víctima fuera libre o esclava; por las violencias ligeras, 25 ases”. También la Ley de de las XII Tablas⁴⁰ establecía que para determinados delitos había posibilidad de composiciones privadas, como el *fur manifestus* (hechor de hurto sorprendido *in fraganti*), en que “quedaba a discreción de la víctima el ejercer sobre el hechor su venganza privada o allanarse voluntariamente a componer con el ofensor”⁴¹.

Esta es la primera etapa de la participación de la víctima en el proceso: Una marcada por su protagonismo a la hora de analizar y decidir la marcha de la persecución y posterior extinción de la responsabilidad penal del ofensor. El conflicto penal es en esencia privado, buscándose el retorno al *statu quo ante*; en la medida de no poder volver a éste, las soluciones son manifestadas por otras vías, de un carácter más violento. Hay un derecho a la reparación, o eventualmente, al castigo. El delito de duelo, sancionado en los Artículos 404 y siguientes de nuestro Código Penal vigente, es una de las manifestaciones de esta negación de la primera etapa, negándose la reparación privada a los conflictos penales.

³⁹ OSORIO PARRA, Aldo. Op. Cit. Pág. 24.

⁴⁰ El Profesor Enrique Paillás nos señala que “Los delitos privados de que se ocupaban las XII Tablas pueden clasificarse en dos grupos: Ofensas a las personas y daño a los bienes. Los delitos contra las personas, que serán juntados más tarde con el nombre genérico de iniuria, eran: El os fractum o fractura de un miembro, el membrum ruptum o heridas más o menos graves, pero sin fractura, y las iniuriae, que comprendían las violencias ligeras que no dejaban huellas materiales (Como una bofetada, por ejemplo) y más injuriosos que materialmente lesivas. Los delitos contra los bienes consistían en la apropiación ilícita de cosas pertenecientes a otro. Se les dio el nombre genérico de furtum que englobaba tanto el robo y el hurto, como el abuso de confianza o apropiación indebida y las estafas o engaños”. PAILLÁS, Enrique. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Jurídica de Chile, 1984. Pág. 10.

⁴¹ *Ibid.*

La segunda etapa, de la paulatina desaparición de la víctima, viene de la mano con el advenimiento del sistema inquisitivo de persecución penal adoptado por los países europeos a partir de los siglos XII y XIII de nuestra era⁴², más por influencia de la costumbre que por disposición legal, formando así el Derecho Continental. Este modelo reemplaza al sistema acusatorio existente en la antigua Grecia, en la República romana y hasta el siglo XII entre los pueblos germánicos⁴³. Con ello, el delito es entendido ya no como una ofensa privada, sino que un atentado al mismo Dios, que inspira las normas jurídico-penales. En razón de esta idea, es que el delito es un pecado, ya que ofende al creador supremo y al Rey⁴⁴ (Poder temporal y Poder espiritual). El Estado pasa a controlar el proceso y a despojar a la víctima de la persecución penal. Pasamos de un Derecho Penal de conflicto, característico de la primera etapa, a un Derecho Penal de infracción⁴⁵, surgiendo el concepto de persecución penal pública, el cual entronca con la idea que marcará al nuevo proceso, esto es, el delito ahora es una infracción al mandato de conducta ordenado por el soberano, de carácter general y abstracto, no una ofensa al individuo en particular. Para consagrar este sistema, se estructura la persecución de oficio, a fin de consolidar el poder real, la organización política y la paz social. El conflicto social pasa a ser más importante que el conflicto particular.

⁴² Cabe sí expresar, tal como lo señala Osorio Parra que, "Ya en la época del principado de Augusto, surge el procedimiento penal denominado *Iudicia Publica Extra Ordinem*, en que eran los órganos del "Estado Romano" los que dirigían el proceso desde su iniciación hasta su fin, consagrando en él una etapa de instrucción de carácter secreto. Más adelante será este procedimiento el que servirá de "modelo" al proceso penal surgido durante la inquisición que, a su vez, es la base del proceso penal inquisitorio surgido en occidente a partir del siglo XVI". Op. Cit. Pág. 25

⁴³ BOVINO, Alberto. *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, Revista Derecho y Humanidades, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N°s 3 y 4, Vol. 2, 1993, Pág. 143.

⁴⁴ Bovino a este respecto, agrega que "Esta noción de pecado influye en las prácticas que el nuevo procedimiento contendrá. El fundamento de la persecución penal ya no es un daño provocado a un individuo ofendido, la noción de daño desaparece y, en lugar, aparece la noción de infracción como lesión frente a Dios o a la persona del Rey. Y este fundamento, que sirve para que el soberano se apropie del poder de castigar y que surge en un contexto histórico en el que el poder político se encuentra centralizado, este fundamento autoritario que implica la relación soberano absoluto-súbdito, y refleja la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los súbditos, no logra ser quebrado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros días".

⁴⁵ CASTILLO VIAL, Op. Cit.

Siguiendo a Garrido, Stengeland y Redondo⁴⁶, tres pueden ser las razones anexas, de orden más bien económicas, sociales y administrativas que tienen incidencia en esta etapa de despojo de derechos de la víctima. Primero, la fortificación del Estado que está naciendo, necesita el monopolio de la fuerza física, a fin de buscar una determinada paz social, en donde los disturbios y las venganzas privadas son contrarios a este concepto. Segundo, la administración de justicia con todo su aparataje y sanciones empieza a ser una fuente importante de recursos. Las penas de multa, por ejemplo, empiezan a engrosar las arcas del señor Feudal y del Rey. Y por último, la cada vez más estructurada y prolija actividad de “profesionales” del conflicto, los abogados, quienes son considerados por el criminólogo Nils Christie como “ladrones profesionales”⁴⁷, ya que le roban a la víctima el conflicto, empiezan a entrar en escena a fin de actuar como intermediarios. Los tecnicismos propios de los procedimientos judiciales son manejados por estos expertos, y las partes, pasan a ser comparsas en su propia causa.

El aforismo *salus publica suprema lex est*, es característico de esta época, que con la creación de la figura del Procurador del Rey se da paso con el tiempo al Ministerio Público, como órgano estatal encargado de la persecución criminal⁴⁸, siendo en esos años, persecutor en nombre del Soberano.

Cuando a nuestra mente llegan las imágenes de torturas, quemas de personas u otros tratos inhumanos y crueles propios de los procesos inquisitivos es debido a que mediante estas particulares formas, el Estado se vale para su nuevo objetivo procesal penal: La búsqueda de la verdad⁴⁹. De

⁴⁶ GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. Op. Cit. Pág. 671.

⁴⁷ Íd.

⁴⁸ CASTILLO VIAL. Op. Cit.

⁴⁹ Como señala Alberto Bovino, “Inquisición no es una buena palabra. Su carga emotiva es muy fuerte y remite a uno de los episodios más terribles de la historia de las prácticas punitivas.” Op. Cit. Pág. 144.

esta forma el imputado del delito, pasa a ser un objeto a fin de lograrla, siendo la confesión del inculpado –la indagación, como modo- el fin último y más perfecto del procedimiento. La víctima, no obstante objeto pasivo de la ofensa, quien lo ha sufrido ya sea en su persona o patrimonio, no es considerada más allá de ser un testigo preferente, o como legitimación algo “moral” de lo que se está haciendo en mérito de la búsqueda de la verdad. Al desaparecer la noción de daño y, con ella, la de ofendido, la víctima pierde todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal⁵⁰. La víctima es **neutralizada** en manos del Estado, ya que el conflicto no es entre delincuente y víctima; lo es entre éste y el Estado. Nace la concepción de bien jurídico protegido. Es más, cuando hasta hoy, la víctima ejerce la legítima defensa, ésta se encuentra fuertemente reglada por el legislador (*cf.* Artículo 10 N° 3 del Código Penal).

Posteriormente, el Siglo XVIII va a entregar nuevos parámetros para el análisis de las ciencias humanas y exactas. En lo que nos compete, los ideales de la Ilustración vienen de la mano de fuertes denuncias realizadas por sus exponentes. Así, Beccaria⁵¹, en un texto que ha marcado la historia del pensamiento penal, no tiene problemas en decir que el fin político de las penas no es otra cosa que el terror de los hombres. Los derechos del imputado son tomados en consideración y comienza un paulatino avance en pos de que sus garantías pasen a ser plasmadas en las legislaciones de los Estados. Los procesos se van tornando cada vez más públicos, y los principios del Derecho Penal, como *última ratio*, *in dubio pro reo*, etcétera, pasan a manifestarse y ser parte de las discusiones doctrinarias y legislativas. Los tratos inhumanos y crueles, denunciados por Beccaria, a que es sometido el inculpado empiezan a ser proscritos. En tanto la materia que nos compete es el estudio de la víctima y no del imputado, es que vale la afirmación de señalar que no obstante los

⁵⁰ BOVINO, Alberto. Op.Cit. Pág. 145.

⁵¹ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, 1764. Traducción de Francisco Tomás y Valiente, Ediciones Orbis S.A., 1984. Pág. 60.

avances que Montesquieu, Rousseau y Beccaria, entre otros, le entregan al procedimiento penal, la participación de la víctima en el proceso no tiene un cambio significativo, ya que el Estado seguirá monopolizando la acción. La entrada del procedimiento de carácter mixto, conserva las estructuras fundamentales del método inquisitivo. Prueba de ello es la conservación de la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica. Con acertada ironía, Alberto Bovino⁵² señala: “El Estado define cuáles son las conductas prohibidas penalmente; el Estado inicia la persecución penal; el Estado decide si impone la sanción; el Estado determina cuánto vale la ofensa; y el Estado se encarga de ejecutar la sanción penal”.

En efecto, siguiendo al Profesor de nuestra Escuela, Juan Pablo Mañalich, el sistema penal liberal, fruto de la era ilustrada, “en cuanto medio formalizado de control social, opera sobre la base de la neutralización de la víctima y, por esa vía, de la venganza privada. A partir de esta premisa, y con el influjo de las teorías relativas o preventivas de la pena, el sistema penal opta por prescindir de la víctima concreta, esto es, de la víctima actual, para resguardar a la víctima potencial”⁵³.

El conflicto, luego de la concepción de soberano-súbdito, se empieza a entender como una situación entre autor y sociedad; es ésta la afectada por el delito, y el miedo a la venganza privada y el interés público que sobreviene, los fundamentos a la continuación del *status* de la víctima incluso, luego de desaparecer los métodos inhumanos propios del santo oficio. Hasta el día de hoy, en las legislaciones occidentales, la persecución penal pública es la regla general (Artículo 53 Código Procesal Penal de 2000, el cual, a diferencia del

⁵² BOVINO, Alberto. Op. Cit. Pág. 146.

⁵³ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *Víctima y reparación en el Derecho Penal*. Consulta en línea. Las diferencias entre ambos conceptos, víctima potencial y víctima actual, son analizados en detalle en capítulos V y VI.

< www.acceso.uct.cl/congreso/docs/juan_pablo_manalich.doc > [Consulta: 10 de julio de 2006]

Artículo 22 del antiguo Código de Procedimiento Penal, no exige fianza de resultas para quien ejercita la acción pública)⁵⁴.

I.3.- APARICIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA.

Como se expresó, el Estado Liberal de los Siglos XVIII al XIX no significó un avance en cuanto a la participación de la víctima en el proceso penal. La mixtura a la que se llega, en cuanto a concebir el sistema acusatorio con raigambres inquisitivas, sobre todo, en lo que se refiere a la investigación criminal, no significa una nueva elaboración penal pro-víctima, sino más bien una adecuación de tipos penales en torno a las características de atenuantes o eximentes a la hora de penar conductas, al caso concreto.

Lo que sí trae de novedoso el siglo XIX es un nuevo estudio, estructurado en torno a una nueva disciplina científica: El estudio del criminal. Es la criminología, cuyo padre es el italiano César Lombroso, la que viene a replantear los estudios penales en torno a los partícipes del delito. Como señaló el jurista español Jiménez de Asúa⁵⁵, “Lombroso no era un jurista, era un médico apasionado de los estudios antropológicos y muy versado en su oficio de la Medicina Forense. Quiso estudiar, sobre todo, el tema que para él era central en su profesión: distinguir el auténtico delincuente del que era irresponsable por estar atacado por una enfermedad mental cualquiera. Y ese

⁵⁴ Artículo 22 del Código de Procedimiento Penal de 1907: “*El que ejercita la acción pública está obligado a afianzar las resultas del juicio*”.

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La llamada Victimología*. En *Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Penal y Criminología. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1961. Pág. 21.

empeño suyo le llevó a estudiar –ya lo había hecho respecto al loco-, de un modo natural a los delincuentes, y se encontró con inaudita sorpresa con que eran muchos más los puntos comunes entre el enajenado y el criminal, que las diferencias, que son las que él pesquisaba para poder determinar, en sus peritaciones, si él, hombre, era o no responsable. Y de ahí surgió, después de muchas vicisitudes, lo que denominó “Antropología Criminal”. Con los estudios de Lombroso y su famosa obra *l'uomo delinquente*, nace esta nueva ciencia, preocupada de quién infringe la norma: La criminología.

Esta nueva ciencia⁵⁶, a través de sus diversas escuelas⁵⁷, será un cambio considerable a la hora de entender el funcionamiento y estructuración del delito. La persona que infringe la norma pasa a ser un objeto de estudio, con causas, índices macro y micro sociales susceptibles de evaluación y proyecciones futuras. Pero aún así, la víctima sigue olvidada por estas investigaciones.

Esta criminología que aparece, asumiendo como su objeto fundamental de estudio al delincuente, creando modelos explicativos del delito, prescinde de la víctima, ya que ésta en nada aportaría al desentrañamiento científico del hecho delictual. La escuela clásica se ocupará del delito, la pena y el procedimiento; mientras que la positiva hará lo suyo con el delincuente, con su persona y sus características principales.

Aún así, empiezan en el mismo siglo XIX a surgir voces tímidas, pero no por ello menos críticas en lo que respecta al tratamiento de la víctima. Por

⁵⁶ Garrido, Stangeland y Redondo, en su obra ya citada, definen a la criminología como “La ciencia que estudia el comportamiento delictivo y la reacción social frente al mismo”. Pág. 49.

⁵⁷ Para un excelente cuadro histórico de las diversas escuelas criminológicas a lo largo de la historia de esta disciplina, ver, PAVARINI, Máximo. *Control y Dominación, Teorías Criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Siglo Veintiuno editores, Argentina. 2002.

ejemplo, en materia de multas, Carrara⁵⁸ citado por Landrove Díaz, señala que no es moral que los gobiernos se enriquezcan con el importe de éstas impuestas por delitos que no han sabido evitar; es moral, por el contrario, que la sociedad, de la que los buenos ciudadanos tienen el derecho a exigir protección, repare los efectos de la fracasada vigilancia. Incluso, según el maestro de Pisa, El Código Penal toscano de 1786, en su artículo 46, había previsto la creación de una caja, financiada por el importe de las penas pecuniarias, que debería servir para indemnizar a todos aquellos que, dañados por delitos ajenos, no puedan obtener el resarcimiento del delincuente del cual les haya derivado el daño, por falta de patrimonio o por fuga.

En cuanto a la escuela italiana, Garófalo⁵⁹, en 1895, en el Congreso Penitenciario de París, señala, citado también por Landrove Díaz, con sarcasmo, “El hombre culpable, alojado, alimentado, calentado, alumbrado, entretenido, a expensas del Estado en una celda modelo, salido de ella con una suma de dinero legítimamente ganada, ha pagado su deuda con la sociedad... pero la víctima tiene su consuelo, puede pensar que con los impuestos que paga al Estado ha contribuido al cuidado paternal que ha tenido el criminal durante su permanencia en la prisión”.

No será hasta bien entrado el Siglo XX, cuando nacerá un nuevo objeto de estudio: La víctima, sus características y derechos; y una nueva ciencia, la victimología.

⁵⁸ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Víctimología*. Editorial Tirant-lo Blanch, Valencia, España, 1990. Pp. 24-25

⁵⁹ Id.

I.4.- LA VICTIMOLOGÍA.

I.4.1.- Primeros antecedentes y trabajos académicos.

Fue hasta 1948 cuando un profesor alemán, penalista y criminólogo, residente en los Estados Unidos y proveniente de la Alemania Nazi, publica un trascendental trabajo, *“The Criminal and His Victim”*. Hans Von Henting es considerado por esto como uno de los primeros estudiosos en realizar un estudio serio y acabado acerca de esta nueva protagonista del delito, la víctima. Se le considera por primera vez como un factor en la delincuencia. El autor analiza la juventud, la ancianidad, la concupiscencia, la depresión del sujeto pasivo, como un factor incluso decisivo en la acción del delincuente. En 1957 Von Henting complementa sus investigaciones con un volumen dedicado a las estafas, desarrollando una todavía mayor clasificación de las víctimas. Anteriormente a esto, en 1941, había publicado un ensayo titulado *“Notas sobre la interacción entre el perpetrador y la víctima”*.

A su vez, Benjamin Mendelsohn, estudiaba desde 1937 el tema. En 1946 escribe *“New Bio-Psychosocial horizons: Victimology”*. En 1956 publica en la Revista Internacional de Criminología y de Policía Técnica *“Una nueva rama de la ciencia bio-psico-social: Víctimología”*, más tarde conocida simplemente como Víctimología.

Henri Ellenberger, en 1954 publica un ensayo titulado *“Relaciones Psicológicas entre el criminal y su víctima”*, en la Revista Internacional de Criminología y Policía Técnica.

Y, el jurista de origen húngaro Stephen Schafer, en 1968 publica "*La víctima y su criminal*", que en una edición más ampliada, recibirá el nombre de "*Víctimología*"⁶⁰.

Con el trabajo de estos académicos, se inaugura la afirmación de un cambio de paradigmas en la investigación criminológica. Antes, los estudios se basaban en el análisis de la realización de la pretensión punitiva del Estado; ahora, se entrará a estudiar los fenómenos sociales envueltos en la aparición del delito, a fin de lograr su prevención y la posterior reparación del daño sufrido por la víctima, quien comienza a tener relevancia en cuanto a la génesis y dinámica misma del delito.

La moderna víctimología no pretende sí, volver a una época primitiva en dónde la justicia privada, la autocomposición o la venganza sean las reglas generales del sistema; muy por el contrario, los postulados victimológicos no implican un retroceso en cuánto a los derechos de "los otros" intervinientes del proceso, como señalan muchos en cuánto al problema que tendría el darle mayores derechos al ofendido, en desmedro del imputado. Esta visión es sesgada y errada, ya que un proceso penal que pueda caracterizarse de respetuoso de las garantías de las personas no puede en ningún caso dejarse llevar por la emocionalidad de éstas. La justicia en ningún caso es la aspiración de las peticiones de un sujeto en particular, sin más bien la búsqueda, en la medida de las posibilidades materiales y legales, de la reconstrucción de aquello que ha acaecido, rompiendo la paz social y aplicando a ello una sanción previamente determinada por el legislador, a través de un juez imparcial e

⁶⁰ A fin de ver otros autores considerados como precursores de la disciplina ver, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 20.

independiente de los sentimientos de las partes, por más legítimos que estos sean⁶¹.

Tampoco se trata como lo postulaba la escuela positivista, de entregarle derechos a la víctima en cuánto ésta no estaba siendo considerada por el sistema político y procesal. Para Ferri⁶², citado por García-Pablos, “Se ha exagerado demasiado a favor de los delincuentes... (y la conciencia universal reclama) se ponga fin a desmedidos sentimentalismos a favor de los malhechores, cuando se olvidan la miseria y los dolores de tantos millones de pobres honrados”. No, aquí no estamos hablando de una actualización del catálogo de derechos del ofendido en desmedro del denominado “delincuente”. Para las concepciones más evolucionadas y democráticas del Estado de Derecho, éste no puede concebir que la delincuencia se deba a causas etiológicas, y por tanto, fomentar políticas de exterminación masivas hacia una categoría de población determinada. Una visión garantista del Estado de Derecho, en su variante jurisdiccional, reconoce los derechos de los

⁶¹ A este respecto, el Profesor Joseph María Tamarit Sumilla, en las Jornadas de 2005 de la Asociación Internacional de Derecho Penal, señala con acierto que: “los fines del proceso penal son ajenos a los intereses de las víctimas y de ahí la tan comentada y no por ello menos cierta neutralización de la víctima, que es una consecuencia innegable del progreso de nuestra civilización. Pero las víctimas, como todo el mundo, tienen sus derechos. Es lógico que un Estado democrático y social de Derecho, que concibe las relaciones con sus ciudadanos sobre la base axiológica fundamental del respeto a su dignidad humana, se haga la pregunta de si puede hacer algo por las víctimas de hechos delictivos que el Estado, que se ha atribuido el monopolio de la reacción frente al delito, no ha sido capaz de prevenir e impedir. Preocuparse por hallar la forma más adecuada de ofrecer información a las víctimas que deseen ser informadas en el seno del proceso penal, que, no lo olvidemos, se sirve habitualmente de las mismas como fuente privilegiada de información, no atenta necesariamente contra los principios jurídicos ni contra las garantías del imputado. Y de modo parecido podríamos seguir argumentando respecto al resto de los derechos de las víctimas: audiencia, participación, protección, asistencia y reparación. Una buena teoría y praxis victimológica tiene como consecuencia que ciertos argumentos contrarios a los derechos de las víctimas sólo puedan hacerse ya desde el desconocimiento o desde una escasa sensibilidad, como, por ejemplo, la objeción de que la información o la audiencia a la víctima le concede un inadmisibles poder de disposición sobre la acción penal o sobre la ejecución de la pena, o que la apertura a formas de justicia reparadora supone, lisa y llanamente, el retorno a la justicia privada, o, como han llegado a establecer algunos Tribunales, que la utilización de medios que impidan la confrontación visual entre la presunta víctima y el imputado supone una violación de los derechos de éste”. Documento *on line*. http://aidpespana.uclm.es/Caceres2005/mesa5_victimas_tensiones_que_genera_%20su_%20intervencion.pdf [Consulta: 20 de junio de 2006]

⁶² FERRI, E. *Los Nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*. En GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Sobre la función de la víctima en el proceso penal*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, Vol. XIV, Nº 46, Enero-Abril de 1992.

intervinientes, de todos, sin entregarles a algunos, en desmedro de los demás, teniendo siempre presente el hecho de que el coloso estatal tiene todo el poderío tras de sí para penar, y el imputado, nada.

En este sentido, hoy en día muchas veces se ha exagerado al ver a esta disciplina, en cuanto a que su real motivo de nacimiento sería el encontrar vías para arribar a mejores indemnizaciones hacia las víctimas, entregando sus reales pretensiones sólo a lo monetario. Por el contrario, como lo señala García-Pablos⁶³, “El movimiento victimológico persigue una redefinición global del estatus de la víctima y de las relaciones de ésta con el delincuente, el sistema legal, la sociedad, los poderes públicos, la acción política (económica, social, asistencial, etc.)”. Es pues, no una mera exigencia indemnizatoria del Estado.

El primer Simposio sobre Víctimología, celebrado en la ciudad de Jerusalén, entre el 2 y el 6 de septiembre de 1973, definió a ésta como “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”.

Hoy son tres áreas principales las que cobija el conocimiento victimológico⁶⁴:

- Las encuestas de victimización (información acerca de las víctimas);
- La posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas); y,

⁶³ GARCÍA-PABLOS, Antonio. Op. Cit.

⁶⁴ LARRAURI, Elena, *Víctimología*, en *De los Delitos y de las Víctimas*, VVAA, Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina, 1992. Pág. 286.

- La atención asistencial y económica a la víctima (las necesidades de las víctimas).

I.4.2.- Teorías Victimológicas.

Dentro de las primeras corrientes de pensamiento de esta joven disciplina, son los trabajos de Mendelsohn y Von Henting quienes marcan escuela a la hora de analizar las influencias posteriores que fueron capaces de dejar tras de sí.

Los primeros trabajos intentan redefinir la pareja criminal-víctima, resaltando su interacción, y marcando un cambio significativo con las primeras corrientes criminológicas que veían a ésta última sólo como un sujeto pasivo. Ahora, se empieza a ver a la víctima como un sujeto más bien activo, capaz de influir de manera real en el hecho delictivo, tanto en lo que tiene que ver con su estructura, dinámica y prevención. Con el paso del tiempo, el objeto de estudio fue ampliándose, estudiando los riesgos de convertirse en víctima, denominado como “riesgo de victimización”, a las variables que intervienen en el proceso mismo de victimización y supuestos especiales de víctima, es decir, las tipologías; los daños sufridos por la víctima a raíz del acaecimiento del delito, fenómeno conocido como “victimización primaria”; y de los daños que derivan de la intervención estatal, “victimización secundaria”; las actitudes de la víctima respecto al sistema legal y sus agentes, “victimología procesal”; al comportamiento de la víctima como denunciante y agente de control social y penal; programas de prevención, de reparación, etcétera. Todos estos estudios van tomando peso, como explicaciones reales a los entornos sociales objeto de

estudio, y al aporte de otras disciplinas como la Psicología Social, y la reconocida credibilidad a las encuestas de victimización⁶⁵.

Así como se hacía mención a que los primeros estudios en torno a la criminología eran eminentemente positivistas, es decir, ligando el fenómeno delictual a causas de carácter biológico, los primeros estudios victimológicos también repiten esta característica, indagando en las causas biológicas, antropológicas y sociales que llevan a lo que Bustos considera como “*homo víctima*”⁶⁶. Por ello, hablando siempre de la supresión del delito, cuando hablábamos de delincuentes naturales, ahora, con la victimología, se habla también de víctimas naturales a las que se haría necesario suprimir.

Para Beniamin Mendelsohn, lo principal para entender el objeto de estudio de esta ciencia, es lo que él denomina como “el fenómeno universal por el que están caracterizadas todas las clases de víctimas, sea cual fuera la causa de su situación”⁶⁷. Así, entiende que el estilo de vida, las rutinas de las personas, las oportunidades puntuales son instancias de análisis para ver si alguien puede ser susceptible de ser víctima de delito o no. Acorde a este modelo explicativo, “el comportamiento de la víctima es de gran importancia, eso sí, pero la manera de su comportamiento, su estilo de vida, es una característica de su personalidad”⁶⁸.

En cuánto al profesor Hans von Henting, éste tiene un concepto más diverso del anterior. Entiende como trascendental la interacción que se da entre víctima y autor del delito. Así, el llegar a ser víctima es un proceso de aprendizaje social, en el cual el victimario juega un rol importante, ya que la

⁶⁵ GARCÍA-PABLOS, Antonio. Op. Cit. Pág. 74.

⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. Pág. 10.

⁶⁷ SCHNEIDER, Hans Joachin. *Temas principales y deficiencias en el actual pensamiento victimológico*, en En Cuadernos de Criminología del Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile, N°11-2000.

⁶⁸ SCHNEIDER, Hans Joachin. Op. Cit. Pág. 170.

primera aprende de éste o por medio de sus intermediarios, su condición de víctima. Así se “socializa” a la víctima a estar marcada por su rol y ella se acostumbra en cuánto tal. Schneider⁶⁹, explicando a este autor, señala que “(La Víctima) aprende a definirse a sí misma víctima. Muchas veces, el proceso de reacción inadecuado frente a la victimización primaria, la llamada victimización secundaria, tiene como consecuencia que la víctima interioriza su rol de víctima”. Acorde a este esquema, son los deficientes métodos tanto procesales como de los órganos persecutores de la delincuencia, grandes responsables en la estigmatización que sufren las víctimas, lo que trae consigo el llevar a internalizar su condición de tal.

Von Henting plantea tres nociones fundamentales⁷⁰:

- La primera, la posibilidad de que una misma persona pueda ser delincuente o víctima, según las circunstancias: De manera que comience con 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 actualmente con frecuencia en los jóvenes drogadictos que, para proveerse del dinero que necesitan para adquirir la droga, se ven compelidos a cometer delitos contra la propiedad.
- La segunda es la “víctima latente”, que incluye a aquellas mujeres y hombres que tienen una predisposición a llegar a ser víctimas, es decir, una cierta atracción hacia el criminal; es el caso del individuo débil, tanto entre los animales como entre las personas, es el preferido para ser víctima de un ataque.

⁶⁹ SCHNEIDER, Hans Joachin. Op. Cit. Pág. 170.

⁷⁰ BILLARD ACUÑA, Joaquín e IBARRA MENDOZA, Viviana. *El individuo pasivo en el proceso penal: La víctima*. En Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Seminarios N° 39, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Noviembre de 1998. Pág. 320.

- Y la tercera, se refiere a la relación de la víctima con el delincuente, la que puede provocar una inversión de los roles de protagonismo; la víctima puede ser el sujeto, más o menos desencadenante del delito.

Y otro de los precursores, Wolfgang, introduce el concepto de “precipitación” para hablar de aquellos casos en que es la víctima la primera en propiciar la violencia, dando lugar con ello al delito, teniendo especial incidencia en casos de robo o hurto.

Como se ve, estas primeras tendencias le entregan participación más o menos activa a la víctima, con las consecuentes críticas que esto puede originar.

Estas corrientes de pensamiento se caracterizan por un análisis individualista entre la víctima y el delincuente, un intento de ver a la víctima como responsable y a concentrarse en los delitos comunes. Al no ser la víctima del todo inocente en el crimen, es posible incluso hacerla sujeto de diversas categorías⁷¹.

1.4.2.1.- Los Centros de interés en el estudio victimológico. Segunda etapa científica.

Se ha señalado que uno de los más importantes aportes de la victimología, como ciencia con sus propios métodos y trabajos proyectivos es su penetración en diversas áreas del estudio punitivo. Así, la política criminal, la

⁷¹ EYZAGUIRRE, María Loreto. *La víctima en la Reforma Procesal Penal a luz de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. Memoria para optar al Grado Académico de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile. Pág. 91.

criminología misma, los estudios político-sociales, y el Derecho Penal, como emanación del legislador para plasmar su concepto de paz social, deben valerse de esta nueva visión del dilema para enfrentar el fenómeno delictivo.

Estos focos de atención, característicos de la segunda etapa en el desarrollo victimológico, centrados en los derechos y necesidades de las víctimas más que en su estudio etiológico, siguiendo a García-Pablos⁷², pueden ser focalizados en los siguientes tópicos:

a) Etiológico-Explicativo:

Los estudios pre-victimológicos le entregan a la víctima un rol meramente pasivo para explicar el delito. Así, en el desarrollo mismo del *iter criminis*, su participación es meramente aleatoria o accidental. En cambio, la moderna victimología intenta explicar el cómo interactúan tanto la víctima como el sujeto infractor de la norma, no tan sólo fenomenológicamente, sino que mostrando el cómo hay procesos previos de elección de víctima, de racionalización del actuar delictual y las actitudes diversas que se dan entre ambos una vez ya acaecido el delito mismo. En definitiva, se trata de estudiar, al entender a la víctima ya no como un mero sujeto pasivo de la quebrantación de la norma, el cómo un análisis acabado y serio de ésta puede desentrañar que algo tiene que ver con ésta más allá de recibir la infracción, y en que medida puede prevenirse, a través de su estudio, la ocurrencia del delito. El tema sí lleva una gran dificultad; esto es, el que no es posible generalizar los casos, sino que las innumerables variables presentadas generan diferentes gamas de clasificaciones.

⁷² GARCÍA-PABLOS, Antonio. Op. Cit. Pp. 75 y ss.

Se trata de que la víctima puede, a juicio de este análisis, contribuir a su propia victimización.

b) Percepción y Actitudes:

El primero, conlleva el estudio focalizado de la interacción delincuente-víctima; el segundo, el cómo luego de ocurrido el delito, se determinan procesos tanto personales como colectivos para enfrentar el fenómeno.

c) Prevención del delito:

Ya la más moderna criminología acepta esto como una realidad incuestionable, el que el delito no es un hecho fortuito y que en su acaecimiento influyen determinados factores que inciden en su éxito, o mera intención. Así, el lugar, el momento, y la víctima misma son elementos en ningún caso dejados al azar, sino que tienen que ver con un complejo sistema de selectividad llevada a cabo por quién quiere infringir la norma. La prevención ya no es meramente criminal, del sujeto activo, sino que también alcanza a quién corre el riesgo de ser sujeto pasivo.

La condición de llegar a ser víctima dependería de ciertas situaciones concretas, las cuales, estudiadas empíricamente pueden traer ciertos resultados proyectivos, en el entendido de que habría cierta población con mayor riesgo de ser victimizada, y así, se deberían dirigir estudios y acciones sociales tendientes a disminuir este riesgo. Como se ha visto a lo largo de la historia, la amenaza a la pena -para el sujeto infractor-, jamás ha tenido efecto disuasivo, pero sí podría tenerlo una adecuada labor diseñada para informar,

concientizar y tutelar a las probables víctimas del delito, a fin de que no se expongan a tal estado.

A este respecto, señala García-Pablos⁷³, que “La prevención victimal añade a su comprobada efectividad otras ventajas: sugiere una intervención no penal de los poderes públicos –de la sociedad en general- para prevenir el delito, lo que disminuye el elevado costo social que la prevención “criminal” implica; corresponsabiliza a todos, a la comunidad jurídica⁷⁴ –y a la víctima potencial en particular- en la defensa de los bienes o intereses más valiosos, evitando la saturación del sistema legal y su tardía intervención; y propicia el diseño de unos programas de prevención de alto contenido social, dirigidos específicamente a los grupos y subgrupos o colectivos necesitados de particular protección (jóvenes, tercera edad, pensionados, etc.)”.

d) Métodos Instrumentales, las encuestas de victimización:

Frente a la falta de datos claros y fidedignos en cuánto al real acaecimiento del delito, ya que las cifras oficiales no pueden manejar la denominada “cifra negra”, esto es, aquello que no se denuncia pero se sabe que está ahí, las encuestas de victimización, -principal fuente de la victimología moderna-, es decir, el miedo o riesgo a ser víctima de un delito, han aparecido en las últimas décadas como instrumentos preclaros para estudios serios del delito. Sus datos no proceden del aparataje mismo del estado, sino más bien son una manifestación de la población frente a lo que erróneamente hoy en nuestro país se denomina por los medios de comunicación social como

⁷³ GARCÍA-PABLOS, Antonio. Op. Cit. Pág. 63.

⁷⁴ Todos los actores del sistema procesal penal, en un concepto más amplio que lo preceptuado por el Artículo 12 de nuestro Código Procesal Penal actual.

“inseguridad ciudadana” –método más real en la clase político-dirigente que en la población en sí-.

La victimización, cabe hacer presente, es el segundo estadio en el desarrollo de la víctimología. El primero, como se hizo mención anteriormente, estuvo marcado por una investigación de corte positivista, estudiando a las víctimas naturales. El segundo, vendrá de la mano de esta área, el de la victimización. Aquí se considera tanto el sentimiento de desamparo, como lo que Bustos denomina el “desamparo efectivo de la víctima”⁷⁵, entroncado ello con el sentimiento y alienación efectiva de la víctima dentro del sistema penal mismo. Incluso, tendencias indican que la evolución victimológica llevaría a que algunos postularan posturas conexas con los abolicionistas del Derecho Penal, muy de moda en las últimas décadas en el estudio dogmático, para efectos de devolver a las partes la resolución del conflicto penal⁷⁶.

Siguiendo con este apartado, las encuestas de victimización son verdaderos cuestionarios que se le realizan a la población, consultando si ha sido víctima de un delito, de si ha denunciado o no, si tiene “miedo” a enfrentar esta situación nuevamente o por primera vez, en caso de no haber sufrido agresión alguna y el como evalúa el actuar estatal en cuánto al daño sufrido. Así también se consulta la interacción víctima-delincuente en cuánto a relaciones previas entre éstos, su comportamiento, modo de realización del ilícito, perjuicios derivados, etcétera.

⁷⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. Pág. 12.

⁷⁶ *Ibíd.*

Una de sus más importantes características es que permiten evaluar las tasas de denuncia entre el real delito y el que no se hace presente al sistema, para sí ver la credibilidad de la población frente al sistema persecutor criminal⁷⁷.

e) Política Criminal, víctima y miedo al delito:

Es lo que ocurre diariamente en nuestro país. Los noticiarios y los medios de comunicación tienen una natural tendencia a mostrar hechos delictivos, de sangre en sus páginas y pantallas, creando una sensación extrema de inseguridad en la población que no se condice con las reales condiciones y estudios de incidencia del delito que efectivamente ocurren. Este miedo a ser víctima de un delito, que es diferente a la victimización ya que ésta sería según la víctimología el riesgo a ser víctima, es un estado colectivo, es una situación de imaginación muchas veces sin un fundamento claro y conciso.

Esta situación creada por los medios de comunicación, alimentada por políticos necesitados de generar este estado para aumentar sus capitales de campaña y aparecer más espacios de tiempo en los medios, genera toda clase de inconvenientes. Por una parte crea en la población la idea errónea de que el aumento del Derecho Penal en la población es el instrumento por excelencia para enfrentar el problema, lo que está lejos de serlo ya que no hay equivalencia entre mayores penas y menores tasas de criminalidad; crea comportamientos poco solidarios frente a las víctimas, ya que las personas creen, como se dijo recién, que el enfrentamiento duro es la respuesta; aumenta las situaciones de discriminación contra ciertos grupos poblacionales, a los que se les acusa de ser culpables de los índices delictuales; y por último, y lo peor de todo, es que se hace creer a la población, abusando de su

⁷⁷ En nuestro país, son diversas las instituciones que realizan periódicamente encuestas de victimización, como Libertad y Desarrollo; INE, Adimark, etcétera.

desconocimiento, que la renuncia a sus derechos y libertades individuales es una manifestación de un Estado y autoridades firmes y preocupadas por el problema delictual. Así, se olvida inmediatamente el riesgo que trae para las personas mismas el cuándo sus garantías, derechos civiles y políticos son conculcados a beneficio del Estado. Con esta sensación de miedo se van creando cada cierto tiempo verdaderos chivos expiatorios, frente a los cuales la población entrega toda su inseguridad y miedo y carga con ellos, su malestar frente al sistema.

En razón de esto, una política criminal orientada no sólo criminalmente, hacia el infractor, sino que también victimológicamente, con datos claros y precisos es una contribución a entender el fenómeno desde distintos ángulos y trabajar en su superación. Siendo el miedo una sensación abstracta y difusa, se necesita seriedad y claridad para su combate, ya que es una sensación manejable y moldeable. Más aún, se ha estudiado⁷⁸ que las tasas de victimización no están en concordancia con los grupos que más temen al delito, por ejemplo, la tercera edad.

Una política criminal acorde a un tratamiento oportuno y claro frente al infractor y a la víctima, debe ser capaz de hallar los elementos comunes entre la preocupación por éstos y por la sociedad toda. La victimología permite construir un mensaje integrador capaz de levantar la voz contra los enfoques más unilaterales y las dicotomías maniqueas, como el señalar que debe tenerse prevalencia por la víctima por sobre el delincuente, como si ambas cosas no fuesen partes integradoras de un todo muchísimo más complejo. A este respecto, son bastante ilustrativas las palabras de Nicole Guedj⁷⁹, citadas por el profesor español Joseph M^a Tamarit Sumilla, a sazón, Secretaria de Estado de

⁷⁸ GARCÍA-PABLOS, Antonio. Op. Cit. Pág. 67.

⁷⁹ TAMMARIT SUMILLA, Josep María. *La Protección de las víctimas en el sistema penal*. Consulta en línea. < www.institutodevictimologia.com/Noticias12F.pdf>. [Consulta: 18 de agosto de 2006]

los derechos de las víctimas del gobierno francés, sobre el propósito al que obedece la creación de este departamento en el gobierno Raffarin: “La idea no consiste en establecer una República de víctimas, sino en la puesta en marcha de una política valiente y generosa a favor de las víctimas, corolario indispensable de toda política de promoción de la seguridad de los franceses”.

A este respecto, García-Pablos⁸⁰ señala con acertada inteligencia: “El miedo al delito ha dado lugar a numerosas investigaciones empíricas en los últimos lustros. Según éstas, es necesario distinguir el miedo irracional a la delincuencia, del temor fundado –y personal- a llegar a ser víctima de ella. El primero plantearía ya un problema en sí mismo, aunque carezca de fundamento objetivo y pueda incrementarse controlando la información. Pero no se trata de un temor uniforme y regular. Se experimenta de modo desigual, según diversas variables. Al parecer, por ejemplo, se temen fundamentalmente los delitos violentos contra las personas, esto es, los que por su fortuna suceden con menor frecuencia. Los jóvenes y los desconocidos concitan especial preocupación. Mujeres, personas de más de sesenta años, habitantes de los grandes núcleos urbanos y miembros de las clases sociales deprimidas son, según todos los indicios, los colectivos que exhiben reacciones de alarma –de una alarma abstracta, global e inespecífica- ante la criminalidad más acusada (sin base alguna, en el caso de las mujeres y personas mayores, cuyos índices de victimización no llegan a los porcentajes medios del resto de la población). Pero lo cierto es que el miedo al crimen que ésta padece suele ser más un miedo difuso e irracional que un temor con fundamento y concreto. En su intensidad influyen numerosas variables (carácter de la persona, colectivo al que ésta pertenece, vulnerabilidad del mismo, clima social, etc.). El impacto de los medios de comunicación suele ser significativo, creando estados de opinión. En cuanto al de una previa experiencia personal, como víctima, depende

⁸⁰ GARCÍA-PABLOS, Antonio. Op. Cit. Pág. 68.

también de numerosos factores: especialmente, la clase de delito de que se trate. Desde un punto de vista político-criminal, parece importante que no se magnifiquen episodios delictivos aislados. Es oportuno desdramatizar. La policía, por su parte, no sólo ha de luchar contra el delito sino también contra el temor y el miedo irracional al mismo; si es preciso añadiendo a su presencia real, una presencia ficticia”.

Científicamente, siguiendo a Schneider⁸¹, existen tres métodos para explicar el miedo al crimen:

1.- Experiencias directas e indirectas con el crimen, que causan miedo.

2.- Modelo de la calidad de vida; en el sentido de que un entorno grato y mejorado es proclive a una mejor y mayor paz social, en desmedro de lugares en dónde, por ejemplo, existen edificios abandonados, como probables focos de crecimiento de criminalidad. Hay allí, siguiendo al autor, un entorno amenazante que produce miedo.

3.- Modelo del pánico moral, que se explicaba recién. Acorde a esta interpretación, los medios de comunicación y los políticos dirigen a ciertos grupos los miedos frente al crimen para así desvirtuar otros problemas sociales. En épocas de escasez económica, por ejemplo, los grupos de inmigrantes son foco frecuente de indicación criminal por parte del resto de la población.

⁸¹ SCHNEIDER, Hans Joachin. Op. Cit. Pág. 179.

f) Víctima, reparación, justicia penal y asistencia:

Por ser estas materias propias del tratamiento de los Estados al tema victimológico y los problemas presentes y de futuro que presenta, serán analizadas con detención en el capítulo V del presente trabajo.

I.4.3.- Víctimología y Victimodogmática.

Decíamos páginas atrás que uno de los grandes aportes de la victimología recaía en, por una parte, el redescubrimiento de la víctima como sujeto importante para el análisis del crimen; y por otro lado, en el paulatino abandono de su mero rol de sujeto pasivo para el estudio del delito. Así, en diferentes tipos penales, como la estafa⁸², surte importancia el ver como la víctima ha participado, ya que atraída por una buena oferta, su condición de mero receptor de la infracción va quedando atrás.

En mérito de esto, muchos autores han estudiado en las últimas décadas, como categoría dogmática que intercala el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, esta participación victimal, como principio a tener en cuenta para el estudio de la sistemática del delito.

Así va naciendo la Victimodogmática o perspectiva victimológica en la dogmática penal (*victimodogmatik, viktimologischer ansatz*), tratando de

⁸² Respecto a la incidencia de la víctima en el delito de estafa, ver el trabajo de PASTOR, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Marcial Pons Edit., Madrid, 2004 y la memoria de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile de GEISSBÜHLER, Arturo. *Responsabilidad de la víctima en el delito de estafa: Una perspectiva Victimodogmática del engaño en el marco de la teoría de la imputación objetiva*. 2005.

estudiar la participación de la víctima en la génesis de los procesos criminales. Su principal cuestionamiento va a venir a responder el si es posible atenuar o eximir de pena al autor de un delito cuando la conducta imprudente de la víctima ha propiciado o agravado el resultado disvalioso. Es estudio de un tipo determinado de víctimas que, ya por actos dolosos, ya por actos imprudentes, podrían llegar a calificarse como co-partícipes del delito.

A este respecto, Silva Sánchez⁸³ señala que no es nueva esta perspectiva, al menos en el plano de las ciencias penales, ya que muchos Códigos han recogido estas características de la víctima para modificar la responsabilidad penal del autor en la comisión de determinados delitos, como el consentimiento del sujeto pasivo, la provocación de éste o la propia institución de la legítima defensa. De esta forma, conocidas teorías como la de la imputación objetiva, nos van señalando como es posible negar en muchos casos la imputación del resultado producido a la conducta del autor, por haber mediado un comportamiento de la víctima⁸⁴.

Así, ya que no es nuevo hablar de una consideración de tipo victimológico en las ciencias penales, es dable señalar cual va a ser la novedad de esta nueva Victimodogmática, surgiendo conceptos como el de "autorresponsabilidad" (*Selbsverantwortungsprinzip*), por el cual a decir de Bustos Ramírez, "la víctima ha de responder por su propio comportamiento, en el sentido de que ha de evitar que él sea la causa o antecedente del hecho que lo afecte"⁸⁵. La introducción de este principio tendría dos vertientes; por una parte, buscar reformas de *lege ferenda*; y por otra, como señala Silva

⁸³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *¿Consideraciones Victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática*, en Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Vol. XII, N° 40, Enero-Abril de 1990.

⁸⁴ Para analizar los argumentos contrarios a la Victimodogmática, Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 2001. Pp. 242-256.

⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. Pág. 16.

Sánchez⁸⁶, “presidir la tarea interpretativa de los tipos, propiciando restricciones teleológicas de los mismos, con la consiguiente exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo penalmente relevante (perspectiva de *lege lata*). Esta frase puede esquematizarse en que quién no ha tomado todas las precauciones del caso para ser víctima de un ilícito, no merecería la protección del ordenamiento jurídico para sus propios bienes jurídicos; habría una obligación de “autoprotección” por parte de los individuos, que haría que la reacción penal del Estado se realizara sólo de manera subsidiaria. Desde ahí a estar abarcando como causal de atipicidad frente a un determinado delito, culpando a la víctima de éste, es una capa tan delgada como una tela de cebolla.

Para ir dilucidando esto se hace necesario volver a principios básicos del Derecho Penal liberal. *Última ratio* basa su actuar en la afectación de bienes jurídicos, en ataques graves. Por tanto, asumir como parte del Derecho Penal esta situación de “autorresponsabilidad”, es en palabras de Bustos⁸⁷, dejar en una “valoración arbitraria a cargo del juez conforme a sus propias ideas sobre la intervención y generalmente de acuerdo a sus propios patrones morales o políticos (así tendría plena explicación aquella sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida para la cual la víctima “provocó este tipo de reacción en su empresario”, esto es, una agresión sexual, por el hecho de llevar una “minifalda que le daba un aspecto especialmente atrayente”. El Derecho Penal perdería una de sus principales características y pasaría a ser mero arbitrio judicial. Por tanto, Bustos es contrario al planteamiento victimodogmático.

En relación a lo señalado anteriormente, en cuanto a que habría por parte de los individuos una obligación de autoprotección, y que en virtud de ello al Estado penal le cabría protección sólo en caso de cumplirse este requisito,

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit. Pág. 122.

⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. Pág. 17.

con acierto Silva Sánchez⁸⁸ señala que es al ordenamiento jurídico todo, no sólo al *Ius Puniendi* estatal al que le corresponde el deber de protección de las personas, por lo que la afirmación anterior va perdiendo sustento, ya que la retirada del Derecho Penal, en un Estado de Derecho, no implica necesariamente falta de protección jurídica por parte del mismo. Y, en relación al tema de la posible participación de la víctima en la comisión del delito, ello no es otra cosa que la atribución de ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima, contradiciendo sí el principio de fragmentariedad⁸⁹ del Derecho Penal, en cuanto el ordenamiento sancionaría conductas que no serían esencialmente graves, sino que sólo lo pasarían a ser a partir de la interacción con la víctima.

I.4.4.- Víctimología y Procesos de Victimización.

Como se dijo anteriormente, el reciente redescubrimiento de las víctimas a la hora de analizar el proceso penal, trae consigo no sólo una adecuación de las normas informadores del procedimiento, sino que también una adecuación y estudio exhaustivo, en lo dogmático y científico, de los diversos procesos que experimenta una persona cuando se convierte en víctima de un delito. Estos procesos son denominados por la doctrina mundial como “procesos de victimización” en razón de ser diversos estadios por los que atraviesa la persona, sucesivos, una vez que es sujeto pasivo del ilícito. Se analizarán cada uno con detención.

⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit. Pág. 123.

⁸⁹ Este principio señala que el Derecho penal, a la hora de elegir que conductas desea incriminar, debe tener en consideración que sólo afectará, mediando la contradicción entre afectación a las libertades individuales y la necesidad de protección, sólo aquellas agresiones que son lo suficientemente graves para que la intervención penal se estime ineludible, necesaria y proporcionada. El principio fue introducido por Binding. Ver, AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho penal*. Edersa, España, 1999.

I.4.4.1.- *Victimización Primaria.*

Es la etapa más estudiada, y dice relación con el momento mismo en que la víctima sufre el daño a raíz de la comisión de un delito teniendo a ésta como sujeto pasivo de aquel. Así, han surgido innumerables clasificaciones de los tipos de víctimas existentes, variando éstas desde variables meramente etiológicas, como las realizadas por los positivistas de los años '40, y las más modernas, que clasifican en razón de pertenencia a determinados grupos.

En mérito de ser la presente memoria un estudio de índole procesal y no criminológico (o victimológico), no se indagará con mayor detalle en este apartado clasificatorio.

Estos perjuicios derivados de la victimización primaria, tienen una variante física muchas veces, y otra psicológica en la mayoría de los casos. No sólo es detrimento patrimonial.

I.4.4.2.- *Victimización Secundaria.*

Está referida al sentimiento vivido por las víctimas del delito en razón de lo experimentado durante la tramitación del procedimiento, a los posibles traumas que podrían experimentar debido a la demora del aparato burocrático judicial y a que la investigación, sea fiscal o judicial, está más centrada en buscar la culpabilidad del imputado que de salvaguardar la indemnidad de las víctimas.

Con esto se agregan nuevos daños a los ya sufridos con el delito mismo. La víctima, conocedora muchas veces de esta situación, es partidaria en

variados casos de dejar en impunidad el delito en pos de no revivir éste a través de un procedimiento judicial que no es capaz de comprender en su real magnitud el daño y sufrimiento. Vemos así como el sistema judicial mismo, el cual debiese buscar las sanciones al ilícito del que la víctima es sujeto pasivo, es capaz también de victimizarla. Ésta puede decirse con responsabilidad que es incluso más grave que la primera, ya que emana de un Estado de Derecho, establecido con garantías de protección a las personas, cuyo principal guardián debiese ser este mismo Estado.

A este respecto bien valen las palabras del Juez Joaquín Billard⁹⁰, hablando del procedimiento bajo el Código de Procedimiento Penal de 1907: “En el caso de nuestro país, la situación de la víctima es absolutamente precaria, especialmente en los sectores de menores ingresos. En la práctica su contacto con el sistema, lejos de alivianar o dar satisfacción a su problema, se transforma en un segundo gravamen. Además del dolor y el daño sufrido por el delito, su contacto con el sistema penal la obliga a soportar esperas, trato inadecuado, molestias diversas y hasta exponerse a una intimidación por el hechor, sus amigos o parientes.

Por otra parte, no parece absurdo pensar que, en alguna medida importante, la crisis de inseguridad que se manifiesta en la población no sólo tiene su origen en la percepción del riesgo de ser víctima de un delito, sino también en la sensación generalizada que el sistema estatal no brinda auxilio y satisfacción a quienes sufren un atentado en contra de su persona o de su patrimonio.

La proverbial desconfianza y distancia que las personas tienen respecto del sistema los hace con frecuencia no colaborar o restarse a actividades

⁹⁰ BILLARD, Joaquín. Op. Cit. Pág. 322.

indispensables para el avance de las causas. Con ello este problema del rol de la víctima en el proceso se transforma en uno de los que más afectan la eficacia estatal en la persecución de los delitos”.

Argumentos como el que citaba con anterioridad el Profesor Bustos en relación a la teoría Victimodogmática, cuando se señalaba que la violación podía ser impulsada por una víctima que “provoca” a los hombres, son muchas veces parte de esta victimización secundaria cuando se estigmatiza a ciertas personas, luego víctimas, por caminar en lugares apartados de las ciudades, de noche, o cuando las personas caminan con joyas en las calles. Estas críticas, ultra conservadoras, excluyentes y altamente nefastas, revelan un desconocimiento básico, cual es que las personas son libres para ejercer sus derechos, en cualquier tiempo, momento y lugar, y que las ciudades y los lugares libres pertenecen a los ciudadanos, a todos, no a un grupo en particular. Es una forma de enfrentar la criminalidad con miedo, no con herramientas efectivas y disuasivas.

En virtud de estas consideraciones ha surgido incluso una “victimagogía”⁹¹, tendiente a elaborar acciones y proyectos a favor de las víctimas del delito, proponiendo medidas como:

- Cuando la víctima de un delito se dirige a la policía debe ser tratada de tal forma que no sufra ningún daño psíquico adicional;
- Se le den indicar las posibilidades de recibir en instituciones públicas o privadas ayudas materiales, médicas y psicológicas;

⁹¹ CUESTA AGUADO, María Paz. *Víctimología y Víctimología Femenina: Las carencias del sistema*. Consulta en línea, <<http://inicia.es/de/pazenred/victima.htm>>, [Consulta: 02 de agosto de 2006]. Más en extenso, ver BACA BALDOMERO, Enrique *et.al. Manual de Víctimología*. Edit. Tirant Lo Blanch. Julio de 2006.

- Se le debe informar sobre sus derechos de reparación contra el delincuente y, en su caso, contra el Estado;
- A lo largo del procedimiento, la víctima debe ser interrogada de forma cuidadosa y considerada, sin que en modo alguno se pueda lesionar su honorabilidad;
- Los niños solo podrán ser interrogados en presencia de sus padres, tutores o guardadores.

Reglas mínimas como estas, buscan no sólo una participación más efectiva de las víctimas en el proceso penal, a fin de llegar de mejor forma al esclarecimiento de los hechos, sino que por sobre ellos, son pautas necesarias en un Estado de Derecho para hacer efectivo un claro respeto a los Derechos Humanos básicos de los intervinientes, entre estos, las víctimas⁹².

A contrario sensu, también han sido advertidas por diferentes estudiosos, los posibles problemas que podría generar una excesiva atención a las víctimas, perdiendo de vista el necesario equilibrio que el hecho demanda⁹³:

- Las reivindicaciones de las víctimas son fácilmente objeto de manipulación política;

⁹² Más sobre la victimización secundaria en Chile, y particularmente de las mujeres, en SEGUEL, Sandra y TAVRA, Milena. *Violencia de Género: Estudio sobre la victimización secundaria de la mujer en Chile*. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, 2002. Sobre las diversas formas de superarla, los artículos *on line* de FUNES, María. *Prevención de la Victimización Secundaria*, Consulta en línea, http://www.sappiens.com/castellano/articulos.nsf/Psicología/Prevención_de_la_victimización_secundaria/47F97823A2D787EAC12571170058EEA6!opendocument [Consulta: 14 de mayo de 2006] y, CHAVES, Guillermo, *Victimología Policia, posibilidades de evitar la victimización*. Consulta en línea, <http://www.abacolombia.org.co/bv/juridica/juridica05.pdf> [Consulta: 14 de mayo de 2006]. Para ver las consecuencias psicológicas de las víctimas ante el proceso penal, el artículo *on line* de SÁNCHEZ, Antonio. *Reacciones de las víctimas ante el desarrollo del proceso policial y judicial de su caso*. <http://www.institutodevictimologia.com/Informes02.html> [Consulta: 29 de mayo de 2006]

⁹³ *Las Víctimas y las tensiones que genera su intervención*. Documento *on line* publicado a raíz de la Jornada de 2005 de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Enlace, ya citado.

- La presión de los “movimientos pro-víctima” pueden crear un clima mediático y social que influya en la toma de decisiones por parte de los actores del sistema penal en un sentido perjudicial para el conjunto de imputados y condenados, aunque la ira ciudadana tenga su origen en supuestos minoritarios de delitos de extrema gravedad;
- La diversidad de voces se traduce en que unas se oyen más que otras, con lo que se crean situaciones de desigualdad entre grupos de víctimas con poder de presión y otras víctimas anónimas, no organizadas, estadísticamente, poco relevantes o difusas. Los ejemplos de las víctimas de los terrorismos y de la violencia doméstica contra mujeres son claros al respecto y las consecuencias de la presión de estos grupos se han podido percibir ya con absoluta evidencia en el plano legislativo y de la acción gubernamental;
- El asociacionismo, pese a sus virtudes, podría favorecer la instalación en la victimización, la estigmatización y el fomento del victimismo;
- Una presencia desproporcionada de la perspectiva de las víctimas podría llevar al enquistamiento de los conflictos sociales en la medida que se convierta en única o principal guía de actuación pública la elevación a categoría pública de la natural insatisfacción de las víctimas de los delitos ya cometidos, con despreocupación por la prevención de víctimas de futuros delitos;
- La canalización excesiva de recursos públicos a políticas de asistencia a las víctimas podría hacerse a costa de las políticas de carácter preventivo y que deben tender a la disminución de las raíces sociales de la criminalidad; y,

- El auge victimológico podría propiciar una vuelta a lo que se vivió en los sectores estadounidenses de los años '60, en que, motivados por la defensa a las víctimas, se comenzaron a restringir los derechos de las personas. Se propone, de esta forma, erróneamente, la consecución de un sistema penal más represivo y menos respetuoso con las garantías individuales, al tiempo que tampoco se satisface a las verdaderas necesidades de las víctimas, sino que se las presenta como tales a una cosa que no es, sino un recorte en las libertades personales y colectivas.
- Podría pasarse de lo que se denominó antiguamente como “Magna Carta” del delincuente al Código Penal, a una “Magna Carta” de la víctima con una peligrosa ampliación en la interpretación de los tipos penales, restringiéndose las atenuantes y eximentes.

1.4.4.3.- Victimización Terciaria o desvictimización.

Este es un estadio ya posterior al de la comisión del ilícito y al del juicio o proceso penal. Es la victimización sufrida por la víctima ya no cuando el victimario está cumpliendo su condena, de hecho, esto pasa a ser un antecedente más; sino más bien es aquel estado por medio del cual la víctima pasa a reinsertarse en su entorno social, laboral o familiar, luego de haber ya experimentado los dos escenarios anteriores.

Este paso es de una trascendencia muy mayor, casi tan importante como el primero, que da origen a los siguientes, ya que es realmente aquí cuando el Estado a través de sus diversas instituciones, no sólo jurídicas, debe ser capaz

de entregar respuestas satisfactorias para proporcionar vías de sanación y reparación al mal causado. Las últimas iniciativas del Estado chileno, por ejemplo, a propósito de las graves violaciones a los derechos humanos cometidos por agentes del Estado en contra de la población civil durante la dictadura del General Pinochet, son un claro ejemplo de cómo es posible generar iniciativas de reparación y reinserción social⁹⁴.

Los tratadistas y estudiosos del Derecho Penal y de las ciencias criminológicas olvidan muchas veces que el proceso de reinserción debe buscar no sólo la “vuelta a la sociedad” del ofensor, sino que también de la víctima, quien se siente desprotegida e indefensa producto de lo que ya ocurrió.

⁹⁴ A este respecto, las leyes 19.123 de Reparación; 19.234 y 19.582 de exonerados políticos y Ley 19.992 de Prisión Política y Tortura;

**CAPÍTULO SEGUNDO.
VÍCTIMAS, GLOBALIZACIÓN Y DERECHO
INTERNACIONAL.**

II.1.- EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL TRATAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS. II.2.- VÍCTIMAS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. II.3.- VÍCTIMAS Y DERECHO INTERNACIONAL. II.4.- VÍCTIMAS Y NORMATIVAS NACIONALES.

II.

CAPÍTULO SEGUNDO.

VÍCTIMAS, GLOBALIZACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL.

II.1.- EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL TRATAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS.

S.M. el Príncipe de Asturias, Don Felipe de Borbón, futuro Rey de España, solicitó suprimir varios de los festejos protocolares con motivo de su boda el 22 de mayo de 2004, y destinar el gasto a financiar un monumento en homenaje a las víctimas. Así, el “Bosque de los Ausentes”, de 193 nacientes árboles, olivos y cipreses, recordó a esas macrovíctimas en el paso del recorrido por el Cortejo Real. Como señala Beristain⁹⁵, quien cita este ejemplo para mostrar el cambio experimentado por la humanidad en su conciencia hacia las víctimas, “Este monumento vivo implica –entre otros significados- que el

⁹⁵ BERISTAIN, Antonio. *Desde la víctimología de mínimos hacia la víctimología de máximos*. En Cuadernos de Política Criminal, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, I, N° 85. 2005, Segunda Época, Pág. 255.

núcleo de nuestra cultura da un paso gigante hacia delante. Nuestra ciencia y praxis victimológica de mínimos progresa hacia la ciencia y la praxis victimológica de máximos”.

En Chile, miles de kilómetros distantes de la madre patria, fuimos testigos presenciales a través de los medios de comunicación de los atentados del denominado 11-M. Fuimos solidarios en el sentir de las víctimas sin siquiera participar en sus ceremonias fúnebres y vimos sorprendidos como las autoridades españolas se reunieron con las familias e hicieron propia su tristeza. Todo, desde este país, el último geográficamente del mundo.

Entre España y Chile las fronteras son, como se ve, cada vez más cortas. Bastante literatura y diversos textos de opinión se han escrito en las últimas décadas acerca de este fenómeno ocurrido en el transcurso del Siglo XX, más específicamente en la última mitad, en relación a como las fronteras son cada vez más estrechas y las barreras se van haciendo más pequeñas⁹⁶. La aldea global⁹⁷ presagiada décadas atrás se hace, cada día que pasa, una realidad más evidente.

Frente a esta incontrarrestable realidad, que también afecta al Derecho, los Estados han debido realizar importantes reformas. El Derecho Penal, no obstante ser eminentemente territorial en su cuanto a su ámbito de aplicación, ha debido dar paso a un Derecho Penal Internacional y a una contraparte, el

⁹⁶ Vid., GIDDENS, Anthony, *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid, Taurus, 2005. En cuanto a las víctimas y la globalización, Vid., ANDRADE, Maribel. *Las máscaras de la violencia en el contexto de la globalización: una visión ético-jurídica*. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, Santiago, 2002.

⁹⁷ El concepto de Aldea Global fue introducido a fines de los años '60 y principios de los '70 por el canadiense Herbert Marshall McLuhan, para describir la interconectividad humana a escala global generada por los medios electrónicos de comunicación.

Derecho Internacional Penal⁹⁸. Las ciencias propiamente tales del Derecho Internacional, tanto público como privado, son cada día más estudiadas y desarrolladas, y conceptos como compraventas internacionales, *incoterms* o crímenes de lesa humanidad son frecuentes entre los operadores jurídicos, que, aunque disímiles en cuanto a sus diversas naturalezas, emanan de este gran coloso, el Derecho.

En los mismos términos, el delito cambia de igual forma a la que evoluciona el hombre, y va adquiriendo cada día nuevas formas de manifestación. Los delitos terroristas, son por ejemplo, una realidad cada vez más nueva, ya que sus métodos de terror para la población no tienen parangones en la historia humana. La escena de la caída de las Torres Gemelas en 2001, o el mismo atentado al Metro en Atocha, España, son síntomas de que el mundo está cambiando⁹⁹ y que las actuaciones de las

⁹⁸ Vid., LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo. *Derecho internacional penal*. Ediciones Congreso, Santiago de Chile, 2000; AMBOS, Kai. *Nuevo Derecho penal internacional*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002; y, QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*. Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1995.

⁹⁹ Vid., REMIRO BROTONS, Antonio *et. al.* *El orden internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001*. Revista española de Derecho internacional, Vol. 53, Nº 1-2/enero-diciembre de 2001. Pp. 125-302 y SEPAROVIC, Zvonimir. *El terrorismo internacional y sus víctimas*. En Cuadernos de Criminología, Chile, Nº 12, 2003. Pp. 85 y ss. Este último autor realiza una división de las víctimas propias del terrorismo: "Víctimas colectivas, que aparecen cuando se golpea a un grupo étnico, racial, cultural, local o regional, religioso u otro; Víctimas simbólicas, que son elegidas como blanco por representar los valores e identidad de una etnia, raza, religión, cultura, etc., a que se desea afectar en su conjunto; Víctimas instrumentales, que funcionan como medio útil para un plan (*an instrumental target*). La víctima es abusada para servir al plan que pretende concretar el terrorista, sin ser un blanco en sí misma; Víctimas casuales, que sufren la violencia solamente por circunstancias no programadas expresamente, dependientes del azar o de imprevistos (si la persona se encuentra en el lugar del ataque, en el tiempo del ataque); Víctimas masivas, afectadas por una agresión de grandes proporciones o múltiples, porque el atacante procura la mayor efectividad posible para así producir mayor impresión en el ambiente; Víctimas propias del agresor, dicho esto de modo condicional. El atacante puede sufrir víctimas en las filas de su propio grupo, debido a circunstancias diversas (ya sea porque se encontraban en el lugar y en el tiempo del ataque, o bien fueron premeditadamente sacrificadas como atacantes, etc.); Víctimas anónimas, que a diferencia de las que producen los ataques a personas o grupos bien identificados, caen sólo por la pertenencia a una meta instrumental colectiva. Su salida del anonimato es posible solamente con la identificación posterior; Víctimas inocentes. En la masa total de víctimas, dominan las inocentes. Ellas no tienen ninguna responsabilidad por la violencia desatada. Empero, la inocencia en el padecimiento colectivo es irrelevante y el terrorismo ni siquiera la toma en consideración. Asimismo, Separovic señala que en las víctimas propias del terrorismo debe tenerse en consideración que la elección de la víctima parte desde una base muy amplia, porque el atacante elige el lugar, el tiempo, el discurso, el grupo, la manera de atacar (*modus operandi*), lo que puede aumentar o disminuir el número de víctimas; se elige la mayor vulnerabilidad de la víctima (*victim's vulnerability*), porque el atacante selecciona aquellos objetivos,

personas y sobretodo de los Gobernantes, tienen repercusiones no sólo en sus naciones sino que en el plano exterior también.

En lo que nos atañe, esto tiene fuerte incidencia en las nuevas víctimas y los procesos de victimización que se están generando. Hoy por hoy, no sólo pueden ser considerados como víctimas del terrorismo internacional a quienes han sufrido directamente el delito, sino que también a la población toda, que, como en Estados Unidos, ve mermados sus derechos a la privacidad en aras de que los gobernantes republicanos han establecidos medidas que serían necesarias para “prevenir” eventuales atentados a la nación¹⁰⁰. Así, viajar en avión es cada día más regulado, y el papel de organismos como Naciones Unidas es cada día más protagónico. Los instrumentos penales se han globalizado y el Derecho Penal Internacional es, con la creación del Tribunal Penal Internacional¹⁰¹, una ciencia cada día más profundizada y estudiada.

grupos e individuos que le resultan más accesibles, pero también más útiles para sus propósitos (los más destacados gobernantes o representantes del poder, pero también celebridades populares que se identifican con las pretensiones, sueños y deseos de grandes grupos de gente, etc.); se ataca a propiedades, monumentos, y símbolos como blancos o víctimas y aquí vale el criterio del valor real o simbólico que da el atacante al objetivo atacado; el atacante puede según su propio criterio aumentar la intensidad de la victimización con la amenaza que parte desde un mal menor hacia un mal mayor. (Por ejemplo, cuando a un rehén primero se lo mutila bajo amenaza de muerte, llegándose muchas veces también a la concreción de dicha amenaza); en la tragedia debida al terrorismo, a veces se diferencian las víctimas primarias y las secundarias. Las víctimas primarias son las que sufren directamente el ataque, mientras que las secundarias son las que sufren el ataque a través de la víctima primaria (Por ejemplo, secuestrándole a un familiar querido, a alguien a quien se quiere afectar dentro del plan terrorista trazado); la víctima no es una mercadería, por eso ante el terrorismo internacional no hay comercio con las vidas de las gentes. Los terroristas muy frecuentemente extorsionan, imponen difíciles condiciones que deben servir para el cumplimiento de sus objetivos. En esas circunstancias, la ética de las negociaciones debe colocarse en un nivel tan alto que no permita, o por lo menos, que trate de evitar, aún frente a la amenaza, una sumisión ante los terroristas/secuestradores/atacantes; los terroristas cuentan con el factor sorpresa, por eso podemos hablar de la víctima como objeto de la sorpresa. En el planeamiento del ataque se estudian las características de la víctima, sus movimientos, sus costumbres, sus puntos vulnerables, todo eso para que el ataque sea efectivo; y, el aporte de la víctima a su propio destino puede tener mayor o menos significado. Muchas veces, especialmente en los casos individuales o de grupos reducidos, las víctimas suelen contactar previamente con el atacante sin percibir sus propósitos, a veces van a su encuentro, omiten medidas de protección, descuidan su propia seguridad, no valorizan el peligro, provocan al atacante facilitando su agresión, etcétera”. Op. Cit. Pp. 89-90.

¹⁰⁰ La tan discutida y conocida doctrina de la “guerra preventiva” de George Bush.

¹⁰¹ Con la firma del denominado Estatuto de Roma, al cual Chile aún lamentablemente no adhiere.

El tema principal a desentrañar en este capítulo es, por una parte, ver como el mundo organizado ha reaccionado frente a estos nuevos procesos de victimización, y por otra parte, analizar las diversas normativas de algunos Estados que han podido ir generando tendencia en cuanto al tratamiento victimológico. Recordando siempre que la víctima lo es del delito, y luego, de la ley y el proceso.

El Derecho Internacional Humanitario¹⁰² es una de estas respuestas. Ahora se trata de individualizar la responsabilidad, frente a lo que podría denominarse como una “macrovulneración”, cualquiera que sea el agente productor de la vulneración.

Se ha ido tomando conciencia de la importancia en la creación del estatuto internacional, instrumento de persecución del delito, cualquiera sea el infractor, cualquiera sea el lugar de la infracción y cualquiera sea la víctima. Los conflictos internos tienen repercusiones internacionales, y el mismo hecho beneficioso de que la globalización permita acercar las fronteras, ha traído también como consecuencia perjudicial, que los peligros de tendencias nacionalistas, de las xenofobias, de las persecuciones a las minorías sean muy patentes. Las democracias no están del todo afianzadas en muchas partes, y el respeto a los derechos humanos es muy débil en otras.

De esta forma el mundo organizado se ve en la necesidad y de ahí en la obligación de crear instancias supranacionales de juzgamiento de los delitos que atenten contra la humanidad, cuando los Estados no sean capaz de juzgarlos por incapacidad procesal o política. Hoy, existen delitos que se estima afectan al mundo entero, y el concepto de soberanía, como noción restringida y

¹⁰² Vid., CANCELED, Antonio. *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006; MARTIN, Claudia *et. al. Derecho internacional de los derechos humanos*. Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University : Distribuciones Fontamara S.A., 2004.

absoluta, no tiene ya la connotación que tuvo décadas atrás. Se van creando procedimientos, se establecen fórmulas de acusación, defensa y valoración probatoria; se examina la necesidad de pena y se establece, finalmente, un tribunal de carácter internacional y permanente para aplicar este nuevo Derecho, que emana de la conciencia universal.

Todas estas ideas son formuladas en base a una única vía: La globalización emprendida por el mundo es necesario que también sea capaz de ir creando respuestas de protección a las víctimas, cuando muchas veces el Estado interno no es capaz de realizar ni la investigación, ni la condena y mucho menos la indemnización de perjuicios o el restablecimiento del derecho.

También en el plano interno muchos Estados han emprendido reformas penales, modificando sus Códigos Penales nacionales para punir a los delitos considerados “contra la humanidad”. La protección a la víctima, se ve, parte del plano interno y de allí, a recibir el apoyo internacional¹⁰³. Como bien señala Ibáñez Guzmán¹⁰⁴, “Conductas prohibidas y conductas permitidas, todas en procura de la protección a la víctima, ahora por vía de los canales internacionales”.

En el capítulo anterior se analizó con detalle cómo el proceso penal es en esencia una manifestación estatal para perseguir delitos y aplicarles una sanción penal debido al rompimiento de la paz social estampada, tipificada, a

¹⁰³ Es de destacarse en nuestro país, el Proyecto de Ley presentado el 30 de agosto de 2005, mediante el cual se interpreta el artículo 93, del Código Penal en materia de prescripción de la acción penal en el caso de delitos especialmente sancionados por el Derecho Internacional, Boletín 3959-07, actualmente en su segundo trámite constitucional; así como el Proyecto de Ley ingresado el 07 de abril de 2004, a través del cual se penaliza las conductas constitutivas de genocidio y los crímenes de lesa humanidad y de guerra, hoy en su primer trámite constitucional, Boletín 3493-07; y, el Proyecto de Reforma Constitucional que ingresara el 07 de abril del mismo año, destinado a permitir el reconocimiento de la jurisdicción de Tribunales internacionales, Boletín 3491-07, refundido con el Boletín 2912-07, actualmente en su primer trámite constitucional.

¹⁰⁴ IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. *Mecanismos de Derecho interno e internacional de protección a la víctima. Globalización de los instrumentos penales*. En Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Vol. XXI, N° 67, Septiembre-Diciembre de 1999. Pág. 132.

través de normas de conducta de cumplimiento obligatorio. Y, en lo que atañe al presente trabajo, se estudió con profundidad la distinta participación de las víctimas en la historia del Derecho Procesal Penal, finalizando en el desarrollo de la victimología, como ciencia que estudia a las víctimas del delito, sus diversos marcos de análisis, variantes y corrientes que han ido planteando diferentes variables para entender a la víctima y su más o menos activa participación en la comisión del delito.

En el presente capítulo se estudiará el como el mundo, a través de diversas organizaciones y diversos Estados, receptores de culturas jurídicas distintas, han ido siendo o no, capaces de recibir en sus senos el planteamiento victimológico y emprender reformas para modernizar sus respuestas reparatorias y disminuir las consecuencias de la victimización sufrida a raíz del delito.

II.2.- VÍCTIMA Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

La victimología es esencialmente una disciplina joven, sobre la cual se asientan las bases de un nuevo sistema de justicia social capaz de mirar de una forma diferente, más protectora de las personas, a los intervinientes del sistema procesal penal e incluso a aquellos que todavía no llegan a este estadio. Va afianzándose como un campo de investigación científico que se encarga del estudio de las víctimas en general –ya que no sólo considera como víctima al sujeto pasivo del delito-, impulsando una nueva mirada en los últimos años para lograr una redefinición del rol y del tratamiento de la víctima en el fenómeno criminal.

A este respecto, se dijo con anterioridad, que en una primera etapa, a través de los estudios de Von Hentig o Mendelsohn, el estudio victimológico es de carácter etiológico –se estudian las causas del hecho de ser víctima, encontrando ciertos sujetos más proclives que otros a recibir esta categoría-; y en una segunda, a través de instrumentos más científicos y empíricos, como las encuestas de victimización, se logra dar un paso más allá y lograr datos y antecedentes explicativos y proyectivos que sean capaces de entregar respuestas más reales y comprensivas del fenómeno victimológico.

Es a partir de la década de los '70 en que el mundo comienza a ver que esta nueva ciencia, con métodos y estudios cada vez más independientes de las ciencias madres que la conciben, como la criminología o el Derecho Penal mismo, es capaz de entregar respuestas y proponer soluciones al fenómeno delictual. Así, en esta década viene la consolidación de la victimología como disciplina científica. En este sentido, puede afirmarse con seguridad que es en los últimos treinta años cuando más protagonismo ha tenido el interés por las víctimas, todo ello acompañado de una serie de estudios y trabajos doctrinarios que avalan este nuevo protagonismo y redescubrimiento.

A este respecto, aunque la referencia a las víctimas que traen las legislaciones penales son muy limitadas y en la mayoría de los casos las identifica con el sujeto pasivo de la infracción, desde ya es preciso afirmar, que las ciencias punitivas deben redefinir sus conceptos y abrir caminos para la entrada de las víctimas (en el sentido planteado por la moderna victimología) al sistema penal, de tal manera que puedan ser atendidas nuevas formas de victimización que tradicionalmente no han tenido cabida. Sólo así podrán estructurarse modelos acordes con las necesidades sociales del mundo de hoy que contribuyan a la obtención de real y efectiva paz social. Como bien dice

García-Pablos¹⁰⁵, citado por Sampedro Arrubla, “el movimiento victimológico persigue una redefinición global del estatus de la víctima y de las relaciones de ésta con el delincuente, el sistema legal, la sociedad, los poderes públicos, la acción política (económica, social, asistencial, etc.). Identificar, en consecuencia, las expectativas de la víctima y la aportación que cabe esperar de los numerosos estudios científicos sobre la misma con pretensiones monetarias, representa una manipulación simplificadora que la realidad empírica desmiente. Pues aquéllos demuestran hasta la saciedad –si se realizan con una razonable intermediación temporal respecto del delito- que lo que la víctima espera y exige es justicia y no una compensación económica”.

Por tanto no es de extrañar que en diversos países, a fines de la década de los '70 se funden sociedades de victimología, tendientes a su estudio y promoción, como así también a la propuesta de una visión en torno al tema. Países con culturas tan disímiles como Japón, Polonia, Brasil, India, Australia, Grecia y Corea del Sur han sido fundadores de estas organizaciones.

En razón de ello, es necesario nombrar a la organización internacional de mayor peso mundial en el tema, esta es la Sociedad Mundial de Victimología, que organiza los simposios internacionales sobre la materia. Tal es su carácter de organismo internacional, que las diversas asociaciones nacionales están afiliadas a este estamento, teniendo incluso el carácter de organismo consultivo de Naciones Unidas. Fundada en el año 1979 en la ciudad de Münster, durante el III Simposio de Victimología, esta organización se autodefine como una asociación de académicos, queriendo también servir como foro para aquellos científicos que plantean posturas contrarias frente a la real independencia de la victimología como disciplina científica. También elabora una revista

¹⁰⁵ GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 3ª. Ed., 1996, Pág. 41, en SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. *¿Quiénes son las víctimas del delito?* Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Vol. XXI, N° 67, Septiembre-Diciembre de 1999.

especializada, "*Victimology, an Internacional Journal*", de gran valor académico y científico.

Ha desarrollado un concepto de víctima: "Es la persona que ha sufrido una lesión o daño físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social como resultado de una acción que,

- a) Esté en violación con las leyes penales nacionales; o
- b) Es un crimen catalogado bajo la ley internacional; o
- c) Constituye un "abuso de poder" ejercido por personas que, en razón de su posición política, económica o social, ya sean oficiales políticos, agentes o empleados del Estado, o entidades comerciales, estén "fuera del alcance de la ley"; o
- d) Aunque no esté realmente proscrito por las leyes nacionales o internacionales, cause daños físicos, psicológicos o económicos comparables a los causados por los abusos de poder, constituyendo de esta forma un delito dentro de la ley internacional o una violación a las normas internacionalmente reconocidas de los derechos humanos, y cree serias necesidades en sus víctimas similares a las causadas por violación de esas normas"¹⁰⁶.

Como bien lo señala el texto presentado por el Secretario General de la Sociedad Internacional de Víctimología en el Congreso Internacional de las Naciones Unidas en 1985, el término víctima incluye a toda persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión, ya sea como individuo o como integrante de

¹⁰⁶ Consulta *on line*:<<http://www.ce.ucf.edu/asp/wsv/spanish/overview.asp>> [Consulta: 13 de agosto de 2006].

un grupo o colectividad. Cuando corresponda, el término persona se referirá a entidades legales, organizaciones, asociaciones, comunidades, el Estado, la sociedad en un todo¹⁰⁷.

La Sociedad Mundial de Victimología ha desarrollado doce simposios internacionales desde 1973, los cuales han versado sobre diferentes materias:

1º, Jerusalén, 1973, en dónde se define el concepto de victimología, se trazan los primeros puntos de acción futuros y se realizan una serie de propuestas a las naciones, sobre todo en materia compensatoria¹⁰⁸;

2º, Boston, 1976, en dónde se estudian las tipologías victimales con sus respectivas relaciones¹⁰⁹;

3º, Munster, 1979, Marcando una pauta futura, ya que se encarga de analizar el anterior concepto de victimología, sus resultados, consecuencias, descubrimientos y dimensiones¹¹⁰;

¹⁰⁷ Consulta *on line*:<<http://www.ce.ucf.edu/asp/wsv/spanish/overview.asp>> [Consulta: 13 de agosto de 2006].

¹⁰⁸ Se celebró en la ciudad de Jerusalén entre los días 2 y 6 de septiembre de 1973, bajo la presidencia del Doctor Israel Dripkin. Las discusiones fueron organizadas en cuatro foros temáticos: El estudio de la victimología (concepto, definición de víctima, metodología, aspectos interdisciplinarios, etcétera); la víctima (tipología, la víctima en el proceso pena, etcétera); la relación victimario-víctima (delitos contra la propiedad, contra las personas, sexuales, etcétera); y, Sociedad y víctimas, actitudes y políticas (prevención, tratamiento, resarcimiento, etcétera).

¹⁰⁹ Tuvo lugar en la ciudad de Boston, Massachussets, del 5 al 11 de septiembre de 1976. Fue presidido por Regina H. Ruan, secretaria del Comité organizador, debido a la repentina muerte del Presidente, Stephen Shafer. Se discutió en base a tres secciones: La primera, denominada aspectos conceptuales y legales de la victimología, se abocó al concepto y finalidad de la victimología, a las tipologías victimales, la víctima en el procedimiento judicial y las víctimas de hechos de tránsito; la segunda sección, estudió las relaciones victimales, viendo los delitos contra las personas, los delitos contra la propiedad, las relaciones criminal-víctima y la policía y el delincuente político como víctima; y la tercera sección, víctima y sociedad analizó la compensación a las víctimas del delito, la victimización corporativa, la víctima y los *mass media* y la victimización de la víctima por la sociedad.

¹¹⁰ Se celebró en la ciudad de München, capital de Westfalia, entre el 3 y el 7 de septiembre de 1979, presidido por Hans Joachin Schneider. Trabajó en base a secciones y mesas de trabajo. Las primeras, analizaron los conceptos, resultados, consecuencias, descubrimientos, y dimensiones en la victimología; estudios de victimización criminal; las víctimas de diversas conductas criminales; el papel de la víctima en el proceso de victimización; tratamiento de las víctimas, reparación y prevención; y, la víctima en el sistema de justicia penal. Por su parte, las mesas de trabajo, estudiaron problemas de urbanismo y la

4°, Tokio y Kyoto, 1982, Tratamiento científico de la disciplina; método empírico, descubrimientos, nuevos problemas, víctimas de cuello blanco y víctimas de la contaminación¹¹¹;

5°, Zagreb (Yugoslavia), 1985, Dando apoyo a la Declaración de Naciones Unidas de 1985 sobre apoyo a las víctimas, se estudia el tratamiento victimológico en relación al abuso de poder¹¹²;

6°, Jerusalén, 1988, cuyo lema fue “Los rostros de la victimología”¹¹³;

7°, Río de Janeiro, 1991, con la problemática de las víctimas en América Latina¹¹⁴;

8°, Adelaide (Australia), 1994. Temas tratados: Víctimas, delincuentes y ley; stress traumático; victimización; prevención de la victimización; violencia y victimización en las familias y, derechos humanos, refugiados y victimización por el Estado¹¹⁵.

prevención del crimen; violencia en la familia; y, víctimas de crímenes violentos durante el nacional-socialismo.

¹¹¹ Tuvo lugar en las ciudades de Kyoto y Japón entre el 29 de agosto y el 2 de septiembre de 1982, organizado por el Doctor Kiochi Miyazawa. Se estudió en cuatro secciones: Problemas generales, definiciones, teoría; Investigación empírica, métodos, descubrimientos; Nuevos problemas, víctimas de delitos de cuello blanco, víctimas de la contaminación; y, Asistencia a las víctimas, centros de crisis.

¹¹² Se realizó en la ciudad de Zagreb, Yugoslavia, entre el 18 y el 23 de agosto de 1985, presidido por el Profesor Zvonimir Paul Separovic. Se discutieron cuestiones teóricas y conceptuales; investigación; víctimas de abuso de poder; mecanismos para asegurar justicia y reparación para las víctimas; asistencia a las víctimas y prevención de la victimización; y, acción, regional e interregional.

¹¹³ Se celebró en la ciudad de Jerusalén, Israel, entre el 28 de agosto y el 1 de septiembre de 1988, bajo la presidencia de Sarah Ben-David. Se estudió en base a tres rubros: la ciencia victimológica, principios y paradigmas; los servicios de atención a las víctimas; y, la victimología como movimiento por las víctimas.

¹¹⁴ Se celebró en Río de Janeiro, Brasil, desde el 25 al 30 de agosto de 1991. Presidido por Ester Kosovski. Los grupos de estudio fueron abarcados en: Drogas; minorías, derechos de las víctimas; víctimas diversas y cuestiones teóricas y conceptuales.

¹¹⁵ Se realizó en Adelaide, Australia, entre el 21 y el 26 de agosto de 1994, bajo la presidencia de Chris Summer. Los tópicos estudiados fueron: Paradojas y paradigmas; investigación sobre crimen y víctima; aspectos legales; violencia intrafamiliar; estrés posttraumático; prevención de la victimización; servicios para víctimas; y, derechos humanos.

9°, Ámsterdam, 1997. Aspectos críticos de la Victimología¹¹⁶;

10°, Montreal, 2000, en que se celebra el XV Aniversario de la Declaración de las NNUU sobre las víctimas de los delitos y planeta los desafíos para el tercer milenio¹¹⁷;

11°, Stellenbosch, (Sudáfrica), 2003.

12°, Orlando, Agosto de 2006¹¹⁸.

En relación a esto, son destacables las palabras de Hans Joachim Schneider, quien señala que “El interés en las víctimas del delito mostrado por la comunidad científica y la población en general, surge del proceso de civilización que el mundo está experimentando en el largo plazo. Las gentes están llegando a ser más conscientes de lo que significa llegar a ser víctima. Su conciencia sobre los problemas asociados con (la) violencia, particularmente con las formas de violencia de todos los días en el ambiente social próximo, se ha desarrollado en forma creciente”¹¹⁹.

¹¹⁶ Se convocó en la ciudad de Ámsterdam, Holanda, del 25 al 29 de agosto de 1997 bajo la presidencia de Jan J. M. Van Dijk. Se dividió en cuatro temas: Estudios y precisiones sobre la víctima; los derechos de la víctima; tendencias en apoyo a las víctimas; y, abuso de poder y crímenes de guerra.

¹¹⁷ Se celebró en el Centro de Convenciones de Montreal, Canadá, desde el 6 al 11 de agosto de 2000, presidido por Irvin Waller y Arlene Gaudreault. Se estudió: Apoyo, compensación y política; justicia reparatoria, mediación y legislación; protección internacional para víctimas de abuso de poder; y, prevención de la victimización.

¹¹⁸ Defensa y los derechos: ¿Se convertirá “Justicia de la Víctima” en el nuevo estándar del sistema de justicia criminal?; Servicios De la Víctima: ¿Es hora de ir más allá de la intervención de la crisis y de la defensa de la justicia criminal?; Investigación: ¿Tiene la Victimología un lado teórico o empírico en el cual apoyarse?; Crimen Transnacional, Tecnología, Terrorismo y Tráfico: ¿Debería seguir siendo el crimen “ordinario” el foco primario en Victimología?; Educación y Estándares: ¿Hay suficiente responsabilidad en servicios a víctimas y victimología?

¹¹⁹ SCHNEIDER, Hans Joachim. *Desarrollos victimológicos en el mundo durante las últimas tres décadas. Un estudio de victimología comparada*. En Cuadernos de Criminología de Chile, N° 11, 2001. Instituto de Criminología, Santiago, Pág. 13.

II.3.- VÍCTIMAS Y DERECHO INTERNACIONAL.

La percepción generalizada es que el sistema diseñado por el Estado para conferir tutela a los derechos de las víctimas, ha sido creado sólo en torno al análisis de la victimización primaria, obviando las importantes implicancias que tiene la secundaria, generando esta situación en el ámbito internacional, una serie de iniciativas encaminadas a generar un nuevo status de las víctimas en el seno de las legislaciones estatales, para así reforzar su posición jurídica.

Dentro del ámbito del Derecho Internacional, pueden destacarse:

- Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, aprobadas el día 28 de junio de 1985, dirigidas a mejorar la situación de la víctima en el Derecho y Proceso Penal.
- Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada en septiembre de 1977, sobre compensaciones a las víctimas de infracciones criminales.
- Convenio 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos.
- Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU, sobre Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder.
- Recomendación (85) 4, sobre violencia doméstica y maltrato familiar a niños de Naciones Unidas.

- Recomendación (77) 28, que atañe a la victimización medioambiental, de Naciones Unidas.
- Recomendación (81) relativa al delito económico y las víctimas del fraude consumidor, de Naciones Unidas.
- Carta Criminológica de Porto Alegre, aprobada en el Primer Forum de Criminología y Política Criminal del MERCOSUR, octubre de 1998.
- Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional de Justicia.
- También, es necesario destacar como normas que podrían ser consideradas como de apoyo a las víctimas, la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Dentro de estas normas cabe mencionar especialmente la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por Naciones Unidas en 1985; la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, de 2001 y, la Carta Criminológica de Porto Alegre de 1998.

II.3.1.- La Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia relativos a las víctimas de la criminalidad y del abuso de poder.

Esta verdadera ruta de navegación mundial en torno al tratamiento a las víctimas, emana de las deliberaciones del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y para el tratamiento de los delincuentes, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985.

El 20 de noviembre de ese mismo año, la Asamblea General, ente permanente que reúne a todos los países asociados, adoptó el texto recomendado en el Congreso, en los términos que constituyen la resolución 40/34.

La Declaración insta a que se adopten medidas a nivel internacional y regional para facilitar el acceso a la justicia, así como el tratamiento adecuado a las víctimas del delito, la obtención para parte de estas víctimas de una compensación y un resarcimiento adecuados, así como, el ofrecimiento de una asistencia social, subrayando las principales medidas a adoptar para prevenir los delitos que implican un abuso de poder y ofrecer recursos a las víctimas de éstos.

En esencia, la declaración contiene seis apartados: “Víctimas del delito”; “Acceso a la justicia y tratamiento justo”; “Obligación de restitución y reparación”; “Indemnización”; “Servicios” y “Abuso de Poder”.

Al momento de suscribir la declaración, la Asamblea General reconoce el hecho de que millones de personas en todo el mundo sufren perjuicios a raíz del delito y que los derechos de las víctimas no han sido reconocidos. También, en una referencia a la victimización secundaria, señala el drama de los

ofendidos, cuando, sufriendo injustificadas pérdidas, perjuicios o daños, pueden ser sometidos además a desgracias suplementarias cuando ayudan a la persecución de los delincuentes. También, entroncando esta resolución con el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, complementaria de las legislaciones nacionales, resulta de particular importancia el hecho de que ésta vaya a estar vinculada a Naciones Unidas y deba estar acorde a sus propósitos y principios, pues esto significa que el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas de los delitos debe hacerse de conformidad con la resolución en comento, que plantea, como se verá, el concepto de víctima y los derechos esenciales de ésta.

En mérito de esta idea, la Asamblea General señala la necesidad de:

- Adoptar medidas nacionales e internacionales tendientes a garantizar el reconocimiento universal y la eficacia de los derechos de las víctimas de la criminalidad y del abuso del poder;
- Avanzar en la realización de justicia para las víctimas de la criminalidad, a fin de que la asistencia deseada por éstas les sea ofrecida.
- Efectuar medidas en la esfera de la asistencia social, de la salud, de la educación y de la economía; así como medidas especiales de prevención del delito para reducir la victimización y potenciar la ayuda a las víctimas más necesitadas.
- Potenciar los esfuerzos colectivos y la participación general para la prevención del delito.

- Examinar regularmente la legislación y las prácticas existentes con el fin de velar para que se adapten al cambio y evolución de las situaciones, adoptando y aplicando una legislación que prohíba los actos contrarios a las normas internacionalmente reconocidas en materia de derechos del hombre, de comportamiento de las empresas y de otros abusos de poder.
- Establecer y reforzar los medios idóneos para investigar, perseguir y condenar a aquellos que son culpables de actos criminales.
- Potenciar la divulgación de información que permita a la gente vigilar la conducta de los funcionarios y de las empresas y promoviendo otros medios que permitan controlar realmente que se han tenido en cuenta las preocupaciones de la generalidad.
- Potenciar el respeto a los códigos de conducta y a las normas de la ética, especialmente de las normas internacionales por los funcionarios, comprendiendo el personal encargado de la aplicación de las leyes, el de los servicios penitenciarios, médicos y sociales y de las fuerzas armadas, así como el personal de las empresas comerciales.
- Prohibir las prácticas y los procedimientos que favorecen los abusos, tales como el uso de lugares secretos de detención y la misma ocultación de ésta.
- Colaborar entre los distintos Estados en el ámbito de los acuerdos de ayuda mutua judicial y administrativa en esferas como la de investigación y persecución de los delincuentes, su extradición y el embargo de sus bienes para la reparación de las víctimas.

En lo propiamente dispositivo de la declaración, ésta reconoce en su seno una doble tipología de víctimas. Por una parte, las “víctimas” de delitos convencionales, entendiendo por tales las que señala la declaración en el punto 1:

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

En este concepto de víctima, que alude a la ofensa sufrida por una persona cuando han sido vulnerados sus derechos en relación a una norma nacional que lo prohíbe, encuentran acogida los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima en peligro o para prevenir la victimización. A este respecto señala el punto 2:

“Una persona puede ser considerada como una “víctima”, en el ámbito de la presente Declaración, tanto si el autor ha sido o no identificado, detenido, perseguido o declarado culpable, y cualquiera que sean sus lazos de parentesco con la víctima. El término “víctima” incluye también llegado el caso, la familia próxima o las personas a cargo de la víctima directa y las personas que han sufrido un perjuicio al intervenir en ayuda de las víctimas necesitadas o por evitar la victimización”.

También, ya en el ámbito propiamente internacional, la Declaración innova entregando una segunda categoría de víctimas. Son las denominadas víctimas de delitos no convencionales¹²⁰ señaladas en el punto 16:

¹²⁰ Algo parecido hace Antonio Beristain cuando distingue entre microvictimización (Conjunto de sujetos pasivos de los delitos que establece el Código Penal de cada país, tal y como los interpretan las instituciones jurídicas) y la macrovictimización (víctimas generadas por estructuras sociales injustas). Beristain, *La Víctimología*, Servicio Editorial UPV, San Sebastián, España, 1990, Pp. 211-215.

“Se entiende por “víctimas aquellas personas que, individualmente o colectivamente, han sufrido perjuicios, especialmente un ataque a sus derechos fundamentales, en razón de acciones y omisiones que no constituyen una violación de la legislación penal nacional, pero que violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos”.

Esta idea es fundamental en cuanto al capítulo que se está analizando. La creciente importancia del Derecho Internacional, reconociéndose incluso como uno de los principios de Nüremberg el que éste tiene primacía por sobre el Derecho Nacional y que existen delitos atentatorios contra la humanidad toda, por tanto, creadores de víctimas indistintamente de la nacionalidad (principio de la territorialidad) o lugar en que se cometan, inspira a esta norma de la Declaración emanada de Naciones Unidas. Así, al señalar que las víctimas también se constituyen cuando se viola una norma del Derecho Internacional, de *ius cogens*, se consagran las nuevas tendencias mundiales protectoras de los derechos de las personas.

Hablando de rasgos más específicos, la Declaración en comento ha recibido alabanzas significativas de los estudiosos de la victimología, ya que como se señaló, es una verdadera ruta de navegación a seguir por los Estados en relación al tratamiento de los derechos de las víctimas. Es capaz de conceptualizar como tales a aquellas personas que sufren daños directamente producidos por el ejercicio abusivo del poder estatal, incluso en aquellos supuestos en los que, produciéndose una violación de las prescripciones internacionales en materia de derechos humanos, los titulares de los poderes estatales se colocan en una situación de impunidad al no conceptualizar en la legislación tales aberrantes comportamientos como constitutivos de un ilícito penal. Esto, como recién se señaló, es un avance y un triunfo de los derechos humanos de los últimos sesenta años. De esta forma, la ratificación del Estatuto de Roma, que crea el Tribunal Penal Internacional, es la concreción de una

justicia supranacional, capaz de salvaguardar los derechos de la humanidad toda. Es de esperar que Chile lo ratifique prontamente, ya que en una interpretación, a juicio de este autor errónea, se estimó que debía previamente reformarse la Constitución Política, debido a que se estaría renunciando a una parte de la soberanía del Estado.

En cuanto al acceso a la justicia y a un tratamiento justo, la Declaración entrega una serie de derechos:

- Las víctimas deben ser tratadas con compasión y respeto en cuanto tales;
- Tienen derecho a instancias de justicia;
- Derecho a reparaciones, previamente informadas de las posibilidades que el ordenamiento entrega;
- Derecho a información de la marcha del procedimiento y de los recursos posibles a entablar;
- Derecho a expresar sus opiniones en el proceso, a ser escuchadas cuando sus intereses personales están en cuestión;
- Derecho a asistencia social y legal durante todo el proceso;
- Derecho a protección a su vida privada y seguridad; protegiéndolas ante maniobras de intimidación y represalias.

- Evitar los retrasos inútiles durante la reglamentación de los asuntos y durante la ejecución de las decisiones o sentencias en las que se acuerda la reparación de las víctimas.

En lo que respecta a la obligación de restitución y reparación, la Declaración agrega que,

“Los autores de actos criminales o los terceros responsables de sus comportamientos deben reparar, mientras sea necesario, equitativamente el perjuicio causado a las víctimas, a su familia o a las personas a su cargo. Esta reparación debe incluir la restitución de los bienes, una indemnización por el perjuicio o las pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos originados por la situación de victimización, el suministro de servicios y el restablecimiento de los derechos”. (Punto 6 de la Declaración)

También en relación con esto, señala la necesidad de que los gobiernos reexaminen sus normativas y reglamentos a fin de posibilitar las prácticas reparatorias cuando ellas emanen de sentencias judiciales. Asimismo, la restitución debe ser capaz de incluir, en la medida de lo posible, el retorno al estado de cosas del entorno, la restitución de su infraestructura, la reposición de los equipos colectivos y el reembolso de los gastos de nuevas instalaciones cuando los daños hayan supuesto el trastorno de una comunidad.

También es de gran valor lo señalado a la hora de la violación de derechos de las personas cuando han ocurrido crímenes ejecutados por agentes del Estado:

“Cuando funcionarios y otras personas que actúan a título oficial o cuasi-oficial hayan cometido una infracción penal, las víctimas deben recibir una restitución del Estado a que representan los funcionarios o los agentes responsables de los perjuicios sufridos. En el caso de que el gobierno bajo cuya autoridad se ha producido la acción o la omisión que ha originado la victimización no exista ya, el Estado o gobierno sucesor de aquel debe asegurar la restitución a las víctimas”. (Punto 9 de la Declaración).

II.3.2.- El Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional.

El 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas aprobó el denominado Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional para el juzgamiento de personas por la comisión de crímenes de grave trascendencia para la comunidad internacional.

En términos generales, la Corte Penal Internacional se compone de la presidencia, de una sección de apelaciones, una sección de primera instancia, una sección de cuestiones preliminares, la Fiscalía y la Secretaría, y sus funciones son realizadas en cada sección en salas, que se componen de magistrados asignados a las secciones según la naturaleza de las funciones que correspondan a cada una y de sus calificaciones y experiencia, de tal forma que, en cada sección, hay una combinación apropiada de especialistas en Derecho y procedimiento penal y en Derecho internacional.

El Artículo 6º del Estatuto le otorga competencia a la Corte para juzgar los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Como se decía, el hecho de estar vinculada directamente a Naciones Unidas, como un Tribunal supranacional, le otorga a esta judicatura

permanente (a diferencia de Tribunales ad-hoc como el creado en Nüremberg o en Ruanda) un carácter preservador de la paz mundial y protector de las víctimas frente a los graves atentados que pudiera llegar a sufrir la humanidad en virtud de la vulneración de las reglas mínimas de Derechos Humanos recogidos, a través de diversos instrumentos positivos o normas de *ius cogens*.

En la materia propiamente tal de protección directa de las víctimas y sus posibilidades de participación, el Estatuto recoge de múltiples formas las instancias en que éstas pueden intervenir.

- Artículo 53 N° 2, como una manifestación del principio de oportunidad, le permite al Fiscal abstenerse de proceder al enjuiciamiento si existen razones sustanciales para creer que el mismo no redundaría en interés de la justicia, sin embargo, para adoptar esta decisión debe tener en cuenta, como criterio principal, entre diversos factores, los intereses de las víctimas.
- Artículo 55, estableciendo los derechos de las personas durante la etapa investigativa, concepto comprensivo también de las víctimas.
- Artículo 57, en dónde establece como una de las funciones específicas de la sala de las cuestiones preliminares –aquella encargada de adoptar las decisiones que sean necesarias a una investigación, compuesta de no menos de seis magistrados- la de asegurar la protección y el respeto de la intimidad de las víctimas y testigos.
- Artículo 64.2, señalando que la Sala de Primera Instancia –sala encargada en general de la sustentación de los juicios, compuesta de no menos de seis magistrados- debe velar porque el juicio sea justo y

expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas. Así podrá, en el desempeño de sus funciones antes o durante el juicio, adoptar las medidas necesarias para la protección de las víctimas.

- Artículo 68, enunciado como “Protección a las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones”, de esta manera, la Corte podrá adoptar las medidas necesarias para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas, en especial, permitir en las fases del juicio que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas y, en casos excepcionales, a fin de proteger a las víctimas, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales.
- Artículos 43.6 y 68.4, en donde crea una dependencia de víctimas y testigos dependientes de la Secretaría, la cual, en consulta con la Fiscalía, deberá adoptar las medidas de protección y dispositivos de seguridad, prestando asesoramiento y asistencia a las víctimas y testigos. Esta dependencia también asesorará a la Corte sobre las medidas que deba adoptar en protección y asistencia a las víctimas.
- El artículo 75 se ocupa de la “Reparación de las víctimas”, entendiendo por tal la restitución, la indemnización y la rehabilitación que debe otorgarse a las víctimas o sus causahabientes.

El Estatuto de Roma dispone que por decisión de los Estados parte se establezca un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas y de sus familias que será administrado según los criterios que fije la asamblea de los Estados parte.

En cuanto a la cooperación internacional y asistencia judicial, se dice que la Corte podrá formular solicitudes de cooperación con los Estados parte, las cuales deberán tramitarse por vía diplomática; y en relación con las medidas que adopte para proteger la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las víctimas y sus familiares, podrá solicitar que toda información sea transmitida y procesada de manera que proteja la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las víctimas.

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

II.3.3.- Carta Criminológica de Porto Alegre.

Criminólogos, juristas, psicólogos, sociólogos, asistentes sociales, pedagogos, médicos psiquiatras, profesores universitarios, penitenciaristas y demás profesionales de las áreas científicas afines, se reunieron en el período del 18 al 25 de octubre de 1998, en la ciudad de Porto Alegre, en el Estado de Río Grande do Sul, de la República Federal de Brasil, en homenaje al Centenario de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Río Grande do Sul, en torno al Primer Forum de Criminología Política Criminal del MERCOSUR. Concluido el encuentro, los profesionales participantes decidieron proclamar la denominada “Carta Criminológica de Porto Alegre”, basada en los trabajos científicos presentados, los estudios realizados durante el evento, la discusión y los debates producidos en relación al temario, integrado por:

- Criminología de la Infancia y la Juventud;
- Víctimología;
- Política Criminal Contemporánea;
- Cooperación Criminológico-Penal Internacional;
- Criminalidad organizada;
- Experimentación criminológica en el MERCOSUR; y,
- Criminología Ambiental.

En lo que respecta a la segunda materia tratada, la víctimología, la Carta establece tres puntos de conclusiones y propuestas de su trabajo.

En el primero, señala la necesidad de protección de las víctimas y la creación de principios estructuradores para una eficaz defensa:

“V. Priorizar la institución de mecanismos consistentes de protección y defensa de delitos permitiendo la individualización de las soluciones siempre que ello sea necesario; además del pleno rescate por la ciudadanía de la creatura (sic) criminalmente victimizada, a partir de la fijación de principios matrices que garanticen la racionalización de los problemas sociales generadores de víctimas y de la institución de instancias oficiales capacitadas para el asesoramiento de los organismos no gubernamentales de defensa y protección de las víctimas de delitos;”.

En lo que atañe a la victimización secundaria, añade la necesidad de:

“VI. Instituir programas de asistencia a las víctimas de delitos, propugnando por la inclusión de los derechos protectores de las víctimas en los códigos penales y garantizando el apoyo gubernamental a las entidades y asociaciones protectoras de las víctimas que se dediquen al combate de la criminalidad;”.

Y, en un punto que es considerado innovación por parte de los victimólogos, la Carta establece mecanismos de protección para la victimización sufrida por los sujetos privados de libertad.

“VII. Reconocer como real la victimización del recluso, exigiendo una auténtica individualización penitenciaria de la pena aplicada; el fiel cumplimiento de las leyes ejecutivo-penales; la creación de ramas operativas que garanticen la asistencia, la asesoría y la orientación a los agentes penitenciarios; el aumento de los establecimientos penales de régimen de semi-libertad; la institución de códigos penitenciarios humanistas; la liberalización de la nómina de requisitos para la obtención de las libertades condicionales y la formulación de una metodología realistas para la calificación del recluso, a partir de su contexto social y de las causas de su exclusión de la colectividad;”.

En razón de estas ideas, en el sentido de reconocer la necesidad de contar con mecanismos de defensa de las víctimas; creación de programas de asistencia una vez acaecido el delito; y, el reconocimiento de la victimización del recluso, la Carta de Porto Alegre constituye un avance a nivel latinoamericano de la recepción del planteamiento victimológico, logrando en tres puntos estampar los tres grados de victimización reconocidos.

II.3.4.- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

El 15 de marzo de 2001, el Consejo de la Unión Europea, previa iniciativa de la República de Portugal, presentada en agosto de 2000, aprobó esta decisión marco acerca de los derechos de las víctimas en el proceso penal.

En un plano más histórico, cabe destacar que en julio de 1999, la Comisión encargada de aplicar las disposiciones del denominado Tratado de Ámsterdam (relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa), presentó al Parlamento Europeo, al Consejo de la Unión Europea y al Comité Económico y Social una comunicación titulada “Víctimas de delitos en la Unión Europea –Normas y Medidas”. Por su parte, el Parlamento Europeo aprobó el 15 de junio de 2000 una resolución relativa a la comunicación de la Comisión.

En el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, se estableció la necesidad de elaborar normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, en particular su acceso a la justicia y su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos y a los gastos judiciales. Además, señala la creación de programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección de las víctimas.

Finalmente, en 2001, en Bruselas, se aprueba el texto definitivo de la decisión marco, que consta de 12 puntos considerativos, y 19 artículos.

En su parte considerativa, la decisión marco establece la necesidad de que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales y reglamentarias a fin de dar protección a las víctimas, independiente del Estado en el que se encuentren. También, señala la necesidad de dar una respuesta reparatoria coordinada e integral a fin de evitar la victimización secundaria. En razón de esta idea, de evitar los grados de victimización, es que la decisión marco contiene disposiciones protectoras de las víctimas tanto para antes, como para después del proceso penal, encaminadas a paliar los efectos del delito.

En lo que dice relación con las posibles complicaciones a nivel indemnizatorio que pudiera generar la reparación penal con la materia competente de la justicia civil, señala que las medidas de ayuda a las víctimas de delitos no afectan a las soluciones que son materias propias del proceso civil.

El Artículo 1, en su letra a) define a la víctima como,

“a) “Víctima”: la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro;”.

De esta manera, el concepto no es tan amplio, no abarcando a eventuales terceros perjudicados por el delito, o a personas jurídicas, que, como se veía, son objeto de debate para la doctrina en cuanto a su admisibilidad como víctimas.

El artículo en comento también define al proceso penal, como aquel prescrito para cada país en particular.

En lo que respecta al reconocimiento a las víctimas en el procedimiento mismo, el Artículo 2º se encarga de hacerle patente este derecho, así como la necesidad de tratarlas con dignidad de acuerdo a su particular situación.

En una situación más bien de carácter enunciativa, el articulado crea una serie de derechos:

- Derecho a ser oída durante las actuaciones y a facilitar elementos de prueba;

- Derecho a ser interrogada sólo en cada de necesidad por las autoridades del Estado competentes para ello en el procedimiento penal;
- Derecho a recibir información. Este artículo (4º) es de particular importancia, ya que dada la multiplicidad idiomática existente en Europa, es de suma necesidad el que las informaciones sean entregadas de una manera adecuada a las víctimas.

“Artículo 4.

Derecho a recibir información.

1. *Los Estados miembros garantizarán que la víctima tenga acceso, en particular desde el primer contacto con las autoridades policiales, por los medios que consideren adecuados y, cuando sea posible, en lenguas de comprensión general, a la información pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información incluirá, como mínimo:*
 - a) *el tipo de servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo;*
 - b) *el tipo de apoyo que puede recibir;*
 - c) *el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia;*
 - d) *las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquéllas;*
 - e) *el modo y las condiciones en que podrá obtener protección;*
 - f) *la medida y las condiciones en que puede acceder a:*
 - i) *asesoramiento jurídico, o*
 - ii) *asistencia jurídica gratuita, o*
 - iii) *cualquier otro tipo de asesoramiento,*

Siempre que, en los casos contemplados en los incisos i) y ii), la víctima tenga derecho a ello;

- g) los requisitos para tener derecho a una indemnización;*
 - h) si reside en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de sus derechos que puede utilizar.*
- 2. Los Estados miembros garantizarán que la víctima que lo solicite sea informada:*
- a) del curso dado a su denuncia;*
 - b) de los elementos pertinentes que le permitan, en caso de enjuiciamiento, seguir el desarrollo del proceso penal relativo al inculpado por los hechos que la afectan, salvo en casos excepcionales en que el correcto desarrollo de la causa pueda verse afectado;*
 - c) de la sentencia del tribunal.*
- 3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar, al menos en el caso de que pueda existir un riesgo para la víctima, que en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada por la infracción, se pueda decidir, en caso necesario, informar de ello a la víctima.*
- 4. En la medida en que un Estado miembro transmita por iniciativa propia la información a que se refieren los apartados 2 y 3, deberá garantizar a la víctima el derecho a optar por no recibir dicha información, salvo en el caso en que su envío sea obligatorio en el marco del proceso penal de que se trate”.*

De esta forma se ve como el acceso a información en las diversas etapas del procedimiento penal, está contemplada por la decisión marco. De la misma

manera, también se consagra el acceso a la comunicación, cuando la comprensión y participación de la víctima pudiera verse dificultada.

En lo correspondiente a la debida protección requerida por las víctimas, la decisión marco amplía el rango protector a las familias o personas equivalentes del sujeto pasivo del delito, en el evento de riesgo en su seguridad o posibilidades de ser víctimas de represalias. La protección debe abarcar desde lo físico hasta la intimidad de las personas.

Dentro del desarrollo del procedimiento, la decisión marco, en su Artículo 8º, señala la necesidad de contar con la debida separación entre víctima e imputado, proveyendo de espacios de espera. También se hace patente la situación de, en la medida de las posibilidades del proceso, permitir a la víctima testificar en condiciones que permitan evitar la vulneración de su exposición pública.

La decisión marco también establece la necesidad de contar con las debidas indemnizaciones en favor de las víctimas, dentro de un plazo razonable, de manos del infractor. También todo lo aprehendido a la víctima deberá serle devuelto, sin demora, salvo necesidad imperiosa impuesta por el proceso penal (Artículo 9º).

En puntos más bien propios de un instrumento jurídico emanado del Derecho Internacional, la decisión marco contiene medidas para las víctimas residentes en Estados miembros distintos a los de la comisión del delito; normas para reforzar la cooperación entre los Estados de la Unión Europea; otras que impulsan la generación de servicios especializados y organizaciones de apoyo a la víctima; y también reglas que instan a la formación de personas que intervienen con las víctimas o tienen contacto con éstas a fin de que las traten

con el debido respeto de sus derechos humanos, en especial las policías y los profesionales del derecho.

Finalmente, es de especial importancia lo relativo a la victimización secundaria:

“Artículo 15.

Condiciones prácticas relativas a la situación de la víctima durante las actuaciones.

1. Los Estados miembros propiciarán la creación gradual, en el marco de las actuaciones en general y especialmente en los lugares en los que puede incoarse el proceso penal, de las condiciones necesarias para tratar de prevenir la victimización secundaria o evitar que la víctima se vea sometida a tensiones innecesarias. Para ello velarán en particular por que se dé una acogida correcta a las víctimas en un primer momento y por que se creen en dichos lugares condiciones adecuadas a la situación de la víctima”.

Por ende, la decisión marco recoge uno de los principales postulados de las corrientes Victimológicas, cual es la situación experimentada por las víctimas en el desarrollo del procedimiento penal. Como se señaló en el primer capítulo, las situaciones de indefensión, de vejaciones innecesarias debidas a dilaciones en los procesos, a testificaciones eternas, y en definitiva, a tener paupérrimos derechos, significan para éstas una nueva situación de victimización, esta vez, podemos decir, igual o peor que la primera, ya que ésta viene de manos del Estado y sus entes, para el desarrollo del procedimiento. La decisión marco, instando a evitar situaciones innecesarias para la víctima, contando con personas especializadas en el tratamiento a éstas, es un avance en pos de los derechos humanos, ya que es capaz de estructurar los derechos básicos para el ofendido; a saber:

- Información;
- Participación;
- Asistencia;
- Protección; y,
- Reparación.

II.4.- VÍCTIMAS Y NORMATIVAS NACIONALES.

Hasta el cansancio se ha escrito en diferentes rincones del mundo acerca de que la historia del Derecho Penal está estructurada en relación al sujeto infractor de la norma, dejando en una completa orfandad a la víctima del delito. En razón de ello, es que se han ido estructurando tendencias, recogidas por las variantes Victimológicas, que reclaman una nueva forma de ver a las víctimas, más protectora, teniendo siempre presente que la entrada con mayor participación del ofendido en el proceso penal no debe significar menores derechos para el imputado del delito. La búsqueda de la paz social, como uno de los fines del procedimiento, debe siempre tener presente que no es posible su logro si el sujeto pasivo de la ofensa no recibe ni el tratamiento acorde, ni tiene una real y efectiva injerencia en la marcha del proceso.

En virtud de estas ideas es que los ordenamientos jurídicos han ido recogiendo estas tendencias pro-víctima. Esta consagración legislativa se hace patente en la segunda mitad del siglo XX en diferentes países. Son naciones como Inglaterra y Nueva Zelanda las que comienzan esta plasmación positiva, en el bienio 1963-1964. En el año 1969 se promulga en México la Ley de Protección y Auxilio a las Víctimas de Delitos. En el plano europeo, se consolidan distintas legislaciones capaces de proteger y asistir a los ofendidos;

Austria, en 1972; Finlandia, en 1973; Irlanda, en 1974; Holanda, en 1975; Noruega y la República Federal Alemana, en 1976; Francia, en 1977; etcétera¹²¹.

Estas tendencias mundiales se cristalizan de diferentes formas en cada país, obedeciendo sí a esta nueva visión en torno a entregar una mayor dignidad a las víctimas. Las normativas de Derecho Internacional ya analizadas, son una clara manifestación de que es el mundo organizado el que recoge estos planteamientos, entregando respuestas cada vez más uniformes y completas. Incluso, algunos países como México y Colombia han plasmado en sus Cartas Fundamentales derechos para las víctimas. Ello será materia de análisis en el capítulo correspondiente.

En las páginas siguientes, serán analizados aquellos ordenamientos jurídicos que, dada su estructura, composición e influencia para otros cuerpos procesales, han significado avances en la materia y han posibilitado una mayor comprensión del tratamiento a las víctimas. Alemania, por la riqueza de sus normas, heredera de la cultura jurídica continental, de fuerte influencia en el proceso penal chileno; y, Estados Unidos, nación heredera de la tradición del *common law*, cuyas directrices procesales también son materia de estudio, parecen ser buenos ejemplos para realizar un trabajo de Derecho comparado en torno a las garantías y participación de las víctimas en el proceso penal.

¹²¹ Un estudio de Derecho comparado a nivel de los países latinoamericanos, en cuanto al tratamiento de la víctima, con un fuerte raigambre inquisitivo, puede verse en TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. *La posición jurídica del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano. Un estudio de derecho comparado. Consulta on line.* <http://www.cienciaspenales.org/revista%2001/tiffer01.htm> [Consulta: 12 de mayo de 2006]

II.4.1.- Proceso Penal Alemán y Derechos de las Víctimas.

II.4.1.1.- Desarrollo del Proceso Penal Alemán.

El proceso penal alemán, y sus normas de Derecho Penal son latamente estudiadas no sólo en su territorio, sino que en el mundo entero. La claridad y perfección dogmática de sus reglas son modelos de inspiración para muchos países. Tanto así, que nuestro Código Procesal Penal de 2000, tiene entre sus fuentes, precisamente, a la Ordenanza Procesal Penal Alemana de 1877, la cual ha ido inspirando a múltiples ordenamientos nacionales. Recordemos que es precisamente en la nación germana en dónde tanto el Derecho Procesal, como su variante de estudio, el Derecho Procesal Penal, nacen y se desarrollan como ramas autónomas.

Desde centurias pasadas que los juristas alemanes han visto en la codificación una real forma de estructurar normas cada vez más preclaras. Desde la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, no obstante sus crueles métodos, los institutos codificados han sido la tónica del proceso alemán, el cual, inspirado en las normas del Derecho Romano, desde fines del siglo XV ha traído racionalización y modernización al pensamiento jurídico. Como bien lo señala Gómez Colomer¹²², consecuencia directa de estas ideas codificadoras alemanas, receptoras de la unión del Derecho Procesal Penal romano con el Canónico y el alemán antiguo, productores del proceso penal italiano, que a su vez inspira las normas alemanas sistematizadas, es la *Peinliche Gerichtsordnung* (Ordenanza Penal de Tribunales), del Emperador Carlos V de Alemania y I de España, de 1532, la misma época de la CCC. Vemos de esta forma, que ya en el siglo XVI los institutos procesales, no sólo los sustantivos, están ya codificados, siendo características claras de la CCC, por ejemplo, el rechazo del

¹²² GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal Alemán, Introducción y Normas Básicas*. Bosch, Casa Editorial S. A. Barcelona, España, 1985. Pág. 31.

proceso acusatorio; la prueba legal; el procedimiento escrito y secreto; y Jueces y escabinos legos.

Como también lo señala el autor en comentario, una consecuencia directa de la Carolina es la instalación ya definitiva en Alemania del denominado proceso penal alemán común en todos los Estados alemanes, formándose hasta la revolución francesa, un proceso secreto y escrito, cuyas características generales fueron:

- a) Persecución penal por el Estado;
- b) Proceso inquisitivo;
- c) Existencia de absoluciones en la instancia y posibilidad de condena por mera sospecha;
- d) Jueces-funcionarios; y,
- e) Última decisión en casos graves reservada al monarca.

El llamado proceso penal reformado alemán, ya es un fruto posterior, que viene de la mano de la Revolución de la Bastilla. En efecto, las ideas ilustradas de la época, desembocando en los sucesos del 14 de julio, y las influencias cada vez más presentes de los procesos penales francés e inglés, que también se van desarrollando de manera paralela, generan modificaciones importantes en Alemania.

El *Code d'instruction criminelle* de Napoleón de 1800, es determinante en el nacimiento del proceso penal alemán reformado por las características que presenta, influyendo sustantivamente en el procedimiento germano. Sus características más importantes son:

- a) Proceso acusatorio;
- b) Independencia judicial;
- c) Jurado; y,
- d) Existencia de la fiscalía.

Este procedimiento reformado, con estas características, dio nacimiento a la legislación procesal que le acompaña y estructura, siendo derecho base de las leyes procesal penales hoy vigentes, tanto en Alemania como en Austria.

II.4.1.2.- Estructura Administrativa de Alemania y Fuentes del Derecho.

En lo que atañe a su estructura administrativa, Alemania es una República Federal compuesta de 16 *Länder*, que son circunscripciones territoriales que disponen de una amplia competencia y de órganos de decisión propios. En razón de esta composición federada, y de la obvia multiplicidad de normas jurídicas que se van creando a raíz de las amplias competencias de los *Länder*, es que la superposición normativa es enorme.

En la cumbre está la Ley Fundamental (*das Grundgesetz o GG*), creada luego del III *Reich (der Rechtsstaat)* de fecha 23 de mayo de 1949, de inspiración democrático-liberal, concebida por los Aliados para la Alemania ocupada luego del término de la Segunda Guerra Mundial. A juicio de Delmas-Marty¹²³, “Las garantías fundamentales que enumera, adaptadas a las exigencias del mundo moderno se añaden, así, a los derechos humanos tradicionales proclamados por la Revolución Francesa. Su influencia en materia

¹²³ DEMLAS-MARTY, Mireille. *Procesos Penales en Europa*. Traducción al español de Pablo Morenilla Allard. Editorial Edijus, 2000. Pág. 82.

procesal penal es especialmente fuerte ya que vinculan al legislador y a la jurisprudencia <<como norma jurídica directamente aplicable>> (Art. 1 al 3 GG)”.

Después de la GG, se encuentran las leyes y reglamentos federales; finalmente, las constituciones, leyes y reglamentos de cada uno de los *Länder*.

El control constitucional está a cargo del Tribunal Constitucional Federal (*das Bundesverfassungsgericht*), establecido en los Artículos 92 y siguientes de la Ley Fundamental, teniendo su sede en Karlsruhe. Está concebido como una de las piezas fundamentales del ordenamiento jurídico, ejerciendo jurisdicción constitucional y elemento de equilibrio político entre los diferentes órganos del Estado. Entre otras materias de su competencia (recogidas en el Artículo 93 de la Ley Fundamental) están el pronunciarse sobre las diversas dudas surgidas de la compatibilidad de los derechos públicos de la Federación y los *Länder*, y sobre los recursos de constitucionalidad (*die Verfassungsbeschwerde*) interpuestos por quienes se consideren lesionados por el poder público en cualquiera de sus derechos fundamentales. También resuelve litigios acerca de la interpretación de las normas de la Carta Fundamental.

Dentro de las fuentes legales, destacan el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley de Organización Judicial.

El Código Penal (*das Strafgesetzbuch* o StGB) data de 1871. En su redacción de 1 de enero de 1975, comprende dos partes: una que enuncia las disposiciones generales susceptibles de ser aplicadas a todas las infracciones (*Allgemeiner Teil*), y otra, las definiciones específicas de los diferentes delitos (*Besonderer Teil*). También divide a los delitos de acuerdo a su gravedad en delitos graves (*das Verbrechen*) y delitos menos graves (*das Vergehen*),

derivándose también la correspondiente competencia penal. El criterio de reparto se basa en las penas aplicadas al autor de los hechos.

El Código Procesal Penal (*die Strafprozessordnung*, StPO) data de 1 de febrero de 1877 (aunque en vigor desde el 1 de octubre de 1879). Como también lo señala Gómez Colomer, tras la aprobación de la Constitución Imperial de 1871, cuyo Artículo 4 N° 3 atribuyó al Imperio la competencia en materia de Derecho Penal y Procesal Penal, comenzaron las deliberaciones para la creación y redacción de una Ley Orgánica de los Tribunales, y de una Ley Procesal Penal, las cuales se extendieron desde 1873 hasta 1877. La StPO del siglo XIX, no obstante sus múltiples reformas, tiene vigencia actual y está compuesta de siete libros, dedicados a:

1. Libro Primero, Disposiciones Generales,
(*Allgemeine Vorschriften*);

2. Libro Segundo, Procedimiento de Primera Instancia,
(*Verfahren Vorschriften*);

3. Libro Tercero, Recursos,
(*Rechtsmittel*);

4. Libro Cuarto, Revisión de un proceso terminado por resolución con fuerza de cosa juzgada,
(*Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens*);

5. Libro Quinto, Intervención de la Víctima en el proceso,
(*Beteiligung des Verletzten am Verfahren*);

6. Libro Sexto, Procesos Especiales,
(*Besondere Arten des Verfahren*);

7. Libro Séptimo, Ejecución de las Penas y Costas Procesales,
(*Strafvollsreckung und Kosten des Verfahren*);

Por su parte, la Ley de Organización Judicial, de 1877 (*das Gerichtsverfassungsgesetz* o GVG) contiene, igualmente, disposiciones importantes que determinan la competencia del Ministerio Fiscal y de los Tribunales, así como su organización interna, y otros principios especiales relativos a la actividad judicial.

Aunque la StPO contiene la regulación jurídica del proceso penal, el desarrollo técnico en particular es competencia de los *Länder* y de la Federación. A fin de unificar criterios, se han dictado disposiciones administrativas unitarias acerca del proceso penal, con aplicabilidad en todo el país.

II.4.1.3.- Funcionamiento del Procedimiento Penal y Sujetos Participantes.

Como principios relativos al inicio del procedimiento, destacan el principio oficial; el de legalidad (la Fiscalía debe practicar las investigaciones en caso de que existan sospechas de haberse cometido un hecho delictivo, y persistiendo

las sospechas y recabados los antecedente suficientes del caso, formular acusación (152 StPO); y, Juez Legal, consagrado constitucionalmente en el Artículo 101 GG.

En cuánto a los principios relativos a la averiguación, sobresalen los de investigación (155, 206, 22, 264 StPO); audiencia judicial, con rango constitucional en el Artículo 103 GG; y, aceleración y concentración, los cuales no están expresamente regulados en la StPO, pero emanan de normas como 115, 121, 128, 129, 161a, 163, 229 StPO.

En la etapa probatoria, los principios más importantes son el de averiguación, 155 y 244 StPO; inmediación, 250 y 261 StPO; libre apreciación, 261 StPO; *in dubio pro reo*, recogido interpretativamente a partir de 261 StPO.

En cuanto a la forma, en el proceso penal alemán rigen los principios de oralidad y publicidad, pero sólo en la vista principal.

Como sujetos del proceso, tienen reconocimiento el Ministerio Fiscal (*die Staatsanwaltschaft*), de carácter jerarquizado. Al ser Alemania una República Federal, y teniendo cada *Länder* competencias propias, viene una complicación extra para entender las jerarquías. Éstas se estructuran partiendo de un Fiscal General Federal (*der Generalbundesanwalt*), subordinado a su vez al Ministro Federal de Justicia (*der Bundesjustizminister*), que constituye la más alta jerarquía de los Fiscales federales (*die Bunderssanwälte*), pero, que no tiene ninguna autoridad sobre los miembros de las Fiscalías de los *Länder*. Así, el Fiscal General (*der Generalstaatsanwalt*) del Tribunal Regional Superior de un *Land* sólo estará subordinado al Ministro de Justicia de ese *Land* (*der Landesjustizminister*), y constituye el único superior de los miembros del

Ministerio Fiscal que ejercen sus funciones en los diferentes tribunales de su competencia.

Entre sus competencias se cuenta la de recibir las denuncias de las víctimas, iniciar las persecuciones a raíz de las infracciones, dirigir las investigaciones de la Policía, ordenar en casos urgentes medidas coercitivas, ejercitar la acción penal, etcétera.

La policía (*die Polizei*) depende de los *Länder*, ya que según la Ley Fundamental, es a éstos a quienes se les encarga la organización de la seguridad y de los servicios de orden público. La Federación tiene la posibilidad de crear algunos órganos centrales como la Policía de Fronteras o realizar informes de carácter general o de la seguridad del territorio (Artículo 87 GG). Sí, existe cooperación entre la Federación y los *Länder* en materia de política criminal.

La Policía dependiente de la Fiscalía (funcionarios auxiliares de la Fiscalía, *die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft*), interviene por orden del Ministerio Fiscal o por su propia iniciativa, tomando las medidas de conservación urgentes para evitar el “oscurecimiento” del caso (*die Verdunkelung*, 163 StPO).

La víctima también es sujeto del proceso, pero será analizada con detención más adelante.

El acusado y la defensa son partes activas del proceso penal, en tanto la presencia del defensor (*die Verteidiger*), es obligatoria en la interrogación del acusado en la fase preparatoria cuando se realiza por el Juez de Instrucción; es evitada cuando se estima que hay peligro para el éxito de la instrucción; y es facultativa cuando se realiza por el Fiscal (163a y 168c StPO). No está prevista

cuando el acusado es oído por la Policía (163a StPO). En una materia particular, puede ser designado defensor un abogado, u otro jurista como un Profesor de Derecho; la elección de otra persona queda sometida a la aprobación del Tribunal. Así, señala 138 StPO:

“§ 138

(1) Zu Verteidigern können die bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt gewählt werden.

(2) Andere Personen können nur mit Genehmigung des Gerichts und, wenn der Fall einer notwendigen Verteidigung vorliegt und der Gewählte nicht zu den Personen gehört, die zu Verteidigern bestellt werden dürfen, nur in Gemeinschaft mit einer solchen als Wahlverteidiger zugelassen werden”¹²⁴.

Además, el proceso penal alemán está regido por el principio de defensa obligatoria (*die notwendige Verteidigung*, 140 StPO). La designación de un defensor nombrado de oficio se efectúa, pues, por el órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo, en función de las exigencias de la ley (defensa obligatoria o facultativa). El acusado condenado ha de reintegrar al *Land* los honorarios pagados al defensor nombrado, según un baremo establecido por la Federación.

¹²⁴ 138. Defensor de elección.

(1) Podrán ser elegidos como defensores los Abogados y Profesores Juristas de Universidades alemanas, admitidos ante un Tribunal alemán.

(2) Podrán ser admitidas como defensores otras personas como defensor de elección sólo con la aprobación del Tribunal, y, cuando se diese un caso de defensa necesaria y el elegido no perteneciera a las personas que pueden ser nombradas defensor, sólo en colaboración con ella.

II.4.1.4.- Participación de la Víctima en el Proceso.

Como se señaló anteriormente, el proceso penal alemán no es puro en cuanto a una naturaleza definitiva. De esta manera, es procedimiento acusatorio puro en cuanto a que las actividades de persecución penal están repartidas en dos autoridades independientes, la Fiscalía y el Tribunal; siendo competencia de la primera, las actividades de investigación, y labor de la magistratura, el juzgamiento de la acusación.

Es procedimiento acusatorio en cuanto a que luego de la interposición de la acción pública, el procedimiento pasa a ser controlado por el juzgador, quien realiza los interrogatorios y produce bajo su propia responsabilidad todas las pruebas que sirven para la declaración de culpabilidad o descargo del imputado.

Roxin¹²⁵, citado por la memorista Gabriela Araya, señala que en el Derecho Procesal Penal alemán no se debería utilizar, al menos en principio, el concepto de “parte”, puesto que, el proceso germano 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 a este procedimiento, podría señalarse que es un procedimiento acusatorio con principio de investigación.

En lo que corresponde con este apartado, el ofendido juega un papel comparativamente importante en el proceso. Si bien, en virtud de 152 StPo, son el Ministerio Público y la Fiscalía los encargados de la persecución penal, no son precisamente estos entes los que por regla general dan inicio al procedimiento.

¹²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2003, Pág. 538, en ARAYA, Gabriela. Op. Cit. Pág. 32.

Según Albin Eser¹²⁶, sólo entre el 2 y el 9% de todos los procedimientos preliminares se inician de oficio; en todos los demás casos la denuncia se origina por la denuncia penal correspondiente, ejercida por las víctimas. A este respecto, es dable destacar el hecho de que según 158 StPO, cualquier persona está facultada para iniciar denuncia, pero, también siguiendo a Eser, entre el 73 y el 86% de los casos entran al sistema por denuncia del ofendido, dando comienzo al procedimiento. Pero como bien apunta el autor alemán, no obstante que es el ofendido quien da marcha al proceso, el transcurso posterior le es quitado de las manos, sucediendo así en los delitos de acción pública, a los cuales pertenece la mayoría de los delitos. Como bien se sabe, el Derecho Penal alemán distingue entre los delitos perseguibles de oficio (*Offizialdelikten*), delitos dependientes de denuncia o solicitud penal (*Antragsdelikten*), y delitos perseguibles únicamente mediante acción privada (*Privatklagedelikten*).

En razón de esta idea anterior, de que una vez efectuada la denuncia la víctima denunciante pierde la marcha del proceso, es que su retractación no es óbice para el cierre de la investigación y el fin del procedimiento.

Como manifestaciones excepcionales a estas reglas se encuentran los llamados delitos dependientes de instancia privada, que por ser más relacionados con el fuero íntimo de las personas y su entorno, se le entrega el inicio de la acción penal a los particulares, como es el caso de la violación de domicilio, daños, hurto entre miembros de una familia, injurias, etcétera. Aquí, puede que ni siquiera exista una intención por parte del ofendido de una persecución penal. Para el Profesor Eser¹²⁷, la justicia debe intervenir en estos casos sólo cuando en forma manifiestamente inequívoca, mediante solicitud formal se desee la persecución penal (77 StGB). Esta solicitud debe cumplir con ciertos requisitos consignados en la norma aludida y en 158 StPO; a saber,

¹²⁶ ESER, Albin. *Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Procedimiento Penal*. En *De los Delitos y de las Víctimas*. VVAA. Editorial Ad-Hoc. Argentina, 1992, Pág. 19.

¹²⁷ *Ibíd.*

formulada por escrito y presentada dentro de un plazo de tres meses desde que se tenga conocimiento del hecho y de su autor. La solicitud puede sólo ser planteada por el ofendido, y en caso de muerte, por su cónyuge e hijos.

Ahora bien, cuando está comprendido el interés público en conjunto con esta facultad privada de inicio de la persecución penal, el particular no puede ejercer autónomamente esta potestad de dejar a su arbitrio el comienzo del procedimiento. Por ejemplo, en la sustracción de cosas de poco valor (248a StGB); en las lesiones dolosas y culposas (232 StGB) y, en los recientemente introducidos delitos de daños y sabotaje de computadoras (232 StGB). Para estos delitos, el ofendido puede por una parte, iniciar el procedimiento penal, pero no puede impedirlo, una vez iniciado, mediante renuncia. Tomando su lugar, el Ministerio Fiscal puede impulsar el procedimiento penal cuando se señale que está comprometido el interés público en la persecución.

II.4.1.4.1.- La Acción Privada (die Privatklage).

La acción privada es aquella entregada al ofendido del delito para que éste asuma la marcha del procedimiento, teniendo, de una manera relativa, en sus manos las posibilidades del Ministerio Fiscal. Pero, las diferencias en la práctica son muchas. Así, como señala 374 StPO, por medio de la acción privada podrán perseguirse por el ofendido, sin que se requiera previa apelación a la Fiscalía, los delitos enumerados por la norma.

Para su inicio, debe presentarse la respectiva querrela, cuyos trámites formales deben ser respetados; de no ser así, es posible subsanarlos y presentar la acción nuevamente. Una vez promovida, el Tribunal comunica al

imputado esta situación y da un plazo para su manifestación. Luego, se produce la decisión del Tribunal sobre la apertura del procedimiento principal, al igual que en el procedimiento oficial. Si la culpabilidad es leve, el juzgador puede sobreseer el procedimiento¹²⁸.

No obstante que el ofendido no está obligado por los principios de objetividad que estructuran al Ministerio Fiscal, ni el deber de persecución penal, esta acción puede resultar excesivamente difícil de sobrellevar para las víctimas. El actor privado carece de facultades coercitivas propias, por ende, le es complejo reunir material probatorio para sustentar el proceso que ha iniciado. Sólo le queda el derecho de solicitar prueba, haciéndolo a través de un abogado (385 StPO)

La acción privada sólo puede sustentarse para delitos menos graves, enunciados en 374 StPO, a saber:

- Un allanamiento de morada (123 StGB);
- Una injuria (185a, 187a, 189 StGB);
- Una violación del secreto de correspondencia (202 StGB);
- Una lesión corporal (223, 223a y 230 StGB);
- Una amenaza (241 StGB);
- Un daño (303 StGB);
- Un hecho punible conforme a La Ley contra la competencia desleal (Artículos 4, 12, 15, 17, 18 y 20);
- Un hecho punible conforme al Artículo 49 de la Ley de Patentes, 49 de la Ley de Protección Monetaria, 16 de la Ley sobre Modelos Registrados, 26 de la Ley sobre Signos de Mercancías, 14 de la Ley sobre Modelos de Gusto, 106 a 108 de la Ley sobre Derechos de Autor, y 33 de la Ley

¹²⁸ DEMLAS-MARTY, Mireille. *Procesos Penales en Europa*. Traducción al español de Pablo Morenilla Allard. Editorial Edijus, 2000. Pág. 82.

concerniente al Derecho de Autor sobre Obras de las Artes Gráficas y de la Fotografía.

En estos delitos, no obstante esta característica de ser de acción privada, el Ministerio Fiscal no está del todo marginado de la acción, ya que, como señala 376 StPO, la acción pública solamente será ejercida por la Fiscalía, a causa de los hechos punibles mencionados en 374 StPO, si existiera interés público. Eser¹²⁹ señala que esto sucede en aquellos casos en que más allá de la esfera de damnificados directos, la paz jurídica general es alterada, como, por ejemplo, en la injuria dirigida a un círculo amplio de personas, o por motivos racistas. En estos casos, el Ministerio Fiscal puede desde un principio instar la acción penal pública, como así también tomar en su cargo un procedimiento de acción privada ya iniciado (377 StPO). Sí, cuando el ofendido está siendo desplazado en virtud de esta institución por el órgano persecutor, las víctimas pueden unirse al procedimiento como querellantes adhesivos (395 y 396 StPO). También es de importancia señalar que cuando existe un concurso de delitos, habiendo un delito de persecución penal oficial y otro de acción privada (por ejemplo, injurias y delito sexual; violación de domicilio y hurto grave), la acción privada no se permite, debiendo perseguirse éste último en conjunto con el perseguido oficialmente.

En razón de estas ideas es que, una vez promovida la acción privada, el Ministerio Fiscal tiene tres opciones: Dejar la acción en manos del privado; comparecer a la audiencia y quedar expectante de su marcha; o, promover la acción pública a raíz de estar envuelto el interés público.

Sólo entre un 2 a un 3% de las causas iniciadas por acción privada llegan a sentencia de término. Esta situación se manifiesta por diversas causas, añadidas al hecho de que su opción de iniciar la persecución está en muchos

¹²⁹ ESER, Albin. Op.Cit. Pág. 22.

casos subordinada a la actuación fiscal, y que tiene eco en instituciones como 380 StPO, en donde para delitos como allanamiento de morada o injurias, la acción privada sólo puede iniciarse si antes falló un intento de conciliación iniciado ante una autoridad administrativa designada por la Administración de Justicia del *Land*. Siguiendo este orden, más de la mitad de los conflictos terminan en soluciones compuestas.

En caso de sentencia absolutoria o sobreseimiento, el pago de las costas del procedimiento recae en quien dio marcha a éste (379a StPO, es decir, el primitivo ofendido. Esta norma es claramente desincentivadora de un inicio privado de la acción penal, y por ello, el inicio del procedimiento por acción privada es poco utilizado, por los riesgos que genera para los particulares.

Finalmente, en caso de querer desistirse de la acción privada, ésta requiere del consentimiento del acusado, desde que comienza la declaración de éste sobre el hecho materia del proceso. El imputado conserva la posibilidad, de acuerdo a 388 StPO, durante el proceso, de presentar a su vez una demanda reconventional contra su acusador (*die Widerklage*) en las mismas condiciones que la querrela privada.

En cuanto a la marcha del procedimiento, como se señaló recién, es necesario que haya fracasado previamente el intento de conciliación. Una vez estampado esto, la acción se puede promover por escrito u oralmente, presentando el certificado respectivo que acredita el fracaso del acuerdo.

Siguiendo a Roxin¹³⁰, hay sí algunas diferencias con respecto al juicio oral ordinario:

- A diferencia del procedimiento regido por la oficialidad, en el proceso de acción privada el Presidente del Tribunal da lectura al auto de apertura;

¹³⁰ ROXIN, Claus. Op.Cit. Pág. 531.

- El acusador privado ostenta el lugar del Ministerio Fiscal, pero con la limitación de sólo poder ejercer el derecho de examinar las actas a través de un abogado;
- El Tribunal determina por sí mismo la extensión de la recepción de la prueba;
- El acusado debe ser advertido sobre la modificación del punto de vista jurídico, sin embargo, se suprime su derecho a solicitar la interrupción del juicio oral;
- En la sentencia no pueden ser ordenadas medidas de seguridad y corrección.

La conclusión puede también generarse por diferentes razones:

- La acción puede desistirse en todos los delitos, aún en la instancia de casación, trayendo el sobreseimiento. La acción privada desistida no puede ser promovida nuevamente.
- En caso de conciliación exitosa, el acuerdo que se realiza en el juicio oral comprende el desistimiento de la acción privada, y, en algunos casos, una satisfacción del honor y un convenio sobre las costas. Esto es título ejecutivo.
- En caso de muerte del actor privado, el procedimiento es concluido por sobreseimiento;
- El Tribunal puede sobreseer el procedimiento en el juicio oral por insignificancia;
- Finalmente, puede concluir cuando es la Fiscalía la que asume el procedimiento. En este caso el procedimiento se transforma en ordinario.

II.4.1.4.2.- La Acción Adhesiva o Accesorio.

Está regulada desde 395 a 402 StPO. Fue creada para permitir que el ofendido pudiera ocupar la posición procesal de participación penal en el proceso, a fin de velar por su satisfacción –reparación del daño-, y controlar de una manera más directa la actuación Fiscal, tratándose de cualquier delito público.

Gomez Colomer¹³¹, en una opinión compartida por Roxin, es de la idea de derogar la institución debido a que el fin teórico por el cual se crea no es cumplido, pues esta acción se utiliza también con el fin de preparar un posterior proceso civil de indemnización por daños y perjuicios, y de realizar necesidades retributivas.

Mediante la acción adhesiva, es posible entregarle ciertos derechos de cooperación al ofendido. El Ministerio Fiscal, por cierto, sigue siendo el principal órgano acusador, pero la víctima puede presentarse como acusador adicional (395 StPO).

Pueden ser acusadores adhesivos¹³²:

- Todo aquel que esté legitimado para ser actor privado (395 (1) StPO);
- Los familiares cercanos del fallecido (395 (2) StPO);
- El ofendido que hubiera triunfado en el procedimiento para forzar la acusación (395 (2) StPO);
- Las personas afectadas (funcionarios) en los casos de 90 y 90b StGB, en relación a 395 (3) StPO.

¹³¹ GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. Op. Cit. Pág. 211.

¹³² ARAYA, Gabriela. Op. Cit. Pág. 45.

En lo que respecta a su ejercicio, la acción adhesiva consta de dos pasos; por una parte, debe existir como lo señala 396 StPO, una declaración de adhesión presentada por escrito ante el Tribunal, el cual, una vez oído el Ministerio Fiscal, decidirá su admisión o rechazo, en atención a, como lo señala el párrafo segundo de la norma aludida, la legitimación del actor accesorio para la adhesión. En caso de rechazarse ésta, puede presentarse una apelación (304 StPO).

Para el caso de ser admitida la adhesión, el actor adhesivo adquiere todos los derechos del actor privado (397 StPO), sobre todo los derechos de reclamación, interrogación y solicitud de prueba; así como de ser asistido por un abogado (378 y 397a StPO). También podrá hacer uso autónomo de recursos (401 StPO).

En cuanto a las costas procesales, el actor privado está en una posición de desventaja frente al actor adhesivo, ya que éste último deberá sólo pagar sus propios gastos, en caso de obtenerse sentencia absolutoria en la acusación iniciada. Las costas del procedimiento, así como los gastos del imputado absuelto son de carga del Fisco. Según 473 StPO, el querellante adhesivo sólo debe cargar con las costas correspondientes en el evento de haber interpuesto por sí solo y sin éxito un recurso.

En una crítica a esta institución de la acción adhesiva, el Profesor Eser¹³³ es categórico: “En lo atinente a la evaluación práctica de la querella adhesiva, ella, en sí, sería un instrumento completamente atinado para fortalecer la posición jurídica del ofendido. Sin embargo, lamentablemente, el querellante adhesivo con frecuencia no contribuye en nada por sí mismo a la investigación de la verdad. Ello porque su principal interés se circunscribe, en general, a dejar que los elementos de prueba requeridos para un posterior procedimiento civil

¹³³ ESER, Albin. Op. Cit. Pág. 26.

sean reunidos por el aparato estatal de persecución, sin soportar él mismo un considerable riesgo de cargar con las costas. Por ello, ya ha sido discutida en reiteradas ocasiones una reforma de la acción adhesiva, sin que se haya encontrado, no obstante ello, una solución general aceptable”.

II.4.1.4.3.- Procedimiento de Provocación de la Acción.

De 172 a 177 StPO se posibilita al ofendido por el delito –y sólo a él-, que ha visto como el Ministerio Fiscal ha archivado su causa por estimar que no ve suficientes indicios del hecho para iniciar un procedimiento preliminar, o bien clausura un procedimiento ya iniciado por falta de suficientes evidencias del hecho, de pedir a un Tribunal que examine si el órgano persecutor ha obrado consecuentemente con el principio de legalidad, y si el juzgador estima que no, que le fuerce a acusar. Es, como se ve, un medio de control.

Siguiendo a Gómez Colomer¹³⁴, “La institución es compleja, porque el Fiscal no está vinculado a la jurisprudencia de los Tribunales, y es, además, en el cumplimiento de su actividad, completamente independiente de los mismos (150 GVG). Pero, contra su postura, el Tribunal puede obligarle a acusar si se dan los presupuestos que este instituto exige, lo cual encuentra su fundamento, en opinión de la doctrina, en el Artículo 19 GG, concretamente, en la protección contra el monopolio de la acusación que el Estado tiene”.

¹³⁴ GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. Op. Cit. Pág. 154.

Presupuestos Básicos:

- Negativa del Fiscal a ejercer la acción (171 StPO);
- Comunicación de esta decisión a quien solicitó el inicio de la acción, con los fundamentos del caso (171 StPO);
- Que este solicitante sea el ofendido por el delito. Schmidt¹³⁵, citado por Gómez Colomer, entiende que el ofendido, para ejercer esta acción, será “Aquel que por el acto declarado punible ha sido tan perjudicado en sus intereses legítimos, que su deseo de persecución penal funda una necesidad de retribución a reconocer como legítima”.

Sí, corresponde destacar que esta acción sólo se posibilita en hechos punibles respecto de los cuales rige el principio de legalidad (172 StPO); excluyéndose, cuando ha sido ejercida la acción privada.

II.4.1.4.3.1.- Procedimiento.

El ofendido tiene que recurrir de queja ante el Fiscal General Federal (172 StPO). En caso de denegarse ésta, deberá solicitarse la resolución judicial correspondiente, ante el Tribunal competente, esto es, el Tribunal Superior del *Land*.

La solicitud de resolución debe indicar los hechos que deberían fundar el ejercicio de la acción pública y los medios de prueba (172 (3) StPO). El Tribunal, a su parte, puede exigir que el ofendido realice ulteriores explicaciones sobre esa solicitud (173 StPO), así como ordenar la práctica de investigaciones que

¹³⁵ I GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. Op. Cit. Pág. 154.

estime convenientes, y la prestación de fianza durante la tramitación del procedimiento (176 StPO).

El Tribunal, luego, podrá decidir, por medio de auto si rechaza la solicitud, por falta de suficientes motivos para que el Ministerio Fiscal ejerza la acción pública (174 StPO), imponiendo las costas al solicitante (177 StPO), o, acogerla, ordenando al Fiscal ejercer la acción presentando el correspondiente escrito de acusación (175 StPO). Es un auto irrecurrible (304 StPO).

Para el procedimiento posterior, es decir, la segunda etapa, ya que ha terminado la fase de investigación, el ofendido está, además, protegido mediante la posibilidad de acompañar al procedimiento oficial judicialmente provocado como querellante adhesivo (395 StPO).

En relación a este instituto, el Profesor Eser¹³⁶ señala que: “En lo concerniente a la *praxis*, se debe admitir que sólo un pequeño número de estas peticiones de provocación de la acción tienen finalmente éxito. Esto, sin embargo, no constituye una objeción fundamental, ya que lo decisivo es el efecto preventivo: como ningún fiscal ve con agrado el exponerse a un procedimiento de provocación de la acción, sólo se abstendrá de iniciar un procedimiento oficial en casos verdaderamente fundados. En este sentido, ya la mera existencia de esta posibilidad de control ofrece un medio importante para asegurar los intereses del ofendido. De allí que, aun cuando algunos detalles de esta vía procesal puedan ser mejorables, en principio apenas existe alguna alternativa”.

¹³⁶ ESER, Albin. Op. Cit. Pág. 28.

II.4.1.4.4.- Reparación del Ofendido.

Muchas veces, a contrario de lo que suele pensarse, la víctima no busca una sanción penal exteriorizada en una pena privativa de libertad para quien la ha ofendido. Muy por el contrario, es la necesidad de reparación del agravio el fundamento del inicio de muchas acciones penales, buscando en la judicatura, la restauración de lo dañado.

En virtud de estas ideas, el Derecho generalmente ha respondido con una vía paralela a la acción penal, es decir, el ejercicio de una acción civil, en sede penal o civil, para reparar los daños originados por el delito. El problema de esto es natural: por una parte, esto vuelve más tedioso y burocrático el proceso, con la exigencia de iniciar un nuevo procedimiento; y por otra, con imputados que carecen de medios, la reparación civil parece una mera abstracción legal, pero alejada de la realidad.

Frente a esta situación, el Derecho Procesal Penal alemán ha respondido a través de dos vías. Mediante la primera fórmula, se permite ejercer la acción resarcitoria contra el imputado ya en el procedimiento penal (403 StPO). De esta forma, la norma señala que podrá ser deducida una pretensión patrimonial, derivada del hecho punible, contra el inculpado, ya sea por el ofendido o por su heredero.

Para hacer efectiva esta posibilidad, deberá presentarse una solicitud ante el Tribunal, sea de manera escrita u oral (404 StPO), debiendo describir el objeto y fundamento de la pretensión, además de los medios de prueba.

Encontrados antecedentes fundados que hagan plausible la solicitud, el Tribunal la admitirá en la sentencia (406 StPO), cuya ejecución se ajustará a lo prescrito para los procesos civiles (406b StPO).

En segundo término se encuentra la indemnización del ofendido por medios estatales, vía introducida por la Ley sobre Indemnización de Víctimas de Delitos Violentos de 11 de mayo de 1976. Se trata de un seguro social para quienes han sufrido graves daños para su salud o capacidad laboral por un hecho de naturaleza violenta, no pudiendo, por esta vía, obtener compensación alguna. Siguiendo a Eser¹³⁷, “Por ello, la indemnización es prestada por el Estado, dado que el ciudadano deja su protección en manos de éste, 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 vías, y tal vez mejores, soluciones para el resarcimiento de la víctima, con la conseguida hasta el momento se ha iniciado, en todo caso, un cambio fundamental: si hasta ahora el Estado se había abocado de modo excesivamente parcial al castigo del delito, dejando librada a la víctima a su propia suerte, ahora se dedica a ella, con toda justicia, mayor atención, puesto que la paz jurídica perturbada por el delito sólo es verdaderamente reestablecida cuando se le hace justicia no sólo al autor, sino también a la víctima”.

II.4.1.4.5.- Derechos Anexos.

La víctima posee diversos derechos anexos a los encuadrados en los esquemas anteriores dentro del procedimiento penal alemán, los cuales fueron introducidos en su gran mayoría por la reforma a la StPO de 1986 (Ley de Protección a la Víctima). Pueden destacarse:

¹³⁷ ESER, Albin. Op. Cit. Pág. 30.

- Derecho del ofendido a examinar las actuaciones, en tanto no se opongan a ello intereses preponderantes dignos de atención del imputado o de un tercero (406e StPO);
- Derecho del ofendido a contar con asistencia jurídica (406f StPO);
- Derecho del ofendido a ser informado acerca del resultado del procedimiento (406d StPO);
- Derecho a mayor protección frente a una exposición pública, mediante la posibilidad de excluir al público durante la declaración testimonial del ofendido (171b de la Ley de Organización Judicial), lo cual es una clara mejora, en delitos como los de agresión sexual.

Síntesis Participación de las Víctimas en el Proceso Penal alemán.

La víctima dispone de cuatro vías para intervenir en el proceso:

- La persecución de algunas infracciones de escasa gravedad o que afecten directamente a la intimidad de la persona (*die Antragsdelicte*) sólo pueden ser iniciadas por denuncia previa.
- En las infracciones de escasa gravedad, taxativamente enumeradas en 374 StPO, puede igualmente denunciar al autor de una infracción y dirigir la acusación contra él en lugar del Ministerio Fiscal (*die Privatklage*).
- En la hipótesis de que este último se niegue a perseguir una infracción denunciada privadamente, puede también acudir al Tribunal Regional superior por medio de escrito para obligarle a hacerlo (*das Klageerzwingungsverfahren*, 172 StPO).
- Cuando el Ministerio Fiscal ha decidido iniciar la persecución penal por algunas infracciones graves (395 StPO), la víctima puede actuar por la vía

de la intervención constituyéndose en querellante accesorio (*die Nebenklage*).

II.4.2.- Víctimas y Proceso Penal Norteamericano.

Las normas del Proceso Penal norteamericano son claramente diferentes a las del sistema continental¹³⁸, que comprende codificación y una sistematización en torno a la teoría del delito.

A grandes rasgos, el sistema del *common-law* está basado en diversas normas, *Acts*, por medio de las cuales se van estructurando diversos procedimientos, sin estar todos sistematizados. Los cimientos básicos del procedimiento penal se encuentran en la Constitución del país.

II.4.2.1.- Estructura Administrativa Norteamericana, Fuentes del Derecho.

En cuanto a su estructura administrativa, Estados Unidos de América es una República Federal, compuesta por 48 Estados contiguos, más otros anexos, Hawai y Alaska. Como se decía, a la estructura federal la gobierna la Ley Fundamental, la Constitución de los Estados Unidos, que, redactada en 1787, fue ratificada luego por dos tercios de los Estados de la Unión, entrando en vigor en 1789, siendo el texto fundamental más antiguo del mundo actualmente en vigencia. Sus normas, de corte liberal, democrático y republicano, han inspirado

¹³⁸ Una completa relación del sistema penal norteamericano, puede verse en PIZZI, William. *Juicios y Mentiras. Crónica de la crisis del proceso penal estadounidense*. Traducción de Carlos Hidalgo Gallardo. Edit. Tecnos, 1993.

a las diversas democracias del mundo a la hora de emprender la tarea de crear sus propios textos constitucionales.

La Constitución se ha modificado a través de sucesivas *enmiendas*, las cuales han buscado la igualdad y mejorías en los derechos de las personas. Las primeras 10 enmiendas, conocidas como declaración de derechos, fueron adoptadas en 1791 y garantizan la libertad de expresión, de religión, de prensa, el derecho de reunión, el derecho de presentar demandas al gobierno y varios derechos individuales sobre aspectos procesales y de procedimientos criminales. Entre 1795 y 1992, se adoptaron 17 enmiendas adicionales que, entre otras medidas, abolían la esclavitud y estipulaban el sufragio universal para los mayores de 18 años. La principal fuente de Derecho es la Constitución Nacional, pero cada uno de los Estados posee a su vez su propia Constitución estadual, que estructura los diversos órganos de cada uno de los Estados de la Unión. De esta forma, las diversas competencias están delimitadas, siendo la soberanía potestad única de la Federación.

El sistema judicial se compone de un Tribunal Supremo Federal, cuyos miembros (9) son nombrados por el Presidente de la República y luego ratificados por el Senado, con competencia para interpretar el significado de las leyes y las regulaciones administrativas y determinar si cualquier ley aprobada por el Congreso, por las cámaras legislativas estatales, o cualquier acción administrativa tomada por las ramas gubernamentales, estatales o de la nación, quebrantan la Constitución. Asimismo, existe en cada Estado un Tribunal Supremo más los diversos Tribunales de Apelación (91) y las Cortes de Distrito.

II.4.2.2.- Normas Penales y Procedimiento Penal.

En lo que atañe al procedimiento penal, cabe destacar que múltiples principios de los diversos procesos penales en el mundo entero están en esta nación recogidos en el texto Constitucional Federal, como la presunción de inocencia, la excepción de cosa juzgada y derecho al debido proceso legal (quinta enmienda); derecho de defensa y a ser juzgado rápidamente y en forma pública (sexta enmienda); prohibición de penas crueles y desusadas (octava enmienda)¹³⁹.

Todo Estado, así como el Gobierno Federal, tiene su propio Derecho Penal sustantivo, especificando los delitos y las defensas; más, sus normas adjetivas, de procedimiento penal, que rigen los diversos estadios: arresto, juicio, sentencia, apelación y puesta en libertad. La legislatura de cada Estado promulga las leyes penales que rigen en ese Estado, los Fiscales de éste y sus condados (la división territorial de cada Estado) las hacen cumplir, los Tribunales estatales y locales resuelven los casos a que den lugar y sus sentencias se cumplen en prisiones de los estados o en cárceles locales. Por su parte, el Gobierno Federal, a través del Congreso Nacional es encargado de crear normas penales federales, con organismos federales para conocer de estas materias, procedimientos propios y una estructura única también (Fiscales, Tribunales, Prisiones y Sistemas de Libertad Condicional). De esta manera es que estructuras conocidas mundialmente como la *Federal Bureau of Investigation* (FBI) respondan a la estructura federal.

¹³⁹ Sí, es necesario hacer mención que no obstante esta importante norma constitucional, aún hoy en diversos Estados de la unión (38), se continúa aplicando y con gran cantidad, la pena de muerte, a través de sus diversas crueles formas.

Por tanto, existen Fiscales estatales, conocedores de los delitos del propio Estado, y Fiscales Federales, investigadores y acusadores de los delitos Federales, nombrados a su vez por el Presidente de la República, dependientes de la cartera de Justicia.

En cuanto al Derecho Penal sustantivo, como recién se señaló, corresponde a cada Estado. Cada uno crea sus propias normas recogidas en una especie de “Códigos”, muy diferentes a los que nuestra cultura conoce, ya que son de naturaleza amplia, compuestos por los principios generales de responsabilidad penal, leyes que definen delitos penales específicos y leyes que definen las excusas y justificaciones.

Dentro de los elementos del delito, uno de los que tiene mayor importancia es el denominado *mens rea*, esto es, culpabilidad. Dos tercios de los Estados han adoptado un Código Penal Modelo, redactado entre 1950 y 1960 por el Instituto Norteamericano de Derecho, el cual, precisamente regula pormenorizadamente este principio que establece que no puede haber responsabilidad criminal sin culpabilidad, demostrando intención, conocimiento, imprudencia temeraria o negligencia al momento de la comisión del hecho punible. Es en este Código Modelo en donde se establecen las prohibiciones estructuradas en leyes penales, como los delitos contra las personas, contra la propiedad, contra el orden público, etcétera.

Delitos como la falsificación de moneda, el ingreso ilegal a Estados Unidos, la traición y la violación de los derechos constitucionales y estatutarios federales son parte de la jurisdicción básica del Gobierno Federal.

En cuanto al procedimiento penal, todos los Estados y el propio Gobierno Federal tienen su propio reglamento de procedimiento penal. El Reglamento Federal de Procedimiento Penal lo redactan las comisiones jurídicas asesoras y lo promulga el Tribunal Supremo de la Federación, sujeto a enmienda por parte del Congreso. Los reglamentos de los Estados son redactados por las legislaturas propias.

Doce de los veintitrés derechos instituidos para las personas en la Constitución Nacional tienen relación con el procedimiento penal. La Carta Fundamental entrega el piso mínimo de derechos, pudiendo cada Estado aumentar éstos para su jurisdicción. Y, como se conoce, el proceso penal es esencialmente público, popularizado a través de diversos textos y filmografía de la unión. Sólo cerca del 10% de los casos llegan a Juicio Oral, ya que el resto son terminados por las diferentes vías que contemplan los procedimientos.

II.4.2.3.- *La víctima en el proceso penal estadounidense.*

Los nacimientos de la victimología como ciencia autónoma, emanada del tronco de la Criminología se han desarrollado fuertemente en los últimos setenta años en los Estados Unidos. La evolución seguida, ha ocurrido casi de la misma manera que la experimentada por esta ciencia madre, es decir, en un primer momento, las causas etiológicas dominan la escena, encontrando personas más propensas a ser víctimas que otras, y por ello, estudiando un “tipo” concreto de víctima del delito.

Es allí en donde estas teorías se van desarrollando y encontrando eco científico y metodológico. En una primera etapa del tratamiento a las víctimas, éstas podían ayudar a entender el comportamiento delictual, para posteriormente tener algo que decir y aportar en la rehabilitación del sujeto agresor. Esto es, si nos encontramos frente a un agresor sexual, más una víctima infantil, podemos etiquetar y caracterizar al delincuente como “pedófilo”. Así, como señala Dirk Dübber¹⁴⁰, no pretende afirmarse que las víctimas sean irrelevantes, sino sólo que sus características o su conducta sólo adquieren importancia en la medida en que tengan influencia para el diagnóstico o el tratamiento de las tendencias de desviación del autor en una infracción en cada caso.

Luego, la teoría de la retribución, emanada de los años '70, tiene un lugar para las víctimas en la medida de considerar al autor del daño en concreto, no en abstracto, partiendo de cada caso particular y de ver como se ha actuado. Las críticas fueron obvias, en el entendido de que no es posible dejar a una decisión meramente discrecional la valoración del daño causado, llevando luego a discriminaciones de individuos y a estigmatizaciones que en nada aportan.

En cuanto al Derecho Penal, las víctimas tienen una participación relevante en los Estados Unidos. Esto, porque su conducta determina si se está muchas veces en presencia de una causa de justificación o de exculpación. Por ejemplo, la conducta del cirujano se halla justificada en la medida en que el paciente aprobara el tratamiento, o de la mujer golpeada brutalmente durante muchos años, y que finalmente, en una de estas golpizas, le da muerte ella a su agresor.

¹⁴⁰ DIRK DÜBBER, Markus. *La víctima en el derecho penal estadounidense. Una sinopsis introductoria.* En, *La Víctima en el Derecho Penal y Procesal Penal*, VVAA. Ediciones Jurídicas de Cuyo, Argentina. Pág. 24.

También la víctima influye en la entidad de la pena a aplicar. Partamos de la base conocida de que el proceso penal norteamericano es fuertemente teatral, en el entendido de que se sabe que es posible dominar al Jurado a través de técnicas de compasión y misericordia, para así lograr que éstos empaticen con la víctima y fallen en su favor. Como también señala Dirk Dübber¹⁴¹, las líneas directrices de medición de la pena para Tribunales Federales, de obligada aplicación, prescriben que la pena ha de incrementarse –menos en los delitos capitales- cuando la víctima mostraba determinadas características que eran conocidas por el autor. Se cuentan entre éstas la raza, el color, la religión, el origen nacional, la pertenencia a un determinado grupo étnico, el sexo, las discapacidades, la orientación sexual, una vulneración excepcional o la pertenencia a un organismo público. También puede ser posible que la conducta de la víctima en el momento de comisión del delito reduzca la pena para el autor. Las mismas líneas directrices de medición de la pena para Tribunales Federales prevén que una “conducta incorrecta de la víctima” pueda disminuir la pena, aunque esa conducta incorrecta no haya alcanzado el grado de una justificación o exculpación, como el caso de la legítima defensa o la provocación.

En lo que se refiere al procedimiento penal, éste varía en cada Estado. Si, existen ciertas normas comunes de aplicación práctica. Por lo general, para dar inicio al proceso basta la formulación de una denuncia por tratarse de una falta; mientras que para un delito, es necesario un cargo adicional, un escrito de acusación (*indictment*), emitido por un Juez (*magistrate*) o un Jurado de Instrucción (*grand jury*). Algunos Estados son de la idea de permitir que cualquier ciudadano presente una denuncia directamente ante el Juez, incluyendo la víctima, para decidir si hay suficientes indicios. Otros Estados y el Ordenamiento Federal también, prevén una primera valoración del Fiscal para

¹⁴¹ DIRK DÜBBER, Markus. Op. Cit. Pág. 34.

luego judicializar el proceso. En Estados como Arizona y Alabama, el Fiscal debe dar audiencia a la víctima antes de tomar una decisión acerca de la acusación, al menos, cuando se trate de delitos graves¹⁴².

En materia de persecución penal, el Fiscal tiene amplias libertades para decidir el cómo llevarla a cabo, ya que se considerará una intromisión y vulneración indebida al principio de separación de poderes si el órgano jurisdiccional toma parte en esto. El Juez conocerá del proceso en la medida de existir sospechas razonables de la comisión de un delito.

Cuando el Fiscal estima que no existen antecedentes para iniciar un procedimiento, la víctima puede reclamar de esta decisión de diferentes formas. Por ejemplo, invocando el Derecho Constitucional de protección igual para todos (*equal protection*), y también, una Ley Federal que “autoriza y exige” la ejecución de determinadas Leyes federales sobre delitos civiles (*federal civil rights laws*). Es importante recordar que en los Estados Unidos, los Fiscales son elegidos a través de votación popular, por lo que, en la medida de decidir no iniciar un procedimiento penal, serán los electores, sus electores, quienes también estarán atentos a esta decisión.

Cuando ya se ha iniciado el proceso, la víctima también tiene participación en su marcha. Se le concede en algunos Estados el derecho a ser informada de la liberación del autor de la prisión preventiva con prestación de fianza, o incluso, como en Arizona, a estar presente y prestar declaración en la vista judicial acerca de este tema.

¹⁴² Vid. JACOBS, James B. *Evolución del Derecho penal de Estados Unidos*. Consulta on line. <http://www.usinfo.state.gov/journals/itdhr/0701/ijds/jacobs.htm> [Consulta: 30 de julio de 2006]

En cuanto a sus derechos a asistencia jurídica, el Estado no está obligado a proporcionarle un abogado a la víctima. Sin embargo, se entiende que todos los intervinientes, con la excepción obvia del imputado y su defensor, representan también sus intereses. Tanto así, que en muchos casos es posible ver a la víctima sentada junto al Fiscal (*district attorney*) en el banco de la fiscalía. Del mismo modo, cuando el Juez presta juramento de servir a la justicia, se subentiende que también estará protegiendo los intereses de la víctima y la comunidad, la cual estará, igual que en el caso de los Fiscales, atenta, ya que en muchos Estados, los Magistrados son elegidos por votación popular. A este respecto, las organizaciones defensoras de múltiples tipos de víctimas, ejercen una fuerte presión en la Unión, teniendo un peso considerable a la hora de fallar por parte de la magistratura. Los jurados, al ser miembros de la comunidad, y por ello, víctimas potenciales, también representarán los intereses de la víctima. No obstante que es el imputado el que tiene derecho a un juicio oral con jurado compuesto por sus iguales, en el Estado de Oregon, se garantiza el derecho de la víctima a un proceso ante un jurado elegido entre los votantes registrados y compuesto por personas que a lo largo de los últimos quince años no hayan sido condenados por un delito o hayan cumplido una pena.

En lo que respecta a la investigación del hecho punible, las víctimas están facultadas para entregar material probatorio al Fiscal, incluso material que se haya obtenido ilegalmente, salvo en el Estado de Nueva York, en donde ello está prohibido (*4506 N.Y. Criminal Procesal Law*). Los particulares y también las víctimas, tienen derecho a detener a otras personas sin orden de detención cuando tengan la sospecha racional de que éstas han cometido un delito o una falta perturbadora de la paz en su presencia, y a interrogar a sospechosos, con tal que el sospechoso sea entregado sin dilación a un juez o funcionario de la policía.

Si bien el sobreseimiento no puede ser decretado por la propia víctima, en algunos Estados como Arizona, el Fiscal no puede finalizar el proceso sin audiencia de ésta. A su vez, este sobreseimiento está sometido a decisión judicial en pos del interés público, el que por cierto, incluye los intereses de la víctima, o, en interés de la justicia, como ocurre en Nueva York. Los jueces, sí, no están obligados a oír a la víctima a la hora de tomar una decisión acerca del sobreseimiento.

Un caso que es muy seguido por diversas legislaciones, como la chilena, al adoptar los acuerdos reparatorios, es la institución de la justicia negociada. A través de ésta, el proceso penal termina, previo sello judicial, por un acuerdo entre la víctima y el ofensor, con una reparación a favor de la primera. Como es de imaginarse, en esta institución, la víctima tiene mucho que decir y decidir. Delitos de poca entidad como maltrato de obra o lesiones leves pueden llegar a término a través de esta forma. Así, la gran mayoría de los casos en los Estados Unidos termina por aplicación de la denominada “justicia negociada”, esto es, un acuerdo de conformidad y un reconocimiento de culpabilidad por parte del acusado (*plea agreement*). El problema de fondo es que muchas veces la víctima no puede tener una real incidencia en la estructuración del acuerdo, siendo éste de transacción por parte de la Fiscalía con el acusado. Estados como Michigan establecen que la víctima deberá ser oída por el fiscal y el Tribunal antes de decidir si el acuerdo resulta aceptable.

En la marcha del juicio oral, Estados como Tennessee, permiten que la víctima esté asesorada por un letrado, o, que en caso de haber interpuesto acusación particular, este abogado esté junto al Fiscal. Con el permiso de éste último, el abogado puede tomar declaración a testigos, introducir medios de prueba y defender informes de apertura y finales.

Una vez declarada la culpabilidad del acusado, la víctima también tiene participación en la ejecución de la pena. En casos extremos, en donde se decide acerca de si una persona será condenada a cadena perpetua o a la pena capital (la que como recordamos, puede ser observada en su ejecución por las víctimas), los ofendidos, al plantear el tipo de pena requerida, influirán en lo decisivo del fallo, al explicitar su sufrimiento y padecimiento tanto propio como el de su familia producto de la comisión del hecho delictivo (lo que conocemos como victimización, *victim impact statements*). Para estos efectos, existe una “Audiencia de Medición de la Pena”, en donde las víctimas, para delitos también menores, puedan plantear penas alternativas. Dirk Dübber¹⁴³, señala algunos ejemplos ilustrativos: “Por ejemplo, un juez del Estado de Colorado ha aceptado el ruego de un familiar de una víctima de un homicidio en la audiencia de medición de la pena de que se le enviaran fotos de las víctimas y grabaciones en video del delito junto con el acusado a prisión, para recordarle las consecuencias de sus crímenes. De modo similar, un juez del Estado de Arkansas ha asumido la idea de los padres de una víctima de secuestro u homicidio de imponer al acusado que envíe durante los siguientes siete años cada día 19 de cada mes un dólar a un fondo en memoria de la víctima”.

En cuanto a indemnizaciones, los Estados Unidos cuentan con diversos fondos para entregar ayudas diversas a víctimas de delitos. No sólo éstas tienen derecho a reparación, en muchos casos también las familias pueden reclamar indemnizaciones para diversos gastos como los de un tratamiento psicológico, exámenes médicos después de sufrir ataques sexuales, prueba de VIH, terapias ocupacionales y de rehabilitación, lucro cesante, gastos de traslado de vivienda y de alimentación, gastos de transporte referidos al caso, y gastos por entierro.

¹⁴³ DIRK DÜBBER, Markus. Op. Cit. Pp. 51-52.

**SEGUNDA PARTE.
LAS VÍCTIMAS EN LA DISCUSIÓN
NACIONAL.**

CAPÍTULO TERCERO.

**VÍCTIMAS Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE
1907.**

III.1.- MOTIVACIONES DEL PROCESO PENAL DE 1907. III.2.- EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL CÓDIGO DE 1907. III.3.- LAS VÍCTIMAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1907.

III.-

CAPÍTULO TERCERO.

VÍCTIMAS Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1907¹⁴⁴.

“¡Es increíble que con el grado de avance logrado en el país, en el cual se han producido tantos cambios y hemos sido capaces de avanzar en innumerables aspectos, recién hoy podemos hacernos cargo de algo que ya hace 104 años parecía inminente de cambiar!”¹⁴⁵

III.1.- MOTIVACIONES DEL PROCESO PENAL DE 1907.

“Tampoco ha sido posible dotar al país, de este segundo sistema de enjuiciamiento criminal (juicio público oral), porque se oponen a ello muchas de las causas que impiden el establecimiento del jurado. El personal de jueces debería ser muy numeroso para que los tribunales del crimen pudieran

¹⁴⁴ El Código de Procedimiento Penal fue aprobado por el Congreso Nacional el día 7 de febrero de 1906, pero entró en vigencia el 1º de marzo de 1907, por lo mismo, utilizaremos esta fecha para referirnos a dicho cuerpo legal.

¹⁴⁵ ALVEAR, María Soledad. Vid., *Historia de la Ley, Ley 19.696 que establece Nuevo Código Procesal Penal*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 2000. Tomo II, Pág. 376

funcionar por períodos determinados en los diversos departamentos de la República. En cada uno de ellos habría de tener lugar la celebración de los juicios pendientes, y en los debates de cada juicio deberían presentarse a la vez todos los testigos, peritos o demás personas que hubieran de intervenir en él. La sola enunciación de estas condiciones basta para convencer de la imposibilidad de plantear este sistema en un país nuevo, de territorio tan dilatado y en el que los medios de transporte son generalmente costosos y difíciles. Esto, aparte del ingente gasto que demandarían el crecido número de jueces, el costo de sus viajes y las indemnizaciones a los peritos y testigos.

Se comprende fácilmente que el sistema puede ser establecido en países ricos y poblados. En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado, y ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto”¹⁴⁶.

De esta forma, ya casi comenzando el siglo XX, se da inicio a un procedimiento penal sabiendo que no es lo querido por los jurisperitos a los que se les encarga esta creación jurídico-procesal. Muy por el contrario, estas palabras demuestran que son razones más bien económicas las que motivan al país a adoptar un sistema de estructura secreta y escrita, con poderes jurisdiccionales muy fuertes, y en donde los derechos al debido proceso y, en lo que nos atañe, la protección a las víctimas, no son ni una realidad ni una manifestación institucional a través de la norma.

En las páginas anteriores, viendo como se recogió a través del mundo el planteamiento victimológico, se analizaron distintas disposiciones, tanto constitucionales como legales, de dos diferentes naciones, de culturas jurídicas

¹⁴⁶ Texto del Mensaje con que el Presidente Jorge Montt acompañó el 31 de diciembre de 1894, el texto definitivo de un nuevo Código de Procedimiento Penal. Editorial Jurídica de Chile, Undécima Edición de 1993, Santiago. Pp.12-13.

diversas, para comprender sus sistemas procesales, y luego, el tratamiento e injerencia de la víctima en el proceso. En el presente capítulo, se comenzará un estudio exhaustivo acerca de la historia procesal penal chilena, sus instituciones básicas y la forma en que las víctimas pudieron participar en el procedimiento, todo ello enfocado en el Código de Procedimiento Penal, que rigió nuestro país desde 1907, hasta el año 2000¹⁴⁷.

III.2.- EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL CÓDIGO DE 1907.

El Glosador Bulgaro, citado por el Ex. Presidente de la Excma. Corte Suprema, don Rafael Fontecilla¹⁴⁸, señala el principio básico a través del cual se estructura un procedimiento acusatorio: “*Judicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris intendentes, rei intentionem evitandis, iudicis in medio cognoscentis*”, es decir, cada una de las tres funciones básicas del procedimiento penal; función de acusar, función de defensa y función de decisión, están encomendadas a tres entes diferenciados e independientes los unos de los otros. En palabras del mismo Fontecilla, “Donde ha dominado la democracia, donde el pueblo ve en el delito un ataque a la libertad civil o individual, domina la forma acusatoria”¹⁴⁹.

A *contrario sensu*, cuando estas funciones se confunden y radican en una sola persona o institución, el proceso ya no es acusatorio, sino más bien, inquisitivo, que como decíamos en el primer capítulo, es la más preclara reminiscencia del procedimiento del Estado Absoluto, en donde el Rey, como

¹⁴⁷ Recordando que la Reforma Procesal Penal comenzó a funcionar escalonadamente en nuestro país desde el año 2000, concluyendo en la Región Metropolitana, en donde fue operativa desde junio de 2005.

¹⁴⁸ FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Derecho Procesal Penal*. Editorial El Imparcial. Santiago, 1943, Pág. 325.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

Soberano, es quien tiene la potestad jurisdiccional, delegándola en Jueces, quienes a su nombre administran justicia en razón de haberse contravenido normas de carácter general, obligatorias, emanadas de este Soberano. Así, en el proceso inquisitivo, el Juez investiga, ordena y estructura los medios probatorios, con prueba legal. Luego, en caso de encontrar antecedentes fundados, acusa para luego él mismo, decidir en definitiva la condena o absolución de un sujeto determinado. A este respecto, el ya citado Magistrado, señala que “La forma inquisitoria pertenece al sistema monárquico, donde el Estado ordena perseguir los crímenes en interés de la seguridad y del orden públicos”¹⁵⁰.

III.2.1.- El Procedimiento Inquisitivo.

El método inquisitivo, propio del CdPP de 1907, trae su nombre de los “*quaesitores*” de los romanos, que fueron precisamente, los ciudadanos encargados por el Senado de investigar ciertos delitos especiales. Sus normas básicas fueron posteriormente establecidas por Dioclesiano. En el Siglo XII tiene su consagración definitiva bajo Bonifacio VIII. Desde allí fue adoptado este método procesal por las monarquías europeas.

En virtud de que las características básicas del proceso inquisitorio ya fueron abordadas en el primer capítulo de esta memoria, es que ahora corresponde un análisis acerca de las razones que motivan a nuestros estudiosos del derecho a primero, proponer una codificación de raigambre inquisitoria, y luego, como las vivencias sociales y políticas de la época dan pie a que esta forma de entender el Derecho Procesal Penal sea ratificada por el

¹⁵⁰ FONTECILLA, Rafael. Op. Cit. Pág. 326.

legislador de finales del Siglo XIX y principios del XX, teniendo el CdPP una duración de casi cien años.

III.2.2.- Contexto Político-Jurídico en el que nace el Código de Procedimiento Penal de 1907.

III.2.2.1.- *La necesidad de entender el proceso penal dentro de un contexto mayor al mero análisis normativo.*

Los procesalistas del Siglo XX, a la hora de analizar las normas de los diferentes cuerpos legislativos propios de esta rama del Derecho, ven en las normas positivas una suerte de perfección dogmática que les hace, en sus tratados, o comentarios jurisprudenciales, dedicarse casi con exclusiva dedicación al estudio de la norma, sus características básicas y momentos de aplicación, obviando las necesarias e importantes particularidades sociales y políticas que viven las diferentes sociedades al momento de crear derecho, y sobre todo, reformar el anterior.

Textos como el del Ministro Fontecilla, dan cuenta de esta realidad, toda vez que se refieren al Derecho Procesal Penal como un conjunto de normas reguladoras del proceso penal; y a éste, como un conjunto de plazos, facultades y trámites de índole judicial¹⁵¹. Es una visión eminentemente procedimentalista y exegética, propia del Siglo XIX. Para los estudiantes del Derecho, el procedimiento penal es más bien una suerte de estructura consecutiva legal, a través de plazos y procedimientos ordinarios y especiales. La contextualización de estas normas con los procesos políticos, sociales y culturales con que ellas

¹⁵¹ FONTECILLA, Rafael. Op. Cit. Pág. 26.

interactúan, o la de revisar las prácticas concretas de los actores del sistema y su compatibilidad con las normas legales que las regulan en abstracto, a juicio de los Profesores Duce y Riego¹⁵², “no forman parte de la cátedra de derecho procesal penal ni de la preocupación de los académicos que desarrollan esta disciplina”. De esta forma, no son los estudiosos del Derecho Procesal del siglo XX los que nos entregarán las razones, a través de su ejercicio docente, por las que se adopta el sistema inquisitivo en Chile a través del Código de 1907, teniendo presente la prevención, ya comentada, de sus autores a este respecto¹⁵³.

Duce y Riego añaden una idea innegable: “Un Derecho Procesal desprovisto de conciencia acerca de su propio contexto y de su propia inspiración política y moral, posee una neutralidad solo aparente, una neutralidad ingenua que acaba contribuyendo al deterioro del sistema legal, a la sustitución de los fines subyacentes por los medios explícitos”¹⁵⁴.

El Derecho Procesal Penal es la conceptualización más elemental para entender la correlación de fuerzas que existen entre la potestad punitiva del Estado, y los legítimos derechos de los ciudadanos, toda vez que el uso de la fuerza debe tener ciertos marcos que necesita respetar y obedecer. Un país

¹⁵² DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Vol. I, Ediciones Universidad Diego Portales, Pág. 22.

¹⁵³ Esta ha sido una postura más bien frecuente en nuestra cultura legal. El Profesor Peña, citado por Duce y Riego, Op. Cit., Pág. 23, agrega que “Nuestra cultura legal suele estar atada a una visión más bien formalista del Derecho, que se deja secuestrar fácilmente por el aspecto más bien lingüístico de las reglas, olvidando el sentido público y político que las anima. Ese defecto de nuestra cultura legal es una especie de fetichismo, el fetichismo de la ley. Como usted sabe, el fetichismo es un fenómeno de transferencia de significados y funciones. Donde existe, el fetiche pasa a sustituir, en la imaginación del fetichista, el objeto con el que, primitivamente, se vinculaba. Algo de eso ocurre en la cultura legal chilena en la que suele ocurrir que el estudio de las reglas, particularmente de las reglas procesales, se efectúa no echando mano a los propósitos públicos y políticos que las animan, sino recurriendo a una técnica más bien lingüística y terminológica que, hipnotizada por las palabras, por los trámites y por los plazos, acaba postergando –y lo que es peor, a veces olvidando definitivamente- los propósitos de reforma política que subyacen a las reglas. Ese tipo de cultura es un formidable obstáculo para el cambio jurídico y político y quizá explique por qué, por ejemplo, en nuestro país somos tan pródigos en constituciones, pero tan pobres en tradición constitucional”.

¹⁵⁴ DUCE y RIEGO. Op.Cit. Pág. 24.

podrá ser analizado, precisamente, a través del estudio de sus normas procesal penales, ya que, como bien lo señala Roxin¹⁵⁵, “El Derecho Procesal Penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”. Esto es complementado por Julio Maier, quien dedica gran parte de su “Derecho Procesal Penal”, precisamente, al estudio de esta rama jurídica en su inserción en la historia política de los Estados¹⁵⁶.

III.2.2.2.- Recepción del Sistema Inquisitivo en América Latina.

Como ya se analizó a la hora de ver las características fundamentales que presenta el sistema inquisitivo, éste nace como una manifestación del poder de la Iglesia Católica, en una necesidad mayor de asegurar el ejercicio de la fuerza de sus autoridades superiores a través de la inserción de su influencia en las autoridades políticas, y más específicamente, en la potestad jurisdiccional, entendiendo la contravención de la norma como una ofensa doble: a Dios, y al Soberano.

Es en el Siglos XII y XIII cuando el proceso se desarrolla definitivamente, creando los denominados “inquisidores” –oficiales de la Iglesia que trabajan en secreto-, que también actúan como jueces. La prueba legal es una reacción también de este método como respuesta frente a las ordalías. Y, si bien lo que en un primer momento se busca es la persecución de delitos eminentemente religiosos, como la brujería, hay también una mixtura de otras contravenciones, más bien seculares, con competencia eclesiástica para su persecución, como la usura.

¹⁵⁵ ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág. 10.

¹⁵⁶ MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina. En este libro, el autor dedica más de 200 páginas a revisar el proceso penal en su inserción política, de una edición de cerca de 800 páginas.

En los Siglos XV, XVI, XVII y XVIII, con el nacimiento de los Estados nacionales, se adopta el método inquisitivo para asegurar el poder real en materias seculares. De esta manera, las muy estudiadas “Siete Partidas” del Rey Alfonso X el Sabio de España, dictadas en 1263-65, introducen un procedimiento inquisitivo en la madre patria. Alemania con la CCC hace lo suyo en 1532. En Francia, la ordenanza de 1670 es considerada como la máxima expresión del procedimiento inquisitivo en ese país¹⁵⁷.

La base de estos procedimientos se establece en razón de, siguiendo a Schmidt, por un lado, el *offizialprinzip* (deber de los órganos estatales de conducir los procedimientos *ex officio*) y la *Instruktionsmaxime* (deber de los órganos de investigar judicialmente por sí mismos y de establecer los hechos sustantivos y la verdad objetiva)¹⁵⁸.

La averiguación de la verdad histórica es la base del procedimiento, buscada a través de la persecución penal de oficio, elaborada en forma secreta y escrita, a través de un inquisidor que primero investiga, y luego acusa. La tortura, para lograr la confesión del imputado, es un método válido y utilizado. El imputado no es otra cosa que un objeto de la persecución criminal, careciendo sus eventuales derechos de eficacia, frente a la enorme importancia de la investigación oficial. El interés del Estado en la represión de los delitos es por lejos una razón muchísimo más importante que la preservación de los derechos básicos de las personas.

En lo que respecta a nuestra América Latina, como colonia del Reino español, sus instituciones procesales fueron trasladadas a estas latitudes con los mismos procedimientos y órganos encargados de la persecución penal. La

¹⁵⁷ DUCE y RIEGO. Op. Cit. Pág. 50.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

legislación creada especialmente para las Indias contribuyó a definir localmente lo que se necesitaba en estas tierras¹⁵⁹.

De esta manera, “Las Siete Partidas” se transformaron en el principal cuerpo legislativo aplicado en las Indias¹⁶⁰, por lo que el procedimiento castellano se trasladó casi en igualdad, hasta incluso, mediados del Siglo XIX, ya que no obstante la independencia de muchas colonias en las primeras décadas de esa centuria de la metrópoli, la independencia no alcanzó el plano legislativo. Las normas españolas continuaron vigentes.

Razones hay variadas para explicar el porqué en las primeras décadas de vida independiente las colonias no estuvieron enfocadas a codificar sus procedimientos penales. Las continuas inestabilidades políticas de la región fueron un punto innegable para afirmar que las prioridades estaban orientadas más bien al establecimiento de Repúblicas Constitucionales, y que en virtud de ello, las autoridades se sucedían una y otra vez en los cargos por las distintas ideas en torno a como estructurar y fundar naciones. Perú, entre 1826 y 1866 tuvo 34 Presidentes; y Honduras, entre 1827 y 1900, 98.

Los primeros Códigos en dictarse, fueron principalmente el Código Civil y el de Comercio. En Chile, el Código de Procedimiento Penal (CdPP) recién

¹⁵⁹ Dentro de las principales normas de la Corona Castellana aplicadas en las indias, tenemos: los Fueros; el Fuero Viejo; el Fuero Real; las Leyes de Estilo; el Espéculo; el Fuero de Nájera; el Ordenamiento de Alcalá; el Ordenamiento Real o de Montalvo; las Leyes de Toro; la Nueva Recopilación de las Leyes de España; la Novísima Recopilación de las Leyes de España; y, las Siete Partidas. Dentro la normativa dictada especialmente para las indias, destacan: las Leyes de Burgos; y, la Recopilación de Leyes para las Indias.

¹⁶⁰ La Partida Séptima regulaba el derecho penal sustantivo y el procedimiento penal. Esta comenzaba así: *“Olvido y atrevimiento son dos cosas que hacen a los hombres errar mucho, pues el olvido los conduce a que no se acuerden del mal que les puede venir por el yerro que hicieron y el atrevimiento les da osadía para cometer lo que no deben; y de esta manera que se les torna como en naturaleza, recibiendo en ello placer. Y porque tales hechos como estos se hacen con soberbia, deben ser escarmentados crudamente, porque los que los hacen reciban la pena que merecen, y los que lo oyeren se espante y tomen de ello escarmiento por el que se guarden de hacer cosa que reciban otro tal”* en ORTEGA LOYOLA, Claudio. *Política criminal en el nuevo proceso penal*. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, 2006, Pág. 55.

entra a discusión legislativa en 1894, mientras que el Código Civil estaba ya vigente desde 1857.

Lo que llama bastante la atención es la variante que adoptaron los primeros códigos procesal penales de la región. El Siglo XIX significó en Europa un cambio en la administración de justicia, pasando de un método eminentemente inquisitivo a uno más bien de carácter reformado o mixto, en que con el influjo de los ideales de la Revolución Francesa, se entregaron mayores derechos al imputado (la tortura como método de investigación procesal es abolida en Francia en 1788 y en España en 1802). Se introduce el juicio oral, público y contradictorio, se crea un órgano encargado de la persecución penal –el Ministerio Público- y, para la administración misma de justicia, se crea la institución de los jurados. El proceso sí, sigue siendo inquisitivo en cuanto a estar en las manos de un juez instructor.

Ahora bien, como se decía anteriormente, no obstante que las doctrinas libertarias independentistas tienen origen precisamente en los ideales revolucionarios que dan pábulo a reformas legislativas en Europa, desterrando prácticas propias del método inquisitivo puro y que significaban paupérrimos derechos para los intervinientes, estas ideas no se reflejan en América Latina a la hora de crear cuerpos legislativos codificados. La base para redactar normas procesales no fueron los Códigos que empezaron a redactarse en Europa (Austria, 1873; Alemania, 1877; España, 1882; Noruega, 1887, etcétera) a finales del siglo XIX, sino más bien, el sustrato fue la codificación española anterior a la reforma de 1882, y “Las Siete Partidas”, de más de seis siglos de existencia y aplicación.

Esta idea es explicada por Duce y Riego¹⁶¹ en base a un factor más bien social que caracterizó a la independencia de las colonias americanas. “La respuesta a la pregunta acerca del porqué los países latinoamericanos adoptaron el modelo inquisitivo en sus códigos no está en la falta de conocimiento de un modelo alternativo por parte de sus redactores. Se trata de un tema en el que no existe mucha claridad histórica y para el que se requeriría una investigación de más largo aliento. Sin perjuicio de carecer de los elementos que nos permitan afirmar en forma tajante una tesis al respecto en este momento, pareciera que una explicación razonable de este fenómeno se vincula al tipo de modernización experimentada por los Estados Latinoamericanos en el Siglo XIX. Este proceso ha sido llamado por De Trazegnies como el de “Modernización Tradicional”. Este autor señala que el proceso de modernización en Latinoamérica en el Siglo XIX fue paradójico, en el sentido que, por una parte, las elites que lo dirigieron tenían el claro fin de realizar cambios importantes al sistema político, económico y legal para adaptar a los nuevos Estados a las necesidades que planteaba el hecho de convertirse en naciones independientes, pero, por otra, no intentaban alterar las estructuras sociales y jerarquías existentes en dichas sociedades. En otras palabras, la modernización del sistema legal fue requerida como consecuencia de los cambios económicos y políticos producidos en Latinoamérica, pero las elites que dirigían a los distintos países no tenían intención alguna de afectar de manera sustancial las estructuras sociales existentes, en cuanto estas resultaban funcionales a su proyecto modernizador. Había que modernizar para sobrevivir, pero –a su vez- este movimiento era esencialmente conservador desde el punto de vista de cambios sociales”¹⁶². De esta manera, queda claro que es el Derecho Procesal Penal una de las áreas del Estado en dónde más visiblemente pueden verse las continuas tensiones entre progresismo y conservadurismo, ya que los avances en pos de procedimientos más

¹⁶¹ DUCE y RIEGO, Op. Cit. Pág. 56.

¹⁶² *Ibíd.*

protectores de las personas, o bien, procedimientos más restringidos y en manos de unos pocos, se dan en el día a día en esta rama. Es posible incluso sostener que las normas procesal penales de un país nos hablan de la estructura social de ese Estado, toda vez que son capaces de señalar la defensa y/o protección de los derechos humanos y el reconocimiento que éstos tienen en las diferentes etapas del proceso. El procedimiento por jurados, por ejemplo, supone un cierto grado de reconocimiento y avance democrático, al hacer partícipe al pueblo en la administración de justicia. Esta idea, de progreso en democracia, es impensada en la Latinoamérica o el Chile del Siglo XIX. Hay una idea manifiesta en las elites de que el pueblo no sabe autogobernarse¹⁶³, y por ello, los avances en la codificación deben ir de la mano de lo posible y lo que pueden permitirse las nuevas naciones. Un procedimiento de carácter inquisitivo reformado, mixto o uno claramente acusatorio, eran impensados en una sociedad que se veía a sí misma como demasiado joven y que iba mejorando poco a poco.

III.2.2.3.- El Sistema Inquisitivo en Chile y la Creación del Código de Procedimiento Penal.

Lo ocurrido en el procedimiento que llevó finalmente a la Codificación del CdPP de 1907 no distó mucho de lo acaecido en la región. Aquí, durante el

¹⁶³ Manuel Obarrio, redactor del Código de Procedimiento Penal argentino de 1888, citado por Andrés José D'Alessio, en *The Function of the Prosecution in the Transition to Democracy in Latin America*, señaló en el mensaje introductorio del mismo que: "Uno podría decir que en un país como el nuestro que solo en forma reciente ha adoptado instituciones libres, no obstante resulta doloroso admitirlo, no se encuentra acostumbrado al autogobierno.

La transición puede ser muy rápida y muy riesgosa para intentar avanzar desde la rudimentaria forma en que nuestra existencia democrática se desarrolla y el caos reinante en que se encuentran sus procedimientos penales actuales, hacia la más perfecta sociedad y sus hábitos de autogobiernos requeridas por el jurado en orden a constituir una institución viable y efectiva. Grandes reformas, incluso en países tan nuevos como el nuestro, no pueden ser introducidas abruptamente; ellas deben surgir espontáneamente, si esta expresión puede ser utilizada, como resultado de un proceso gradual y progresivo de evolución en la búsqueda de la perfección".

Siglo XIX siguió aplicándose la legislación española y la nación independiente no tuvo problemas mayores en ello¹⁶⁴. En palabras de Fontecilla, “antes de la promulgación de nuestro Código de Procedimiento Penal existía un caos en materia procesal”¹⁶⁵. Sí cabe destacarse que la necesidad de contar con cuerpos codificados fue siempre querida por las autoridades políticas que buscaban en los estudiosos del derecho, cuerpos que fuesen capaces de crear estructuras sistematizadas, uniformes y coherentes¹⁶⁶.

¹⁶⁴ A este respecto, la legislación indiana se aplicaba conforme a una precedencia determinada. La primera regla era que lo especial o particular primaba sobre lo general o universal. Si no existía disposición especial con respecto a persona, materia o territorio, se aplicaba el Derecho general para las indias, o sea, el dictado para América sin distinción de órbita. De no haber disposición especial en el Derecho general de Indias, debía aplicarse el Derecho supletorio, o sea, el Derecho de Castilla.

En ausencia de reglas especiales en éste, se acudía al derecho general en el orden de prelación que establecían las Leyes de Toro, que fue ratificado y complementado por el Ordenamiento de Alcalá, y se incorporó sin variantes a la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación.

Las fuentes legales directas se aplicaban con preferencia a las indirectas; y las de gestación americana se adoptaban y cumplían en tanto eran ratificadas expresa o tácitamente por las autoridades de la metrópoli.

Se contenían reglas sobre procedimiento penal en algunos de los cuerpos legales metropolitanos: Fuero Juzgo: Libros I, II, VI, VII, VIII y IX; Fuero Viejo de Castilla, Libro II; Fuero Real, en sus 4 Libros, Ordenanzas Reales, sus Libros III y IV; las Partidas, especialmente las Partidas III y VII; Nueva Recopilación; los Libros IV, V y XII, sobre todo y la Novísima Recopilación de 1805 –cuya vigencia en Chile no se ha comprobado-, en especial los Libros IV y VIII.

También habían reglas en el Derecho particular para Indias: la Recopilación indiana, contenía normas en sus Libros II, V y VII.

Dentro del Reino de Chile, se dictaron numerosos autos acordados, entre los cuales se encuentran las Instrucciones para la substanciación de causas criminales de 1757, 1778 y 1796.

Las principales personas que intervenían en el enjuiciamiento criminal, eran las partes –que podían estar constituidas por el actor o el ministerio público, según que el procedimiento empezara por querrela, por denuncia o de oficio, y por el reo, que era la persona contra quien se dirigía la acción criminal-; el juez –quien estaba encargado de instruir el proceso y sentenciarlo-; el asesor –letrado que coadyuvaba al juez lego a dictaminar la causa, con arreglo al derecho-; el escribano –funcionario que colaboraba al juez en la administración de justicia, autorizando sus diligencias y resoluciones, y el alguacil, encargado de cumplir directamente las resoluciones del juez o del tribunal. Vid., CORVALÁN, Jorge y CASTILLO, Vicente. *Derecho procesal indiano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1951., en *Historia de la Ley, Ley 19.696 que crea un establece Nuevo Código Procesal Penal*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 2000. Tomo III, Pág. 708..

¹⁶⁵ FONTECILLA, Rafael. Op. Cit. Pág. 85.

¹⁶⁶ A este respecto son ilustrativas las palabras de Don Andrés Bello contenidas en el mensaje con que acompaña el Código Civil para su aprobación por el Congreso Nacional, en 1855: “Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social”.

En cuanto al proyecto mismo de Código, los primeros vestigios se remontan al Gobierno de Don Manuel Bulnes, quien en septiembre de 1846 dicta un Decreto Supremo¹⁶⁷, por medio del cual nombra una comisión encargada de elaborar un proyecto de Código de Procedimiento Penal, la cual no realiza el trabajo encomendado, ya que no existen vestigios ni siquiera de que se llegaron a reunir vez alguna.

En 1852, bajo la presidencia de Don Manuel Montt, jurista, se dicta una ley con fecha 14 de septiembre, ofreciéndose un premio para quienes se dedicaran a la tarea codificadora. Dedicados a ello don Alejandro Reyes y don José Bernardo Lira, sus respectivos fallecimientos significaron el fin de su naciente trabajo procesal.

Entretanto, ya en marzo de 1875 estaba en vigencia el articulado de un Código Penal, de inspiración española liberal.

En 1889 el gobierno de don José Manuel Balmaceda dicta un decreto no designando una comisión, sino llamando a concurso público, el 29 de noviembre de ese año, para que los juristas chilenos presenten un proyecto de Código de Procedimiento Penal¹⁶⁸.

¹⁶⁷ El referido decreto es citado por FONTECILLA, Rafael. Op. Cit. Pág. 87:

“Convencido de la urgente necesidad de reformar el Código Penal, a fin de que sus disposiciones se adapten al estado de nuestra sociedad, a las innovaciones tanto tiempo ha introducidas en el sistema represivo de los delitos, y conforme a los principios de humanidad y de justicia que prescriben la razón y la filosofía del siglo. He acordado y decreto:

Art. 1º.- Se nombra una comisión compuesta por don Antonio Varas, don José Victorino Lastarria, don Antonio García Reyes y don Manuel Antonio Tocornal, para que trabajen un proyecto de Código Penal y otro de procedimientos criminales, tomando por base para el primero, el nuevo Código Penal de España y las reformas que en él hizo la Nueva Granada antes de adaptarlo”.

Los artículos 2º y 3º se refieren al Código Penal.

El Art. 4º dispone lo siguiente: “El Código de Procedimiento se hará bajo las bases de que sólo haya dos modos de proceder, según que el delito sea o no grave y que la prueba debe ser, en todo caso, pública, examinándose los testigos a presencia del reo, a quien será permitido contradecirle y redargüirles dando también sus pruebas. Se procurará suprimir el trámite de la ratificación siempre que fuere posible”.

¹⁶⁸ El decreto, también citado por FONTECILLA, Rafael. Op. Cit. Pág. 89, es del tenor siguiente:

“1º Convócase a concurso con el objeto de formar un proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal.

Para 1892 se habían presentado siete trabajos. Una comisión formada por don Belisario Prats y don Ramón Antonio Vergara premió al trabajo de don Manuel Edigio Ballesteros, cuyo trabajo fue presentado al Congreso el 31 de diciembre de 1894.

Por su parte, el Congreso designó una comisión mixta de Senadores y Diputados, presidida por el Presidente de la República, de la que formaron parte Manuel Edigio Ballesteros, Pedro Letelier, Raimundo Silva Cruz, Ramón Bañados Espinoza, Luis Barros Méndez, Francisco Javier Concha, Frutos Ossandón y Luis A. Vergara. Como secretario actuó don Luis Barriga.

Luego de celebrar 33 sesiones, la Comisión, con fecha de 25 de agosto de 1902, remitió al Senado el proyecto, con algunas modificaciones, en donde es discutido y finalmente aprobado. A su vez, la Cámara de Diputados lo despacha, sin modificaciones, el 7 de febrero de 1906, comenzando a regir desde el 1º de marzo de 1907, el nuevo Código de Procedimiento Penal¹⁶⁹.

2º Los trabajos de los concursantes deberán presentarse al Ministerio de Justicia en la segunda quincena del mes de enero de 1891, firmados con un seudónimo, letra o número y acompañados de un sobre lacrado y sellado, que contenga una tarjeta con el nombre del autor y rotulado con el seudónimo, letra o número del trabajo.

3º Estos trabajos serán examinados por una comisión que informará al Ministerio sobre el mérito de ellos.

4º Si la comisión estimara que alguno de los trabajos presentados merece la aprobación del Gobierno, su autor será premiado con la suma de 18.000 pesos, que oportunamente se pedirá, con este objeto, al Congreso.

Anótese y Publíquese.

Balmaceda, Isidoro Errázuriz.

Publicado en Diario Oficial del 10 de diciembre de 1889".

¹⁶⁹ FONTECILLA, citando a don Manuel Edigio Ballesteros, entrega las razones que éste aduce para introducir el nombre de Código de Procedimiento Penal:

"La misma razón que impulsó a los autores del Código Penal para darle este nombre y no el de Código Criminal, con que es designado en el Código Civil, nos ha impelido a dar al que es materia de este proyecto el título de Código de Procedimiento Penal. La palabra criminal envuelve el significado de delito grave que le atribuye la Academia Española, y sería hacer de ella un uso impropio aplicarla a todo género de delitos. "No existiendo en nuestro idioma, dice Reus, una palabra que abarque en su significado general las distintas clases de hechos punibles, entendemos que lo más adecuado para el enjuiciamiento es el adjetivo *penal* (Lei de Enjuiciamiento Criminal, T. I., Introducción). Ortolan cree, también, que tal es el nombre que corresponde a este Código, y no es de Instrucción Criminal, que se le ha dado en Francia, título que en realidad no comprende sino una sola de las operaciones del procedimiento, la instrucción, confundiendo así la parte con el todo".

III.2.3.- Estructura del Código de Procedimiento Penal de 1907.

El CdPP estaba estructurado en base a cuatro libros; a saber:

- Libro Primero, *Disposiciones generales relativas al juicio criminal*;
- Libro Segundo, *Juicio ordinario sobre crímenes y simples delitos*;
- Libro Tercero, *De los procedimientos especiales*; y,
- Libro Cuarto, *Del cumplimiento y ejecución*¹⁷⁰.

En una apretada síntesis, puede señalarse que dentro de estos libros, el que explica de una mejor manera el funcionamiento del proceso penal bajo el CdPP de 1907 es el Libro Segundo, ya que está dividido en dos grandes partes: una destinada al sumario; y otra, al plenario.

La investigación de un delito comenzaba por denuncia presentada por un particular o por la policía, por querrela o de oficio por el respectivo Juez del Crimen; y en algunos casos por denuncia o querrela del Fiscal Judicial (de la Excma. Corte Suprema o de la I. Corte de Apelaciones). En caso de ser el Juez quien por propia iniciativa comienza el proceso, dictaba una resolución denominada “Auto Cabeza de Proceso”.

El sumario, (Art. 76 CdPP) tenía por objeto la investigación de los hechos que constituyen el delito, la determinación de los que participaron en él y de las circunstancias que puedan influir en la penalidad;

“Art. 76 (97) Todo juicio criminal a que dé origen la perpetración de un crimen o simple delito comenzará por la investigación de los hechos que constituyan la infracción y determinen la persona o personas responsables de ella, y las

¹⁷⁰ Libro agregado por el artículo decimoctavo de la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989.

circunstancias que puedan influir en su calificación y penalidad; sin perjuicio de las reglas especiales establecidas en el Libro III.

Las diligencias dirigidas a preparar el juicio por medio de tales esclarecimientos y asegurar la persona de los presuntos culpables y su responsabilidad pecuniaria, constituyen el sumario”.

Esta institución se refuerza con lo dispuesto en el Artículo 108 CdPP, en el entendido de que el primer objeto de investigación será la comprobación del hecho punible;

“Art. 108. *La existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario”.*

El proceso era secreto (Art. 78 CdPP) y escrito, produciéndose por ello, fuertes problemas de abuso y vejaciones hacia los derechos de las personas. En razón de esta idea ni el inculpado ni su abogado, menos aun la víctima, se podían enterar de las averiguaciones o pesquisas que se realizaban, salvo situaciones excepcionales en que se concedía el conocimiento del mismo, lo que limitaba también la intervención de la defensa, pues ésta desconocía el curso de la investigación.

Siguiendo a Fontecilla¹⁷¹, esta fase del sumario adquiere gran importancia no sólo por el objeto y fin que perseguía, sino, además, porque en ella se ventilaba todo lo concerniente a la detención o prisión del individuo, su declaratoria de reo, que convertía al simple inculpado en sujeto procesal, su libertad provisoria, lo relativo al aseguramiento de la responsabilidad civil, etcétera.

¹⁷¹ FONTECILLA, Rafael. Op. Cit. Pág. 94.

Si en el sumario se acreditaba la existencia del delito y existían presunciones fundadas de que el inculpado había participado en el hecho punible, se le sometía a proceso, esto es, se dictaba en su contra una resolución denominada “Auto de Procesamiento”, y aquel adquiría la calidad de procesado, y se le prontuariaba, esto es, se le enviaba al Servicio de Registro Civil e Identificación, en donde se le tomaban impresiones dactilares, para verificar su identidad, luego se anotaba el procesamiento en su prontuario, pasando a figurar en su extracto de filiación y antecedentes la respectiva anotación, con número del expediente, Tribunal, delito, fecha del auto de procesamiento y demás datos necesarios, todo ello, con la pérdida temporal de sus derechos ciudadanos (elegir y ser elegido para algún cargo de representación popular). Según la gravedad del hecho punible, el procesado era ingresado al recinto penitenciario en prisión preventiva, sin perjuicio del derecho de este último a pedir su excarcelación, la que podía ser denegada si su libertad era peligrosa para el éxito de las diligencias del sumario, para la seguridad de la sociedad o del ofendido o afectado.

La segunda fase, denominada plenario, constituía el verdadero juicio criminal, comenzando con la acusación, realizada por el mismo juez instructor, quien decidirá en definitiva, analizando la prueba por él mismo recogida, la condena o absolución de su acusado. Como se ve, el mismo juez acusa, y luego dicta sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria.

En síntesis¹⁷², el sumario estaba referido a la investigación del delito a fin de comprobar su existencia y determinar quién o quiénes habían intervenido en él como autores, cómplices o encubridores; y el plenario tenía por finalidad, una vez agotada la investigación, formular cargos por el delito en contra del

¹⁷² Una completa exposición acerca de las principales características del antiguo procedimiento penal puede encontrarse en el Trabajo de José Octavio Flores Vásquez, “*Reforma Procesal Penal, Temas Relacionados*”, Páginas 11 y ss.

procesado; mediante la acusación (resolución del mismo Juez que intervenía en la investigación) o por medio del escrito de acusación particular del querellante, si lo había, y no se adhería a la acusación del Juez; también se podía deducir demanda civil, si para ello se elegía el proceso penal, como también comprendía la defensa del procesado con la correspondiente contestación de la acusación, y demanda civil, en su caso, la prueba de las partes, que se rendía en un término probatorio de 20 días, concluido el cual, luego de la certificación pertinente, el Juez podía decretar medidas para mejor resolver en un lapso de seis días previsto por el legislador, para concluir con la sentencia definitiva que debía dictar dentro de cinco días, pero si el expediente tenía más de cien fojas (hojas), se aumentaba un día por cada veinticinco fojas, con un tope de quince días.

En lo que respecta a la materia jurisdiccional, para el conocimiento de los crímenes y simples delitos existían los denominados Jueces del Crimen. Por su parte, y como regla general, las faltas eran de competencia de los Jueces de Policía Local. En aquellas localidades en que no había Jueces del Crimen, las funciones eran desempeñadas por Jueces Letrados de Competencia Común. Estos Tribunales eran unipersonales, el mismo Juez conocía, investigaba, acusaba y resolvía en primera instancia (primera revisión de hechos y derechos). A su vez, la resolución de este Juez podía ser revisada deduciendo Recurso de Apelación para ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva, Tribunal Colegiado, que podía confirmar, modificar o revocar lo decidido por el Juez de primera instancia, a través de la vía de impugnación mencionada o por consulta.

A nivel jerárquico, la Excelentísima Corte Suprema es el Tribunal Supremo de la República, luego le siguen las 17 Cortes de Apelaciones, y finalmente cada uno de los Jueces del Crimen.

En su tramitación interna, el proceso también era llevado por un funcionario llamado actuario, quien se encargaba de ir agregando materialmente al expediente, mediante costura, escritos y documentos. Como el juicio era de carácter escrito, los respectivos documentos que se iban generando o recopilando iban siendo agregados, así como las diferentes resoluciones dictadas por el Magistrado. En lo que respecta a sus funciones anexas, al actuario le correspondía confeccionar las citaciones y despacharlas, tomar declaración a testigos, inculpados y víctimas u ofendidos, interviniendo de igual manera en los careos. Todo esto debía ser llevado a cabo, *ojalá*, bajo la supervigilancia del Juez instructor.

III.3.- LAS VÍCTIMAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Dentro de las múltiples críticas formuladas al procedimiento penal que rigió a Chile durante el Siglo XX fue la orfandad y total desamparo con que trató a las víctimas de los delitos.

En palabras del Juez Joaquín Billard Acuña¹⁷³, “El legislador penal se preocupa de estructurar un sistema punitivo destinado a proteger a la sociedad de la acción perturbadora que ocasiona la actividad de los delincuentes a la paz social, en forma prioritaria de reglar el modo en que el Estado va a participar en su control, para ello, en su oportunidad, se dictó un Código Orgánico de Tribunales, que regula la existencia del Poder Judicial y de la administración de justicia en general, y luego el Código de Procedimiento Penal, que establece la forma en que se procesará al delincuente, dedicando su mayor esfuerzo en

¹⁷³ BILLARD ACUÑA, Joaquín e IBARRA MENDOZA, Viviana. Op. Cit.

establecer sus derechos y la forma de protegerlos, limitando las facultades de los jueces y la policía en aras a dar una mayor vigencia a los derechos humanos, haciendo gala en esta forma a los compromisos que como país ha asumido en la comunidad internacional.

De la sola lectura de los textos señalados aparece la orfandad a quien ostenta la calidad de sujeto pasivo del delito: la víctima u ofendido por el delito”.

Por tanto, una de las principales obligaciones y lineamientos a tener en consideración a la hora de realizar cambios al procedimiento penal del CdPP fue el tener y entregar un tratamiento por parte del Estado más protector hacia las víctimas del delito, todo ello para así reafirmar la plena vigencia de los Derechos Humanos en un Estado de Derecho como el nuestro, y para tener en armonía nuestras normas tanto constitucionales como de orden procesal penal con los Tratados Internacionales del caso. Bajo nuestro antiguo sistema, el proceso de victimización secundaria se dejaba ver con todo su horror y humillación de manos del propio Estado. Este problema, que deja entrever la miseria del sistema procesal penal, genera otros diversos añadidos, toda vez que las personas conocen el cómo serán tratadas por los agentes estatales, y por ello evitan el contacto con el aparataje burocrático¹⁷⁴, bajando por ello las denuncias reales y la colaboración de las víctimas. Aumenta, de esta forma, lo que hoy se denomina como “inseguridad ciudadana”, concepto que más bien proviene de una elaboración ideológica particular que de una forma real y manifiesta para pensar y mostrar el problema delictual. La idea de inseguridad se confunde con la victimización efectiva, y está, como se sabe, está contaminada por diversos factores, como los medios de comunicación social.

¹⁷⁴En una encuesta realizada hacia 1995 en sectores populares, por la Universidad Católica de Chile y la Corporación de Promoción Universitaria, cerca del 55% de las personas que denunciaron un delito afirmaron categóricamente que ello no les había servido de nada, o peor aún, la denuncia sólo les había causado molestias. RIEGO, Cristián. *El proceso penal chileno y los derechos humanos*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Vol .I. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. 1995. Pág. 127.

Siguiendo a Riego¹⁷⁵, nuestro ordenamiento procesal penal consagraba un proceso de carácter marcadamente inquisitivo, escrito y secreto en gran parte de su desarrollo, siendo la acción penal pública la regla general en materia de persecución de los delitos. Esto hacía que nuestro sistema procesal penal tuviese como actor principal y casi exclusivo al Estado, encargado de esta forma de ejercer la acción penal pública y de proteger los intereses de la sociedad y del afectado a través de los entes creados para tales efectos.

Como se señaló anteriormente, tanto la investigación, acusación y resolución del conflicto penal corresponden al Juez, asumiendo en su persona las funciones estatales del proceso penal. El interés en la marcha del proceso está determinado por el denominado Juez del Crimen, representante del Estado para la persecución penal; mientras que la víctima, pudiendo tener una participación importante en materias de iniciación del procedimiento como interposición de denuncia o querrela, o aporte y búsqueda de prueba, motivada por reales derechos en la marcha del procedimiento, tenía derechos y participaciones marginales y eventuales. La víctima se subordinaba al interés punitivo del Estado una vez aparecida la *notitia criminis*. Riego¹⁷⁶ señala que “Este predominio del interés punitivo y la exclusión de la víctima como verdadero actor del proceso se refleja en el principio de irrenunciabilidad e indisponibilidad de la acción penal, así como en la obligatoriedad, incluso por vía compulsiva, en la colaboración probatoria, como testigo principalmente”.

En las siguientes líneas se analizarán las diferentes disposiciones del ordenamiento regido por el CdPP con un detallado examen en cuanto a su concordancia con diversas normas internacionales.

¹⁷⁵ RIEGO, Cristián. Op. Cit, Pág. 78.

¹⁷⁶ Id. Pág. 131.

El código utilizaba diversos conceptos para referirse a las víctimas, no teniendo en consideración las diferencias dogmáticas entre los distintos vocablos, cuestión ya estudiada en el primer capítulo de la presente memoria. Se confunde víctima con los conceptos de ofendido, parte agraviada, perjudicado y víctima propiamente tal.

La expresión víctima se utilizaba en los Artículos 8º, (tratamiento de víctimas menores de edad); 263, (reclamo de auxilio de la víctima ante el acaecimiento del delito flagrante); 380, (embargo de bienes del inculpado para responder por determinados delitos que señala); 659, (revisión de sentencia firme cuando el condenado por delito de homicidio acredite que la víctima por la que se le juzgó está viva); y, 663, (mandamiento a que la Corte anule la sentencia condenatoria en el evento de encontrarse viva la víctima).

En lo que respecta al vocablo ofendido, es el más utilizado por el legislador procesal penal de 1907. Se le hace alusión en diversos Artículos, como el 18, 19, 20, 21, 23, 28, 100, 141, 363, 431, etcétera. La propia Constitución Política habla de ofendido en el Artículo 19 N° 7, letra e) para referirse a la libertad provisional, cuando ésta sea contraria a la seguridad de aquel.

El CdPP habla de parte agraviada en el Artículo 11, para referirse al ejercicio de la acción privada, en oposición de la acción pública que es ejercida de oficio por los Tribunales de Justicia.

Y, la expresión perjudicado es utilizada en el Artículo 7º, toda vez que era deber del Juez del Crimen el entregar como una de las primeras diligencias del sumario, la debida protección de los perjudicados del hecho delictual.

III.3.1.- El derecho a la dignidad en su condición de víctima bajo el CdPP.

Hablamos aquí de un trato acorde a las implicancias que significan tanto el momento de resultar sujeto pasivo de un delito, como en lo procesal posterior, es decir, en el enfrentamiento mismo con el sistema procesal penal que las víctimas deben asumir.

Tal cual lo señala Riego¹⁷⁷, este principio de dignidad, es un límite en la actuación del Estado, ya que éste debe procurar el respeto de la persona, dándole el trato que su calidad de tal requiere. A nivel internacional, diversas normas como el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (regla jurídica con categoría de *ius cogens*¹⁷⁸); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuando señala también en su Preámbulo que derechos como la libertad, la justicia y la paz derivan de la dignidad inherente de la persona humana; y, el Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra expresamente que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, refuerzan y manifiestan esta idea. Como vimos, el respeto a la dignidad también está señalado en el numeral cuarto de la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder, de las Naciones Unidas, cuando exige que las víctimas sean tratadas con compasión y respeto por su dignidad.

¹⁷⁷ RIEGO, Op. Cit. Pág. 132.

¹⁷⁸ Siguiendo a la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, una norma es *ius cogens* cuando es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter. A juicio de Rodrigo Lledó, (*Derecho Internacional Penal*, Ediciones Congreso, Santiago, 2001, Pág. 163), sus características principales son: 1) Presentan una jerarquía superior respecto de las demás normas de Derecho Internacional; 2) Emanan de la comunidad internacional en su conjunto; 3) Pueden provenir de cualquier fuente formal del Derecho Internacional, pues, lo central en ellas no es la forma sino su contenido; 4) Son dinámicas, susceptibles de evolucionar.

Este principio más que una actitud pasiva de los órganos del Estado, implica un actuar, un accionar de sus agentes en torno a un tratamiento profesional y con vías orientadas hacia fines claros para el resguardo de los derechos de la víctima en cuanto su dignidad puede ser pasada a llevar por los mismos actores del sistema penal. Bajo el CdPP, norma alguna señaló la exigencia de capacitación especial de determinados funcionarios para el tratamiento de víctimas o alguna otra situación especial de cuidado. Muy por el contrario, la orfandad y la burocracia misma del proceso fueron la tónica del antiguo sistema, característico por su falta de garantías para los sujetos parte y la ineficiencia en la represión del delito.

III.3.2.- Derecho a la Reparación.

Bajo nuestro CdPP la idea de reparación estaba un tanto estructurada.

Señalaba el Artículo 10 del CdPP:

“Art. 10. Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados.

En consecuencia, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan

atribuírseles como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”.

De esta manera se regulaba la posibilidad de impetrar acción civil dentro del proceso penal para la obtención de una reparación, la que se lograría, de acogerse la acción, en el mismo fallo penal. Siguiendo a la Excma. Corte Suprema, la víctima del delito tenía el derecho a ser indemnizada de los daños causados por la infracción penal; éste era un derecho adquirido que ingresaba a su patrimonio desde que el hecho había acontecido¹⁷⁹. Y en virtud de esta idea, la indemnización tenía derecho a recibirla la propia víctima que sufrió el daño material o moral proveniente del hecho punible, inclusive quienes no eran inmediata y físicamente ofendidos, ya que la ley sólo exigía que el daño existiera, sin distinguir su naturaleza o quienes eran las personas alcanzadas por el mal producido por el delito¹⁸⁰.

En caso de que quien hubiese interpuesto la acción civil hubiese sido también querellante (interpuso acción penal, y luego la sostiene), debía deducir la acción civil, para de esta forma hacer valer su pretensión de restitución o indemnización de perjuicios, conjuntamente al acto de acusar particularmente o adherirse a la acusación fiscal, como lo disponían los Artículos 425 y 428 del CdPP. En esta misma idea, si el querellante abandonaba la acción penal, podía continuar sólo con la acción civil.

Si la víctima intervino en el sumario como actor civil, pero no presentó querrela (solicitando, por ejemplo, la realización de determinadas medidas

¹⁷⁹Corte Suprema, 7 diciembre 1966. R., t. 63, sec. 4ª, p. 359.

¹⁸⁰ Así lo entiende la Corte Suprema en un fallo de 16 de diciembre de 1922, citado por los memoristas Parra y Osorio, Op. Cit. Pág. 93.

precautorias), tenía un plazo de diez días para deducir la correspondiente demanda civil (Artículo 425 del CdPP).

Y, en caso de que la víctima no hubiese intervenido en el sumario, podía presentar la acción civil ante el Juez del Crimen hasta el momento de dar traslado al procesado para contestar la acusación (Artículos 430 y 431 del CdPP).

La acción civil también podía iniciarse en sede no penal, de acuerdo a los Artículos 5º, 428 y 450 del CdPP. Sus requisitos formales eran los mismos que para cualquier demanda civil, esto es, los preceptuados por el Artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en especial consideración el mencionar la cantidad en que se aprecian los daños y perjuicios; el hecho del que emana la responsabilidad civil y la subsecuente obligación de indemnizar; la o las personas cuya responsabilidad civil está comprometida; y, la expresión de los medios de prueba de que el actor civil piensa valerse, o en su renuncia a la prueba en el plenario, ateniéndose en este caso al mérito del sumario (Artículo 429 del CdPP) ¹⁸¹.

En relación a lo anteriormente expuesto, es necesario un estudio a la real efectividad de la aplicación de estas normas.

Duce y Riego¹⁸² son tajantes, “Estimamos que la fórmula del Código no es plenamente satisfactoria, puesto que presenta diversos problemas. En primer lugar, se exige una actividad importante de parte de la víctima, quien debe demandar dentro de un plazo limitado, el cual solo será puesto en su conocimiento en el caso de haber actuado como querellante; ello difiere mucho

¹⁸¹ OSORIO y PARRA. Op. Cit. Pág. 95. A este respecto se deben tener en consideración las normas de responsabilidad extracontractual de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

¹⁸² DUCE y RIEGO. Op. Cit. Pág. 135.

del tratamiento dado a los demás intereses planteados en el proceso que deben ser promovidos de oficio por el juez. Además, para el ejercicio de las acciones civiles la víctima debe hacer (sic) representar por un abogado, lo cual implica una importante limitación, especialmente respecto de aquellas víctimas de menores recursos”.

En la misma línea, el juez también está atado de manos, ya que los embargos que podría eventualmente decretar a fin de pagar las respectivas indemnizaciones sólo le están permitidos para, una vez dictado el respectivo Auto de Procesamiento, asegurar el pago de las costas de la causa y los restantes gastos del juicio. Para delitos taxativamente delimitados, se permite también el decretar embargo de bienes, acorde a lo que señala el Artículo 380 del CdPP:

“Art. 380. En la resolución que someta a proceso al inculpado, el juez ordenará de oficio que, si tiene bienes, se le embarguen los que sean suficientes para cubrir las costas y gastos que pueda ocasionar el juicio al Estado y el máximo de la multa señalada por la ley al delito, fijando el monto hasta el cual deba calcularse embargo.

Para fijar esa cantidad, el juez no tomará en cuenta las responsabilidades civiles provenientes del delito, sino cuando ellas cedan en favor del Fisco. Podrá también considerarlas a petición fundada de parte

· Cuando el delito por el cual se ordene procesar al procesado sea violación, rapto homicidio o lesiones, el juez podrá también decretar de oficio el embargo de los bienes del procesado, para asegurar todas las responsabilidades pecuniarias que se puedan pronunciar contra él, si estima que de otra manera la víctima o sus herederos no podrán hacer efectivos sus derechos.

En cualquier estado del proceso, el querellante o el actor civil podrán pedir el embargo de bienes del procesado o del tercero civilmente responsable para el aseguramiento de

todas las responsabilidades civiles provenientes de cualquier delito, y el juez lo decretará de acuerdo con los antecedentes que se hayan producido, determinando el monto hasta el cual ha de recaer el embargo.

La circunstancia de no encontrarse ejecutoriado el auto de procesamiento no obstará para que el embargo se decrete y se lleve a efecto”.

Esta norma colisiona con un problema bastante obvio que tiene que ver con nuestra realidad social y el como ésta se inserta en el sistema penal. Los procesados y condenados por el antiguo procedimiento eran personas de recursos modestos, con escasos o nulos bienes con qué responder para entregar una indemnización a las víctimas. Al no haber posibilidad de negociación o acuerdo entre las partes, como sí es posible en el actual sistema procesal penal a través de la institución de las salidas alternativas (acuerdos reparatorios), la norma quedaba más en la mera redacción que en una práctica efectiva por parte de los actores del sistema. Al no ser la reparación de la víctima uno de los fines primordiales del sistema, tampoco se exploraban salidas diferenciadas para responder a esta importante necesidad.

Ahora bien, a juicio de la Corte de Apelaciones de Concepción, la acción del Artículo 380 del CdPP no sólo podía impetrarse en contra del imputado, sino también en contra de los terceros civilmente responsables¹⁸³. Y, en cuanto a su naturaleza jurídica, estas medidas tendientes a hacer posibles las responsabilidades pecuniarias del procesado, eran en esencia medidas precautorias y las diligencias a que dan lugar debían ser tramitadas en forma incidental¹⁸⁴.

¹⁸³ C. Concepción, 28 abril 1914. G. 1914, 1^{er} sem., N° 120, p. 269.

¹⁸⁴ C. Antofagasta, 20 enero 1987. R., t. 84, sec. 4^a, p. 20.

III.3.3.- Víctimas y derecho a la información.

Para Duce y Riego¹⁸⁵ comprende dos aspectos, uno formal y otro sustancial o material. Bajo el primero, comprende la necesidad de que la víctima conozca el estado del proceso penal y las correspondientes actuaciones que en este se van desarrollando. En tanto su aspecto sustancial, a las víctimas deben serle entregadas herramientas que le permitan una acertada comprensión acerca de la importancia de las etapas procesales. A juicio de los autores en comento, sin esta concepción amplia del derecho de información, la víctima no resulta efectivamente protegida en lo concerniente a los demás derechos del proceso¹⁸⁶.

El derecho a la información está garantizado a través de la Declaración de Naciones Unidas sobre las víctimas de los delitos; pero en palabras de Binder¹⁸⁷, Chile, al igual que el resto de Latinoamérica bajo el sistema inquisitivo, posee un sistema con “un lenguaje oscuro, plagado de latinajos o palabras extrañas que hacen que la administración de justicia se aleje del conjunto de la sociedad” En razón de esta idea, muy cierta bajo la codificación de 1907, es que la sola imagen de consagrar un derecho a la información, sin tener en cuenta la necesidad también de plasmar los otros derechos hubiese sido mera letra muerta. No es de gran utilidad el consagrar un derecho muy general sin las especificaciones necesarias.

En tanto querellante, con las implicancias obvias de contar con abogado, es factible ser notificado de algunas resoluciones; pero como víctima del delito – sujeto pasivo de la acción ilícita-, el derecho a la información **jamás** estuvo consagrado en artículo alguno del CdPP.

¹⁸⁵ DUCE y RIEGO. Op. Cit Pág. 139.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ BINDER, Alberto. *Perspectivas de la reforma procesal en América Latina, en Justicia Penal y Estado.* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993. Pág. 205.

Cuando se habla de que el Estado le “roba” el conflicto a la víctima es precisamente en aplicación de una de estas ideas. La falta de interés de los sujetos pasivos del delito en el curso de la acción penal, por las nulas posibilidades de intervención hacía que la escasa información entregada por algunos entes burocráticos fuera resistida por éstos y generaba en la víctima un círculo de desamparo y desprotección.

Bajo el antiguo sistema la víctima no querellante, aparte de ser considerada como testigo y por ello, ente probatorio, carece de posibilidades de informarse en virtud de la inexistencia de normas protectoras y que consagren este derecho.

III.3.4.- Víctimas y derecho a la protección.

La protección de las personas es uno de los fines fundamentales del Estado de Derecho. En una concepción democrática y evolucionada de esta idea, los derechos humanos, fundamentales de la naturaleza humana encuentran en el Estado un gran ente protector, de los hombres mismos en sus relaciones interpersonales, y también, más importante aún, del actuar del propio Estado en cuanto, legitimado con la exclusividad del uso de la fuerza, podría eventualmente ejercer esta potencia de manera vejatoria contra los ciudadanos, como ya ha ocurrido en nuestro país y en el mundo.

En lo que respecta a las víctimas del delito, este tema es especialmente importante. Las denuncias que llegan a los diferentes lugares de recepción, muchas veces están motivadas más que por un afán de buscar una sanción penal a un hecho determinado que ya ha ocurrido, sino que por la necesidad

absoluta de poner fin a situaciones de indefensión y abuso experimentadas por las personas, en casos, por ejemplo, de violencia intrafamiliar. El Estado, debe tener siempre presente a través de sus órganos de persecución criminal que la protección de la víctima debe ser una de las primeras, sino la más importante diligencia del proceso, toda vez que, como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema, el enjuiciamiento de los hechos delictuosos tiende tanto al castigo de los responsables de un acto punible como a enmendar la situación de injusticia que con esta se ha provocado¹⁸⁸.

También la circunstancia de eventuales represalias para quien ha ejercido la denuncia es un tema a considerar, haciéndose necesario crear entes especialmente encargados de la protección a las víctimas y a los testigos, a fin de lograr que el impacto de la denuncia sea el menor posible. El tradicional careo del sistema penal del CdPP es lejos una de las herramientas más usadas bajo su vigencia, sin considerar el impacto psicológico y social que el primer confrontamiento víctima-victimario implicaba.

Dentro del CdPP el Artículo 7º señala que:

“Art. 7 (27). Considéranse como primeras diligencias: dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación de los delincuentes, decretar el arraigo de los inculpados cuando proceda y detenerlos en su caso, procediendo a la detención con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 2. y 5. del Título IV, Primera Parte, del Libro Segundo.

Para estos efectos, el juez de prevención interrogará a los testigos y a los inculpados, y practicará los careos y reconocimientos que fueren necesarios”.

¹⁸⁸ Corte Suprema, 26 de julio de 1972, R., t. 69, sec. 4ª, p. 98.

Esta norma destacaba por su amplitud, en el entendido de que dejaba abierta no sólo la posibilidad de que el Juez del Crimen decretara medidas concretas de protección a las víctimas; sino que también posibilitaba el que la víctima misma pidiera resguardos concretos al Magistrado. Para decretar estas medidas, sí, debía acreditarse la existencia del delito y con ello, de las víctimas¹⁸⁹.

A través de esta especie de “subfase” de cuidar las primeras diligencias del sumario, como la protección de las víctimas, se trataba de prevenir o precaver un posible daño, cual es que no se desvanecieran los elementos indispensables para que la acción penal no se frustrara en su objetivo o finalidad de castigar a los responsables de la comisión del delito, frustración temida y ciertamente posible por la demora eventual en la actividad instructoria¹⁹⁰.

El Profesor Hugo Pereira¹⁹¹, citado por el memorista Aldo Osorio, señala que es el “*periculum in mora*” el que justifica estas primeras diligencias, de naturaleza cautelar¹⁹², entre las cuales se contempla la de entregar protección a los perjudicados, proporcionando amparo o tutela a quienes hayan sufrido daño o menoscabo, ya sea material o moral.

La concepción de la norma era amplia. A juicio de la Excma. Corte Suprema, en un fallo de 1971, la protección del Artículo 7º podía darse a

¹⁸⁹ Corte Suprema, 1º de abril 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 82.

¹⁹⁰ OSORIO, Aldo y RAMÍREZ PALOMINO, Paulo. *El rol de la víctima en el proceso penal*. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1999. Pág. 76.

¹⁹¹ PEREIRA, Hugo. *Sobre los alcances del Artículo 7 del Código de Procedimiento Penal*. Gaceta Jurídica, año X, Nº 56, 1985, Pág. 13 en, OSORIO, Aldo y RAMÍREZ Paulo. Op. Cit. Pág. 76.

¹⁹² La memorista de la Universidad Central de Chile, Trinidad Steinerth, citada por OSORIO Aldo, y RAMÍREZ, Paulo, Op. Cit. Pág. 108, señala que “Tales actos procesales (las primeras diligencias del sumario) son una manifestación concreta y palmaria del poder cautelar general del Juez en el proceso penal y las medidas dictadas al amparo de aquel tienen una naturaleza cautelar irredarguible porque se encuentran destinadas a asegurar ciertas situaciones o a mantener otras con la evidente finalidad de evitar el peligro en la demora, que es consustancial al lapso existente entre el inicio del proceso y la dictación de la sentencia definitiva, que pudiese afectar a quienes han sufrido daño o menoscabo material o moral por un hecho punible dañoso”.

cualquier categoría de perjudicado, sin realizar distingos en la calidad o condición de éstos, de suerte que podían ser personas naturales, jurídicas, o bien entes jurídicos de derecho público, cuyos atributos protegidos por la ley se ven lesionados o amagados¹⁹³. Y en cuanto a la categoría procesal, sea víctima sin participación o querellante, o éste último propiamente tal, la norma no haría distinción para posibilitar el recibir estas medidas de protección¹⁹⁴

Como con acertada inteligencia lo señalan Duce y Riego¹⁹⁵, la contravención a este mandato legal de protección podía incluso acarrear sanciones penales, toda vez que los Artículos 224 N° 3 y 225 N° 3, tipificando el delito de prevaricación, sancionan como autores del delito de prevaricación a los jueces que, en forma dolosa o culposa, nieguen o retarden el auxilio o protección que legalmente se les pida. Por tanto, concordando estas normas con lo preceptuado en el Artículo 7° del CdPP, claramente de ello emana que si el Juez, dolosa o culposamente eludía la protección a la víctima, incurría en ilícito penal.

Reafirmando la idea anterior, el Artículo 363, en su inciso primero señalaba que,

“Art. 363 (386). Sólo podrá denegarse la libertad provisional, por resolución fundada, basada en antecedentes calificados en el proceso, cuando la detención o prisión sea estimada por el Juez estrictamente indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido”.

¹⁹³ Corte Suprema, 13 de diciembre de 1971, R., t. 68, sec. 4ª, p. 293.

¹⁹⁴ OSORIO y PARRA. Op. Cit. Pág. 77.

¹⁹⁵ DUCE y RIEGO. Op. Cit. Pág. 142.

Esta norma era un límite a la actuación judicial de las medidas posibilitadas por el Artículo 7º. Siguiendo a Duce y Riego¹⁹⁶, las normas de los Artículos 7º y 363 del CdPP, facultaban en general al Juez para ordenar todo tipo de medidas destinadas a la protección de las víctimas que pudieran ser imaginadas por él o solicitadas por éstas. Ello incluía medidas que se referían a la administración misma del Tribunal, reserva sobre los datos personales de la víctima, habilitando salas especiales de espera; ordenar protecciones especiales y otras medidas que no implicaran disminución de los derechos del imputado. En este sentido debe entenderse la modificación introducida por la Ley 19.077, modificatoria del CdPP, que posibilitó la reserva de identidad de los testigos en el proceso penal (modificó el Artículo 189¹⁹⁷).

Ahora bien, no obstante ser la norma del Artículo 7º bastante amplia, como se ha explicado, las posibilidades del Juez del Crimen se veían truncadas por dos razones. Por un lado; la falta de cumplimiento efectivo de las resoluciones emanadas de los Jueces del Crimen, toda vez que las policías eran las encargadas de su cumplimiento, siendo bastante difícil la supervigilancia judicial; y segundo, la falta de una normativa aplicable para

¹⁹⁶ DUCE y RIEGO. Op. Cit. Pág. 142.

¹⁹⁷ Artículo 189 CdPP:

“Art. 189 (210). Toda persona que resida en el territorio chileno y que no se hallare legalmente exceptuada, tiene obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar en causa criminal cuanto supiere sobre lo que el juez le preguntare, si para ello ha sido citada con las formalidades prescritas por la ley.

Todo testigo consignado en el parte policial, o que se presente voluntariamente a Carabineros de Chile, a la Policía de Investigaciones, o al tribunal, podrá requerir de éstos la reserva de su identidad respecto de terceros.

Las autoridades referidas deberán dar a conocer este derecho al testigo y dejar constancia escrita de su decisión, quedando de inmediato afectas a la prohibición que se establece en el inciso siguiente.

Si el testigo hiciere uso de este derecho, queda prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que conduzcan a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena que establece el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de quien proporcione la información. En caso que la información sea difundida por algún medio de comunicación social, su director será castigado con una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales.

Esta prohibición regirá hasta el término del secreto del sumario.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicite. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal disponga y podrán ser renovadas cuantas veces fueren necesarias”.

enfrentar los casos en que los imputados no cumplían con las exigencias decretadas por la Justicia.

Sólo en 1991 se creó un organismo para la atención de víctimas de delitos sexuales, dependiente de la Policía de Investigaciones de Chile¹⁹⁸.

III.3.5.- Víctimas y derecho a defensa letrada.

La asesoría de un abogado en el procedimiento penal no es una mera fórmula para posibilitarle a las partes el tener un mejor éxito en sus pretensiones. La presencia de letrado asesorando a las personas en el desarrollo del juicio es una muestra de garantías procesales, de igualdad de armas en el proceso y de eficacia en cuanto a personas más concientes de sus posibilidades y derechos.

Esta idea está consagrada internacionalmente en los diversos instrumentos relativos a la protección de las personas¹⁹⁹. Nuestra Constitución Política, en el Artículo 19 N°3, inciso segundo, primera parte, consagra también este principio básico de los derechos de las personas en el proceso:

¹⁹⁸ El Centro de Atención a las Víctimas de los Delitos Sexuales (CAVAS) fue creado por la Policía de Investigaciones en noviembre de 1987, pasando recién en 1991 a formar parte del Departamento Victimológico del Instituto de Criminología. Su misión fundamental era el atender a la víctima, su grupo familiar y la comunidad, teniendo como objetivos: Realizar una labor asistencial, proporcionando a la víctima y a su grupo familiar atención psicológica, policial, legal, de manera integral, procurando en lo posible reparar el daño ocasionado por el atentado sexual. Esta labor era asumida por un grupo de profesionales calificados. Por otra parte se realizaba una labor preventiva, la que se lograba dándole a conocer a la comunidad los aspectos básicos que le permitieran evitar ser víctimas de una agresión sexual, así como los procedimientos a seguir en caso de que ésta se produzca

¹⁹⁹ Artículo 8º, párrafo 2, letras d y e de la Convención Americana de Derechos Humanos; Artículo 14 párrafo 3, letras b y d del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y, Artículo 6º letra c) de la Declaración de NNUU sobre víctimas de delitos.

“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que le ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”.

El problema, no obstante lo garantista de la norma, reside en que tradicionalmente este derecho le ha sido asociado más al imputado que a la víctima, quien, merecería también esta protección jurídica. Pero el que muchas veces ésta no realice denuncia es precisamente por esto, por falta de defensa letrada, y la correspondiente asesoría. La legislación del CdPP no estableció en ninguno de sus artículos la defensa letrada para las víctimas.²⁰⁰

A nivel de asistencia jurídica, los problemas también son variados, ya que los abogados de turno sólo eran designados para los imputados procesados que no contaban con defensa particular; y las Corporaciones de Asistencia Judicial, por la incompatibilidad de, por una parte, asumir la defensa de los imputados, y por otra, defender a las víctimas, optaban por el primer grupo.

III.3.6.- Participación de la víctima en el desarrollo del proceso penal.

III.3.6.1.- Víctima y denuncia.

Bajo el sistema del CdPP existían cuatro formas básicas de dar inicio a la persecución criminal (Artículo 81). A saber: por el Ministerio Público –fórmula

²⁰⁰ Esto último podría ser del todo debatible, ya que una de las bases en que se estructura el sistema inquisitivo es el hecho de que el Estado posee todas las armas para reprimir las conductas consideradas dañosas. Ahora bien, entregarle a las víctimas, asesoría letrada gratuita, implicaría ahondar en el desequilibrio de fuerzas entre el Estado, quien ostenta el uso del *ius puniendi*, y el imputado.

casi nula luego de la reforma de 1927 que elimina a los promotores fiscales de primera instancia-; de oficio por el Tribunal; querellas; y, denuncia.

Como vimos al estudiar el caso alemán, la gran mayoría de la actividad persecutora penal se inicia por la vía de la denuncia. Es la víctima la que generalmente le da inicio al proceso ya que los delitos sin víctima directa o imposibilitada de denunciar –como el maltrato a los niños- son muy poco conocidos por el sistema.

Qué significa esto, básicamente que el sistema no puede prescindir de las víctimas, a lo menos, en el inicio. Las policías aquí jugaban un rol fundamental, ya que eran ellos los verdaderos seleccionadores de los casos que pasaban –en la práctica- a conocimiento jurisdiccional, creando ello los obvios problemas en torno a los criterios que estas instituciones aplicaban, que no eran objetivos, como sí ocurre en el caso de la reglamentación del principio de oportunidad en el actual Código Procesal Penal (Artículo 170 CPP). A mayor abundamiento, estudios indican que los sectores más desprotegidos eran menos considerados en sus denuncias que las formulados por los grupos más acomodados²⁰¹.

El Artículo 82 del CdPP señala a quienes denuncian un delito:

Art. 82 (103). *Denuncia un delito la persona que pone en conocimiento de la justicia o de sus agentes, el hecho que lo constituye, y, por lo regular, el nombre del delincuente o los datos que lo identifiquen, no con el objeto de figurar como parte en el juicio, sino con el de informar al tribunal a fin de que proceda a la instrucción del respectivo proceso.*

²⁰¹ DUCE y RIEGO. Op. Cit. Pág. 149.

Una vez formulada la denuncia²⁰² –que como se desprende de la norma recién citada, se caracteriza por ser un acto informal para poner en conocimiento de los entes competentes la ocurrencia de un acto que podría revestir las características de ilícito- y derivada a sede penal, el denunciante una vez más debía concurrir al Tribunal, al menos hasta antes de la reforma de 1991, que eliminó esta obligación del denunciante. El Artículo 91²⁰³ del CdPP disponía que:

“Art. 91 (112). Recibida la denuncia y sin más trámite, el juez procederá inmediatamente a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revista el carácter de delito o que la denuncia sea manifiestamente falsa. En estos dos casos se abstendrá el juez de todo procedimiento, pero incurrirá en responsabilidad si la desestima indebidamente”.

Acorde a la norma, la ratificación de la denuncia no parecería necesaria. La ratificación ante el Magistrado obedecía más a que la denuncia policial contendría imprecisiones e imperfecciones, importantes para que el Juez diera curso efectivo a la persecución penal.

Es del caso destacar el hecho de que, conforme al Artículo 82 del CdPP, el denunciante, por este acto, no se transformaba en parte del proceso. Por esta razón, se le negaba la posibilidad de participar en la aportación de prueba para la comprobación del ilícito y para determinar las responsabilidades del caso. Por tanto, sólo podrá realizar diligencias en el sumario en calidad de testigo privilegiado, de su propia vivencia victimal, acorde al Artículo 206 del

²⁰² Desprendiendo de lo preceptuado por los Artículos 83, 84, 85 y 86, inclusive, la denuncia es un acto voluntario. Sólo los funcionarios expresamente señalados por la norma, como los miembros de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones, estaban obligados a denunciar hechos que pudiesen llegar a ser delito.

²⁰³ Esta disposición fue introducida por la Ley 10.077, a fin de simplificar la colaboración de las víctimas en el proceso penal.

CdPP²⁰⁴. Ahora bien, la declaración prestada podrá ser ratificada ante el plenario, pero, de acuerdo al Artículo 460 N° 11 del CdPP, es un testigo inhábil. Sólo servirá ésta declaración de la víctima para establecer una “base” para la presunción judicial establecida por el Artículo 464²⁰⁵.

Siguiendo nuevamente a Duce y Riego²⁰⁶, otro inconveniente que normalmente se presentaba respecto de esta actuación, se generaba producto de la descoordinación existente entre los diversos órganos del sistema, en especial entre la policía y los tribunales. Cuando las víctimas concurrían ante la policía a denunciar un hecho delictivo, ésta les entregaba una citación para que concurrieran al tribunal para proceder a su ratificación. La declaración en numerosas ocasiones no era recibida por el Tribunal debido a diversas causas originadas en la falta de una adecuada coordinación entre los organismos respectivos; así, por ejemplo, podía ocurrir que el parte no hubiese llegado, que el Tribunal fuese incompetente u otras similares que no tenían fundamento legal, debido a que cualquier Tribunal de la República podía recibir la ratificación o una primera denuncia haya o no llegado el parte policial.

En síntesis, el trámite más básico, el de la denuncia, se veía ampliado en sus características básicas por una serie de añadiduras burocráticas que generaban en la víctima una reacción hostil frente al sistema.

²⁰⁴ **Art. 206 (227).** 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.

²⁰⁵ **Art. 464 (492).** Los jueces apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos que no reúnan los requisitos exigidos por el artículo 459.

Tales declaraciones pueden constituir presunciones judiciales.

Igualmente las de testigos de oídas, sea que declaren haber oído al reo o a otra persona.

²⁰⁶ DUCE y RIEGO. Op. Cit. Pág. 150.

III.3.6.2.- Víctimas y Querella.

La querella es la forma procesal mediante la cual es posible ejercitar la acción penal pública o privada. Es hacerse parte en el proceso.

Acorde al Artículo 93 del CdPP, toda persona capaz de parecer en juicio podrá querellarse, incluyendo a la víctima. Esto la hace ser parte, al menos en la etapa del sumario, pudiendo presentar prueba o, solicitar la práctica de diligencias para este fin (Artículos 93 y 104 del CdPP).

También podía tener cierto control sobre la actividad jurisdiccional, en el entendido de que el Artículo 120 del CdPP le señalaba al Juez su citación para cualquier actividad realizada a fin de aclarar los hechos, salvo que esta citación comprometiera el éxito de la investigación. También, posibilitando la participación de la víctima, el Artículo 100 del CdPP, eximía al “ofendido” de la rendición de fianza de calumnia.

La querella sí, debía ser interpuesta por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, restringiendo por ello, las posibilidades de víctimas de escasos recursos de participar en el sistema.

III.3.6.3.- Víctimas, Reconocimientos y Careos. Actividad Probatoria.

Las ruedas de presos y los careos son dos de las instituciones más características del procedimiento regido bajo el CdPP. Ya nos referimos a la situación existente, de indefensión y desprotección psicológica para las víctimas

que deben enfrentarse a su agresor en medio de la marcha del proceso, solos frente a un Juez.

Primeramente, los reconocimientos en la rueda de presos se encontraban contemplados en los Artículos 342 y siguientes del CdPP²⁰⁷. Este trámite era muchas veces evitado por las víctimas, toda vez que la exposición, sin una preparación acorde a lo que esta situación implica, importaba un desgaste enorme y una posterior reticencia a participar en actuaciones policiales de investigación. Era una tarea, tanto para el imputado como para las víctimas, esencialmente ingrata. Para las víctimas, como sabemos, es un paso para entrar en la revictimización, o victimización secundaria.

El careo, se encontraba regulado en los artículos 351 y siguientes del CdPP²⁰⁸. Su objeto principal era aclarar o superar contradicciones entre las

²⁰⁷ **Art. 342 (364).** Todo aquel que acrimine a una persona determinada, deberá reconocerla judicialmente cuando el juez o las partes lo crean necesario, a fin de que no pueda dudarse cuál es la persona a quien se refiere.

Art. 343 (365). La diligencia de reconocimiento se practicará poniendo a la vista del que hubiere de verificarlo, la persona que haya de ser reconocida, vestida, si fuere posible, con el mismo traje que llevaba en el momento en que se dice cometido el delito y acompañada de otras seis o más personas de circunstancias exteriores semejantes.

A presencia de todas ellas o desde un punto en que no pueda ser visto, según el juez lo estimare más conveniente, el que practicare el reconocimiento, juramentado de antemano, manifestará si se encuentra entre las personas que forman la rueda o grupo, aquella a quien se hubiere referido en sus declaraciones y, en caso afirmativo, cuál de ellas es.

Antes del reconocimiento el juez interrogará al testigo, preguntándole si conocía al inculpado y desde qué fecha, si lo había visto personalmente o en imagen, invitándolo a que lo describa en sus rasgos más característicos, y cuidará de que no reciba indicación alguna de que pueda deducir cuál es la persona a quien va a señalar.

²⁰⁸ **Art. 351.** Cuando los testigos o los procesados entre sí, o aquéllos con éstos, discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que tenga interés en el sumario, podrá el juez confrontar a los discordantes a fin de que expliquen la contradicción o se pongan de acuerdo sobre la verdad de lo sucedido. Procederá asimismo esta diligencia con respecto a los querellantes y meros inculpados.

No será procedente el careo de las personas que no tienen obligación de prestar declaración como testigos, salvo que hubieren consentido en declarar ni lo será tampoco con respecto a aquellas que no están obligadas a concurrir.

Tampoco procederá el careo entre inculpados o procesados y la víctima en los delitos contemplados en los artículos 361 a 367 bis del Código Penal y en el artículo 375 del mismo cuerpo legal. Si el juez lo estima indispensable para la comprobación del hecho o la identificación del delincuente, deberá emplear el procedimiento indicado en el inciso primero del artículo 355, reputándose a la víctima como testigo ausente, a menos que ella consienta expresamente en el careo.

Art. 352 (375). Para verificar el careo, el juez hará comparecer ante él a las personas cuya declaración sea contradictoria, y juramentando o tomando promesa a los que sean testigos o querellantes y

partes (testigos y víctimas o, procesado e inculcado con alguno de los anteriores).

El problema del careo bajo la forma del procedimiento antiguo es evidente. El impacto de enfrentarse al hechor puede producir un gran trauma en una víctima no preparada para ello. Lógicamente, esta etapa era resistida por las víctimas.

La Ley 19.617 de 1998 que modificó el Código Penal y el CdPP en materias relativas a los delitos sexuales, señaló la no procedencia del careo para este tipo de ilícitos (Artículo 351 CdPP). Esta reforma buscó, entre otras cosas, evitar que producto de la búsqueda de material probatorio se realizara un mayor sufrimiento a la víctima, ésta vez por el aparataje estatal.

exhortando a todos a decir la verdad, hará leer o leerá por sí mismo el punto en que las declaraciones se contradigan, y preguntará a cada uno de los discordantes si se ratifica en su dicho o si tiene algo que agregar o modificar a lo expuesto.

Si alguno altera su declaración concordándola con la de otro, el juez indagará la razón que tenga para alterarla, y la que tuvo para haber declarado en los términos en que antes lo hizo.

Si los discordantes se limitaren a ratificarse, el juez les manifestará la contradicción que existe entre sus respectivos dichos y les amonestará para que se pongan de acuerdo en la verdad, permitiendo al efecto que cada uno de los careados haga a cualquiera de los otros las preguntas que estime conducentes y las reconvencciones a que las respuestas dieran lugar, y cuidando de que no se desvíen del punto en cuestión, ni se insulten o amenacen.

Art. 353 (376). Si fueren diversos los hechos o circunstancias acerca de los cuales ocurre la divergencia, el careo se referirá separada y sucesivamente a cada uno de ellos.

Art. 354 (377). En el acta que se levantará para hacer constar la diligencia del careo, se pondrá testimonio con toda exactitud de las preguntas, reconvencciones y respuestas de las personas careadas, redactándolas el juez, en cuanto sea posible, con las mismas palabras con que hubieren sido expresadas.

El careo podrá ser recogido mediante versión taquigráfica o en aparatos de estenotipia o fonograbadores y en tal caso tendrá aplicación lo dispuesto en el artículo 330.

Art. 355 (378). Cuando apareciere contradicción entre la declaración de un testigo ausente y la del procesado o de otro testigo presente, y el juez creyere indispensable aclarar el punto en que ella ocurra, leerá al procesado o al testigo presente su declaración y las particularidades de la del ausente en que se note el desacuerdo, y las explicaciones que dé o las observaciones que haga para confirmar, variar o modificar sus anteriores asertos se consignarán en la diligencia.

Subsistiendo la disconformidad, se librárá exhorto al juez de la residencia del testigo ausente, en el cual se insertarán a la letra la declaración que haya prestado y la parte conducente de la diligencia a que se refiere el inciso anterior, a fin de que se complete esta diligencia con la de aquel testigo en la misma forma indicada en el precedente inciso.

En casos graves, y juzgándolo el juez absolutamente necesario, ordenará la comparecencia del testigo ausente a fin de practicar el careo ante él y en la forma ordinaria. Procederá también esta diligencia con respecto a los denunciados, querellantes y meros inculcados.

En cuanto a su utilidad, el careo era usado con bastante frecuencia por los Jueces del Crimen, quienes bajo cualquier ambivalencia recurrían a su estructura para superar contradicciones, sin analizar en profundidad la real efectividad que ello producía en la marcha del proceso, toda vez que, como se señaló anteriormente, el desgaste en esta institución para las víctimas es fuerte. Acorde a la norma del Artículo 351 del CdPP, el careo era facultativo para el Juez al presentarse una contradicción, no obligatorio.

En lo que se refiere a especies sustraídas, en delitos contra la propiedad (hurto, robo), la ley exigía la acreditación del dominio de la víctima de las especies sustraídas, a fin de cumplir con uno de los elementos del tipo, cual es, el ser la cosa ajena.

Como lo señalan los memoristas Osorio y Parra²⁰⁹, hasta antes de la reforma al CdPP introducida por la Ley 19.077 de 1991, esta actuación de acreditación de dominio se transformaba en una verdadera carga procesal para la víctima, pues era necesaria la declaración sumaria de dos testigos ante el Tribunal que instruía el sumario. De no presentarse estos dos testigos, no se tenía por acreditado el hecho punible aún en casos en que otros medios de prueba o la construcción de presunciones permitían darlo por probado sin mayores dificultades.

Luego de la ley enunciada, sólo se exigía una declaración jurada, para el efecto de someter a proceso al inculpado y también, acreditar dominio sobre la cosa.

Posteriormente, con la reforma al CdPP de la Ley 19.412 de 1995, la Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile se encontraban obligados, al

²⁰⁹ OSORIO y PARRA. Op. Cit. Pág. 83.

momento de recibir la denuncia, de requerir al denunciante una declaración jurada acerca de la preexistencia de las cosas sustraídas y una apreciación de su valor²¹⁰. Esta declaración, tratándose de los delitos de hurto y robo, será antecedente suficiente para acreditar la existencia de los objetos sustraídos, para todos los efectos procesales, como lo señala el Artículo 146 del CdPP²¹¹.

Tratándose de la víctima querellante, ésta podría acreditar dominio de cualquier forma (testimonial, documental), y no sólo de acuerdo a lo establecido para el caso de la víctima denunciante.

²¹⁰ **Art. 120 bis.** Las órdenes de investigar que el juez curse a la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile o Gendarmería en su caso, facultan a estos organismos para practicar las diligencias que el juez determine y las siguientes, salvo expresa exclusión o limitación:

1. Conservar las huellas del delito y hacerlas constar;
2. Recoger los instrumentos usados para llevar a cabo el hecho delictuoso, salvo en cuanto sea necesario mantenerlos en el lugar en que fueron encontrados para su examen personal por el juez;
3. Hacer constar el estado de las personas, cosas o lugares mediante inspecciones o con los medios a que se refiere el artículo 113 u otras operaciones aceptadas por la policía científica, y requerir la intervención de organismos especializados en la investigación, según la naturaleza del delito;
4. *Citar a los testigos presenciales del hecho delictuoso investigado para que comparezcan al tribunal a primera audiencia, entregándoles una boleta o comprobante de la citación. Si el testigo no compareciere, el juez podrá ordenar su arresto para obtener la comparecencia.*
Tratándose de los delitos de hurto o robo, requerir del denunciante una declaración jurada sobre la preexistencia de las cosas sustraídas y una apreciación de su valor.
5. Consignar sumariamente las declaraciones que se allanaren a prestar el inculpado o los testigos; y
6. Proceder a la citación del inculpado.

²¹¹ **Art. 146 (167).** En los sumarios que se instruyan sobre delitos de hurto, robo, estafa y otros engaños, se acreditará la preexistencia de los objetos sustraídos; se comprobará, en cuanto fuere posible, la identidad de los que se encontraren en poder del procesado o de una tercera persona; se reconocerá la fractura de puertas, armarios arcas u otros objetos cerrados o sellados, y se pondrá testimonio de los rastros o vestigios que hubiere dejado el delito.

En los delitos de hurto o robo será antecedente suficiente para acreditar la preexistencia de los objetos sustraídos, para todos los efectos procesales, la declaración jurada a que se refiere el inciso tercero del artículo 83 y el párrafo segundo del número 4 del artículo 120 bis.

En los casos contemplados en el artículo 454 del Código Penal, no se requerirá acreditar la preexistencia de las cosas encontradas en poder del inculpado, ni el dominio ajeno. Ambas circunstancias se presumirán por el solo hecho de que el inculpado no pueda acreditar su legítima tenencia.

Si del robo con violencia en las personas resultaren homicidio o lesiones, se procederá, además, en la forma que se indica en los artículos precedentes.

III.3.6.4.- Víctimas y Conclusión del Sumario. Posibilidades en el plenario.

El artículo 401 del CdPP establece que una vez practicadas las diligencias que se hayan considerado necesarias para la averiguación del hecho punible y el establecimiento de las responsabilidades de los presuntos culpables, el Juez del Crimen declarará cerrado el sumario. En caso de que las partes, entre éstas, la víctima querellante, considerara que aún existían diligencias pendientes, se entregaba un plazo de cinco días para que éstas solicitaran al Tribunal dejar sin efecto esta resolución.

Una vez cerrado el sumario existían tres posibilidades, a saber:

- Dictar Auto de Acusación de oficio en contra los presuntos implicados en el hecho punible, abriendo la segunda etapa, denominada plenario²¹²;
- Sobreseer temporalmente la causa²¹³;
- Sobreseer definitivamente la causa²¹⁴.

²¹² **Art. 424.** Cuando, ejecutoriada la resolución que declara cerrado el sumario, el juez no encontrare mérito para decretar el sobreseimiento, dictará un auto motivado en el cual dejará testimonio de los hechos que constituyen el delito o los delitos que resultan haberse cometido y la participación que ha cabido en él, o en cada uno de ellos, al procesado o a los procesados de la causa, con expresión de los medios de prueba que obran en el sumario para acreditar unos y otras. Este auto será la acusación de oficio y deberá dictarse en el plazo de quince días, contado desde la ejecutoria aludida al comienzo de este artículo.

²¹³ **Art. 409 (439).** Se dará lugar al sobreseimiento temporal:

1. Cuando no resulte completamente justificada la perpetración del delito que hubiere dado motivo a la formación del sumario;
2. Cuando, resultando del sumario haberse cometido el delito, no hubiere indicios suficientes para acusar a determinada persona como autor, cómplice o encubridor;
3. Cuando el procesado caiga en demencia o locura, y mientras ésta dure;
4. Cuando para el juzgamiento criminal se requiera la resolución previa de una cuestión civil de que deba conocer otro tribunal; y entonces se observará lo prevenido en los artículos 4. de este Código y 173 del Código Orgánico de Tribunales; y
5. Cuando el procesado ausente no comparezca al juicio y haya sido declarado rebelde, siempre que haya mérito bastante para formular acusación en su contra, y sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 604.

²¹⁴ **Art. 408 (438).** El sobreseimiento definitivo se decretará:

1. Cuando, en el sumario, no aparezcan presunciones de que se haya verificado el hecho que dio motivo a formar la causa;
2. Cuando el hecho investigado no sea constitutivo de delito;
3. Cuando aparezca claramente establecida la inocencia del procesado;
4. Cuando el procesado esté exento de responsabilidad en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal;

Frente a la primera opción, la víctima podía adherirse a la acusación de oficio o presentar acusación particular respectiva. Decretado el sobreseimiento definitivo, la víctima querellante podía deducir Recurso de Apelación (existiendo mérito suficiente para que se presentara la acusación), ya que se trataría, en su naturaleza procesal, de una sentencia interlocutoria que ponía término al juicio o hacía imposible su continuación.

En lo concerniente al plenario, esta es la etapa del enjuiciamiento mismo. El Juez acusaba al procesado, valoraba las pruebas y dictaba sentencia conforme al mérito del proceso. La víctima no tenía cabida en esta etapa como sujeto procesal, como tampoco lo tenía en el sumario.

Para obrar en el plenario como acusador, la víctima debió haber participado antes como querellante y una vez ejecutoriada la resolución “Acusación de Oficio” o “Acusación Fiscal”, recibía traslado y podía:

- Adherir a la acusación fiscal²¹⁵;
- Presentar una acusación particular;
- Deducir, conjuntamente a las anteriores, las acciones civiles que procedan;
- Abandonar la acción penal y deducir únicamente la acción civil²¹⁶; o,

5. Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos establecidos en los números 1., 3., 5. y 6. del artículo 93 del mismo Código;

6. Cuando sobrevenga un hecho que, con arreglo a la ley, ponga fin a dicha responsabilidad; y

7. Cuando el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado.

²¹⁵ **Art. 425.** Si en el sumario hubieren obrado querellantes o actores civiles, que no se hubieren desistido, el juez les dará traslado de la acusación por el término fatal y común de diez días, que se aumentará en un día por cada doscientas fojas de que consten los autos, no pudiendo exceder de veinte días. Dentro de este plazo, el querellante podrá adherir a la acusación de oficio o presentar otra por su parte y deducir las acciones civiles que le correspondan. El actor civil podrá interponer formalmente las suyas, en igual término.

Se entenderá abandonada la acción por el querellante que no hubiere presentado su adhesión o su acusación dentro de plazo.

²¹⁶ **Art. 428.** El ejercicio de las acciones civiles en el plenario se efectúa por medio de una demanda, que deberá cumplir los requisitos exigidos por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

- No actuar, abandonando ambas acciones, pudiendo ejercer la acción civil ante el Juez Civil competente.

En caso de que el querellante hubiese querido deducir acusación particular, de acuerdo a los Artículos 424, 427 y 429 del CdPP, debía cumplir con determinados requisitos formales:

- Indicar con claridad el o los delitos que aduce se cometieron y los hechos que los constituyen;
- La participación del o los procesados por cada uno del o los delitos;
- Enunciar los medios de prueba del sumario para acreditar lo anterior;
- Expresar los medios de prueba de que piensa valerse, o si se atenderá al mérito del sumario, renunciando a la prueba y al derecho de pedir la ratificación de los testigos;
- Señalar las circunstancias que deben influir en la aplicación de las penas, es decir, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal; y,
- Solicitar la imposición de las penas que estime adecuadas, expresa y determinadamente.

III.3.6.5.- Víctimas y Sentencia Definitiva.

Una vez dictada sentencia definitiva, sea condenatoria o absolutoria, la víctima querellante podía, en caso de sentirse agraviada, deducir los recursos respectivos que establecía el legislador, a fin de obtener la invalidación, reforma

El querellante deberá interponer su demanda civil conjuntamente con su acusación o adhesión, en un mismo escrito. Podrá también, abandonar la acción penal e interponer, dentro del plazo del artículo 425, únicamente su demanda civil.

La falta de ejercicio de la acción civil en el proceso penal, sea que se abandone la acción penal o no, no obsta a su ejercicio ante el juez civil competente.

o revocación de la sentencia definitiva que no fuere satisfactoria a sus pretensiones penales o civiles²¹⁷.

Y, en relación al embargo y las medidas cautelares reales que hubiesen sido decretadas, así como en el evento de que la sentencia firme declarara la existencia de responsabilidades civiles, podía decretarse la realización de estos bienes conforme a las reglas generales²¹⁸, es decir, debía procederse al cumplimiento incidental del fallo o iniciar un juicio ejecutivo, una vez ejecutoriado aquél.

²¹⁷ OSORIO y PARRA. Op. Cit. Pág. 105.

²¹⁸ **Art. 399.** Declaradas por sentencia firme las responsabilidades civiles que deban satisfacer los procesados o los civilmente responsables, se procederá a la realización de los bienes embargados o afectos a medidas precautorias, en cuanto sea procedente, de conformidad con las reglas generales. En todo lo que no estuviere previsto en este título, se aplicarán las reglas que el Código de Procedimiento Civil establece sobre embargo, administración y procedimiento de apremio y sobre medidas precautorias, en su caso.

CAPÍTULO CUARTO.

VÍCTIMAS Y REFORMA PROCESAL PENAL DE 2000.

IV.1.- LA NECESIDAD DE LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO. IV.2.- PRINCIPALES CRÍTICAS AL PROCEDIMIENTO DE 1907. IV.3.- ORIENTACIONES BÁSICAS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL. IV.4.- PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL VIGENTE. IV.5.- LAS VÍCTIMAS BAJO LA REFORMA PROCESAL PENAL DE 2000.

IV.-

CAPÍTULO CUARTO.

VÍCTIMAS Y REFORMA PROCESAL PENAL DE 2000.

IV.1.- LA NECESIDAD DE LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.

IV.1.1.- Ideas Generales.

Una de las grandes falencias que legó la dictadura del General Augusto Pinochet a nuestro país fue el entregar un país fuertemente atrasado y desorganizado en lo que respecta a la administración pública. En este sentido, instituciones básicas para la población, como el acceso a la salud, la educación o la justicia, eran paupérrimas, siendo ello consecuencia de una visión político-económica de entender tanto la función pública como su consecuencia directa, esto es, el tamaño e importancia del Estado²¹⁹.

Bajo este prisma, es que se inicia a partir de la década de los '70 un fuerte acento por privatizar las áreas en dónde tradicionalmente el Estado había

²¹⁹ A este respecto, Vid. *El Ladrillo. Bases para la política económica del gobierno militar chileno*. Centro de Estudios Públicos, 1992.

sido fuerte. Los sistemas previsionales cambian²²⁰; la institucionalidad de salud ve multiplicar rápidamente las prestaciones privadas; se cambia la estructura educacional, tanto pública como privada, siendo el corolario de ello la multiplicación de Universidades Privadas y de Colegios Particulares Subvencionados y Pagados²²¹. En cuánto al acceso a la justicia, las respuestas desde el Estado son pobres y erradas. En lo que respecta al proceso penal –no nos referiremos al proceso civil ya que en términos gruesos aún conserva la misma estructura que en los años fuente de nuestra crítica-, éste conserva toda la estructura secreta característica del Código de Procedimiento Penal (CdPP) de 1907²²², no siendo previsibles cambios ni un nuevo modo de enfrentar los problemas de justicia que generaba el modelo inquisitivo²²³.

En este sentido, es que una de las tareas más importantes a las que se abocan los gobiernos que se suceden al país desde 1990 es precisamente, por una parte, robustecer el tamaño e importancia del Estado, no haciéndolo omnipresente, pero tampoco ausente, y por otra parte, dotar a Chile de una institucionalidad fuerte en todas las áreas del servicio público, moderna,

²²⁰ Vid., D.L. 3500 y 3501, que estructuran un nuevo sistema provisional en Chile.

²²¹ Se encuentra en el parlamento un Proyecto de Ley para cambiar la institucionalidad de educación, reemplazando a la anterior Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza de 1990. Boletín 4970-04, ingresado a la H. Cámara de Diputados en abril de 2007. Actualmente en su primer trámite constitucional.

²²² Hubo sí, una reforma importante, en los últimos años de la dictadura militar, particularmente, en diciembre de 1989, a través de la Ley 18.857. Entre los cambios, se cuentan: Se amplía la jurisdicción de los tribunales chilenos; se amplía el ejercicio de la acción civil proveniente del hecho punible; se regula la actuación de los fiscales de las Cortes de Apelaciones; el recurso de reposición debe ser fundado (artículo 56 del Código de Procedimiento Penal); se niega al querellante o al actor civil el derecho a suspender la apelación o consulta relativa a la libertad provisional; el Artículo 67 del CdPP establece los derechos del inculpado; el ejercicio de la acción civil durante el sumario interrumpe la prescripción; se elimina el concepto de “cuerpo del delito” y se reemplaza por la expresión “hecho punible”; da valor probatorio a sistemas de reproducción de imagen y sonido y a versiones taquigráficas; se faculta al juez para ampliar el plazo de detención (mediante resolución fundada); el juez no puede dictar autos de procesamiento genéricos; el auto de procesamiento puede ser dejado sin efecto durante todo el curso del sumario (a petición de parte o de oficio); y, la contestación de la acusación por parte del acusado constituye un trámite esencial, que no puede darse por evacuado en su rebeldía. Con posterioridad a esta ley, se dictaron nuevos textos modificatorios del CdPP, a través de las leyes 19.047 de 1991; 19.164 de 1992; 19.189 de 1992; y, 19.204, de 1993. Más, Vid., ORTEGA, Claudio. Op. Cit. Pp. 74-75.

²²³ El último proyecto, anterior al que actualmente rige al país, para establecer un nuevo sistema procesal penal en Chile, data de la época del Presidente Frei Montalva, a través del denominado Proyecto Galecio, redactado por el Profesor Rubén Galecio Gómez en 1969. Su discusión parlamentaria se suspendió en 1973 por los sucesos que sacudieron al país ese año.

eficiente y acorde con la idea de bien común y servicialidad inherente a un Estado Social de Derecho.

En razón de ello, la modernización a la salud comienza a tomar fuerza y sentido, siendo los resultados conocidos por la población²²⁴. Se toma conciencia de que es imposible entregarle a la mano invisible del mercado la solución a los grandes problemas estructurales del país, producto de que el lucro no puede estar presente cuando se habla de bien común y bienestar general. Las reformas a la educación son otra manifestación de lo anterior, en el entendido de que, por una parte, hay ya una fuerte cultura de la aparición de lo privado en la educación –las protestas estudiantiles del primer semestre de 2006 dan cuenta de ello²²⁵-, y de que por otra, son cada vez mayores las demandas desde la población hacia la prestación educacional que entrega el Estado. Y, en cuanto al acceso a la justicia, sin lugar a dudas la reforma al proceso penal que se inicia en la década de los '90 es por lejos, el cambio más sustantivo experimentado por institución pública alguna en el pasado siglo.

No es nuestra intención el instalarnos en una posición conformista al ver lo que se ha hecho en los últimos años; muy por el contrario, si bien los cambios han sido importantes, aún queda mucho por hacer en las diversas áreas. La importante desigualdad en la distribución de la riqueza en Chile nos hace ver la vereda de los cambios con espera y optimismo, pero no con absoluta satisfacción y agrado.

Creemos, sí, en una tesis que intentaremos desarrollar en las siguientes páginas, en cuanto a que la reforma al proceso penal de la década de los '90 ha significado un cambio enormemente positivo para Chile, no sólo en cuanto a su

²²⁴ Ley 19.966 que crea el sistema del AUGE.

²²⁵ Se debe tener en consideración que esta memoria de grado terminó de redactarse el segundo semestre de 2006, por lo que la asociación que el autor establece se basa en los hechos que el país vivió a dicha fecha.

eficiencia y acceso por parte de los ciudadanos, sino que ha generado una nueva cultura entre las personas para exigir justicia, informarse de la marcha del proceso y democratizar las oportunidades de entrada.

En este mismo sentido, es que la institucionalidad que tiene como punto de partida al nuevo Código Procesal Penal de 2000 (CPP) a través de la Ley 19.696, ha significado un cambio profundo y avasallador con las viejas y oxidadas estructuras del proceso inquisitivo²²⁶. El sólo hecho de tener la posibilidad igualitaria de presenciar audiencias de juicio, ya sea a través de una simple formalización de la investigación, o de un Juicio Oral propiamente tal, es un avance importante que no debe ser dejado de lado para el observador tanto nacional como internacional.

En los capítulos anteriores analizamos detenidamente al proceso penal y sus fines más importantes en un Estado Democrático de Derecho; también hicimos mención a la aparición de la victimología como disciplina científica y como puede ser un punto de importancia a tener en cuenta para ver el proceso penal moderno. Luego, estudiamos la recepción de la victimología en el ámbito del Derecho Internacional, a través de Tratados y otros instrumentos propios de esta área. Finalmente, en el tercer capítulo, analizamos la estructura del Código de Procedimiento Penal de 1907 y el tratamiento dado por su articulado inquisitivo a la víctima. En las páginas siguientes, medulares del presente trabajo de memoria, se analizará con detención a la víctima del delito bajo el

²²⁶ En este sentido, cabe destacar el trabajo realizado por el Ministerio Público, en relación a la rapidez en su actuar y a las causas ingresadas. Por ejemplo, en el año 2005, según datos otorgados por el Fiscal Nacional, Don Guillermo Piedrabuena en la cuenta pública de fecha 28 de abril de 2006, ingresaron un total de 710.586 casos; en relación a los términos, la gestión de las fiscalías locales permitió finalizar la tramitación de un total de 618.867 casos, es decir, un 87.1% de los ingresos del período. A nivel acumulado, la cifra se eleva a un total de 1.671.761 causas. Dentro de los términos aplicados, el 24.2% correspondió a formas de término que implicaron una salida judicial, mientras que el 75.8% restante finalizó por la vía de términos facultativos. A este respecto, Piedrabuena señala que desde que el sistema entrara en vigencia, a contrario de lo que suele pensarse popularmente, se produjeron los más altos porcentajes de judicialización. Mayores datos Vid., Cuenta Pública, dispone *on line* en sitio web institucional.

CPP de 2000, las posibilidades que tiene y los caminos que aún quedan por explorar para dotarla de herramientas de participación en la marcha del proceso. No nos detendremos mayormente en el estudio de la implementación de la Reforma Procesal Penal (RPP), debido a la ya vasta y conocida literatura tanto jurídica como política aparecida en los últimos años a este respecto²²⁷.

IV.1.2.- La modernización del Estado y la modernización de la justicia.

No es posible en una sociedad dinámica y multicultural como la actual el concebir reformas importantes, que impliquen un cambio de óptica y cultura, sin que el derecho esté presente, no sólo en lo normativo, que le es propio, sino que también en la aplicación de principios básicos en lo que realiza y desempeña. Ilustrando lo anterior, Soledad Alvear, que como Ministra de Justicia del Ex Presidente Frei Ruiz-Tagle, dio fuerza y empuje a la Reforma Procesal Penal (RPP), señala que “Los chilenos, como la mayor parte de los demás habitantes de Latinoamérica, vivimos la transición a un nuevo siglo como un particular momento histórico, en el que la generalización de la democracia, la expansión de los mercados y la internacionalización de la cultura -expresada a través de poderosísimos instrumentos comunicacionales- parecen una característica común. Nuestros anhelos se dirigen ahora a la consolidación y profundización de este marco, de modo que sus beneficios favorezcan efectivamente cada vez a un mayor número de personas.

²²⁷ A modo de ejemplo, Vid., VARGAS, Juan Eduardo. *La reforma de la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal*. Cuaderno de Análisis Jurídico, N°38. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1998. Pp. 55 y ss; CAROCCA, Alex. *Nuevo proceso penal*. Editorial Conosur, Santiago, 2000; CHAHUAN, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Editorial Conosur, Santiago, 2001; PFEFFER, Emilio. *Código Procesal Penal, Anotado y Concordado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001; TAVOLARI, Raúl. *Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal chileno*, En *El proceso en acción*, Editorial Libromar, Santiago, 2001; MATURANA, Cristián. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*. Central de Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2004.

En medio de ese panorama lleno de promesas y de oportunidades no podemos olvidar que el Derecho resulta imprescindible para acompañar el cambio social, para modelarlo y para evitar que quede fuera de nuestro alcance. Nuestra convicción es que no habrá plena democracia y pleno goce de los derechos humanos en nuestros países si no resolvemos los graves desequilibrios en la distribución de las oportunidades sociales y si, por lo mismo, no aseguramos un modelo de crecimiento viable. Pero insistiríamos en un muy serio error si pensáramos que hay que posponer los sistemas de protección o el goce de los derechos básicos para después de la modernización y el desarrollo económico y social. Los países de la América Latina descuidamos muchas veces las instituciones legales sobre la base que ellas conferían una "libertad puramente formal", en tanto el desarrollo económico y el crecimiento otorgaban una "libertad real". La experiencia ha demostrado que las libertades formales de las instituciones jurídicas -el debido proceso, la libertad de conciencia- nos habrían evitado muchos males si hubiéramos creído realmente en ellas. No es políticamente sensato, ni moralmente correcto, descuidar el estado de las instituciones jurídicas a la espera que el bienestar económico por sí solo las mejore²²⁸.

En mérito de lo anterior, es que no es posible entender un real y completo Estado de Derecho sin que las instituciones más propias, como la legislativa o la judicial no posean estructuras igualitarias de acceso, sean transparentes y otorguen posibilidades de solución a las personas de acuerdo a los requerimientos propios de cada área, sin demoras excesivas o abusos manifiestos por parte de los funcionarios, como es la tónica en nuestra América Latina. En este mismo acápite, el contar con un sistema judicial no acorde con

²²⁸ ALVEAR VALENZUELA, María Soledad. *LA REFORMA PROCESAL PENAL EN EL MARCO DEL DESARROLLO INSTITUCIONAL PARA EL NUEVO SIGLO*. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. ago. 1999, Vol. 10 supl. [citado 13 Noviembre 2006], pp. 17-20. Disponible en la Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000100004&lng=es&nrm=iso>

las garantías básicas es una fuente innegable de inequidad e injusticia social, toda vez que las demandas de justicia no son resueltas, o si lo son, el resultado es tardío e ineficaz. Los funcionarios judiciales son vistos como un grupo determinado, casi con un respeto exagerado por la población, no contando con armas eficaces para repeler abusos a los derechos humanos y tutelar derechos garantizados por la norma, pero que en la práctica, no tienen respuesta real en el mundo de los hechos.

Frente a esto, la respuesta ha venido desde el propio Estado, conciente de la necesidad de emprender una gran reforma en el área judicial. La H. Senadora Alvear, señala que: “Con estas premisas, en la presente década hemos desarrollado en Chile un conjunto de iniciativas tendientes a satisfacer los requerimientos de una Justicia que enfrente los conflictos de manera oportuna; que sea eficiente, de modo que dé respuestas que efectivamente diriman esos conflictos; que sea cercana, de modo que la gente aprecie quiénes son los actores del sistema y que tenga acceso a ella independientemente del lugar en que se desenvuelva; que sea confiable, por cuanto de esa manera la convivencia social tiene un pilar sólido en el que pueda asentarse, y esté en sintonía con los profundos cambios políticos, económicos, sociales y culturales que experimenta el país.

Este gran objetivo lo hemos acometido con gran decisión y con visión estratégica de Estado, por cuanto, dada su magnitud, su concreción supera un período gubernamental y, por lo tanto, hay tareas que hemos ejecutado, otras que llevaremos adelante hasta el término de nuestra gestión y otras que dejaremos iniciadas o propuestas y que son ineludibles.

De esta forma, en esta etapa, hemos propiciado una trascendental Reforma Procesal Penal para enfrentar de mejor manera los delitos; una política penitenciaria que combina la seguridad ciudadana con la generación de

oportunidades para la rehabilitación y la reinserción social; reformas y acciones destinadas al fortalecimiento de la familia y al ejercicio de derechos por parte de la infancia; reformas para modernizar la acción judicial y para establecer formas alternativas de resolución de conflictos; optimización de la asistencia jurídica gratuita para los sectores de más escasos recursos, y transformaciones para mejorar la gestión y la atención de los servicios públicos vinculados con el sector”²²⁹.

Mucho se ha señalado, con gran razón, que a través del estudio tanto de las normas penales como de las procesales penales es posible entender el funcionamiento democrático de un país y el respeto por los derechos humanos. Claramente, mirado desde este cedazo, el procedimiento del CdPP de 1907 reprobaba. Bajo la óptica del CPP de 2000, las cosas parecieran estar cambiando. La Senadora en comento apunta que: “Se ha expresado, con razón, que los Sistemas de Enjuiciamiento Criminal son los más elocuentes indicadores del grado de respeto por los derechos de las personas que existe en un ordenamiento estatal o, dicho de otro modo, que el autoritarismo se revela en la forma en que los poderes públicos encaran el reproche a las conductas desviadas o a las formas de comportamiento anómico. En las sociedades que han instalado a la democracia como forma de convivencia y como método para la adopción de las decisiones públicas, y donde, por lo mismo, las violaciones masivas a los derechos humanos suelen estar clausuradas, es el sistema procesal penal el sector del Estado donde las formas más abusivas hacia las que inevitablemente tiende el poder, suelen manifestarse. En países donde las formas de marginalidad son casi un producto permanente de procesos de desarrollo desigual, el proceso ante la Justicia del Crimen no es más que el último segmento de un largo camino de criminalización informal que afecta a los sectores más vulnerables de la

²²⁹ ALVEAR VALENZUELA, Soledad. Op. Cit.

población y, por lo mismo, suele ser escenario de violaciones a los derechos fundamentales.

Fortalecer las garantías en el ámbito del proceso penal es, así, una tarea que entendemos exigida indirectamente por los principios en materia de derechos fundamentales.

En la medida que el Sistema Penal en sus diversas fases pone frente a frente al individuo y al Estado, configura una situación que es de las más delicadas que ha de afrontar el sistema político, puesto que allí se juegan todas las promesas del Estado Moderno: el Estado, por una parte, ha de prestar protección, pero, por otra, y a la vez, ha de hacerlo sin transgredir los límites que le confieren legitimidad. **Protección de la víctima y restablecimiento de la paz social**, sin transformar al victimario en víctima del Estado, es el delicado equilibrio a obtener mediante el Sistema Penal. Alcanzarlo significa, en buenas cuentas, llevar a término los ideales inconclusos del Estado Constitucional y Democrático que, por vez primera y de un modo ciertamente imperfecto y aún incompleto, se procuró instalar por vez primera en nuestros países, y en Chile en particular, en la primera mitad del siglo XIX. No debemos ver, por eso, en los actuales movimientos de reforma en la región latinoamericana, un proceso que solo interese a los juristas; la reforma constituye, desde que se fundaron las Repúblicas en nuestros países, el intento más profundo de transformar al Estado²³⁰. (negrita es nuestro).

En forma rápida y sucinta, en las páginas siguientes esbozaremos las críticas más importantes que se le realizaron al procedimiento de 1907, el funcionamiento de la RPP y luego, un análisis pormenorizado de las víctimas y sus derechos. Tal cual lo señaló la H. Senadora Alvear, la protección de la

²³⁰ ALVEAR VALENZUELA, Soledad. Op. Cit.

víctima está en directa relación con el restablecimiento de la paz social quebrantada por el delito.

IV.2.- PRINCIPALES CRÍTICAS AL PROCEDIMIENTO PENAL ANTIGUO.

Más allá de cualquier estudio dogmático, jurídico o político, creemos que es un estudio social el que puede entregar las principales luces para analizar las críticas que presentaba el antiguo proceso penal. Es ya la sociedad en su conjunto la que, llegada la década de los '90, ve la imperiosa necesidad de darse un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal. Tanto así, que las sucesivas reformas legislativas que dan inicio a la RPP son avaladas por todos los sectores políticos y la discusión académica se da bajo el amparo de dos instituciones con líneas ideológicas contrapuestas; la Fundación Paz Ciudadana ligada a la oposición de derecha; y la Corporación de Promoción Universitaria, de tendencia centro-izquierda.

La doctrina se ha referido latamente a este punto. Citaremos algunos autores que pueden ilustrarnos a este respecto.

El conocido penalista español Francisco Muñoz Conde²³¹, citado por Flores Vásquez, señala que “el sistema de enjuiciamiento criminal chileno era conocido internacionalmente como el último resquicio del sistema inquisitivo, y en ese contexto, a lo mejor no se hacía tan prioritario comenzar con una reforma democrática a las leyes que castigan las conductas delictivas, como de

²³¹ “*El sistema de enjuiciamiento penal chileno era el último resquicio del sistema inquisitivo*”. Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia de Chile, N°s 2 y 3, diciembre de 2002. En FLORES VÁSQUEZ, José Octavio. Op. Cit. Pág. 30.

hecho ocurrió en España después de la dictadura, sino más bien con una revisión del proceso”.

Por su parte, el actual Fiscal Nacional, don Guillermo Piedrabuena²³², enumera una serie de críticas al procedimiento penal antiguo:

- Acumulación de funciones en el Juez que investiga, acusa y sentencia, lo que afecta la independencia e imparcialidad;
- Ausencia casi total del Ministerio Público en primera instancia y papel absolutamente pasivo en la segunda instancia;
- Extremadamente inquisitivo y no posibilitaba un juicio público, oral y abierto donde el imputado pudiera defenderse, carácter que también desprotegía los derechos del imputado y la presunción de inocencia que debe ampararlo mientras no exista sentencia condenatoria firme;
- El sumario criminal estaba hipertrofiado en desmedro del plenario o juicio criminal en que las defensas eran pobres, no se ofrecían pruebas conforme al mérito de las probanzas del sumario, donde el imputado no había sido oído y tampoco había existido una bilateralidad de la audiencia;
- El secreto del sumario que impedía al imputado controvertir los cargos formulados durante la investigación;
- Existía una ilegal e indebida delegación de funciones en empleados del Tribunal que se denominaban actuarios y que en la práctica administraban malamente el sistema inquisitivo y el secreto del sumario;
- **No se protegía debidamente los derechos de las víctimas del delito**, por falta de actuación del Ministerio Público; (negrita es nuestra)
- Falta de flexibilidad para evitar un gran número de procesos en los delitos que no son graves, lo que se habría evitado con la selección de

²³² PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Introducción a la Reforma Procesal Penal*. Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, 2000.

casos por parte del Ministerio Público, para concentrar la persecución penal en la criminalidad más lesiva;

- Tampoco existían normas que permitieran evitar el juicio penal con salidas alternativas;
- Ausencia de control efectivo de la actuación de los policías, sin que el Juez investigare personalmente, salvo excepciones;
- Falta de un juicio contradictorio genuino, atentando contra principios y normas aprobadas en tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile; y,
- Retraso en el tratamiento de las pruebas y su ponderación más libre por el Juez, que estaba trabado por normas bastante rígidas.

El Profesor Alex Carocca Pérez²³³ da como punto de partida a sus críticas, en su obra acerca de la defensa penal pública, el tratamiento a los imputados y las posibilidades de acceso a defensa técnica. “Es fácil advertir que en esos términos –garantías- el derecho a defensa estaba muy lejos de ser reconocido plenamente en el antiguo proceso penal, particularmente en su primera etapa del sumario, que en realidad pasaba a ser la central en orden a la determinación de la responsabilidad penal de una persona, ya que en ella normalmente el juez se formaba su convicción en orden a imponer o no una pena o al menos se recogía el material a través de cuya lectura finalmente el tribunal o corte adoptaba la decisión de condenar o absolver”.

En esta misma línea, el Profesor de la Universidad Central de Chile, don Germán Hermosilla Arriagada²³⁴ esboza sus críticas al sistema del CdPP de 1907:

²³³ CAROCCA PÉREZ, Alex. *La Defensa Penal Pública*. Editorial Lexis-Nexis Cono Sur, Santiago de Chile, 2002.

²³⁴ HERMOSILLA ARRIAGADA, Germán. *Nuevo Procedimiento Penal*. Tomo I, Colección Guías de Clases Nº 14, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001. Pp. 13-25.

- Modelo Inquisitivo, ausencia de juicio contradictorio;
- Falta de preocupación por los derechos humanos;
- Principio de inocencia incumplido;
- Prolongación indebida de la prisión preventiva;
- Lentitud y duración excesiva del juicio;
- Aplicación estricta del principio de legalidad;
- Mantención indebida del secreto del sumario;
- Delegación de funciones;
- Dificultad en el acceso a la persona del juez;
- Falta de control de la investigación policial; y,
- Falta de preocupación por las víctimas.

IV.3.- ORIENTACIONES BÁSICAS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL.

Se hacía necesario concebir una nueva forma de ver y entender el proceso penal, para estar acorde tanto a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile, como a los principios básicos que decían estructurar nuestro ordenamiento jurídico-político. Las necesidades más próximas, en lo judicial, eran varias. “A grandes rasgos podemos decir que se hacía necesario crear nuevos Tribunales, a los cuales les quedara vedado realizar la investigación del delito y de acusar posteriormente; urgía establecer el Ministerio Público, como ente autónomo, cuyos Fiscales debían encargarse de la investigación y ejercitar la acción penal pública, quienes también estuvieran facultados para acusar al imputado. También se hacía necesario contar con Defensores Penales Públicos para la asistencia jurídica del imputado o acusado. En cuanto a los procedimientos, se hacían patentes las ventajas que representaba el contar con debates en audiencias verbales, que permitían dar

plena vigencia a principios como los de bilateralidad de la audiencia, contradictoriedad, e intermediación, este último porque el o los Jueces estarían en contacto directo con las partes y sus medios de prueba, para formar su convicción”²³⁵.

Producto de lo anterior, la reforma debía abarcar diversos ámbitos, desde la recepción misma de las denuncias por las policías, hasta la creación de figuras poco conocidas por el espectador chileno, como los “Fiscales”. Se hizo por ello necesario reformas constitucionales y legales, para adecuar a Chile a la nueva institucionalidad creada. Agrega Flores que, “Dichas innovaciones implicaban un cambio de mentalidad, para concebir y llevar a la práctica gran cantidad de principios de Derecho Procesal comparado, a fin de posibilitar un procedimiento penal con mayor protección de los derechos y garantías de los imputados, esto es, un debido proceso, en que se destacara una adecuada defensa y con procedimientos expeditos, en audiencias verbales, en las que también se resguardaran los derechos de las víctimas”²³⁶.

No bastaba a estas alturas el introducir reformas al Código de 1907. Era necesaria una nueva cultura jurídico-procesal, capaz de cimentar nuevas bases para el proceso penal moderno, acorde a la democracia y los derechos humanos.

²³⁵ FLORES VÁSQUEZ, José Octavio. Op. Cit. Pág. 23.

²³⁶ Id. Pág. 24.

IV.4.- PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL VIGENTE.

La RPP se estructura en torno a la Ley 19.696 de octubre de 2000, mediante la cual se crea el nuevo Código Procesal Penal²³⁷. Este texto normativo está estructurado en cuatro libros:

- Libro Primero de *Disposiciones Generales* (Artículos 1º a 165);
- Libro Segundo del *Procedimiento Ordinario* (Artículos 166 a 351);
- Libro Tercero de *Los Recursos* (Artículo 352 a 387); y,
- Libro Cuarto de *Los Procedimientos Especiales y Ejecución* (Artículos 388 a 485 más un Artículo Transitorio).

Sus principios básicos, siguiendo al Profesor Cristian Maturana²³⁸, son:

- a) **Oficialidad.** La regla general bajo el nuevo sistema es la acción penal pública, ejercida de oficio por el Ministerio Público. El Tribunal está excluido de la posibilidad -de cualquier forma- de iniciar de oficio investigación criminal.

En el caso de los denominados delitos de acción pública previa instancia particular, el Ministerio Público, por regla general, no puede proceder de oficio, salvo que el ofendido hubiere, a lo menos,

²³⁷ Tanto el antiguo Código, como el propuesto originalmente por el Ejecutivo se denominaban “Código de Procedimiento Penal”. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, en su primer informe, señaló a este respecto: “Es un hecho no controvertido que estos Códigos no regulan ni establecen sólo normas de procedimiento. Por el contrario, suelen contener normas de jurisdicción, de competencia, de garantía para los justiciables, sobre relaciones entre los diversos sujetos e instituciones intervinientes, etc., todo lo cual conforma un universo normativo que excede con largueza al de los meros procedimientos. De ahí la tendencia moderna de llamarles códigos procesales. Como ejemplos, están el Código Procesal Penal de Argentina, el Código Procesal Penal del Perú y el Código Procesal Civil de Costa Rica. Al margen de la tendencia moderna, hay también un problema de contenido, por lo que no resulta arbitrario de calificarlo de código procesal penal antes que código de procedimiento.”

Por todo lo expresado, se cambió la denominación propuesta por la “Código Procesal Penal”, que es la que se recoge en el moderno derecho comparado”.

Vid., *Historia de la Ley, Ley 19.696 que crea un establece Nuevo Código Procesal Penal*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 2000. Tomo I, Pág. 156.

²³⁸ MATORANA MIQUEL, Cristian. *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, septiembre de 2004. Pp. 61-70.

denunciado el hecho a una de las autoridades competentes para recibirla, luego de lo cual se tramita conforme a las reglas relativas a los delitos de acción penal pública, en conformidad al Artículo 54 del CPP²³⁹.

Para los delitos privados, la acción penal puede ser ejercida sólo por la víctima, a través de una querrela (Artículo 55 CPP).

En el caso de las pruebas, rigen el principio de aportación de parte, ya que la investigación no es una actividad del Tribunal.

- b) **Acusatorio.** Bajo el esquema del CPP se separan tajantemente las funciones de investigación, de acusación, de defensa, de juzgamiento y de revisión de las sentencias.

- c) **Legalidad.** Ante la aparición de *notitia criminis* existe la obligatoriedad para el Ministerio Público de investigar. Ahora bien, instituciones propias de la reforma, como el Principio de Oportunidad (Artículo 170) son la contraparte a este principio, que se ve atenuado.

- d) **Selectividad, discrecionalidad y oportunidad en la solución de los conflictos penales.** El Archivo Provisional (Artículo 167); el Principio de Oportunidad (artículo 170); la Suspensión Condicional del Procedimiento (Artículo 237); los Acuerdos Reparatorios (Artículo 241), o el Procedimiento Abreviado (Artículo 406 y siguientes) son manifestaciones

²³⁹ MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 61.

de esta necesidad de seleccionar los casos más connotados de interés en la persecución penal por parte del Estado.

e) Legalidad de las medidas restrictivas y privativas de libertad.

Siguiendo al Profesor Maturana, dentro del proceso penal no pueden adoptarse en contra de una persona más que las medidas que expresamente se hayan previsto por parte del legislador, no siendo posible reconocer al Juez, ni a ninguna otra persona que forme o no parte de otro poder del Estado, ninguna facultad para los efectos de crear o modificar las medidas que expresamente haya previsto el legislador²⁴⁰.

f) Derecho a la presunción de inocencia en tanto la persona no fuere condenada por una sentencia firme.

Toda persona debe ser tratada como un inocente, y esta calidad sólo podrá ser revertida luego de que un Juicio oral y público, con un tribunal establecido por la ley lo condene y declare su culpabilidad por algún delito tipificado previamente por el legislador penal. Bajo el esquema del proceso penal vigente, el imputado tiene derecho a ser tratado como inocente (Artículo 94); a no ser privado de libertad (Artículo 122) salvo que existan antecedentes que ameriten el decretar su prisión preventiva, en la forma y requisitos establecidos por el propio Código Procesal Penal (Artículos 139 y siguientes); a no tener que probar su inocencia, pues la carga de la prueba la tiene el Estado a través del Ministerio Público (Artículo 340); a una aplicación de la ley procesal más favorable al imputado (Artículo 11); debiendo interpretarse

²⁴⁰ MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 64.

restrictivamente y sin que se puedan aplicar por analogía los preceptos que importan una privación o restricción de libertad o del ejercicio de otros derechos o facultades de éste (Artículo 5º , inciso segundo).

g) Derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente, imparcial y establecido con anterioridad por la ley a la comisión del hecho. La independencia de los Tribunales de Justicia es parte de lo que la doctrina denomina como “Bases del Ejercicio de la Jurisdicción”, es decir, principios básicos para un ejercicio correcto, acorde a sus obligaciones, de los entes jurisdiccionales. Si el Juez no está libre de interferencia o presiones, no podrá impartir justicia de acuerdo a derecho.

Esta independencia se manifiesta en diversos aspectos:

- Orgánica; la exclusividad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado reside exclusivamente en los Tribunales establecidos por la ley (Artículo 76 de Constitución Política);
- Funcional, como señala el inciso segundo de la norma aludida, los otros poderes del Estado no pueden revisar los fundamentos de las decisiones judiciales, avocarse al conocimiento de causas pendientes o revisar procesos fenecidos; y,
- Personal, sólo es el Poder Judicial el que regula el comportamiento de sus funcionarios, permaneciendo los jueces en sus cargos durante su buen comportamiento (Artículo 80 de la Carta Fundamental).

La independencia, entendiendo a los Tribunales como estructura, también se expresa en el principio de inavocabilidad, el cual, consagrado en el Artículo 8º del Código Orgánico de Tribunales, estipula que “*Ningún tribunal puede avocarse el conocimiento de*

causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esta facultad”.

Por su parte, la imparcialidad, como bien expresa Maturana²⁴¹, es una imagen y un estado de ánimo del juzgador, una actitud, que nos muestra que éste juzga sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte. No puede haber juicio sin existir un tercero desinteresado que en definitiva resuelva. Estas garantías fundamentales se manifiestan en el Código Procesal Penal vigente en los Artículos 1º y 2º: La sentencia debe ser dictada por un Tribunal imparcial, el cual debe haber sido establecido por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho (se prohíben las comisiones especiales).

h) Derecho a ser juzgado en un juicio previo, oral y público para imposición de una pena o medida de seguridad. Una de las principales innovaciones que contempla la RPP es la posibilidad, el derecho de cada persona a ser juzgada mediante un juicio oral y público, en presencia de jueces establecidos por la ley, en donde el imputado pueda defenderse frente a la acusación realizada, ya sea por la víctima o por el Ministerio Público. La pena o medida de seguridad es el resultado final de un proceso legal, en donde se ha demostrado, luego de un acucioso estudio probatorio, la culpabilidad de un individuo. Como decíamos con anterioridad, la pena es emanación de la soberanía estatal a través de su derecho a juzgar a las personas.

²⁴¹ MATURANA, Cristián. Órganos Jurisdiccionales. Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006. Pág. 27.

i) ***Non bis in Ídem.*** Este principio, de fuerte tradición penal liberal, se encuentra plasmado en el CPP. El inciso segundo del Artículo Primero señala que: *“La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”*. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y a un procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los Tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente²⁴².

Esta nueva institucionalidad pareciera ser una verdadera revolución en la forma de ver y entender el procedimiento penal. Para el presente trabajo de memoria, es necesario el estudio del tratamiento que tanto el nuevo CPP, como toda la institucionalidad creada a su respecto, le entregan a las víctimas del delito.

IV.5.- LAS VÍCTIMAS BAJO LA REFORMA PROCESAL PENAL DE 2000.

En el mensaje con que acompañó el proyecto de Código Procesal Penal para su discusión por el Congreso Nacional, con fecha 09 de junio de 1995, el Ex Presidente don Eduardo Frei Ruiz-Tagle señaló: “Parece necesario destacar

²⁴² MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 69.

también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos. En virtud de éste se impone a los fiscales la obligación de velar por sus intereses y, a los jueces, la de garantizar sus derechos durante el procedimiento. Estas declaraciones generales dan lugar a diversas normas desarrolladas a lo largo del proyecto, por medio de las cuales se busca darles efectividad. Entre las más importantes están aquellas que le otorgan a la víctima el carácter de sujeto procesal aun en el caso de que no intervenga como querellante, reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación. Entre otros, se encuentran el derecho a ser informada de los resultados del procedimiento, a solicitar medidas de protección ante eventuales futuros atentados y a recurrir contra el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria²⁴³.

De esta manera, ya ingresado el proyecto a aprobación por el legislativo, el Ejecutivo se encarga explícitamente de hacer ver esta nueva forma de comprender la marcha del proceso penal, el cual, entre sus nuevas características traerá un tratamiento diferenciado e interesado en el devenir de las víctimas del delito, toda vez que el concebir un proceso penal sin garantías para los sujetos que dieron curso al inicio del proceso es pobre y atentatorio contra las personas y sus derechos.

Pero, como se decía con anterioridad, la RPP no sólo implica un cambio a nivel de Código de enjuiciamiento criminal. Para poner en marcha toda la nueva institucionalidad se hizo necesario el reformar desde la Carta Fundamental hasta un número extenso de leyes y otras fuentes normativas que finalmente posibilitaron la realización de este proyecto.

²⁴³ FREI RUIZ-TAGLE, Eduardo. Mensaje del Ejecutivo con que se acompaña el nuevo Código Procesal Penal para su aprobación por el Congreso Nacional, 1995. Código Procesal Penal. Editorial Jurídica de Chile, 2004. Página 18.

Comenzaremos analizando las reformas realizadas a la Carta Fundamental, particularmente las que dicen relación con las víctimas.

IV.5.1.- La Constitución Política como norma suprema y el proceso penal.

Sabido y conocido es el hecho de que la Constitución Política de la República es la norma fundamental sobre la que descansa el resto del ordenamiento jurídico. Su carácter de norma suprema hace que el Derecho pueda ser concebido como un todo ordenado y estructurado, así como fuente de garantías para las personas. El aparato público define toda su estructura precisamente a través de los principios y nociones que inspiran sus normas. Ya no es una mera declaración de principios; sus normas incluso hoy son autoejecutables.

En razón de la idea anterior es que cuando hablamos de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, como el elemento del que se vale el Estado cuando ya nada puede hacerse para mantener la paz social, es que el aseguramiento de los derechos de las personas frente al coloso estatal y su eventual amenaza deben estar fuertemente asegurados en la Carta Fundamental. De no ser así, dejando a la norma legal la regulación de los principios que inspiran el proceso penal, éste deviene en frecuente modificación producto de la obvia subordinación de lo jurídico a lo político, y en el Chile de hoy, de lo político a lo político-partidista.

El Profesor Juan Colombo Campbell²⁴⁴, preguntándose que se esperaría de nuestra Constitución Política para estructurar un proceso penal democrático,

²⁴⁴ COLOMBO CAMPBELL, Juan. *Aspectos Constitucionales de la Reforma Procesal Penal*, en Revista de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, VVAA, Página 10.

da ciertas premisas básicas, en base a lo actualmente existente (*lege lata*) y a lo que se espera cambie (*lege ferenda*). El citado autor expresa:

- La Constitución asegura a todas las personas los derechos que les otorga el artículo 19 y sus normas complementarias, entre ellas, especialmente, las que se refieren a la jurisdicción en materia penal;
- Todo delito produce, como su natural consecuencia, la pérdida o alteración de los derechos constitucionales de las víctimas. Así, por ejemplo, el homicidio, la violación, el secuestro, los actos terroristas;
- La persona que, con su acción u omisión, produjo como resultado un hecho punible, es infractor de la Constitución y, por lo tanto, los mecanismos de resguardo de ésta deben activarse para procesarlo y, en su caso, condenarlo en la forma que indique la ley, para lograr así la eficacia real de la preceptiva constitucional;
- El proceso penal debe ser el instrumento jurídico utilizado para investigar con celeridad y eficiencia la existencia de un hecho punible, la determinación de el o los participantes y las demás circunstancias que puedan servir de fundamento a la sentencia que lo resuelva;

- La víctima, sus parientes y la sociedad, deben sentir que la Constitución que los rige y el Estado que debe hacerla cumplir, les otorga, frente a un hecho criminal, la necesaria protección a través del proceso. Si de éste surgen responsabilidades penales y patrimoniales ellas deben ser realmente efectivas, sancionándose a los participantes. Debe recordarse que al prohibir y sancionar el sistema a la autotutela, se les otorgó a las víctimas, en su reemplazo, el derecho a la acción y al proceso como única forma de solución de su conflicto;

- El proceso, en el mundo civilizado, debe garantizar los derechos procesales del imputado ofreciéndole un justo y debido proceso;

- El proceso es el único medio con que los tribunales cuentan para formar su íntima convicción en torno a los elementos que configuran el conflicto penal, que son: el hecho punible; la determinación de los participantes, si fue uno o más y, en este último caso, si hubo cómplices o encubridores; la calificación de las circunstancias que eliminen, aumenten o disminuyan la responsabilidad penal; saber si el delito fue consumado, frustrado o en grado de tentativa; y, determinar las responsabilidades patrimoniales del delito; y,

- El proceso es el medio con que cuentan los tribunales de justicia para obtener las pruebas, valorarlas, establecer los hechos y aplicarles las normas *decisoria litis*.

El mismo autor en comento, en sentencia dictada en causa ROL 304, de fecha 3 de febrero de 2000, seguida ante el H. Tribunal Constitucional, ejerciendo su rol de constitucionalidad respecto a un proyecto de ley que reformaba el Código Orgánico de Tribunales, señala en un voto de prevención, que la Constitución es la norma suprema que organiza el Estado, fija sus atribuciones, establece y garantiza los derechos de las personas consustanciales a su existencia y les otorga participación política que en esencia les permite, como ciudadanos, elegir y ser elegidos.

En este contexto, como lo señala el Profesor Colombo Campbell, siguiendo a Gabriel Amunátegui, se enfrentan el Estado con su autoridad y el individuo con su libertad.

El Estado hace uso de su autoridad legislando, administrando y resolviendo conflictos.

La primera, le permite regular la convivencia social, previniendo y evitando la existencia de conflictos de intereses de relevancia jurídica entre los actores del país. La administración debe velar porque la normativa se cumpla en forma natural y, finalmente, el sistema debe contar con tribunales con capacidad –en cantidad, autonomía e independencia suficientes- para resolver eficaz y oportunamente los conflictos derivados de la infracción, por parte del Estado o de los particulares, a la normativa constitucional y legal vigente, especialmente aquellos que impliquen la violación de los derechos consagrados por la Carta Fundamental.

Excede a los presupuestos de la presente memoria de grado un análisis exhaustivo en cuanto a las características de nuestra Constitución Política en relación al proceso penal y de los principios esenciales que de allí se derivan. En tanto nuestro estudio está referido a la situación de las víctimas bajo la

Constitución Política y el proceso penal, es que se hace necesario circunscribirse a este tema.

En la misma sentencia Rol comentada, el Profesor Colombo Campbell señala que es la víctima la que sufre las consecuencias del acto del delincuente, y por lo tanto, es ella la que primordial y principalmente debe ser amparada por todo sistema de justicia penal y especialmente por los jueces.

“De la lectura de las leyes vigentes, del proyecto sometido a control y del resto de las proposiciones traídas a la vista se desprende una tendencia a dar protección jurisdiccional privilegiada al imputado, por sobre los derechos del que sufrió los efectos de su acción criminal.

Ello, en opinión de los previnientes, vulnera en sustancia lo que debe ser una sana convivencia social en que justamente el ejemplo de una sentencia eficaz produce como efecto residual la lección para que los futuros delincuentes se abstengan de cometer hechos delictivos”.

Analizaremos que pretendía el proyecto de reforma constitucional que adecuó la Carta Fundamental a la RPP, finalmente aprobado por el legislador, y como se desarrolló la discusión legislativa, partiendo por un somero análisis al tratamiento constitucional de los derechos de las víctimas en el proceso penal.

Cabe adelantar sí, que es un avance la consagración constitucional de la protección a la víctima por parte del Ministerio Público, así como el derecho a la acción penal.

IV.5.1.1.- Derechos de las víctimas en el plano constitucional internacional.

Siguiendo al Fiscal Nacional, don Guillermo Piedrabuena²⁴⁵, en el ordenamiento jurídico constitucional de algunos países extranjeros, los derechos de las víctimas y las obligaciones se han plasmado de un modo específico, como ocurre en Colombia y México.

La Constitución colombiana declara en su artículo 250 que es obligación de la Fiscalía General de la Nación "velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso". Se trata de una regla casi idéntica a la contenida en la parte final del inciso primero del artículo 80 A de nuestra Carta Fundamental. La diferencia estriba en que tal artículo 250 es más amplio en cuanto a los sujetos respecto de los cuales existe el deber de resguardo: no sólo se les debe protección a los afectados por el delito y a quienes declaren en juicio, sino a los intervinientes en general. Por su parte, la Constitución Federal mexicana contempla, en su artículo 20, un amplio catálogo de derechos a favor de las víctimas, a saber: recibir asesoría jurídica; ser informado de sus derechos y del curso del juicio; solicitar diligencias probatorias al Ministerio Público, así como aportar a este órgano de persecución penal elementos de prueba; recibir atención médica y psicológica de urgencia; ser reparada en el daño ocasionado por el ilícito penal; no ser sometida a careo si se es menor de edad y se ha sufrido un delito sexual o de secuestro, y, finalmente, solicitar medidas de protección.

Sin embargo, como lo expresa Piedrabuena²⁴⁶, la consagración de los derechos de las víctimas ha sido la excepción en las cartas políticas del extranjero. Ello obedece a que la regulación constitucional del Derecho Penal y

²⁴⁵ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Exposición del Fiscal Nacional del Ministerio Público sobre el tema "La Constitución y los Derechos de la Víctima en el Nuevo Proceso Penal"*. Artículo on line. <http://www.ministeriopublico.cl/shnoti.asp?noticia=330> > <Consulta: 20 de septiembre de 2006>.

²⁴⁶ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Op. Cit.

Procesal Penal se ha hecho tradicionalmente respecto de la posición jurídica del infractor, mas no del ofendido. Lo anterior no ha impedido que la doctrina comparada se haya esforzado en interpretar los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal de una forma amplia, permitiendo que sus titulares sean tanto los justiciables como las víctimas. Este análisis en todo caso no ha sido sistemático y no ha provenido del Derecho Constitucional, sino del Derecho Penal y fundamentalmente del Derecho Procesal Penal y de la Criminología. Es así como, en el ámbito del Derecho español, Aurelia Romero, citada por el propio Fiscal Nacional, ha indicado que la víctima del delito podría hacer valer la responsabilidad pública por el funcionamiento anómalo de la jurisdicción. La Constitución hispana así lo permitiría, al indicar en su artículo 121 que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley. Como ya sabemos, nuestra Carta Fundamental regula la indemnización por error judicial en forma distinta ya que sólo puede reclamar de éste el procesado o condenado, por lo que el ofendido no está legitimado para hacer valer la responsabilidad en cuestión.

El derecho fundamental específico de la víctima, el principal, sería el de la tutela judicial efectiva, incorporado en el Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual el ofendido tendría las facultades de acudir a la vía judicial en forma rápida y sencilla, obtener una resolución motivada sobre la materia que plantee, y recurrir respecto de ella e incluso exigir el cumplimiento compulsivo de la sentencia.

IV.5.1.2.- Las reformas introducidas por la Ley 19.519.

Con fecha 16 de septiembre de 1997 se publicó en el Diario Oficial la ley 19.519 que introdujo diversas modificaciones a la Constitución Política. Particularmente, cabe consignar la creación de una institución denominada Ministerio Público, elevado a rango constitucional en el Capítulo agregado VI-A.

El Artículo 80-A señala que “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

Asimismo, en el tema de nuestra competencia, señala el inciso segundo que: ***“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.***

En su discusión en el Poder Legislativo se dejó constancia, en lo que respecta a la adopción de medidas para las víctimas, el hecho de que la norma constitucional le entregue al órgano persecutor esta obligación, se justifica en razón de que esa atribución “hoy en día no está radicada determinantemente en ninguna autoridad y que requiere, por lo general, de la adopción de medidas urgentes o inmediatas para ser eficaz”²⁴⁷.

En lo que respecta al inciso segundo, ya reproducido, el H. Senado había primitivamente aprobado el siguiente texto:

²⁴⁷ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal anotado y concordado*. Editorial Jurídica de Chile, 2001, Pág. 531.

“El ofendido por el delito podrá ejercer igualmente la acción penal, en conformidad a la ley”²⁴⁸.

En la discusión, la ex Senadora y Abogada, doña Olga Feliú, presentó una indicación, rechazada posteriormente, para suprimir este inciso. Por su parte, los HH. Senadores señores Diez y Piñera, en conjunto con el H. Senador Urenda, formularon indicaciones a fin de permitir a toda persona, en la forma y en los casos que determine la ley, el ejercicio de la acción penal, que el proyecto de reforma constitucional reconocía solamente al Ministerio Público y al ofendido con el delito con el propósito de permitir a la víctima accionar en caso de que el Ministerio Público no lo haga, o cuando no se conforme con el sentido que éste hubiere asignado al procedimiento. Asimismo, para dejar a salvo la acción popular que en algunos casos conceden las leyes.

En la Cámara Baja, se observó que el Fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal.

A este respecto, el H. Senador, abogado y procesalista, don Miguel Otero²⁴⁹, expresó que es el Código de Procedimiento Penal el que establece las acciones nacidas de los delitos. Por lo que para evitar que una ley pueda quitar a las personas el derecho a ejercer la acción, se incluyó el inciso en referencia. No sólo el directamente ofendido podrá ejercer la acción penal, sino que, conforme al Código de Procedimiento Penal, otras personas podrán ejercerla igualmente.

²⁴⁸ *Ibíd.*

²⁴⁹ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. Op. Cit. Pág. 531.

IV.5.1.3.- *Derechos de las Víctimas bajo la Constitución Política vigente.*

Las reformas introducidas por la Ley 19.519, ya comentadas, nos permiten con total certeza señalar que el plano y orientación desde el Estado hacia las víctimas del delito, en el Estado de Chile, es hoy muy diferente a lo que era antes. Incluso más, siguiendo a los profesores de nuestra Escuela, doña María Inés Horvitz y don Julián López²⁵⁰, es posible hablar de un verdadero derecho a la acción penal de las víctimas, consagrado hoy constitucionalmente.

Por tanto, dado lo diferenciado que resulta nuestra actual legislación procesal penal comparada a la anterior, que estructuraba el procedimiento inquisitivo de 1907, es que se hace necesaria una re-lectura a los derechos consagrados por el constituyente y que resultan plenamente aplicables a las víctimas del delito.

IV.5.1.3.1.- *Derecho constitucional de la dignidad de la persona humana.*

El profesor de la Universidad de Talca, don Humberto Nogueira Alcalá²⁵¹, señala que el valor supremo de la Carta Fundamental descansa en el respeto que debe darse a la persona humana, en cuanto a su dignidad de tal. El constitucionalista señala que éste se erige como el fundamento de todos los derechos constitucionales y su protección es el fin de tales derechos.

El mismo autor en su conocido manual de Derecho Constitucional señala que: “*La dignidad de la persona humana* parte de una concepción

²⁵⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 2002, Pág. 289.

²⁵¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El Derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista Ius et Praxis. Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, año 4, N°2, Pág. 65.

antropológico-filosófica que reconoce en la persona el único ser dotado de dignidad, producto de su carácter de ser consciente y racional, perfectible, dotado de voluntad y afectividad. Todo ser humano es un ser original.

Se entiende por dignidad el respeto que merece toda persona por su calidad de tal, lo que impide que sea coaccionada física, mentalmente o discriminada”²⁵².

Esta dignidad de la persona humana descansa en la norma del Artículo 1º de la Carta Fundamental cuando señala que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Como lo señala Piedrabuena²⁵³, este valor de nuestro ordenamiento jurídico constitucional obliga a respetar al sujeto en su calidad de tal, resguardándolo de vejámenes y afrentas, y a afirmar su pleno desarrollo espiritual y material. El mismo autor, siguiendo a Ríos Álvarez²⁵⁴, comenta que en virtud de este valor, la persona debe concebirse como un fin en sí mismo y no como un objeto de la acción del Estado o como instrumento o medio de intereses particulares o públicos, ni aún con el pretexto de una investigación penal eficaz.

Entroncando este valor con el proceso penal, resulta claro que el Estado tiene la obligación legal de prestar auxilio a las personas para protegerlas en cuánto su dignidad esté siendo desconocida, ya sea por sus instituciones o por otras personas. Ello tiene gran familiaridad con la situación vivida por las víctimas, cuando es el propio Estado el que agrava el sufrimiento de los ofendidos, a raíz de no prestar la debida asesoría y protección.

²⁵² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto *et. al. Derecho Constitucional*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2002, Pág. 110.

²⁵³ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

²⁵⁴ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *La Dignidad de la Persona Humana*, en Gaceta Jurídica, Nº 47, Pág. 6, citado por PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

Hay un deber, entonces, del Estado, de considerar a las víctimas, personas, como un fin en sí mismas. Piedrabuena²⁵⁵ señala, acertadamente, que las normas del Código de Procedimiento Penal relativas al ofendido del delito, que les estimaban poco más que un objeto de prueba, son reemplazadas por otras que lo conciben como un sujeto de derechos, capaz de participar en la resolución de su conflicto.

Este deber constitucional de amparo a las víctimas, para proteger su dignidad en tanto personas, y que han padecido el acaecimiento de un delito que las ha privado de ciertos derechos que les correspondían, no queda en letra muerta y tiene manifestación legal en el CPP a través de diversas fórmulas que aseguran el resguardo de los ofendidos. Será obligación del Ministerio Público el mitigar los efectos del delito y evitar sus nocivas secuelas.

El Artículo 6º del CPP señala que la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgar a la víctima un trato acorde con su condición de tal, procurando facilitar al máximo los trámites en los que debiere intervenir.

Por su parte, el Artículo 78 del mismo cuerpo legal obliga a los fiscales a evitar o disminuir al mínimo, durante todo el procedimiento, cualquier perturbación que hubieren de soportar las víctimas con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.

Por otro lado, los artículos 197 y 198, permiten la realización de exámenes médicos y corporales a la víctima, pero éstos deben siempre efectuarse de modo tal de velar por el respeto a la dignidad e intimidad del ofendido.

²⁵⁵ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

IV.5.1.3.2.- Derecho constitucional de las víctimas al debido proceso de derecho en el marco penal.

Uno de los principios básicos en los que reside toda la estructura procesal está plasmado en la idea del debido proceso de derecho que debe seguirse ante el ente jurisdiccional para llegar a una sentencia. Esta idea tiene una manifestación expresa en la Carta Fundamental, a través del Artículo 19, numeral 3º:

“Artículo 19 Nº3.

La Constitución asegura a todas las personas:

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

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

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

Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.

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

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

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

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

Esta garantía, concebida a través de los principios recién descritos y explicitados por la Carta Fundamental, tiene su origen en la quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, conocida como “*Bill of Rights*”, de 1791, y especialmente en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de dicho país, respecto al contenido y alcances de la expresión “*a process of law*” allí contenida²⁵⁶.

En nuestro país, este numeral tercero fue introducido casi en su totalidad por el constitucionalista y miembro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), don Alejandro Silva Bascuñán, tomando como base normas bastante parecidas recogidas por el Constituyente de 1925²⁵⁷. El proyecto del profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile fue discutido en la sesiones 99 y 100 de la comisión.

Ahora bien, en lo que respecta a la esencia del debido proceso de derecho, el profesor de nuestra Escuela, don José Bernales²⁵⁸, fue invitado a exponer ante los comisionados en la sesión 101. Se deja constancia que ahora, bajo la Carta de 1980 se innova respecto de la de 1925, ya que allí se aseguraba el debido proceso penal, y hoy, se asegura el debido proceso ante todo órgano que ejerza jurisdicción.

²⁵⁶ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

²⁵⁷ NOGUEIRA ALCÁLA, Humberto *et. al.* Op. Cit. Pág. 218.

²⁵⁸ *Id.* Pág. 222.

Con respecto a la titularidad de este derecho es en donde la doctrina no parece estar muy conteste, ya que para algunos, tanto el imputado como la víctima tienen este derecho al debido proceso; otros, señalan que el Ministerio Público hoy, también lo tendría²⁵⁹; y finalmente, sólo el imputado gozaría de esta garantía del debido proceso.

El profesor don Enrique Evans de la Cuadra²⁶⁰ enumera los que él entiende como presupuestos básicos del debido proceso:

- Notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado;

²⁵⁹ Ha sido bastante extensa la literatura jurídica de los últimos años en torno a la pregunta acerca de si el Ministerio Público tendría o no un derecho al debido proceso. A nuestro juicio, ello no es así, ya que esta garantía nace como una manifestación de intentar un cierto equilibrio entre la pretensión punitiva del estado y el derecho a defensa del imputado. A este respecto, la Profesora HORVITZ, María Inés, en *Estatus de la víctima en el proceso penal; comentario a dos fallos de la Corte Suprema*, Revista de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N°3, año 2003, señala que “Para aclarar este punto, hay que recordar, siquiera brevemente, el origen histórico de esta garantía. No cabe duda de que ella aparece indisolublemente ligada a la idea de poder punitivo del Estado. En la primera forma social, el poder penal se ejerce por la víctima y su tribu; un modelo clásico es el derecho germano antiguo al que se atribuye el tipo acusatorio privado de enjuiciamiento criminal. A partir del siglo XIII, con el surgimiento de los Estados nacionales, se produce la centralización paulatina del poder político y con ello, del poder punitivo. Esta transferencia del poder penal, de manos del individuo al Estado, si bien representó un paso adelante en el modo de resolver más civilizadamente los conflictos más graves desde el punto de vista social, al evitar la venganza privada, significó al mismo tiempo la entrega al Estado del medio más poderoso de control social. Los excesos y abusos cometidos a través de este instrumento en la época del absolutismo provocaron la necesidad de poner límites al mismo, de someterlo a la razón; de este esfuerzo da cuenta, entre otras, la obra magna de Beccaria, *Dei Delitti e delle pene*. En suma, con la creación del Estado de Derecho, se declaran una serie de derechos y garantías que buscan proteger a los individuos, miembros de una comunidad determinada, contra el uso arbitrario e ilimitado del *ius puniendi* estatal. Tales derechos y garantías, cuyos titulares son los ciudadanos, dan origen a una serie de principios que suelen estar constitucionalizados; ellos se traducen en valores que en los diferentes ordenamientos jurídicos modernos, incluido el nuestro, aparecen como superiores en rango a la misma potestad del Estado.

De lo dicho se desprende que no existe un “derecho” ni una “garantía” al debido proceso por parte del Ministerio Público, el órgano del Estado en la persecución penal pública de los delitos, porque las garantías surgen siempre en relación a un imputado, esto es, una persona a quien se le atribuye la comisión de un delito. (...). Todo el sistema de derechos y garantías en este ámbito se estructura a partir de la noción de “imputado” o de “individuo a quien se dirige una imputación penal”, garantías que se hacen valer *frente* o, incluso, *contra* el Estado. De allí que parezca absurdo que el propio órgano estatal pueda esgrimir las en su favor, pues lo que está en juego son los bienes de quien, hasta que no recaiga sentencia definitiva condenatoria en el juicio, debe ser presumido inocente. Respecto del Estado sólo está en juego la eficacia de su poder punitivo. Por otro lado, se parte del reconocimiento que, tácticamente, no existe igualdad de armas entre el Estado y el inculpaado; por ello, (...), se trata más bien de “asegurar el respeto del más débil por parte de la potestad punitiva centralizada”. En el mismo sentido, MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989. Pp.543-544.

²⁶⁰ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1999, 2ª. Edición actualizada, Pp. 143-144.

- Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen;
- Sentencia dictada en un plazo razonable;
- Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y,
- Posibilidad de revisión de lo fallo por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.

A su vez, la CENC, aludiendo a la utilización de los vocablos “racional” y “justo”, acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere²⁶¹.

Por tanto, a juicio de esta parte de la doctrina, la norma constitucional tendría una extensión más bien restrictiva, ya que aludiría a que estas reglas están inspiradas en la defensa de los derechos del imputado.

El Fiscal Nacional, don Guillermo Piedrabuena²⁶² apunta en otro sentido. Señala 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. El jefe máximo del órgano persecutor, recuerda acertadamente que la Ley 19.519 de Reforma Constitucional, que crea el Ministerio Público en la propia Carta Fundamental, hizo extensiva la garantía del debido proceso a la fase de instrucción penal.

En la misma idea, es obvio que muchas garantías del debido proceso no pueden ser entregadas a las víctimas, como el derecho al emplazamiento; mientras que otras, como la igualdad ante la justicia, tienen manifestación tanto para el ofendido como para el imputado.

²⁶¹ Acordado ello en la sesión 103, pp. 19-20. NOGUERIA ALCALÁ, Humberto, et. al. Op. Cit. Pág. 223.

²⁶² PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

Para Piedrabuena²⁶³, son manifestaciones esenciales del debido proceso penal, respecto de las víctimas de delito, a lo menos los siguientes:

- Igualdad ante la justicia;
- Derecho a un tribunal independiente e imparcial;
- Derecho a un juicio sin dilaciones indebidas;
- Derecho a la tutela judicial efectiva; y,
- Derecho a la defensa.

IV.5.1.3.2.1.- Derecho constitucional de las víctimas a la igualdad ante la justicia.

Este derecho está consagrado por el Constituyente en el Artículo 19, numeral 3º, inciso 1º, ya reproducido.

La igualdad ante la justicia supone que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a una misma ley y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo.

Este derecho implica no solamente un trato igualitario a todas las personas comprometidas o sometidas a un mismo proceso o juicio, sino también el derecho de quienes son juzgados en un juicio determinado a recibir el mismo trato que en otros juicios o procesos han recibido otras personas que estaban en su misma situación²⁶⁴.

²⁶³ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

²⁶⁴ NOGUERIA ALCALÁ, Humberto *et. al.* Op. Cit. Pág. 217.

A nivel legal, el Artículo 12 del CPP señala a los intervinientes del proceso penal, siendo éstos, entre otros, tanto la víctima como el imputado.

Siguiendo nuevamente a Piedrabuena²⁶⁵, es necesario entonces que la estructura misma del proceso dé cabida formal al conflicto, a quienes han participado en él, que es llamado a conocer, permitiendo a las partes explicitarlo al interior del juicio a través de la contradicción. La bilateralidad y la contradicción misma constituyen notas esenciales de la igualdad ante la justicia, tornan principios fundamentales del sistema acusatorio que inspira al procedimiento todo y constituyen requisitos esenciales también para desarrollar el derecho a la defensa.

Este derecho a la igualdad no sólo tiene lugar entre los distintos intervinientes, sino también entre personas que revisten el mismo carácter procesal en juicios semejantes. De este modo, cuando el Artículo 109 del CPP enumera los derechos de todo ofendido por el delito, por el sólo hecho de serlo y sin atender a su condición o circunstancias subjetivas, y les permite participar personalmente en el procedimiento, garantizando así una igual posición jurídica a las víctimas, no hace otra cosa que reafirmar la norma constitucional.

Sin embargo, tal cual lo reconoce el jefe máximo del órgano persecutor, no todos los ofendidos están en una posición de igualdad, dadas las características personales o el delito sufrido, dentro del procedimiento.

He ahí entonces que nace la necesidad de contar con instancias tanto institucionales como en lo normativo que generen acuerdos de reparación o de asegurar los eventuales derechos de los ofendidos a las acciones que se derivan del delito penal. La Ley 19.789, modificatoria del Código Procesal Penal, de 30 de enero de 2002, introdujo un nuevo inciso al Artículo 6º, a fin de

²⁶⁵ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

establecer como obligación de los fiscales el lograr acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación de daño causado a la víctima²⁶⁶.

En la misma línea, la ley 19.789 dispuso que las policías y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle a las víctimas un trato acorde con su condición de tal, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debieren intervenir. Esta idea se reitera en el Artículo 78, cuando señala el deber de los fiscales de facilitar la intervención de la víctima durante todo el procedimiento.

Por último, y en una idea que estimamos engloba a todas las anteriores, la creación de Unidades de Atención a Víctimas y Testigos, tanto a nivel nacional como regional supone la institucionalización más preclara del mandato constitucional de igualdad ante la justicia, ya que crea una nueva forma de entender la participación de las víctimas en el proceso, amparándolas y ayudándolas a que no obstante estar en primer término la pretensión punitiva del Estado, es un deber de éste el prestar las condiciones para que el acceso a la justicia sea real y no mera letra muerta escrita en una norma de derecho.

²⁶⁶ A este respecto, el propio Fiscal Nacional señala en PIEDRABUENA, Guillermo.Op. Cit., a través del Oficio del Fiscal Nacional N° 53, de 29 de enero de 2002, que informa y comenta modificaciones al Código Procesal Penal introducidas por la Ley N.° 19.789: "La nueva redacción del artículo 6° expresa que el deber de promoción de mecanismos que favorezcan la reparación del daño causado a la víctima no importa el ejercicio de acciones civiles que puedan corresponderle. En esta parte, la norma guarda armonía con lo dispuesto en la letra c.- del inciso segundo del artículo 78 del Código Procesal Penal, según el cual los fiscales del Ministerio Público sólo pueden, en materia de acciones civiles indemnizatorias, informar a la víctima de su derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para reclamar el reconocimiento del derecho subjetivo a obtener la indemnización del daño causado por el hecho ilícito, orientarle en torno a la forma de ejercerlo como asimismo, remitir los antecedentes al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles. Esto es, según el artículo 78 C.P.P, en relación con el inciso segundo del artículo 59 del mismo cuerpo legal, los fiscales no cuentan con la legitimación activa para deducir a favor de la víctima las acciones que tengan por objeto perseguir (mas no asegurar, pues según el artículo 157 C.P.P, los fiscales pueden impetrar acciones cautelares reales en beneficio de la víctima) las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, ya sea según las reglas generales de responsabilidad extracontractual (Artículos. 2314 y siguientes del Código Civil), ya sea conforme a reglas especiales previstas en la ley (Art. 410 del Código Penal, v. gr.).".

IV.5.1.3.2.2.- Derecho constitucional de las víctimas a un tribunal independiente e imparcial.

La independencia e imparcialidad de un Tribunal son elementos esenciales de la jurisdicción. No podemos hablar de justicia, de resoluciones judiciales con imperatividad –al menos, doctrinariamente- si no estamos en presencia de un Poder Judicial capaz de prescindir de presiones desde los diversos sectores y asumir también a la objetividad como una de sus estructuras básicas, no dejándose llevar por las meras apreciaciones o características de los intervinientes. De no lograr estas propiedades, estamos ante una apariencia de ente jurisdiccional, revestido de sus formas, pero nunca ante uno capaz de satisfacer estas exigencias mínimas.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional en fallo de fecha 21 de diciembre de 1987²⁶⁷ señaló que todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial²⁶⁸.

Por tanto, cuando los Artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señalan que toda persona tiene derecho a ser oída por un Tribunal independiente e imparcial, se está hablando de la misma idea: no es posible obtener sentencias judiciales desprovistas de estas garantías básicas. Estas normas tienen fuerza obligatoria en nuestro sistema por aplicación de lo preceptuado en el inciso segundo del Artículo 5º de la Carta Fundamental. A mayor abundamiento, el Código Orgánico de Tribunales señala en los Artículos 195 y 196 que será causal de impugnación o recusación toda circunstancia o hecho que haga presumir falta de imparcialidad del sentenciador.

²⁶⁷ Rol 46. Requerimiento formulado por el ministro del interior, en virtud del artículo 82 de la Constitución, para que se declare la responsabilidad del señor Clodomiro Almeyda Medina por infracción al artículo 8º de la Constitución.

²⁶⁸ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

Como bien sabemos, y se estudió con detención en el capítulo anterior, la imparcialidad no era la mejor característica del sistema procesal penal que nos regía bajo el Código de 1907, ya que las funciones de investigación y juzgamiento estaban radicas en el mismo ente, en la misma persona. Por ende, esta exigencia tanto internacional como nacional de imparcialidad no era cumplida.

Con la nueva institucionalidad creada por la RPP, radicando de manera exclusiva y excluyente la labor de investigación y acusación en un organismo, denominado Ministerio Público; y, por otra parte, la labor de juzgar en un Tribunal Colegiado de Juicio Oral en lo Penal o un Juzgado Unipersonal de Garantía, que no conoce del asunto hasta el inicio mismo de la audiencia, se cumplen las exigencias constitucionales en la materia, lo que cobra real importancia para las víctimas, toda vez que es importante para éstas el contar con plenas garantías de que podrían acceder a una justicia que conocerá y fallará de acuerdo a la veracidad de los antecedentes aportados y a la valoración fáctica y jurídica de éstos.

El Artículo 1º del CPP, norma de entrada del enjuiciamiento penal actual, señala que ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en el propio Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un Tribunal imparcial. Aplicando este principio, el Artículo 374 señala que entre las causales por las que será procedente el Recurso de Nulidad está la de haberse dictado sentencia con la concurrencia de un juez legalmente implicado o cuya recusación estuviere pendiente o hubiese sido declarada por Tribunal incompetente. Por otra parte, y siguiendo las mismas directrices, en cuando a la imparcialidad del juzgador, el Artículo 473 del Código Procesal Penal, en su literal e), señala como una de las causales de revisión de las sentencias condenatorias que se encuentren firmes, el que la sentencia hubiese sido pronunciada a consecuencia de prevaricación

o cohecho del juez que la hubiere dictado, o de uno o más de lo que jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme (lo que se conoce como cosa juzgada fraudulenta).

Ahora bien, no obstante consagrarse como exigencia en el CPP la situación de que el Tribunal sea independiente e imparcial, Piedrabuena²⁶⁹ estima, en una tesis que compartimos, que ello debe siempre ser exigido en razón de que el nuevo modelo de enjuiciamiento penal reside en un esquema acusatorio y la independencia es uno de sus elementos más básicos. A mayor abundamiento, la falta de independencia puede ser causal de nulidad, toda vez que el Artículo 374 del CPP señala, en su literal a), el pronunciamiento de sentencia habiéndose infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

IV.5.1.3.2.3.- Derecho constitucional de las víctimas a un juicio sin dilaciones indebidas.

Así como la imparcialidad no era una de las mayores virtudes del sistema penal antiguo, la demora en los procesos, muchas veces eternizados, era característica presente a la hora de diagnosticar acerca de su situación real.

El Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

²⁶⁹ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

Dentro de nuestro procedimiento penal, esta exigencia internacional podría estar manifestada en el hecho de existir hoy un plazo máximo para la realización de la investigación por parte del Ministerio Público (Artículo 234 CPP) y la solicitud también planteada por cualquiera de los intervinientes para solicitar el cierre de la investigación (Artículo 247 CPP).

IV.5.1.3.2.4.- Derecho constitucional de las víctimas a la tutela judicial efectiva.

Una de las grandes innovaciones que trajo la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519 de 1997 fue el introducir el inciso segundo del Artículo 80-A, ya reproducido, consagrando el derecho a la acción penal por parte del ofendido por el delito. Se le pone en un plano de igualdad al del Ministerio Público, situación que no ha recibido un respaldo unánime por parte de los estudiosos del derecho, por las razones que se expondrán más adelante, pero principalmente porque ello entronca con una suerte de privatización cada vez más creciente del conflicto penal²⁷⁰.

Para Piedrabuena²⁷¹, el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima comprendería la facultad de deducir una acción o pretensión penal o civil, en su caso, en contra del supuesto responsable del ilícito; el deber de los órganos jurisdiccionales de resolver la pretensión formulada; la facultad de recurrir en contra de la decisión y; por último, la facultad de solicitar la ejecución de la resolución. Es un derecho a activar el proceso.

Esta norma constitucional introducida en 1997 tiene diversas consagraciones a nivel legal de lo que puede hacer el ofendido:

²⁷⁰ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pág. 290.

²⁷¹ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

- Puede deducir querrela y demanda civil (Artículo 109, inciso primero, literales b y c del CPP);
- Puede presentar denuncia (Artículo 173 CPP); y,
- Puede interponer los recursos que le franquea la ley (Artículo 352 CPP);

Ahora bien, tal cual lo señala el Fiscal Nacional, en lo que dice relación con la facultad de la víctima para querellarse, el nuevo sistema procesal penal, al restringir a los sujetos legitimados para querellarse (Artículo 111, inciso primero CPP: la querrela podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario) refuerza el carácter oficial de la persecución, cuyo deber radica en el Ministerio Público, pero al mismo tiempo consagra un derecho subjetivo del ofendido a interponer querrela.

Por otra parte, debido a que el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra ligada al cumplimiento de una serie de ritualidades procesales, se hace necesario que la víctima cuente con un abogado que la represente, lo que constituye una excepción al principio general del nuevo proceso penal, en que la víctima puede actuar por sí misma. Una contraexcepción a esto sería el caso de la denuncia.

IV.5.1.3.2.5.- Derecho constitucional de las víctimas a la defensa.

El profesor Nogueira²⁷² señala que el letrado es la persona revestida por la autoridad competente de la facultad de defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes litigantes. Según el léxico, “defender” es “amparar, librar, proteger; mantener, conservar, sostener una cosa contra el dictamen ajeno”.

²⁷²NOGUERIA ALCALÁ, Humberto *et. al.* Op. Cit. Pág. 219.

Sabido es que sin el auxilio del letrado (abogado) todas las garantías de un proceso justo pueden quedar malogradas. De ahí que junto con elevarse a rango constitucional el derecho que tiene toda persona para contar con asistencia letrada, se asegura a los abogados plena libertad para el desempeño de sus tareas.

Por su parte el profesor y Fiscal Nacional, don Guillermo Piedrabuena²⁷³, en una conceptualización más amplia de la garantía constitucional del Artículo 19, numeral 3º, incisos segundo y tercero, la entiende como 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 demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra. Sería, de esta forma, un haz de derechos en el proceso.

En una oposición a las tendencias tradicionales de la doctrina constitucional, como la defendida por el profesor Nogueira, ya explicitada, entendiendo a la garantía de la defensa a contar con un abogado patrocinante, el Fiscal Nacional²⁷⁴ comenta que el CPP decodifica este derecho de una manera bastante más amplia que esto, ya que se estaría hablando de un derecho a la defensa material.

Por ende, en cuanto a la primera categoría del derecho a defensa, esto es, contar con abogado, es importante destacar que existen muchas posibilidades de intervención por sí misma de la víctima en el procedimiento (como la denuncia), pero también existen otras instancias en donde es requisito necesario el contar con abogado patrocinante.

²⁷³ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

²⁷⁴ *Ibíd.*

Frente a esta situación, para el procedimiento penal resulta del todo aplicable la normativa de la Ley N° 18.120 sobre comparecencia en juicio, así como lo preceptuado en el Código Orgánico de Tribunales sobre privilegio de pobreza (Artículos 591 y siguientes), en el caso conocido de carecer la víctima de fondos suficientes para el contar con un abogado particular.

A este respecto es importante también destacar lo preceptuado en el Artículo 78 del CPP, literal c), en el sentido de que será deber de los fiscales del Ministerio Público el informarle a las víctimas sobre su eventual derecho a indemnización, remitiendo los antecedentes al organismo estatal que le correspondiere conocer del caso; en el entendido también de que la víctima carezca de medio para la contratación de abogado.

En el segundo tema, el denominado derecho a la defensa material, éste comprende dos aspectos; el derecho a ser oído por los operadores del sistema y a participar en el procedimiento. Estos derechos han sido disgregados en el CPP en diferentes fórmulas: solicitar diligencias de investigación; ofrecer pruebas, que de ser legales, sean aceptadas, rendidas y valoradas; y ser informado de actos procesales esenciales para el ejercicio de ciertos derechos²⁷⁵.

En relación a formular alegaciones, cabe consignar lo preceptuado por los literales d) y e) del Artículo 109 del CPP y en el literal f) del inciso segundo del Artículo 78 del mismo Código. A través de estas normas se faculta a las víctimas a dar su opinión ante el fiscal cuando éste pide o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada, y ante el tribunal

²⁷⁵ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

antes del pronunciamiento acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que ponga término a la causa²⁷⁶.

Asimismo, la víctima está facultada de acuerdo al Artículo 109, literal f) del CPP, para impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo, o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Con respecto a la facultad de proponer diligencias investigativas, el Artículo 183 del CPP permite que los intervinientes soliciten al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. Como bien apunta el Fiscal Nacional²⁷⁷, esto es un contrapeso a la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público.

En relación a las facultades de la víctima con la prueba, constituyéndose en parte acusadora, el ofendido podrá ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación (Artículo 261 CPP); o demanda civil (Artículo 60, inciso segundo CPP).

En la resolución dictada por el Juez de Garantía, antes de la celebración del Juicio Oral, denominada “Auto de Apertura de Juicio Oral” (Artículo 277 CPP) se deberá indicar con precisión y exactitud las pruebas que deberán rendirse en la sede oral. Por su parte, la sentencia definitiva deberá contener también las conclusiones a las que llegaron los sentenciadores, mediante la apreciación y convicción llegada a través de las pruebas presentadas por las partes.

²⁷⁶ PIEDRABUENA, Guillermo. Op. Cit.

²⁷⁷ *Ibíd.*

IV.5.2.- Las víctimas en el Código Procesal Penal vigente.

IV.5.2.1.- Las controversias de la doctrina en torno a la participación de las víctimas en el proceso penal.

Antes de comenzar a comentar y desarrollar las características que presenta el tratamiento a las víctimas bajo el nuevo ordenamiento procesal penal, se hace necesario pasar revista al porqué ha generado tanta controversia en la doctrina nacional la nueva situación.

A este respecto, el profesor de Derecho Procesal de nuestra Escuela, don Cristián Maturana²⁷⁸ se pregunta si es posible dentro de un sistema acusatorio, en el cual intervienen dos partes con igualdad de armas, otorgarle derechos a las víctimas dentro del proceso penal.

Revisemos someramente los principios básicos que estructuran un sistema acusatorio²⁷⁹:

- Igualdad de armas de las partes dentro del proceso penal;
- Funciones de investigación en un ente de corte administrativo, técnico y profesionalmente especializado, denominado en Chile Ministerio Público (Artículo 80 A de la Carta Fundamental);
- Monopolio de la acción penal pública en el Ministerio Público;
- Funciones de juzgamiento a un Tribunal oral que no ha conocido de la fase investigativa. Permite también la existencia de un Juez de garantías que controla la investigación técnica realizada por el órgano persecutor;

²⁷⁸ MATURANA, Cristián. *Derecho Procesal Penal, Nuevo Sistema Procesal Penal*. Central de Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, agosto de 2004. Pág. 256.

²⁷⁹ MERA FIGUEROA, Jorge. *Los sistemas inquisitivo y acusatorio. Principios y Consecuencias. Una comparación básica*. Artículo on line. Revista La Semana Jurídica, 30 de abril al 06 de mayo de 2001. <<http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/750/article-4593.html>>. Consulta <13 de noviembre de 2006>.

- La instrucción constituye solo una etapa preparatoria del juicio, desformalizada y sin valor probatorio²⁸⁰;
- La únicas pruebas que pueden fundar la sentencia son las que se producen en el juicio oral y público, conforme a los principios de contradicción, inmediación y concentración;
- Proceso oral, a fin de cumplir con los principios del debido proceso como la publicidad, la inmediación y la concentración²⁸¹;
- Única instancia;
- Sistema de libre valoración de la prueba;
- Se busca la verdad procesal, no la verdad histórica; la primera, construida en el juicio oral sobre la base de la confrontación de las pruebas rendidas por las partes;
- Permite las salidas alternativas al conflicto penal, ya que su esencia no es la búsqueda exclusiva del castigo penal del culpable²⁸²;
- Reconocimiento amplio del derecho de defensa del imputado desde que el procedimiento se dirige en su contra;
- Amplio desarrollo del principio de presunción de inocencia; y,
- Víctima con derechos y características importantes, respetándole su dignidad personal y evitándole la victimización secundaria a manos del propio proceso penal.

²⁸⁰ A este respecto, en un dato que es importante al momento de realizar una comparación con el antiguo procedimiento inquisitivo, el Profesor Mera Figueroa señala que en los hechos, en la mayoría de las sentencias éstas se fundan en las pruebas producidas durante el sumario, las cuales, por las características de éste último, no han podido ser objeto de control por parte del imputado, lo que representa una flagrante violación del derecho de la defensa y del principio de contradicción. Estudios empíricos demuestran –continúa Mera Figueroa- que, no obstante que la ley concibe al plenario como la fase contradictoria del proceso penal, en la práctica sólo en la mitad del total de causas se abre término probatorio y de este total, sólo en un 35% de los casos se rinde efectivamente prueba. O sea, sólo en alrededor del 15% de los casos se rinde prueba. Esta evidencia concuerda con la percepción de la doctrina nacional que, desde la segunda mitad del siglo XX viene denunciando la pérdida de relevancia del plenario en cuanto a la producción de pruebas, frente a la centralidad del sumario, el que constituye el verdadero juicio criminal en el antiguo procedimiento penal en Chile. En MERA FIGUEROA, Jorge. Op. Cit.

²⁸¹ Como también señala Mera Figueroa, la oralidad no es una exigencia expresa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que consagran el derecho a un debido proceso. No es necesario, porque el juicio oral, que tiene un valor instrumental, es indispensable para realizar en la práctica los principios ya enunciados.

²⁸² Las respuestas son diferentes de la meramente coercitiva y buscan un mayor rendimiento social.

El profesor Maturana, citando a Mirjan R. Damaska²⁸³, señala que la razón por la que se adopta históricamente la medida de consagración monopólica en el ejercicio de la acción penal, radica en que en los procesos, estructurados como una competencia entre dos partes y en los cuales el juez debe asumir un papel pasivo principalmente respecto de las pruebas que deben rendirse para acreditar los hechos de la acusación destinados a destruir la presunción de inocencia, para la mantención de la igualdad de armas que deben regir la competición, no podría permitirse la introducción de un tercer sujeto, sin perjuicio de que además, autorizar la intervención de la víctima, aunque sea en forma modesta, podría causar serias fricciones. A este respecto, Horvitz y López²⁸⁴ señalan que es innegable que ya la intervención de dos órganos estatales en la persecución penal, el Ministerio Público, auxiliado por la policía, ambos provistos de ingentes recursos humanos materiales y técnicos, produce una desigualdad de facto entre las partes del proceso que debe ser corregida jurídicamente.

Continúan señalando que lo anterior, la corrección jurídica que realiza el legislador en pos de intentar una igualdad de armas entre el persecutor y el imputado se manifiesta, por ejemplo, en el deber del Ministerio Público de poner toda la información y antecedentes de cargo a disposición del imputado antes de la apertura del juicio (*discovery*) o la obligatoriedad de la defensa técnica, incluso provista por el Estado, en ciertas actuaciones decisivas del procedimiento. Por otro lado, expresan los profesores citados, y desde un punto de vista material, el acusador debe vencer el enorme obstáculo jurídico que supone la carga de la prueba y la superación de un exigente estándar de convicción. En efecto, conforme al Artículo 340 del CPP, el Tribunal sólo podrá dictar sentencia condenatoria cuando adquiera la convicción, más allá de toda

²⁸³ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado (Análisis comparado del proceso legal)*, traducción de Andrea Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, Pág. 345-346, citado por MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 256.

²⁸⁴HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pp. 299-300.

duda razonable, sobre la existencia del hecho punible objeto de la acusación y de la participación culpable del acusado²⁸⁵.

Esta idea es afirmada en base a suponer que la intromisión con mayor protagonismo de la víctima en el proceso podría eventualmente generar que los imputados viesan mermados sus derechos en el proceso penal; toda vez que la balanza se inclinaría a que los ofendidos pudiesen sostener la acción penal aún en contra de la persecución penal estatal. Para Horvitz y López²⁸⁶, la intervención del ofendido, como recién se mostró, agrava un desequilibrio existente y cuando es aceptada suelen establecerse restricciones a la misma, a fin de paliar los efectos nocivos.

Por otro lado, y como una consecuencia cada vez más creciente dentro de los procesos penales modernos de corte acusatorio, la privatización del conflicto, entregando un poder antes no considerado a la víctima para lograr por sí misma el éxito de sus pretensiones en el proceso generan ideas encontradas en torno a la búsqueda del legislador al crear normas penales. Como sabemos, al punir determinadas conductas, se consagra por parte de quien tiene la autoridad de dictar normas de conducta el que determinadas acciones u omisiones no son aceptadas por el todo social; y por ende, éstas, al momento de acaecer deben ser perseguidas por el mismo Estado que ha hecho punibles las actuaciones de las personas. Entregando a las víctimas un protagonismo cada vez más grande en la persecución penal, en el proceso penal, el “*plus*” de injusto que viene inmerso en el tipo quedaría indemne, no lográndose un cumplimiento de prevención general. En palabras de los profesores de nuestra Escuela, doña María Inés Horvitz y don Julián López, citados por el profesor Maturana²⁸⁷, esta situación, de realce de la víctima, “puede conducir a retornar

²⁸⁵ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pp. 299-300.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Id.* Pág. 256.

a la ley del más fuerte, en que la solución viene determinada por la dinámica de las presiones, la amenaza y el chantaje”.

Ahora bien, como apunta el procesalista recién citado²⁸⁸, otro sector de la doctrina se inclina por entregarle un protagonismo cada vez más grande a las víctimas, por un tema de colaboración con el órgano persecutor –el Ministerio Público-, que puede ser útil en orden a la eficacia de la represión del delito y a una mejora en la sustentación de los procesos penales. El profesor Alberto Binder²⁸⁹, por su parte, señala que la consagración del querellante particular conjunto autónomo, más que un querellante conjunto adhesivo en el caso de la víctima, se justifica por haberse comprobado que el querellante particular resulta una figura muy útil dentro del proceso, puesto que moviliza mucho la justicia y le quita trabajo al Ministerio Público, cargado de una considerable cantidad de trabajo.

En el mismo sentido, es del todo prudente el preguntarse qué busca la víctima al momento de acudir al Estado producto de haber sufrido un delito. Como vimos anteriormente en un estudio realizado por el Profesor Albin Eser, por regla general, las víctimas están más proclives a llegar a acuerdos de una índole bastante diversa a la privación de la libertad del sujeto infractor. En la mayoría de los casos, son los acuerdos pecuniarios los que demuestran una mayor satisfacción de los ofendidos por el delito. Obviamente, deben distinguirse determinados delitos para los que el tema es radicalmente diferente, más que todo por razones de prevención general.

El profesor Binder²⁹⁰, señala con claridad estas ideas: “Y no es cierto que esta modalidad sirva para canalizar el sentimiento de venganza –la participación de las víctimas en el proceso penal- por intermedio del Estado.

²⁸⁸ MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 256.

²⁸⁹ BINDER, Alberto. Op. Cit. Pág. 328.

²⁹⁰ *Ibíd.*

Eso es un mito que tiene un origen histórico determinado. Han existido dos códigos procesales –los Códigos italianos de 1913 y 1930-, de una factura técnica excepcional, que ejercieron por ello una gran influencia en todo el mundo, particularmente en Latinoamérica. A esos Códigos –en especial al de 1930- subyacía la idea de que la víctima no debía ingresar al proceso penal puesto que de ese modo canalizaba su venganza a través del Estado.

Está perfectamente demostrado que tal afirmación es falsa. Cuando la víctima ingresa al proceso penal busca, fundamentalmente, una reparación; sobre todo, muchas veces, una reparación pecuniaria, y no la venganza. Son muy raros los casos en los que la víctima no busca un arreglo económico, sino la imposición de una pena. Modernamente, cuando ya ha entrado en crisis la pena de prisión, muchos comienzan a preguntarse si, en última instancia, esta actitud de procurar una reparación económica no es mucho más sana, mucho más útil a la sociedad que la imposición de una pena que, en realidad, no le sirve a nadie”. En esta última idea la argumentación del jurista argentino es del todo lógica; en determinados delitos bagatelarios o de poca monta, la imposición de una pena implica una carga excesiva para el Estado, la no existencia de una prevención general y en definitiva, una clara demostración de la falta de una política criminal clara y orientada hacia la satisfacción tanto de los intereses victimales como de los del Estado soberano. Es cosa de ver nuestra realidad cercana para comprobar el que la pena de prisión cada vez es más cuestionada y que por ende, la vías alternativas de solución al conflicto penal son la respuesta moderna para lograr el restablecimiento de la paz social quebrantada por el delito.

En síntesis, frente a la interrogante planteada, acerca de si es posible el entregarle herramientas a la víctima dentro del proceso penal, sin causar distorsiones en el mismo, vemos que la respuesta es bastante controvertida. Por una parte, se alude a que el plus de injusto quedaría indemne; y por otra

parte, se estimula esta participación por la cooperación que el querellante presta al Ministerio Público y, que en términos de reparación, con una participación mayor de las víctimas, se logra una mejor y más entera satisfacción de las mismas. En nuestra opinión, la participación de las víctimas en el proceso penal es un avance en pos de la idea de dignidad del ser humano que debe subyacer siempre cualquier intervención del Estado, ya que son los ofendidos quienes sufren de manera directa y decidida las consecuencias perniciosas del delito. Ahora bien, no es menos cierto que el *plus* de injusto, como lo señalan los Profesores Horvitz y López, puede quedar sin sanción. Deben buscarse mecanismos que permitan por un lado, una participación de la víctima para defender sus derechos básicos y por otra, el derecho del Estado a punir las conductas que previamente ha penalizado en los tipos.

IV.5.2.2.- Concepto de víctima.

IV.5.2.2.1.- Víctima, Ofendido y Perjudicado.

Como se analizó detalladamente en el primer capítulo, hablar de víctima es bastante controvertido para la doctrina, toda vez que no hay acuerdo en la sinonimia entre este vocablo con el de ofendido o perjudicado. La necesidad de precisar y restringir el concepto de víctima es importante en el proceso penal, como lo señalan Horvitz y López²⁹¹, en vista de evitar la intervención simultánea de diversas personas, muchas veces con intereses diferentes o adversos, en el procedimiento en que se ventila la pretensión punitiva del Estado.

²⁹¹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pág. 256.

El profesor de nuestra Escuela Raúl Núñez²⁹² señala, siguiendo a Antolisei, que un hecho ilícito es siempre un hecho nocivo, el cual puede ser expresado con el nombre de daño, expresión utilizada generalmente. Ahora bien, señala el procesalista, no obstante ser esta expresión no incorrecta, es preferible utilizar palabras distintas para significar cosas diversas, así se hace necesario distinguir entre ofensa y daño. Para Núñez²⁹³, la ofensa es la lesión o puesta en peligro de un interés jurídicamente protegido que constituye la esencia del hecho mismo. Por su parte, el daño, no es un mal ínsito en el delito, o sea la ofensa, sino aquel particular perjuicio representado por las consecuencias nocivas del hecho mismo.

Así, la diferenciación entre ofendido y perjudicado quedaría en los siguientes parámetros: ofendido o sujeto pasivo del delito²⁹⁴ sería el titular o portador del interés jurídicamente protegido cuya ofensa (lesión o puesta en peligro) constituiría la esencia del mismo; perjudicado sería el titular de la esfera en que inciden directamente las consecuencias nocivas del hecho ilícito, esto es, el titular de intereses extrapenales patrimoniales y/o no patrimoniales²⁹⁵.

²⁹² ANTOLISEI, Francesco. *L'offesa e il danno nel reato*, 1930, citado por GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1951, Pp. 258 y ss., citado a su vez por NÚÑEZ OJEDA, Raúl. et. al. *La Prueba en el Proceso Penal*. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003. Pág. 104.

²⁹³ NÚÑEZ, Raúl. Op. Cit. Pág. 104.

²⁹⁴ A este respecto resultado del todo interesante citar la excelente bibliografía que el Doctor Raúl Núñez entrega para el análisis del concepto en cuestión, en NÚÑEZ, Raúl. Op. Cit. Pág. 104: "En la dogmática penal se utiliza el término "sujeto pasivo del delito", por todos ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Manual de Derecho Penal, Parte General* (4ª Edición), PPU, Barcelona, 1994, Pág. 297; CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español* (5ª Edición), Vol. II, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 71; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal, Parte General* (4ª Edición), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, Pág. 331; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, Pág. 316; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General* (5ª Edición), PPU, Barcelona, 1998, Pág. 198; y, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General* (2ª Edición), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, Pág. 279".

²⁹⁵ NÚÑEZ, Raúl. Op. Cit. Pág. 105. A este respecto, el autor comenta que hay autores que distinguen también entre: ofendido (sujeto pasivo) genérico o mediato y ofendido (sujeto pasivo) específico o inmediato. Desde esta perspectiva, sujeto pasivo genérico –para todo delito–, sería el Estado en cuanto éste asume la defensa de los bienes jurídicos aun cuando sean de titularidad individual (MATA y MARTÍN, Ricardo. *Bienes Jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Comares, Granada, 1999. Pág. 15).

Por tanto, el sujeto pasivo de la acción sería sobre quien recae la acción típica; el objeto material del delito es la persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción (objeto de la acción)²⁹⁶.

Es del caso afirmar que por regla general el ofendido y el perjudicado sean la misma persona; pero en muchos otros casos ocurre lo contrario, como en el delito de homicidio, en donde los perjudicados son los familiares o amigos sobrevivientes. Por tanto, esta noción, la de perjudicado, es mucho más amplia, ya que, como lo expresa el Profesor Núñez²⁹⁷, ésta comprende a toda persona que haya sufrido un perjuicio material o moral por la comisión del delito aunque no sea el titular del interés jurídicamente lesionado o puesto en peligro por el delito.

Horvitz y López²⁹⁸ apuntan otro acápite importante a este respecto, hablando de la delimitación del concepto de víctima a que da origen la responsabilidad civil, señalan que se ha entendido que una persona es responsable cuando está sujeta a la obligación de reparar el daño sufrido por otra, que puede considerarse víctima civil. En Derecho Civil, señalan, esta obligación se cumple mediante la indemnización de perjuicios. El daño es la esencia de la responsabilidad extracontractual y, a diferencia de la penal, que exige como presupuesto la tipicidad del comportamiento o que admite el castigo de acciones de puesta en peligro del bien jurídico, sin daño no hay responsabilidad civil. En consecuencia, el objeto de dicha acción consiste en la reparación pecuniaria de ciertos daños, de modo que sus consecuencias patrimoniales sean soportadas por quien los causa.

²⁹⁶ NÚÑEZ RAÚL. Op. Cit. Pág. 105. El autor, tomando un ejemplo de MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. (5ª Edición), PPU, Barcelona, 1998, Pág. 198, señala que un ejemplo ilustraría la diferencia: engañando a un dependiente de una joyería, alguien se hace entregar por él unas joyas con las que desaparece. En este caso, el ofendido es el propietario de la joyería, el sujeto pasivo de la acción es el dependiente de la misma y la cosa hurtada (las joyas) el objeto material del delito.

²⁹⁷ NÚÑEZ, RAZÚL. Op. Cit. Pp. 105-106. El procesalista cita el Artículo 113 del Código Penal Español: “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”.

²⁹⁸ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pp. 300-301.

De allí, que los profesores citados²⁹⁹ estimen, al igual que Núñez, que sea necesario diferenciar a la víctima (penal) del perjudicado (civil) que ha sufrido daño con el comportamiento antijurídico de un tercero.

Tratándose del vocablo víctima, Núñez³⁰⁰, siguiendo a la Declaración sobre Principios Básicos de la Justicia en relación con las víctimas de los delitos y del Abuso de Poder y a la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 de la Unión Europea, se inclina por una interpretación pragmática, entendiendo a los conceptos de ofendido y perjudicado por el delito como comprendidos dentro del concepto de víctima.

Para los profesores Horvitz Lennon y López Masle³⁰¹, no es víctima el sujeto pasivo de la acción si no es, al mismo tiempo, titular del bien jurídico lesionado y protegido por el Derecho Penal. En una opinión distinta se manifiesta el Fiscal Nacional, Sr. Guillermo Piedrabuena³⁰², quien señala que ofendido por el delito es el sujeto pasivo del mismo, es decir, el titular de los bienes jurídicos que se ven afectados por el delito. También es ofendido por el delito el sujeto pasivo de la acción, esto es, el que sufre la acción delictiva, aunque no sea titular del bien jurídico afectado.

IV.5.2.2.2.- Concepto de Víctima en el Código Procesal Penal.

Nuestro CPP no define expresamente a las víctimas del delito. El Artículo 108 no formula una definición científica de la víctima sino que sólo considera tal,

²⁹⁹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pp. 300-301.

³⁰⁰ NÚÑEZ, Raúl. Op. Cit. Pp. 106-107.

³⁰¹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pág. 298.

³⁰² A este respecto, ver instructivo N° 11 del Fiscal Nacional del Ministerio Público dirigido a las Fiscalías locales de todo el país. Disponible consulta on line en sitio web institucional: <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2011.doc>>

para efectos del ejercicio de los derechos que reconoce, al ofendido por el delito:

“Artículo 108.- Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

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

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

Por tanto, una de las primeras conclusiones que puede deducirse de lo indicado por el legislador es que la expresión víctima, para el ordenamiento jurídico procesal penal chileno incluye al ofendido³⁰³, esto es, la persona que recibe la acción del delito, extendiéndose en caso de muerte, a ciertas personas que podrían actuar en su nombre, y que más propiamente, de acuerdo a las orientaciones doctrinarias que recién vimos, serían perjudicados y no víctimas.

³⁰³ En el segundo trámite constitucional, el Senado había aprobado un concepto de víctima un poco más restringido toda vez que estimaba que la víctima era el ofendido “directo” por el delito, concepto que no fue aceptado por la Cámara y tampoco en la Comisión Mixta de Diputados y Senadores.

Como apunta Piedrabuena³⁰⁴, en cambio, no son víctimas los perjudicados indirectamente por el delito, como la familia de la víctima en un delito de lesiones graves, la entidad aseguradora del patrimonio de una víctima en un delito de robo, etc., en la medida en que no son titulares del bien jurídico afectado ni sufren la acción delictiva, sin perjuicio de la facultad de presentar demanda civil ante el Tribunal civil competente.

Así, de la historia fidedigna del establecimiento del Artículo 108 del CPP, se desprende que las expresiones víctima y ofendido se toman como sinónimas³⁰⁵, quienes, en definitiva, podrán impetrar las acciones que el Código les permite.

Tratándose de bienes jurídicos individuales, como la vida, la salud, la honra, la libertad, no habría mayor problema, ya que como se analizó anteriormente, por regla general coinciden las características de ofendido y perjudicado en la misma persona, y por ende, están insertos en la concepción de víctima del Artículo 108 del CPP. El problema viene en torno a los denominados bienes jurídicos supraindividuales o colectivos que dicen relación con el funcionamiento del sistema social, pero que están al servicio o en una relación instrumental de protección con los bienes que conforman la base de existencia del mismo, esto es, los individuales o microsociales, como la salud pública, la seguridad social o colectiva, la seguridad del tráfico económico y financiero, todos ellos bienes puestos al servicio de la salud individual, la seguridad individual, el patrimonio, etcétera³⁰⁶, cuya titularidad recae ya sea en

³⁰⁴Instructivo N° 11 del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

³⁰⁵ MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 264. El autor comenta que el 2do. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; discusión particular, Artículo 5º; "La Comisión examinó la mayor pertinencia de emplear el concepto de "víctima" o de "ofendido", puesto que ambos son utilizados por el Artículo 80 A de la Constitución Política. En definitiva, resolvió mantener el de "víctima", por estimar que en el actual estado del derecho y de las ciencias sociales esta expresión es plenamente aceptada, e incluso ha dado origen a una nueva disciplina criminológica, cual es la victimología".

³⁰⁶HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pág. 302.

la colectividad toda, o en el Estado, pero que no coinciden en este caso, el ofendido con el perjudicado.

Penalmente, estos delitos han sido enmarcados dentro del peligro abstracto, vale decir, implican una presunción de derecho del peligro para el bien jurídico³⁰⁷, pero en los cuales no es posible identificar una víctima concreta, sino que sólo potenciales. Siguiendo a Horvitz y López, esta hipótesis debe distinguirse de aquélla en que el delito afecta a una pluralidad de personas concretas, es decir, tiene un efecto masivo difundido (delito masa). En este último caso todos los ofendidos por el delito se encuentran legitimados para intervenir en el proceso penal; sin embargo, para evitar la desigualdad que puede producirse con respecto a la defensa suele plantearse la denominada *unificación procesal de los litis consortes*, esto es, su sometimiento a una representación única, para evitar la sobrecarga de acusadores contra el imputado.

En este sentido, para el Fiscal Nacional, es el órgano persecutor el que debe asumir la representación de la sociedad toda. Así, Piedrabuena³⁰⁸ señala que en los delitos que afectaren bienes jurídicos colectivos, como los previstos en la ley 19.366 sobre Tráfico de Drogas (hoy sustituida por la Ley 20.000), los artículos 313 a y siguientes del Código Penal, en los delitos contra la seguridad colectiva, los delitos económicos, etc., la colectividad no es víctima para los efectos del Código Procesal Penal, puesto que no se trata de una persona concreta, natural o jurídica, que pueda ejercer sus derechos directamente o mediante representante. No obstante, es función del Ministerio Público asumir la persecución penal pública de estos delitos, sin perjuicio de las atribuciones que la ley les otorga expresamente a otros organismos del Estado y de la

³⁰⁷HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pág. 302. Los autores señalan que las críticas de la doctrina a esta forma de tipificación apuntan a que ella constituye una vulneración al principio de lesividad y de culpabilidad.

³⁰⁸ Instructivo N° 11 del Fiscal Nacional.

facultad de presentar la querrela prevista en el inciso 3º del artículo 111 del Código Procesal Penal. Para los efectos del Código, en estos delitos sólo son víctimas las personas que se ven afectadas concretamente en sus bienes jurídicos individuales (vida, salud, patrimonio, etc.).

Tratándose de personas jurídicas, como bien lo señala el viejo adagio, *donde no ha distinguido el legislador, no le corresponde hacerlo al intérprete*, no habría mayor discusión en torno a permitir que éstas queden comprendidas dentro del concepto del Artículo 108 del CPP³⁰⁹.

Horvitz y López, así como Piedrabuena, estaban contestes en permitir, a la luz de la legislación vigente, el que las asociaciones intermedias pudieran presentar querrela, como víctimas, de acuerdo a lo preceptuado por el Artículo 111 del CPP. Estas asociaciones de personas, instituciones, pueden estar velando por intereses colectivos, afectados por un delito. Era una solución adecuada para la intervención de una pluralidad de ofendidos en el procedimiento penal³¹⁰. Dichas colectividades no son víctimas, ya que no son portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado³¹¹, pero sí podrían presentar querrela de acuerdo a la norma señalada. Pero esta situación cambió radicalmente luego de noviembre de 2005, con la modificación que trajo la ley 20.074, texto que vino a cambiar esta permisión de la norma primitiva del Código. El nuevo inciso tercero del Artículo 111 señala que los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes. Por ende, el legislador restringe fuertemente la acción de las asociaciones intermedias, y las aleja aún más del concepto de víctima del Artículo 108.

³⁰⁹ En este mismo sentido se expresan Maturana, Cristián. Op. Cit. Pág. 265 y Piedrabuena, Guillermo, en el Instructivo N° 11 del Fiscal Nacional.

³¹⁰ Horvitz, María Inés y López, Julián. Op. Cit. Pág. 303. Ver los casos múltiples en el Derecho del Consumidor, permitidos por la Ley 19.496 del ramo.

³¹¹ *Ibíd.*

En los delitos que afectaren bienes jurídicos estatales como la administración de justicia, la administración pública, la seguridad del Estado, etcétera, Piedrabuena³¹² señala que se considerará víctima a la persona jurídica Estado o Fisco, según el caso, correspondiendo a los organismos estatales facultados expresamente para su representación judicial el ejercicio de los derechos pertinentes, sin perjuicio de la atribución exclusiva del Ministerio Público de dirigir exclusivamente toda investigación penal y de la facultad para presentar querrela, como lo permite el Artículo 111, inciso segundo del Código Procesal Penal. Horvitz y López³¹³, están en la misma posición, ya que la legislación vigente le permite al Estado querrellarse cuando la persona jurídica fisco sea vulnerada. En esta situación se encontrarían el Consejo de Defensa del Estado, el Servicio de Impuestos Internos o el Servicio de Aduanas. Cosa diferente piensan las memoristas Gabriela Araya Espinoza y Karina Portugal Cuevas³¹⁴, quienes estiman que no se debería tomar como espíritu de la ley el considerar víctimas a la colectividad o el Estado, pues pareciera bastarles la persecución penal pública del Ministerio Público.

Nuestra postura es diferente, y se apoya en las opiniones doctrinarias precedentes, toda vez que el espíritu de la norma tiene relación con que las personas no queden desvalidas de la posibilidad –y derecho- de accionar ante la justicia, en aplicación de la consagración de la acción que entrega la propia Constitución Política. En virtud de esta norma constitucional, negarle, por ejemplo, al Estado en su persona fisco la capacidad de entablar querrela cuando sus bienes jurídicos sean afectados es vulnerar el principio reconocido de igualdad ante la ley y la nueva orientación procesal penal de proteger a la víctima del delito, sea natural o jurídica.

³¹² Instructivo N° 11 del Fiscal Nacional.

³¹³ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pág. 303.

³¹⁴ ARAYA ESPINOZA, Gabriela y PORTUGAL CUEVAS, Karina. Op. Cit. Pp. 88-89.

IV.5.2.3.- El derecho a la acción bajo el nuevo esquema procesal penal.

De todo delito emana el derecho a iniciar acción penal motivada por el ilícito. La acción penal, como lo señalan Horvitz y López³¹⁵, expresa una pretensión al esclarecimiento de un hecho que constituye *prima facie* un delito y a la determinación de su autor, para la imposición de una pena a quien la sentencia declare responsable del mismo. La responsabilidad penal sólo se impone en la sentencia definitiva. Para Maturana³¹⁶, la acción penal es el requerimiento de una decisión del juez sobre una *noticia criminis* que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal, o, es la facultad de poner en movimiento al órgano jurisdiccional para que el Estado haga efectiva su pretensión de castigar a través del debido proceso de ley que se desarrolla por regla general ante un juicio oral, que culmina en una sentencia penal. Por su parte, el legislador, en el Artículo 10º del antiguo CdPP señalaba que la acción penal concedida tenía por objeto la averiguación de todo hecho punible, y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

Como vimos anteriormente, nuestra Carta Fundamental es explícita en asegurar el derecho a la acción penal al ofendido del delito en el Artículo 80 A, inciso segundo: *“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”*.

Este derecho es una manifestación, como lo expresó la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado de la República, del Artículo 19 N°3 de la Constitución Política, norma informadora en nuestro ordenamiento del debido proceso de derecho³¹⁷.

³¹⁵HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pág. 333.

³¹⁶MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 102.

³¹⁷Id. Pág. 257, señala que sobre el particular, se dejó expresa constancia en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que: “(...) el Mensaje reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. La indicación [(Documento de

A nivel legal, la acción penal es pública o privada, como lo señala el Artículo 53 del CPP; siendo la regla general la primera de éstas, delitos perseguidos de oficio por el Ministerio Público³¹⁸, tal como lo expresa la norma en comento. Ahora bien, se permite que determinadas personas autorizadas por la ley también ejerzan esta acción penal. La acción penal privada, se lee en el inciso tercero, sólo puede ser ejercida por la víctima del delito.

El Artículo 111 enumera quienes podrán presentar la querrela: la víctima, su representante legal o su heredero testamentario. Asimismo, permitiendo que cualquier ciudadano deduzca la acción penal, la norma señala que la querrela también podrá presentarse por cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública; y, por 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.

Con respecto a los delitos de acción pública previa instancia particular, enunciados en el Artículo 54 del CPP, el órgano persecutor no puede ejercer la

trabajo alternativo)] (...) deja abierta también la posibilidad de accionar también al ofendido, en conformidad a la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpaado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias perniciosas del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal. La consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3º del Artículo 19 de la Carta Fundamental”. En el mismo sentido, en el Segundo Informe de esa comisión se señala que: “La importancia del inciso (...) en comento estriba en que permite accionar a la víctima en caso de que el Ministerio Público no lo haga, o en que aquélla no se conforme con el sentido que éste hubiere impreso al procedimiento”.

³¹⁸ MATURANA, Cristián. *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Central de Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, julio de 2004. Pág. 103. El autor define la acción penal pública como aquella que se ejercita a nombre de la sociedad, de oficio por el Ministerio Público o por las demás personas establecidas en la ley, para obtener el castigo de un hecho que reviste los caracteres de delito, dentro del proceso penal y previa dictación de una sentencia condenatoria.

acción penal sin que a lo menos, la víctima hubiese presentado la denuncia respectiva, ya sea a los Tribunales, al Ministerio Público mismo o a la policía. En caso de que esta víctima no pudiese hacerlo, el Artículo 108 del mismo código establece un orden de prelación de quienes podrán actuar en su nombre: al cónyuge y a los hijos; a los ascendientes; al conviviente; a los hermanos; y, al adoptado o adoptante. El Ministerio Público sólo podrá proceder de oficio en estos delitos cuando el ofendido se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pudieren formularla por él se encontraren imposibilitados de hacerlo o aparecieren implicados en el hecho. Una vez iniciado, expresa el inciso final, el proceso se tramitará de acuerdo a las normas generales relativas a los delitos de acción pública.

Tratándose de delitos cometidos en contra de menores de edad, el CPP concede siempre la acción penal pública (Artículo 53, inciso segundo)³¹⁹.

Como decíamos, el Artículo 55 del CPP concede la acción penal para la víctima en forma exclusiva para los delitos de acción privada³²⁰, ejercida ésta mediante la interposición de la querrela ante el Juzgado de Garantía correspondiente, cuya tramitación está contemplada en el Título II, Libro IV del Código Procesal Penal (Artículos 400 a 405, inclusive). Una vez presentado el libelo respectivo, el cual debe cumplir con las formalidades de los Artículos 113 y 261 del CPP, la acción se entiende iniciada.

³¹⁹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pág. 334-335. Los autores sostienen que “Se establece, además, que se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad. Esta norma tiene relevancia en los delitos de acción penal pública previa instancia particular y en los delitos de acción penal privada cometidos contra menores de edad. En efecto, la dimensión de intimidad o de afección de espacios de privacidad asociada a la comisión de estos delitos, que determinaron su sujeción a un régimen de persecución que confiere preponderancia a la voluntad o actuación de la víctima, decae frente al interés público que revista la persecución penal de delitos cometidos contra personas cuyo estatus normativo las hace acreedoras de una protección reforzada.

La regla general es que los delitos sean de acción penal pública, excepto que su persecución esté sometida a una regla especial. En tales casos se encuentran los delitos de acción penal pública previa instancia particular y los delitos de acción penal privada”.

³²⁰ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pág. 336. En estos casos, como señalan los autores, existe un interés privado preponderante que impide la intervención del órgano oficial.

En el escrito presentado ante el Tribunal de Garantía, la víctima podrá pedir al Juez de Garantía la realización de las diligencias que estime necesarias para apoyar su pretensión (Artículo 400, inciso tercero). Una vez practicadas estas diligencias, el Tribunal citará a las partes a una audiencia especial, personalmente o representados por mandatario con facultades suficientes para transigir, a fin de llegar a una conciliación, es decir, un acuerdo que ponga término a la causa³²¹ (Artículo 400 en relación al Artículo 403 del CPP).

Tratándose de la acción civil dentro del proceso penal, o mejor dicho, motivada a raíz de la perpetración de un delito penal, debe distinguirse entre las acciones restitutorias y las de indemnización³²².

Las primeras, las acciones restitutorias, que tienen por objeto único la restitución de la cosa, deben siempre interponerse en el respectivo procedimiento penal (Artículo 59 en relación al Artículo 189 del CPP – tercerías-). Como lo señala el Profesor Maturana, es una competencia privativa y exclusiva³²³. Por su parte, la acción civil indemnizatoria, cuyo objeto es perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, puede interponerse, ya sea, durante la tramitación del procedimiento penal si es ejercida por la víctima en contra del imputado (Artículo 59, inciso tercero del CPP); o, en sede civil con competencia acumulativa o preventiva³²⁴. Finalmente, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse ante el Tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

³²¹ Como señala el Artículo 403 del CPP, tratándose de los delitos de calumnia o injuria, se otorgará al querellado la posibilidad de dar explicaciones satisfactorias de su conducta.

³²² MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 258.

³²³ *Ibíd.*

³²⁴ *Ibíd.*

Horvitz y López³²⁵ señalan que el fundamento jurídico-político de esta decisión –acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible cuya titularidad corresponda a personas distintas de la víctima deberán plantearse ante el Tribunal civil competente de acuerdo a las reglas generales- es evitar que con la interposición y ventilación de una pluralidad de acciones civiles dentro del proceso penal, éste se prolongue excesivamente, perjudicando el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable.

IV.5.2.4.- La consagración de la víctima como interviniente en el proceso penal chileno.

Uno de los grandes cambios realizados por nuestro legislador procesal penal a través del Código de 2000 fue el incluir a las víctimas como sujetos intervinientes directos en el proceso, al igual que el Fiscal del Ministerio Público, el imputado y el defensor. Los ofendidos y el querellante son reconocidos por la ley en el Artículo 12 del CPP:

“Artículo 12.- Intervinientes. Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas”.

De este modo, al incluirse a la víctima dentro del catálogo de intervinientes, se deja establecido por el legislador lo que consagrará luego, esto es, toda una nueva institucionalidad de participación del ofendido en el proceso penal. Así, la víctima pasa a ser considerada un interviniente más del proceso. Podría darse el caso de no haber presentado querrela por el delito que

³²⁵ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pág. 301.

le hubiere afectado, sin embargo, tendrá esta calidad entregada por ley, como dice la norma, desde que se realice cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas, incluso hasta la dictación de sentencia ejecutoriada en el proceso³²⁶.

Sin embargo, como bien señala el Profesor Maturana³²⁷, sólo si hubiere deducido querrela y con posterioridad deducido oportunamente adhesión a la acusación del Ministerio Público o acusación particular, podrá participar como parte en el juicio oral:

“Artículo 261.- Actuación del querellante. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá:

- a) Adherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación;*
- b) Señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección;*
- c) Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismo términos previstos en el Artículo 259³²⁸, y*
- d) Deducir demanda civil, cuando procediere.*

³²⁶ A este respecto, MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 281, señala que en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; Discusión Particular, Artículo 135.: “La Comisión hizo suya la filosofía que inspira el proyecto en cuanto a reconocer a la víctima un estatuto propio por el solo hecho de serlo, sin necesidad que ejerza querrela, lo que es plenamente congruente con el hecho de que es la persona directamente afectada por el delito o sus familiares cercanos, ficción esta última destinada a que puedan ejercer sus derechos y a hacerles extensiva la protección que la Constitución y el Código obligan al Ministerio Público a brindar a las víctimas. No se opone a este estatuto de la víctima la existencia del querellante, ya que la víctima normalmente será el querellante y, aun cuando no lo sea, el querellante, como interviniente, es una eficaz herramienta de control de la gestión del Ministerio Público”.

³²⁷ MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 265.

Ahora bien, la no comparecencia de la víctima querellante o de su apoderado a la audiencia, o el abandono de la misma sin autorización del Tribunal, dará lugar a la declaración de abandono de la acción penal:

“Artículo 288.- Ausencia del querellante o de su apoderado en el juicio oral. La no comparecencia del querellante o de su apoderado a la audiencia, o el abandono de la misma sin autorización del tribunal, dará lugar a la declaración de abandono establecida en la letra c) del Artículo 120”.

Tratándose del Recurso de Nulidad en contra de la sentencia dictada en el juicio oral, éste sólo podrá ser entablado por el querellante que hubiere actuado como acusador particular o adherente a la acusación y, en la medida en que la sentencia sea agravante (necesidad de agravio como uno de los fundamentos del recurso) respecto de lo solicitado en su acusación o adhesión a la acusación, único caso en el cual puede concebirse que revestirá el carácter de interviniente agraviado por la sentencia definitiva pronunciada que la legitima para deducir este medio de impugnación³²⁹:

“Artículo 352.- Facultad de recurrir. Podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley”.

Sí, es necesario destacar que como bien apunta Maturana, existiría una contradicción entre esta norma y lo establecido en la letra f) del Artículo 109 del CPP:

“Artículo 109.- Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

³²⁹ MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 265.

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

De esta manera, habría una contradicción entre la causal del Recurso de Nulidad que exige el agravio del interviniente como legitimación para su interposición, el que se puede delimitar sólo cuando hubiere formulado acusación particular o se hubiere adherido a la acusación del Ministerio Público, conforme a la norma recién reproducida, que contempla para la víctima el derecho de impugnar la sentencia absolutoria aún cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

En la ejecución de la sentencia la víctima no es considerada interviniente. Allí sólo pueden actuar el Ministerio Público, el imputado y su defensor:

“Artículo 466.- Intervinientes. Durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo podrán intervenir ante el competente juez de garantía el ministerio público, el imputado y su defensor.

El condenado o el curador, en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria les otorgare”.

IV.5.2.5.- Los Derechos de la Víctima plasmados en el Artículo 109 del Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal vigente en nuestro país desde 2000 ha sido explícito en asegurar los derechos de las víctimas:

“Artículo 109.- Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;*
- b) Presentar querrela;*
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;*
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;*
- e) 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; e,*
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.*

Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en ésta calidad”³³⁰.

³³⁰ En el proyecto original del Ejecutivo, los derechos de las víctimas estaban plasmados en el Artículo 95, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 95.- Derechos de las víctimas. 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.

El ministerio público estará en todo caso, obligado a realizar las siguientes actividades a favor de las víctimas:

- a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que deba realizar para ejercerlos;*
- b) 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;*
- c) Promover la acción civil a favor de la víctima de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 271;*
- d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o si terminación por cualquier causa.*

Vid., *Historia de la Ley, Ley 19.696 que crea un establece Nuevo Código Procesal Penal*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 2000. Tomo I, Pág. 35.

El tema de fondo con esta consagración legal ha sido el de crear una nueva institucionalidad en torno a las víctimas de los delitos. Explicitando estos derechos, se refuerza la idea de que la protección de la dignidad de las personas frente a la victimización secundaria que se experimenta reviviendo la situación cuando el Estado quiere perseguir criminalmente, es una tarea del mismo Estado.

Por otra parte, el Artículo 6º del CPP señala también el deber de protección del Ministerio Público para con las víctimas:

“Artículo 6º.- Protección de la víctima. El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismo 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.

Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato digno acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir”.

Por lo anterior, el Código Procesal Penal vigente está mostrando tres funciones para con las víctimas³³¹:

- Al Ministerio Público le corresponde el deber de proteger a la víctima, esto es, ampararla, favorecerla, defenderla;

³³¹Boletín del Ministerio Público, N°2, junio de 2001. *Aspectos Orgánicos y Funcionales de la Reforma Procesal Penal en relación a la víctima*. Documento elaborado por la División de Atención a las víctimas y testigos. Boletín del Ministerio Público, N°2, junio de 2001. Disponible on line en sitio web institucional: <<http://www.ministeriopublico.cl>>.

- Al Tribunal, que se encuentra definido en el Artículo 69, inciso segundo del CPP, le corresponde garantizar sus derechos; y,
- A la policía y los demás organismos auxiliares les corresponde otorgarle un trato acorde con su condición de víctima y facilitarle al máximo su participación en el proceso penal, es decir, hacerla fácil, sin incurrir en un gran esfuerzo

Analizaremos uno a uno estos derechos, desglosados, tratando de ver si éstos tienen una plasmación institucional, apoyados en medidas concretas.

IV.5.2.5.1.- Derecho de la víctima a ser atendida³³².

Este derecho es una carga hacia los Jueces, los Fiscales e institucionalidad del Ministerio Público y la Policía (entendiéndola en un sentido amplio). Estos actores deben recibir y atender a las víctimas siempre; es más, tal como lo señala el Artículo 83, literal a) del Código Procesal Penal, la policía, entre las actuaciones a que tienen derecho sin intermediación del Fiscal, está precisamente el prestar auxilio a la víctima aún cuando por ello deba perder posteriores pruebas que puedan servir al proceso. La atención a la víctima, cuando ésta recién se ha constituido en tal, es y debe ser prioridad³³³.

³³² Con respecto a esta importante materia, de trascendental importancia para comprender la nueva institucionalidad creada en torno a la víctima a través de la RPP, y debido a su extraordinaria sistematización y fácil comprensión, y para evitar un exceso del recurso cita, es que el Oficio N° 337 del Fiscal Nacional, de 11 de julio de 2003, que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N° 11, sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal y el Oficio N° 148, de 27 de marzo de 2003, del Fiscal Nacional, que instruye sobre la situación de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos en la reforma procesal penal, han sido añadidos como anexos a la presente memoria de grado.

³³³ Son importantes los datos proporcionados por el propio órgano persecutor, a través de las respectivas unidades regionales de atención a las víctimas y testigos (URAVIT). Durante el año 2004, a nivel nacional, las unidades regionales atendieron a más de 17.000 usuarios, distribuidos en términos porcentuales en un 67% de víctimas y un 32,7% de testigos. Del total de usuarios, el 31% correspondió a personas menores de 18 años. En cuanto al sexo predominó la atención a mujeres, con un 57,1%. Al analizar, en términos generales, los tipos de delitos por los cuales los requirentes fueron derivados por los fiscales adjuntos a

En la cuenta pública del Fiscal Nacional del año 2004, la autoridad nombra algunas de las medidas que se tomaron respecto al apoyo de las víctimas:

- Preparar o acompañar a las víctimas para enfrentar diligencias de investigación o audiencias judiciales;
- Evaluación de su grado de vulnerabilidad, implementando directamente medidas como:
 - Entrega de celulares con números fijos para comunicarse con la fiscalía o la propia URAVIT;
 - Reforzamiento de la seguridad de los domicilios; y,
 - Seguimiento al cumplimiento de medidas de protección adoptadas por los fiscales, como rondas policiales o contacto prioritario con la policía.

Por otra parte, como acota el Profesor Maturana, en la estructura de los Juzgados de Garantía y de Tribunales Orales, se contempla generalmente una unidad de atención de público en el cual puede la víctima ser informada, sin

las Unidades Regionales, el mayor porcentaje lo obtienen los delitos sexuales, con un 29,3%; le siguen los robos con un 24,5%; las lesiones, con un 10,4%; seguidos de los delitos contra la libertad e intimidad de las personas, que alcanzó un 9,6%; y, finalmente, los homicidios que representaron un 7,8% de las atenciones.

También cabe destacar el tipo de asistencia prestada. Con el fin de asegurar una atención expedita, confidencial y de calidad a víctimas de delitos sexuales, la División de Atención a Víctimas y Testigos apoyó durante el año 2004 la creación de cuatro proyectos de Salas de Primera Acogida a Víctimas de Delitos Sexuales en los hospitales regionales de Puerto Montt, Concepción y Rancagua y en el Hospital Gustavo Fricke de Viña del Mar. Dichas salas permiten proporcionar un acompañamiento a la víctima, prestándole una adecuada contención emocional; entregarles información sobre el proceso penal, así como también, facilitarles la realización de exámenes corporales, toma de muestras y registro de denuncias. Complementando la instalación de estas salas se realizaron en conjunto con la Unidad especializada de Delitos Sexuales procesos de capacitación a los profesionales de la salud que trabajan en ellas, abordándose tópicos relativos a la atención y concepción integral de los delitos sexuales, su tipificación penal y técnicas de toma de muestras. Todas estas acciones implicaron un importante trabajo de coordinación con el sector salud. Más información, Cuenta Pública 2005, Fiscalía Nacional del Ministerio Público. Dispone en sitio web institucional.

perjuicio de requerir directamente la intervención del Juez de Garantía si fuere necesario para que se garantice la vigencia efectiva de sus derechos³³⁴.

IV.5.2.5.2.- Derechos de las Víctimas a recibir un trato digno.

Este es uno de los temas centrales que motivan las presentes páginas de memoria de grado; esto es, el entendimiento que el Estado ha entendido la necesidad de reforzar, promover y proteger la dignidad de las personas, más aún cuando han debido enfrentar momentos de dolor producto del acaecimiento de un delito, del que pasan a ser víctimas. El inciso tercero del Artículo 6º del Código Procesal Penal señala que:

*“Asimismo, la Policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle (a la víctima) un **trato acorde con su condición de víctima**, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir” (negrita es nuestro).*

Esta idea la reafirma el Artículo 78, inciso primero del CPP:

“Artículo 78.- Información y protección a las víctimas. Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir”.

La idea del respeto a la dignidad de las personas debe siempre ser el norte en el que se basen los procedimientos destinados a la comprobación de la existencia del hecho punible y la aplicación de las posteriores sanciones. Tal es la importancia de este principio, que es el propio constituyente quien lo

³³⁴ MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 266.

reconoce expresamente en el Artículo 1º de nuestra Carta Fundamental. El desconocimiento a esta situación, solo genera, tal como ocurría en el procedimiento del Código de 1907, un desinterés por participar en el proceso.

A este respecto, Maier³³⁵, citado por Piedrabuena, señala que la incorporación de la víctima en el sistema penal, “es el primer intento directo desde el punto de vista de la base del sistema y más allá de los diferentes alcances que sugiere cada propuesta, por dismantelar un Derecho Penal autoritario, tal como el que nosotros conocemos culturalmente; es uno de los intentos por humanizar el Derecho Penal, en el sentido de volverlo a tratar como actividad de seres humanos concretos, individuales, personas que se interrelacionan y que, por ello mismo, tienen conflictos entre sí (...). El intento responde, más allá de los problemas que crea la realización del modelo, a la sublimación de la dignidad humana, a la estimación de que los hombres somos suficientemente capaces y estamos –o estaremos- suficientemente maduros para reflexionar y resolver entre nosotros, sin demasiados argumentos autoritarios –al menos-, aquellos conflictos en los cuales nos vemos entremezclados”.

En este mismo sentido, señala la Profesora de nuestra Escuela, Doña Marta Herrera Seguel³³⁶, que el derecho a recibir un trato digno que asiste a las víctimas del delito en el nuevo proceso penal impone el deber de considerarlas como un fin en sí mismas. Como sabemos, señala la procesalista, las normas del Código de Procedimiento Penal relativas al ofendido por el delito, que le estimaban poco más que un objeto (de prueba), son reemplazadas por otras

³³⁵ PIEDRABUENA, Guillermo. *La Situación de la Víctima en el nuevo Proceso Penal Chileno*. Boletín del Ministerio Público N° 16, octubre de 2003. Pág. 164. Disponible *on line* en sitio web institucional: <<http://www.ministeriopublico.cl>>

³³⁶ HERRERA SEGUEL, Marta. *Criterios de actuación de los fiscales en relación de los defensores en la etapa de la investigación*. Boletín del Ministerio Público N°16, octubre de 2003. Pág. 182. Disponible *on line* en sitio web institucional: <http://www.ministeriopublico.cl>.

que lo conciben como un sujeto de derecho, capaz de participar en la resolución de su conflicto.

“A diferencia de la antigua ley de enjuiciamiento criminal, el nuevo Código se hace cargo de manera integral de las consecuencias perjudiciales que puede acarrear para la víctima su intervención en el proceso (victimización secundaria), y asigna a los fiscales la tarea de impedir o mitigar esas secuelas.

En cumplimiento de dicho deber, los fiscales deben preocuparse de que la actividad indagatoria que los defensores realicen con respecto a las víctimas se someta a los estándares de respeto a su condición de persona y de respeto a sus derechos. Asimismo, sería conveniente, en aras del buen funcionamiento del sistema, que el Ministerio Público manifestara a la defensa, que para cumplir este deber que le asiste con respecto a las víctimas, es necesario que sea informado de todas las actividades que se pretendan realizar a su respecto”³³⁷.

Confirmando esta idea, el Artículo 197 del CPP, como recuerda el Profesor Maturana³³⁸, señala que si fuese necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales³³⁹ del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. El Fiscal solicitará que preste su consentimiento. De negarse, solicitará la correspondiente autorización al Juez de Garantía, exponiéndole las razones en que se hubiere fundado la negativa, quien autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas. En caso de consentir la persona en la

³³⁷ HERRERA SEGUÉL, Marta. Op. Cit. Pág. 182.

³³⁸ MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 266.

³³⁹ Estos exámenes deben cumplir ciertos requisitos, como el ser necesarios, indispensables, sin medidas lesivas, idóneos y proporcionales a los hechos que se están investigando.

realización del examen, éste se hará sin más trámite, una vez apercibida de sus derechos (Artículo 197, inciso segundo).

El Ministerio Público, en pos de cumplir con este trato digno, se ha preocupado de tener especial cuidado en, por ejemplo, evitar la victimización secundaria de la víctima, ordenando procurar la grabación de la declaración de ésta a través de cámaras digitales, y que la derivación a la correspondiente Unidad Regional de Atención de Víctimas y Testigos se realice en un máximo de 5 días desde el inicio del procedimiento³⁴⁰.

Con respecto a los niños víctimas de delito, cuando deben enfrentar un juicio oral, se llegan a acuerdos con el Tribunal, a fin de generar las condiciones del caso para que éstos declaren de manera óptima. Para ello, se han instalado como prácticas habituales la declaración de los niños mediante una sala contigua a la sala de audiencias, conectada mediante circuito cerrado de televisión; la organización del ingreso y salida de los niños del Tribunal; y la habilitación de salas especiales de espera para menores de 12 años³⁴¹.

IV.5.2.5.3.- Derecho de las víctimas a denunciar el delito.

La investigación de un hecho que reviste las características de delito puede iniciarse por denuncia (Artículo 172 CPP), la cual podrá ser formulada por cualquier persona ante el Ministerio Público, cuando tuviere conocimiento de hechos que revistieren características de delito (Artículo 173, inciso primero CPP). La denuncia también podrá presentarse ante los funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería de Chile en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios,

³⁴⁰ Cuenta Pública 2004 del Fiscal Nacional. Disponible en sitio web institucional: www.ministeriopublico.cl

³⁴¹ *Ibíd.*

o ante cualquier Tribunal con competencia criminal, todos los cuales deberán hacerla llegar de inmediato al Ministerio Público (Artículo 173, inciso segundo CPP).

Como bien acotan los Profesores Horvitz y López, en los casos de delitos de acción penal privada, no cabe la denuncia y sólo podrá iniciarse el procedimiento por querrela interpuesta por la víctima del delito (Artículos 53, inciso tercero, 55 y 400 CPP), y en los delitos de acción pública previa instancia particular, no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía (Artículo 54, inciso primero CPP). Además, cuando se trate de delitos de acción pública previa instancia particular se admite que, a falta del ofendido por el delito, puedan denunciar el hecho las personas indicadas en el Artículo 108, inciso segundo, y en el orden de prelación allí señalado. Asimismo, cuando el ofendido se encuentre imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o lo estuvieren quienes puedan formularla por él o aparezcan implicados en el hecho, el Ministerio Público podrá proceder de oficio (Artículos 54, inciso tercero, y 4º CPP)³⁴².

En cuanto a la forma y contenido de la denuncia, ésta podrá formularse por cualquier medio y deberá contener la identificación del denunciante, el señalamiento de su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la designación de quienes lo hubieren cometido y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieran noticia de él, todo en cuanto le constare al denunciante (Artículo 174, inciso primero CPP).

En el caso de la denuncia verbal se levantará un registro en presencia del denunciante, quien lo firmará junto con el funcionario que la recibiere. La denuncia escrita será firmada por el denunciante. En ambos casos, si el

³⁴²HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. Pp.473-74.

denunciante no pudiere firmar, lo hará un tercero a su ruego (Artículo 174, inciso segundo CPP).

En caso alguno será necesario el patrocinio de Abogado habilitado para el ejercicio de la profesión para interponer la denuncia correspondiente.

IV.5.2.5.4.- Derecho de las víctimas a ser informadas.

El derecho de las víctimas a la información es esencial para poder ejercer los restantes derechos consagrados por Código. Este es un derecho consagrado expresamente por el legislador, en el literal a) del Artículo 78 de CPP:

“Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:

a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos”.

A este respecto, el Profesor Maturana señala que esta actividad debe ser desarrollada por los fiscales con el abogado que hubiere designado la víctima. Así, por ejemplo, antes de formular la acusación, el fiscal informará a la víctima sobre el curso del procedimiento, sus derechos y las actividades que debiere realizar para ejercerlos.

El Artículo 137 del CPP exige la difusión pública de los derechos de las víctimas:

“Artículo 137.- Difusión de derechos. En todo recinto policial, de los juzgados de garantía, de los tribunales de juicio oral en lo penal, del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, deberá exhibirse en lugar destacado y claramente

visible al público, un cartel en el cual se consignen los derechos de las víctimas y aquéllos que les asisten a las personas que son detenidas. Asimismo, en todo recinto de detención policial y casa de detención deberá exhibirse un cartel en el cual se consignen los derechos de los detenidos. El texto y formato de estos carteles serán determinados por el Ministerio de Justicia”.

En materia de los Tribunales de Justicia, el Código Orgánico de Tribunales, reformado por la Ley 19.665, de 9 de marzo de 2000, establece en el Artículo 25 la función de otorgar una adecuada atención, orientación e información a la víctima.

La Profesora Herrera, señala que para el caso de las actividades indagatorias de los defensores, se estima que este derecho cobra un rol primordial y, consecuentemente con ello, la actividad del Ministerio Público se torna esencial. “Por lo anterior se estima necesario reiterar algunas de las sugerencias previstas en el *memorándum* de fecha 9 de noviembre de 2001, de la Gerente de la División de Atención a las Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional al Fiscal Nacional del Ministerio Público, recomendando a los fiscales del Ministerio Público ciertas actuaciones que deben seguirse frente a indagaciones de los defensores:

1.- Instruir a los funcionarios de Carabineros e Investigaciones que trabajan habitualmente con la Fiscalía Local correspondiente para que:

- Expliquen a las víctimas y los testigos el papel que cumple la Policía, el rol de Fiscal y del defensor, en el proceso penal;

- Informen a las víctimas y los testigos sobre sus derechos y el deber que tienen de comparecer y declarar ante el Fiscal; e,

- Informen a las víctimas y los testigos que no tienen el deber de concurrir ni de hablar ante el defensor.

2.- En el primer contacto con la víctima o el testigo, o en el momento en que preste declaración ante el Fiscal,

- Aclararle el papel que el Fiscal cumple en el proceso penal y el rol que le corresponde al defensor;

- Decirle que sólo está obligado a comparecer y declarar ante él y que no tiene obligación alguna de concurrir ni de hablar con el defensor;

- Aconsejarle que, si es llamado por el defensor o éste concurre a su domicilio o lugar de trabajo o es invitado a ir a la defensoría u otro lugar, le avise previamente al Fiscal;

- Advertirle que, si accede voluntariamente a concurrir y hablar ante el defensor, le podrían eventualmente grabar sus dichos, lo que es ilegal sin una autorización expresa; y,

- Solicitarle que le avise de cualquier conducta indebida de parte del defensor o el imputado para adoptar las medidas pertinentes³⁴³.

³⁴³HERRERA SEGUEL, Marta. Op. Cit. Pp. 192.193.

IV.5.2.5.5.- Derecho de las víctimas a solicitar y recibir protección.

La protección de las víctimas frente a probables problemas, hostigamientos o vivencias desagradables que pudieren experimentar producto de haberse iniciado la persecución criminal es un deber hoy para el Estado chileno de la mayor trascendencia. Las consecuencias perjudiciales de la victimización secundaria pueden ser mitigadas con una organización eficiente que pueda entregar respuestas prontas y oportunas a las víctimas. De esta manera, la víctima tiene derecho a pedir a los fiscales del Ministerio Público protección frente a presiones, atentados o amenazas a ella o a su familia. Siguiendo al Fiscal Nacional, don Guillermo Piedrabuena, “No cabe duda que la sola activación del proceso penal no es suficiente para hacer nacer el conflicto que subyace, como también es claro que la efectiva participación de la víctima en dicho proceso requiere de la creación de cierto espacio de protección dentro del cual se pueda desarrollar la confianza necesaria para ejercer los derechos que le confieren las leyes y colaborar en la producción de los objetivos sociales perseguidos. El reconocimiento de un papel a cumplir dentro del proceso penal carecería de sentido sin el establecimiento de mecanismos que procuren proteger la seguridad de la víctima”³⁴⁴.

Este deber de protección del Ministerio Público hacia las víctimas encuentra reconocimiento positivo en la propia Carta Fundamental, en el inciso primero del Artículo 80 A:

*“Artículo 80 A. Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. **De igual manera, le***

³⁴⁴PIEDRABUENA, Guillermo. *La Situación de la Víctima en el nuevo Proceso Penal Chileno*. Op. Cit. Pág. 170.

corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales". (negrita es mía).

Por su parte, el Artículo 1º de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público refuerza esta idea:

*"Artículo 1º. El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. **De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos.** No podrá ejercer funciones jurisdiccionales".* (negrita es mía).

En lo que respecta a las facultades de la víctima, el Artículo 78, literal b) del Código Procesal Penal, señala:

"Artículo 78.- Información y protección a las víctimas. (...)

Los Fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:

b) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados".

En el caso del Tribunal, durante la realización del juicio oral, éste también deberá tomar las medidas del caso para asegurar una tranquila comparecencia y presencia de la víctima, como lo exige el Artículo 289 del CPP, pudiéndose limitar la publicidad de la audiencia del Juicio Oral cuando ello sea necesario para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio.

Piedrabuena señala que la víctima ya no es un objeto de protección, "sino que lo protegido es el derecho de la víctima y su familia a la vida,

seguridad, intimidad y honor, por lo que se trata de la protección de algunos derechos que pueden verse en riesgo como consecuencia del hecho de que una persona haya sido víctima de delito o de su participación como interviniente o testigo en el proceso penal”³⁴⁵. Agrega que “Este desarrollo amplio del concepto de derechos, tanto a la integridad como a la intimidad, puede ser descompuesto en dos dimensiones, una referida a la protección en el sentido estricto, entendida como protección de derechos ligados a la seguridad y vida de las personas, y otra referida a la prevención y disminución de la victimización secundaria, esto es, destinada a proteger los derechos vinculados a la esfera de intimidad de la víctima frente a las afecciones que puedan sufrir con ocasión de la participación de ésta en el proceso penal”³⁴⁶. Lo anterior es del todo relevante, ya que a diferencia del antiguo CdPP, en donde se instrumentalizaba a la víctima, hoy es un sujeto pleno de derechos, “aun en el escenario de existir un riesgo, la persona es considerada como tal, esto es, como un sujeto de derechos capaz de decidir si acepta o no que se adopte una medida de protección en su favor. Ello constituye nuevamente una muestra del avance respecto del rol de la víctima en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal ya que, si bien en el Código de Procedimiento Penal se señala la existencia de un tímido deber de protección, éste se ejercía directamente sobre la persona víctima y no sobre sus derechos, lo que constituía clara muestra de la “instrumentalización” del ofendido a manos del antiguo proceso penal”³⁴⁷.

Siguiendo a los instructivos 11 y 32 del Ministerio Público, las medidas de protección que el fiscal puede adoptar sin autorización del Juez de Garantía, por no afectarse por ello los derechos del imputado, son por ejemplo, las siguientes:

³⁴⁵ PIEDRABUENA, Guillermo. *La Situación de la Víctima en el nuevo Proceso Penal Chileno*. Op. Cit. Pág. 161.

³⁴⁶ PIEDRABUENA, Guillermo. *La Situación de la Víctima en el nuevo Proceso Penal Chileno*. Op. Cit. Pág. 161.

³⁴⁷ *Ibíd.*

- a) Ubicación de la víctima en una casa de acogida u otra que señalare, por un período determinado. Cuando fuere necesario, podrá disponer que la policía traslade a la víctima a una de estas casas;
- b) Comunicarse con el imputado ordenándole el cese de la situación de violencia o de peligro para la víctima, en cumplimiento de los Artículos 166, inciso tercero y 180, inciso segundo del CPP, que obligan al Ministerio Público interrumpir la comisión del delito o impedir que produzca consecuencia ulteriores;
- c) Solicitar a la compañía de teléfonos respectiva el cambio del número telefónico del domicilio de la víctima;
- d) Rondas periódicas de Carabineros de Chile al domicilio de la víctima;
- e) Consultas telefónicas periódicas de la policía a la víctima;
- f) Traslado policial de la víctima a determinadas audiencias ante los Tribunales;
- g) Excepcionalmente, previa instrucción particular del Fiscal Regional, punto fijo en la casa de la víctima o en la casa de acogida en que hubiere sido ubicada;
- h) Las medidas de protección indicadas en las instrucciones generales sobre atención y protección de testigos, en la medida que la víctima intervenga como testigo.

El Fiscal deberá ir registrando en el expediente o cuaderno de investigación las medidas que adoptare.

Este deber de protección emana de la exigencia legal del Artículo 6º, inciso primero del CPP. Por su parte, el deber de protección que tienen los tribunales para con las víctimas surge de la misma norma:

“Artículo 6º.- Protección de la víctima. El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su

parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento”.

Por otro lado, la seguridad de la víctima es un motivo importante para el legislador a la hora de pensar que es necesario decretar o proseguir con la prisión preventiva de un sujeto formalizado por la comisión de un delito. La medida cautelar es, de este modo, indispensable porque la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad del ofendido.

Como lo señala el Artículo 140 del CPP, inciso final, “se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia de sus bienes”³⁴⁸.

No obstante, como recuerda el Profesor Maturana³⁴⁹, dado que la prisión preventiva es la medida cautelar más gravosa consagrada por el sistema procesal penal, ella sólo puede ser decretada por la insuficiencia o inoperancia de las otras medidas cautelares personales de que se dispone para proteger a la víctima y su seguridad:

“Artículo 155.- Enumeración y aplicación de estas medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

³⁴⁸ Esta norma fue modificada por la reforma introducida al Código Procesal Penal a través de la Ley 20.074 de 14 de noviembre de 2005. La norma primitiva exigía una situación más gravosa: *se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia de sus bienes*. El vocablo graves, fue suprimido por el legislador, disminuyéndose los requisitos para el decretar la prisión preventiva por este evento.

³⁴⁹ MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 268.

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

Finalmente, como señala la Profesora Herrera Seguel, “Dentro del ámbito de protección, es importante hacer presente que lo protegido no es la persona de la víctima sino sus derechos y, considerando, como se dijo al comienzo de este acápite que el derecho al trato digno, a la información y a la protección constituyen las condiciones necesarias para que la víctima pueda ejercer derechos de carácter sustantivo al interior del proceso penal, se estima que la protección que brinde el sistema penal debe permitirle, a lo menos, el ejercicio de su derecho a ejercer pretensiones penales, el que se vería vulnerado con una actividad de la defensa no de carácter indagatoria sino, directamente, destinada a doblegar o manipular la voluntad de la víctima”³⁵⁰.

IV.5.2.5.5.1.- La División de Atención a las Víctimas y Testigos del Ministerio Público.

La Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, establece, dentro de las unidades de la Fiscalía Nacional, la División de Atención a las

³⁵⁰ HERRERA SEGUER, Marta. Op. Cit. Pág. 195.

Víctimas y Testigos (Artículo 20, letra f), que tiene por objeto el velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público el Código Procesal Penal. A su vez, el Artículo 34, letra e) de la misma ley establece, dentro de las unidades administrativas de las Fiscalías Regionales, la Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, que tiene por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público el Código Procesal Penal y leyes afines. A estas Unidades les corresponde un rol de carácter operativo, ejecutivo, incumbiéndole a la División Nacional una labor fiscalizadora del cumplimiento de los deberes encomendados al órgano persecutor por la ley procesal penal³⁵¹. Por su parte, el Artículo 32, literal g) de dicho cuerpo legal prescribe que corresponderá al Fiscal Regional el disponer las medidas que faciliten y aseguren la debida atención de las víctimas y demás intervinientes. Por último, el Artículo 17 establece que será el Fiscal Nacional, en uso de sus facultades, quien dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de protección de las víctimas.

Una interpretación sistemática de todas estas normas permite concluir que existen dos ámbitos de acción de la División y de las Unidades Regionales; uno que emana directamente de los Artículos 20 letra f) y 34 letra e) de la Ley 19.640, ya citados, y otro que deriva de la Constitución Política y del Artículo 1º de la Ley 19.640, que es más amplio y obliga a cumplir con las instrucciones generales que le imparta el Fiscal Nacional para el adecuado cumplimiento del deber de protección a las víctimas³⁵².

Por consiguiente, el Fiscal Nacional haciendo uso de la atribución conferida por el Artículo 17 letra a) de la ley 19.640 puede encomendar a la División de Atención a las Víctimas y a la Unidades Regionales, además de las

³⁵¹ Boletín del Ministerio Público, N°2, junio de 2001. *Aspectos Orgánicos y Funcionales de la Reforma Procesal Penal en relación a la víctima*. Op. Cit. Pág. 80.

³⁵² *Ibíd.*

funciones comprendidas en los Artículos 20 letra f) y 34 letra e), otras que estimare necesarias para el adecuado cumplimiento del deber de protección que le ha sido impuesto al Ministerio Público³⁵³.

En este contexto, el Fiscal Nacional, por Resolución 103, de 08 de mayo de 2000, ha impartido instrucciones generales relativas al funcionamiento de la División de Atención a las Víctimas y Testigos y le ha fijado como objeto específico y principal la elaboración de políticas y programas y la ejecución de acciones destinadas a procurar una debida atención y protección a las víctimas de delitos durante todo el proceso penal³⁵⁴.

En conformidad a lo prescrito por el Artículo 6º del nuevo Código Procesal Penal, es deber del Ministerio Público velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal y, en consecuencia, constituye una primera función de la División de Atención a las Víctimas cuidar, solícita y diligentemente, por el cumplimiento de este deber de protección³⁵⁵.

A tales efectos, el Fiscal Nacional le ha asignado, por la Resolución antes citada, las funciones de coordinación y supervisión de las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y de mantención de una constante intercomunicación con los organismos policiales y demás organismos auxiliares, con los fiscales adjuntos, con los juzgados de garantía y con los tribunales de juicio oral en lo penal, a fin de que se adopten medidas que fueren necesarias para la protección de la víctima y de su familia³⁵⁶.

³⁵³ Boletín del Ministerio Público, N°2, junio de 2001. *Aspectos Orgánicos y Funcionales de la Reforma Procesal Penal en relación a la víctima*. Op. Cit. Pág. 80.

³⁵⁴ *Ibíd.*

³⁵⁵ *Ibíd.*

³⁵⁶ *Ibíd.*

De igual manera, le corresponde a la división velar por la observancia de la correcta aplicación de las instrucciones generales que el Fiscal Nacional imparta a los fiscales para el cumplimiento de los deberes de protección de las víctimas³⁵⁷.

Asimismo, le compete a la División cuidar por el cumplimiento del deber de los fiscales de facilitar la intervención de la víctima en el procedimiento y de evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir. En el ejercicio de esta función, la División debe mantener, por medio de las Unidades Regionales, una constante intercomunicación con los fiscales y adoptar las medidas que se requirieren para asegurar la participación de la víctima en todas las etapas del proceso penal y el efectivo ejercicio de sus derechos³⁵⁸.

Por otra parte, la nueva legislación procesal penal, como antes se dijo, impone deberes a las policías, tales como prestar auxilio a la víctima sin necesidad de instrucciones particulares previas de los fiscales. Al respecto, le asiste al Fiscal Nacional, conforme ya fue dicho, la obligación de impartir las instrucciones generales a las policías para el efectivo cumplimiento de este deber y, consecuentemente, a la División de Atención a Víctimas la de velar por la aplicación correcta de dichas instrucciones³⁵⁹.

Para los efectos precedentes, la División, a través de las Unidades Regionales, deberá establecer mecanismos de comunicación con las víctimas a fin de recabar información acerca de la forma en que las policías y los fiscales han cumplido con sus deberes de auxilio y protección, respectivamente³⁶⁰.

³⁵⁷ Boletín del Ministerio Público, N°2, junio de 2001. *Aspectos Orgánicos y Funcionales de la Reforma Procesal Penal en relación a la víctima*. Op. Cit. Pág. 80.

³⁵⁸ *Ibíd.*

³⁵⁹ *Ibíd.*

³⁶⁰ *Ibíd.*

A su vez, la Resolución 103, establece que la División tendrá por objeto promover en las potenciales víctimas de delitos la adopción de medidas dirigidas a la prevención de éstos, a fin de propender a la disminución de la victimización. Al respecto, es necesario aclarar que este objeto se cumplirá sólo en la medida en que el Ministerio Público cuente con los recursos necesarios y, únicamente, en calidad de colaborador de otras instituciones estatales dedicadas a la materia³⁶¹.

Además, conforme con la resolución antes citada, para el cumplimiento de su objeto, la División podrá ejercer, entre otras, las siguientes funciones:

- Disponer de catastros actualizados de las instituciones públicas y privadas que actúen en la protección de víctimas y en la prevención de delitos, y mantener una debida coordinación con estas instituciones;
- Elaborar folletos o gráficos dirigidos, especialmente, a informar sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal y de los actos que deben ejecutar para ejercer tales derechos;
- Confeccionar estadísticas periódicas sobre victimización;
- Dictar charlas, organizar talleres u otros eventos de divulgación de las teorías y prácticas de la Víctimología como, asimismo, de conocimiento de los problemas más relevantes atinentes a las víctimas;
- Preparar contratos o convenios con personas naturales o jurídicas, que tengan por objeto procurar la reparación de los daños causados a las víctimas de los delitos; y,
- Proponer programas de capacitación y perfeccionamiento de los fiscales y funcionarios del Ministerio Público sobre Víctimología.³⁶²

³⁶¹ Boletín del Ministerio Público, N°2, junio de 2001. *Aspectos Orgánicos y Funcionales de la Reforma Procesal Penal en relación a la víctima*. Op. Cit. Pág. 80.

³⁶² *Ibíd.*

Dentro de esta unidad, cabe destacar y explicar los tipos de ayuda prestados³⁶³. Existen los apoyos de primer y de segundo orden. Los primeros, entregan una primera acogida y ayuda para hacer frente a las consecuencias derivadas del delito (victimización primaria), gestiones que incluyen dar información, orientación, evaluar el trato recibido y derivar a la víctima a la red asistencial. Por su parte, las atenciones de segundo orden son las que buscan disminuir las perturbaciones que pueden sufrir las víctimas con ocasión de su intervención en el proceso penal (victimización secundaria). Estas gestiones incluyen, por una parte, acompañamiento a la víctima en diligencias de investigación –exámenes corporales, ruedas de reconocimiento de imputados, declaración ante el fiscal- y preparación psicológica para el juicio oral; y, por otra parte, acciones de coordinación con el fiscal dirigidas a evitar la victimización secundaria.

En cuanto a la forma de derivación, desde el año 2004, las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, cuentan con un sistema informático, (SIVT), el cual permite registrar las actividades que los profesionales de dichas unidades desarrollan con las víctimas y testigos que son derivados por los fiscales³⁶⁴.

IV.5.2.5.6.- Derecho de las víctimas a obtener reparación.

Este tema será analizado con extensión en el capítulo IV de esta memoria de grado.

³⁶³ROJAS VALDEBENITO, Sonia y RETAMAL WIDMAIER, Sofía. *Víctimas de Delitos: Su atención y protección*. Documento publicado en Boletín del Ministerio Público N°6, octubre de 2001. Pág. 106. Disponible en sitio web institucional: <http://www.ministeriopublico.cl>.

³⁶⁴ A este respecto, resulta interesante el Oficio N°13, de 06 de enero de 2005, del Fiscal Nacional a los Fiscales Regionales y Adjuntos del país. Disponible en sitio web institucional.

IV.5.2.5.7.- Derecho de las víctimas a ser escuchadas.

Este tema ha generado controversia, toda vez que si bien es un avance el hecho de que la víctima deba ser escuchada antes de tomarse decisiones importantes que determinarán la continuidad o no del proceso penal, es digno de análisis el ver si este derecho a ser escuchada tiene implicancia práctica real en las decisiones finales, que serán, ya bien del fiscal del Ministerio Público, o del Juez.

- a) La víctima debe ser escuchada por el fiscal, de acuerdo al Artículo 167 del CPP antes de proceder a archivar provisionalmente la investigación. El fiscal informará a la víctima sobre el significado de su decisión, los motivos que la fundan, sus efectos penales y civiles y los derechos que puede ejercer³⁶⁵. De acuerdo al instructivo 11 del Ministerio Público, en particular, informará a la víctima respecto de su derecho de solicitar la reapertura del procedimiento y diligencias de investigación, de reclamar en caso de denegación, de provocar la intervención del Juez de Garantía deduciendo la querrela respectiva y, cuando fuere pertinente, los efectos del archivo provisional respecto de la acción civil en conformidad al Artículo 68 del CPP. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Deberá registrar estas actividades.

³⁶⁵ El Archivo Provisional, contemplado en el Artículo 167 del CPP, es una institución que tiene por finalidad el ahorrar recursos al sistema cuando desde un principio no existe perspectiva razonable de éxito para la persecución penal de un determinado hecho y se han superado los controles que la ley establece para su utilización abusiva. De esta manera, congela el caso hasta que aparezcan antecedentes que permitan un proceso de investigación exitoso y se logre la acumulación de pruebas; se actúa con honestidad frente al sistema al no crear falsas expectativas en las víctimas; se racionalizan los recursos en los momentos iniciales de la investigación; es una facultad del Fiscal ejercida de modo transparente y conocido; y, sus consecuencias son reversibles.

- b) La víctima debe ser escuchada antes de que el Fiscal ejerza la facultad de no iniciar la investigación, como lo señala el Artículo 168 del CPP. El Fiscal deberá informar a la víctima sobre el significado de su decisión, los motivos que la fundan, sus efectos y los derechos que puede ejercer. En particular, informará a la víctima de su derecho a provocar la intervención del Juez de Garantía deduciendo la querrela respectiva. De la misma manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Deberá, también, registrar estas actividades. De acuerdo al instructivo 11 del Ministerio Público, ejercida esta facultad, el fiscal informará a la víctima de haber sometido la decisión a la aprobación del juez de garantía y del derecho de ser oída, si lo solicitare, por el mismo antes de resolver.
- c) La víctima debe ser escuchada antes de que el Fiscal aplique el principio de oportunidad en conformidad al Artículo 170 del CPP. El fiscal informará a la víctima sobre el significado de su decisión, los motivos que la fundan, sus efectos penales y civiles y los derechos que puede ejercer. En particular, el fiscal informará a la víctima respecto de los trámites siguientes a la decisión, del plazo y forma para ejercer su derecho de oposición ante el juez y, cuando fuere pertinente, los efectos de la aplicación del principio de oportunidad respecto de la acción civil en conformidad al Artículo 68 del CPP (curso de la acción civil ante la suspensión o terminación del procedimiento penal). Antes de tomar la decisión, el fiscal escuchará el parecer de la víctima a este respecto. Cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal escuchará también la opinión de aquél. Deberá, igual que en las otras actividades, llevar registros de las actuaciones.

- d) La víctima debe ser escuchada antes de que el fiscal solicite la suspensión condicional del procedimiento, como lo señala el Artículo 237 del CPP. Deberá ser informada acerca del significado de esta institución, los efectos civiles y penales 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 CPP. De la misma forma, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Se llevará registro de estas actuaciones.
- e) La víctima debe ser escuchada cuando, a juicio del fiscal, procediere un acuerdo reparatorio, conforme al Artículo 241 del CPP. Se deberá 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 esta evaluación, resulta posible llegar a un acuerdo reparatorio, la unidad conducirá un proceso de conciliación penal invitando ante sí a la víctima y al imputado. Se propondrán las bases de acuerdo y se dejará constancia por escrito de sus términos. Antes de la audiencia correspondiente, la UAVT informará al fiscal acerca del proceso de conciliación y los términos del acuerdo.
- f) La víctima debe ser escuchada antes de que el fiscal solicite el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, informando a la víctima

la causal invocada por la que se pide el sobreseimiento, el curso del procedimiento, de su derecho a ser oída, si así 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 CPP y, cuando fuere pertinente, los efectos del sobreseimiento respecto de la acción civil en conformidad al Artículo 68 del CPP. De la misma manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Asimismo, se registrarán estas actividades.

g) La víctima debe ser escuchada antes de que el Fiscal comunique la decisión de no perseverar en el procedimiento, de conformidad con el Artículo 248, literal c) del CPP. El fiscal informará a la víctima sobre las razones de la decisión, los efectos penales y civiles de la misma y su derecho a reiterar diligencias de investigación en conformidad al Artículo 257 del CPP. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Asimismo, registrará cada una de estas actividades.

h) La víctima debe ser escuchada por el Tribunal, si lo solicita, antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa.

IV.5.2.5.8.- Derecho De las víctimas a presentar querrela.

De acuerdo al Artículo 109, literal b) del CPP, la víctima tiene el derecho a presentar querrela criminal en contra de los eventuales responsables de la comisión de delito, a través de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

Ésta, debe ser presentada ante el Tribunal de Garantía competente para conocer del ilícito, antes de que el Fiscal declare cerrada la investigación³⁶⁶, la que una vez admitida a tramitación debe ser remitida a las oficinas del Ministerio Público (Artículo 112 CPP), y a partir de ese momento, el querellante podrá hacer uso de los derechos que le confiere el Artículo 261.

El querellante como sujeto procesal está regulado en el CPP en los artículos 111 a 121, inclusive, conformando el párrafo 7º del Título IV del Libro I de dicho Código.

Siguiendo al Profesor Maturana³⁶⁷, el querellante es la víctima, heredero testamentario u otra persona excepcional y expresamente autorizada por la ley, que ha realizado un acto jurídico procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al Juez de Garantía competente, por la cual le solicita que ordene al Ministerio Público la iniciación de una investigación penal o lo tenga como parte de una investigación ya existente, para ejercer los derechos que le confiere la ley dentro del proceso penal.

El querellante se diferencia del denunciante, porque no sólo persigue poner en conocimiento de la comisión de un hecho aparentemente delictivo ante el tribunal competente para que el Ministerio Público provea a su averiguación, sino que la voluntad principal que se expresa por el querellante es

³⁶⁶ MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 270.

³⁶⁷ Id. Pág. 271.

la de ser parte en el proceso penal, ejerciendo la pretensión punitiva y realizando los demás actos para los cuales se le confiere legitimidad por la ley³⁶⁸.

La querrella puede dar inicio a la investigación si ésta no se hubiere iniciado por los otros dos medios contemplados en la ley, esto es, de oficio por el Ministerio Público o por denuncia (Artículo 172). Como bien señala Maturana³⁶⁹, se debe tener presente que tratándose de los delitos de acción penal privada, la querrella es siempre la única forma de dar inicio al procedimiento penal (Artículo 400 del CPP) y que ella sólo puede ser presentada por la víctima según lo dispuesto en el inciso tercero del Artículo 18 en relación al Artículo 55 del CPP.

Frente a una investigación ya iniciada, el querellante podrá igualmente presentar su escrito para ejercer los derechos señalados por el Artículo 261 del CPP.

La querrella puede ser presentada, de acuerdo al Artículo 111 del CPP por la víctima, su heredero testamentario o su representante legal. Ahora bien, señala el inciso segundo de la norma en comento, también se podrá querellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública. Si la persona se haya domiciliada en la región, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto, también puede querellarse. Ahora bien, no puede querellarse, de acuerdo al Artículo 116 del CPP, entre sí, sea por delitos

³⁶⁸MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 271.

³⁶⁹Ibíd.

de acción pública o privada, los cónyuges, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus hijos, o por el delito de bigamia, y, los consanguíneos en toda la línea recta, los colaterales y afines hasta el segundo grado, a no ser por delitos cometidos por unos contra los otros, o contra su cónyuge o hijos.

En cuanto a los requisitos formales, de acuerdo al Artículo 113 del CPP, toda querrela criminal deberá presentarse por escrito ante el Juez de Garantía y deberá contener:

- a) La designación del Tribunal antes el cual se entablare;
- b) El nombre, apellido, profesión u oficio y domicilio del querellante;
- c) El nombre, apellido, profesión u oficio y residencia del querellado, o una designación clara de su persona, si el querellante ignorare aquellas circunstancias. Si se ignoraren dichas determinaciones, siempre se podrá deducir querrela para que se proceda a la investigación del delito y al castigo de el o de los culpables;
- d) La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes día y hora en que se hubiere ejecutado, si se supieren;
- e) La expresión de las diligencias cuya práctica se solicitare al Ministerio Público; y,
- f) La firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiere firmar.

El Profesor Maturana³⁷⁰ agrega las siguientes exigencias:

- g) El querellante debe estar legitimado para presentar la querrela;
- h) El querellante no debe estar afecto a una prohibición legal de las contempladas en el Artículo 116 del CPP; y,

³⁷⁰MATURANA, Cristián. Op. Cit. Pág. 272.

- i) El querellante debe dar cumplimiento a los requisitos del ius postulandi, por lo que debe constituir patrocinio y poder.

IV.5.2.6.- Posición y Calidad de la Víctima en el Juicio Oral.

Una vez ya estudiados los derechos que nuestro ordenamiento jurídico le entrega a las víctimas, se hace necesario estudiar el estatus del que cuenta la víctima para participar dentro del Juicio Oral, una vez que éste se ha iniciado a la luz de la normativa vigente.

Se analizarán dos situaciones del todo importantes. Por una parte, el si la víctima tiene un estatus diferenciado al de los testigos o está sujeta a los mismos deberes que éstos tienen. Y por otra parte, la posibilidad de ser o no compelida a prestar declaración por los medios coactivos que el legislador plantea para los testigos.

IV.5.2.6.1.- Víctima y Testigos en el Juicio Oral.

Uno de los principios básicos que rigen el proceso penal actual, en materia de declaraciones testimoniales es que no existen testigos inhábiles. Habiéndose concebido un procedimiento de carácter contradictorio y acusatorio, serán las partes las llamadas a demostrar frente a los juzgadores lo inexacto de los testimonios de su contraparte o lo débil de sus argumentaciones en base a no poseer la debida idoneidad para que los Jueces tomen en cuenta dicho testimonio a la hora de fallar.

A este respecto, señala el inciso primero del Artículo 298 del CPP:

“Artículo 298.- Deber de comparecer y declarar. Toda persona que no se encontrare legalmente exceptuada tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial practicado con el fin de prestar declaración testimonial; de declarar la verdad sobre lo que se le preguntare y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración”.

A juicio de Lautaro Contreras y Luis Emilio Rojas, no existiendo una norma que le permita a la víctima eximirse de declarar, como sí el imputado puede no hacerlo en razón de su derecho a guardar silencio (Artículo 8.2 del Pacto de San José; 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Artículo 93, inciso segundo, literal g) del CPP), la amplitud de los términos que emplea el inciso primero del Artículo 298, nos lleva a afirmar que el ofendido tiene la obligación de prestar declaración testimonial³⁷¹.

Esta idea la reafirma la primera parte del Artículo 309 del CPP, cuando establece que *“En el procedimiento penal no existirían testigos inhábiles”*.

Por tanto, no existiendo testigos inhábiles, cualquier persona llamada por la autoridad está obligada a prestar declaración, todos tienen capacidad en abstracto para deponer como testigos en cualquier proceso³⁷². Ahora bien, el legislador en los Artículos 300 y siguientes plantea hipótesis de excepción para las personas que indica. Sin embargo, como bien apuntan Lautaro Contreras y Luis Emilio Rojas³⁷³, “La regla precedente no obsta que en la práctica

³⁷¹ CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro y ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *El estatuto jurídico de la víctima en el juicio oral. Análisis de la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema el 2 de octubre de 2002 (RUC 0100015692)*. Documento publicado en el Boletín del Ministerio Público N° 13, noviembre de 2002, Pág. 154. Disponible en sitio web institucional: <http://www.ministeriopublico.cl>.

³⁷² *Ibíd.*

³⁷³ *Ibíd.* Los autores entregan una extensa reseña de fallos, tanto de jurisprudencia nacional como extranjera acerca del concepto de testigo. Por ejemplo, la Iltma. Corte de Apelaciones de Chillán, el 5 de

reconozcamos 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 el seno de 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, atendiendo 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 Artículo 284 del CPP, que exige la presencia ininterrumpida del ministerio público en el juicio, cuando, por otra parte, el Artículo. 329, inciso final, del mismo Código señala que los testigos no pueden ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere 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”.

enero de 1948, señaló que la expresión *testigo* abarca a toda persona que concurre a declarar en el juicio criminal sobre hechos que de alguna forma le consten (5 de enero de 1948, G. 1948, primer semestre, N° 67, P. 373). Por su parte, la Iltna. Corte de Apelaciones de Concepción declaró que son testigos todas las personas que declaran 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).

Teniendo presente esta fundamental idea, en que no hay testigos inhábiles en el proceso penal, es que no creemos que habría mayor problema en estimar que la víctima es un testigo plenamente hábil para declarar en el Juicio Oral, pudiendo incluso ser compelida por el Ministerio Público con las medidas contempladas en el Artículo 33 del CPP. Pero, también teniendo presente que uno de los principios inspiradores de la Reforma Procesal Penal es el de la protección a las víctimas del delito, sobre todo a fin de evitar en éstas el fenómeno de la victimización secundaria, es que, teniendo en cuenta el articulado ya enunciado, y el que la ley le obliga al Ministerio Público, a la Policía y a los Tribunales de Justicia la protección de las víctimas, es que las medidas coactivas deben ser aplicadas en contra del ofendido sólo, cuando todo lo demás ha fallado y es la única forma de asegurar su comparecencia en juicio.

El ser la víctima un interviniente en el proceso penal (Artículo 12 CPP) no obsta a su participación como testigo en el Juicio Oral. A este respecto, Chahuán, citado por la Profesora Horvitz³⁷⁴, señala que la víctima no puede ser identificada en un sentido práctico-técnico como testigo, pero ello no es un límite para que pueda declarar en los mismos términos que un testigo y, por ende, para efectos prácticos y de consecuencias procesales los conceptos se identifican. Finalmente, estima tal como se señaló recién, que es posible compeler a la víctima a declarar, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 33 del CPP.

No hay incompatibilidad tampoco entre el hecho de que la víctima sea interviniente en el juicio y también sea testigo. El derecho que se ejerce en virtud del Artículo 109, literal e) del CPP es precisamente como interviniente,

³⁷⁴HORVITZ LENNON, María Inés. *Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos del Corte Suprema*. Revista de Estudios de la Justicia, N° 3, año 2003, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

mientras que la declaración que efectúa cumpliendo la exigencia del Artículo 298 del CPP es como testigo, como cualquier otro ciudadano.

Esta situación se entiende ya que, si bien el legislador es explícito en asegurar los derechos de las víctimas (Artículo 109 CPP), también está sujeto a determinados deberes, como corresponde a cualquier ciudadano para colaborar con la persecución penal de los delitos, como comparecer frente al Tribunal y prestar la correspondiente declaración testimonial. Con toda razón la Profesora Horvitz señala que la ley no hace excepción a esta obligación procesal en tanto ofendido por el delito, sino en mérito a consideraciones de orden personal, de secreto o a la investidura del afectado. Agrega la reconocida penalista, respondiéndose a la pregunta sobre la calidad en la que prestaría su declaración una víctima, que lo deseara hacer en forma voluntaria, el que no existe una regulación especial para la declaración de las víctimas en el juicio y no parecería razonable afirmar que la víctima “adquiere” el estatus de testigo cuando acepta declarar voluntariamente³⁷⁵.

En síntesis, siguiendo a Lautaro Contreras y Luis Emilio Rojas³⁷⁶, 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 podemos tolerar, pues significa que, por una decisión unilateral de otros

³⁷⁵ HORVITZ LENNON, María Inés. *Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos del Corte Suprema*. Op. Cit.

³⁷⁶ CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro y ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. Op. Cit. Pág. 154.

intervinientes como el Ministerio Público, el propio querellante o la misma defensa, la víctima deja de ser un *sujeto* legitimado 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*". Continúan señalando que "Esta solución del problema, también bastante fácil, supone preferir 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. Como veremos, esta solución entra en pugna con uno de los principios fundamentales de la Reforma en materia probatoria, así como 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"³⁷⁷. Es la solución por la que optan los autores en comento y el autor de la presente memoria, acorde a la legislación vigente³⁷⁸

³⁷⁷ CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro y ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. Op. Cit. Pág. 154.

³⁷⁸ Una de las innovaciones que entrega el Código Procesal Penal, es el sistema de libre valoración de la prueba, indispensable en un procedimiento oral y contradictorio. La no existencia de prueba legal o tasada, propia del sistema inquisitivo permite esta compatibilidad entre las calidades de testigo y víctima. Así, de acuerdo al Artículo 297, "*Los Tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*". Por ende, la eventual declaración de una víctima como testigo sólo podrá ser evaluada por el juzgador en la medida que dicho testimonio tenga el peso y la credibilidad suficiente para ser considerado como tal. En resumen, el sistema de valoración de la prueba refuerza esta tercera solución.

**TERCERA PARTE.
LOS MODELOS DE REPARACIÓN PENAL.**

CAPÍTULO QUINTO.
VÍCTIMAS Y REPARACIÓN.
V.1.- LA REPARACIÓN COMO UNA NECESIDAD DE PAZ SOCIAL. V.2.- LOS
PRINCIPALES MODELOS DE REPARACIÓN PENAL.

V.-

CAPÍTULO QUINTO.

VÍCTIMAS Y REPARACIÓN.

*“Se terminó el silencio,
se desterró el olvido,
se reivindicó la dignidad”³⁷⁹*

V.1.- LA REPARACIÓN COMO UNA NECESIDAD DE PAZ SOCIAL.

V.1.1.- La dificultad a la hora de hablar de reparación.

Hablar de reparación es entrar de lleno a una de las materias más complejas del Derecho Penal, en tanto, sistematización de normas y principios que buscan la restauración de la paz social, quebrantada por el delito.

Por otra parte, frente a medios de comunicación que diariamente, casi con exceso, muestran la crónica roja con grandes titulares, es que la sociedad

³⁷⁹ LAGOS ESCOBAR, Ricardo. *Para nunca más vivirlo, para nunca más negarlo*. Documento elaborado por la autoridad presidencial, como introducción al Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Edición del Ministerio Del Interior. La Nación S.A., febrero de 2005. Pág. 8.

comienza a reaccionar de una manera diversa frente al delito, mostrando una nueva forma de entenderlo, punirlo, y repararlo. Es este último concepto, el de reparación, el que será foco de estudio en este último capítulo.

Y, dogmáticamente es también dificultoso el escribir acerca de la reparación como una necesidad de paz social, ya que ésta quiebra uno de los elementos más característicos del Derecho Penal estatal, es decir, la reacción punitiva como única y excluyente solución³⁸⁰. A este respecto, el profesor de nuestra Escuela, Juan Pablo Mañalich, ha señalado que la introducción explícita de la reparación en el ámbito penal, ya desde una perspectiva abstracta, pero sobre todo en la forma en que ello se manifiesta en el Código Procesal Penal vigente, importa un quebrantamiento sustantivo de los criterios que permitieron el surgimiento del Derecho Penal liberal en el contexto de la ilustración, quebrantamiento cuya consecuencia fundamental consiste en la negación del carácter público del conflicto que el delito supone y, por ende, en el desconocimiento de la justificación material estándar para la intervención punitiva del Estado³⁸¹. El sistema penal neutraliza a la víctima para cumplir sus fines, negándole la venganza privada. Se prescinde de la víctima concreta, de la víctima actual, para resguardar a la víctima potencial^{382/383}. Con igual crítica,

³⁸⁰ BOVINO, Alberto. *La participación de la víctima en el procedimiento penal*. Op. Cit. Pág. 426.

³⁸¹ MAÑALICH, Juan Pablo. *Víctima y reparación en el Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 1.

³⁸² *Ibíd.*

³⁸³ Los conceptos de víctima potencial y víctima actual fueron introducidos a la doctrina penal por SEELMAN, "*Paradoxien der Opferorientierung im strafrecht*", JZ, 1989, Pp. 670 y ss., citado por SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación"*, en "*La Participación de la Víctima en el procedimiento penal*". Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003. Pág. 194. Con respecto a la importancia de los conceptos de víctima actual y víctima potencial, las palabras de Silva Sánchez, hablando de la orientación que esta rama jurídica le ha entregado a las víctimas del delito a lo largo del tiempo, clarifican la discusión: "Conviene plantear los pro y los contra de la "orientación a la víctima". Pues bien, de entrada procede realizar cuatro observaciones con el fin de situar el problema en su dimensión real. En *primer lugar*, aludiendo al aparente sinsentido inicial de tal "reorientación": el derecho Penal público de la Edad Moderna surgió precisamente para "*neutralizar*" –y no lo indico en términos peyorativos, sino más bien meliorativos –a la víctima *actual* del delito. El "*ius puniendi*" como monopolio del Estado tiene su origen en una desconfianza respecto a la posible reacción al delito por parte de la víctima actual, y su capacidad real para resolver el conflicto desatado por el autor *al menor coste posible* (de ahí la desaparición de los sistemas de venganza privada). En *segundo lugar*, subrayando que el derecho penal moderno *siempre ha estado orientado a la víctima*: concretamente, a la víctima *potencial*, tratando precisamente de impedir que deviniera víctima actual. Y ahí debe situarse su

Silva Sánchez indica que no le “parece que al Derecho Penal le corresponda restañar las heridas morales causadas por el delito y resolver el conflicto humano desencadenado por éste. Si a ello se añade el nulo papel que en un modelo de esta naturaleza (orientado a las víctimas) desempeñan consideraciones de legalidad, de igualdad, de culpabilidad, de no injerencia en el fuero interno, puede sostenerse que los argumentos críticos superan con crecen en entidad a los que pretenden tener un efecto legitimador de tales propuestas”³⁸⁴.

El jurista argentino Julio B. Maier, citando al Profesor Weigend, ve a la reparación y a esta nueva orientación por conocer a la víctima y su reparación como una manifestación del sistema democrático, propio del Estado de Derecho: “Cómo se llega a vivir hoy un renacimiento de algunos elementos del procedimiento de partes y, también, de la idea de la reparación. Él señala el hecho de que ya en el sistema compositivo antiguo se había desarrollado una forma mixta entre pena y resarcimiento jurídico-civil del daño, que es designada hoy, a menudo, como previa al Derecho Penal. En verdad, empero, se había llevado a cabo en ese sistema originario de Derecho Penal libre, hoy redescubierto, una reintegración del autor, mientras que la mediatización del conflicto individual y grupal por intermedio de la paz de Dios o estatal condujo, como se conoce, a la formación de un Derecho Penal servil a la autoridad, contra los súbditos. En un Derecho Penal entre hombres libres e iguales, la

mayor virtud: no tanto en tratar de reparar una situación de victimización, reparación que, en general, será imposible de alcanzar en toda su plenitud, sino tratando de impedir la propia victimización. En otras palabras, intentando impedir que la víctima potencial se convirtiera en víctima actual. En *tercer lugar*, haciendo hincapié en que entre la orientación a la víctima potencial (o incluso a la comunidad-víctima actual, si es que el empleo de este término tiene sentido) y a la orientación a la víctima actual se producen antinomias y fricciones, pues las conclusiones a las que se llega siguiendo una u otra orientación son radicalmente diversas. Y, en fin, *en cuarto lugar*, concluyendo que la resolución de tales antinomias parece que, de entrada, debe dar primacía a la orientación a la víctima potencial, cuya “reparación” será “más que total” si se ha conseguido que no experimente daño alguno. Tales consideraciones preliminares parece que han de ser tenidas muy en cuenta cuando se trata de valorar el sentido y alcance de la “orientación de la Política actual” que por muchos se postula en nuestros días”.

³⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”*, Op. Cit. Pp. 191-192.

reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente. El movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales: donde viven sujetos de derecho en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido, como afectado en sentido propio, será promovido a una figura central del procedimiento penal”.³⁸⁵

La reparación manifiesta el conflicto entre los intereses estatales en la persecución penal y los intereses de la víctima. Al respecto, señala Bovino, se debe tener presente que no todas las víctimas tienen los mismos sentimientos, reacciones y necesidades, y que la justicia penal no considera a las personas en su singularidad. El Derecho Penal con su única respuesta, la pena, ignoraría los intereses concretos de las personas que han sido victimizadas. Experiencias empíricas habrían contribuido a destruir el mito de la “víctima vengativa”. En un servicio de atención a las víctimas de París, se determinó que las personas que asistían no hacían diferencias entre asuntos penales y civiles, esto es, que el público no se reconocía en las distinciones puramente jurídicas. También se determinó que acudían espontáneamente personas que, aunque se consideraban víctimas, no tenían la voluntad de perseguir penalmente. Quienes trabajan en el servicio afirmaron que las personas que allí acudían, no exteriorizaban un ánimo vengativo. Hablan del perjuicio que sufrieron, con la esperanza de hacer cesar la situación que experimentaron y recobrar, si

³⁸⁵ WEIGEND, Thomas. *Tagungsbericht (Diskussionbeiträge der Strafrechtslehretagung 1981 in Bielefeld.*, en “*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*” N° 93, Edit. W. de Gruyter, Berlín-New York, 1981, Pp. 1281 y ss., citado por MAIER, Julio. *¿Es la reparación una tercera vía del Derecho Penal?* En *El derecho penal del Siglo XXI, Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba*, VVAA., Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2005. Pág. 350.

procede, su dinero. Lo que quieren esas víctimas es obtener reparación y volver a encontrar la paz³⁸⁶.

En las páginas anteriores vimos con especial atención la participación histórica de las víctimas del delito, analizando el desarrollo de la víctimología y el resurgimiento de ésta, en tanto personaje activo para lograr el restablecimiento de la norma y de la paz social quebrantada³⁸⁷. Luego, se analizó bajo el prisma del Derecho Internacional las diferentes respuestas que las naciones, y el concierto mundial han entregado para lograr una mayor dignidad victimal. Posteriormente, entrando a nuestro país, estudiamos la participación y derechos de las víctimas bajo el Código de 1907. En el capítulo anterior al presente, por último, nos extendimos más, para de una manera medular, analizar la Reforma Procesal Penal vigente en Chile y las innovaciones que presenta en torno a los derechos de las víctimas del delito. Asimismo, a fin de mostrar el que la participación de la víctima presenta discrepancias doctrinarias importantes, se desarrollaron las diversas teorías surgidas en la literatura jurídica de los últimos años, sobretodo con motivo del cambio en la judicatura penal que ha experimentado Chile en la última década.

En este capítulo, estudiaremos la importancia de la reparación como una instancia de dignificación del ser humano, quebrantada por la ocurrencia de un delito, que le ha privado de determinados derechos que posee. Hablar de reparación implica hablar, por ende, de verdad, de dignificación, de asistencia,

³⁸⁶ BOVINO, Alberto. Op. Cit. Pp. 427-428.

³⁸⁷ A este respecto, en una síntesis de lo visto en el primer capítulo, son ilustrativas las palabras de Claus Roxin, citadas por Ocrospoma Peña: "Mientras que en épocas histórico-jurídicas anteriores (Siglo XIX) constituía una tarea esencial del Derecho Penal el proporcionar al perjudicado y a su *sippe* una compensación por los perjuicios sufridos, la moderna evolución jurídica rompió el lazo entre delincuente y víctima, convirtiendo al Derecho Penal en una disciplina del Derecho Público que se ocupa de la relación del Estado con el delincuente, de modo que la víctima aparece en el proceso penal, a lo sumo, como testigo; por el contrario, las relaciones entre delincuente y víctima se someten al Derecho Civil, único al que incumben las pretensiones indemnizatorias". ROXIN, CLAUS. *Institut fur die gesamten Strafrechtswissenschaften* de la Universidad de Munich, en Cuadernos de Derecho Judicial. *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, España, 1991, citado por PELLA, Ocrospoma, *La Reparación Penal*. Consulta en Línea: <<http://www.derecho.com>>. [Consulta: 21 de marzo de 2007].

de derechos humanos, y por cierto, de dolor y sufrimiento. No es hablar de dinero, como muchas veces erróneamente se entiende, ni tampoco de una mera indemnización.

Se analizarán también las diferentes vías penales que hoy existen, entrando de lleno a los fines de la pena en la sociedad moderna, en que el catálogo punitivo se ha incrementado fuertemente. En razón de ello, veremos como la reparación puede ser considerada por algunos –Roxin³⁸⁸-, como una nueva vía del Derecho Penal, anexa a la pena privativa de la libertad y a las medidas de seguridad. Veremos si la reparación cumple con los fines de la pena para ser considerada como tal, o si solo –no menos importante-, es un elemento integrante de ésta.

Hablaremos y enfocaremos el tema no desde un punto de vista dramático o teatralizado, pues ello le resta validez científica a nuestra investigación y en nada colabora a la mejora de la situación actual, tanto de víctimas como de sujetos imputados. Realizaremos un trabajo dogmático, que pueda respondernos a la factibilidad de ver la reparación como una instancia esencial dentro del proceso, o posterior a éste; y como, en definitiva, la discusión doctrinaria ha enfocado el tema en los últimos años.

En las siguientes líneas estará sí, presente una idea central, cual es, que la reparación, cumpliendo o no con los fines de la pena, es una necesidad de la paz social quebrantada por el delito. Esta paz, la entenderemos como la necesidad del cuerpo social de vivir bajo un esquema determinado, bajo normas que aseguran la dignidad de las personas y el respeto a sus derechos fundamentales. El delito, a través de cualquiera de sus variantes, sea cometido por particulares o por el Estado, vulnera esta paz social, este orden, y son la

³⁸⁸ La reparación en la teoría de la prevención general integradora de Claus Roxin, que será estudiada con detalles en las páginas siguientes.

pena y la medida de seguridad –en el caso de los delitos más violentos- más la reparación –creemos que para todo tipo de delitos- las respuestas más idóneas para reestablecer el imperio del derecho y del concepto de persona humana como fin supremo que debe perseguir y defender el Estado.

Comenzaremos estudiando las distintas teorías o respuestas que la doctrina ha entregado a la función de reparación del delito.

V.2.- LOS PRINCIPALES MODELOS DE REPARACIÓN PENAL.

Antes de analizar los diferentes modelos, se hace necesario dar un concepto de reparación. Siguiendo a Bovino, y para no tener una noción demasiado estrecha, entendiendo a ésta como mero dinero a pagarse, vemos la reparación como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, como la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, la reparación monetaria, trabajo gratuito, etcétera³⁸⁹. Se trata, de acuerdo al autor argentino, de adoptar un modelo de justicia reparatoria, en oposición a un modelo punitivo.

En un concepto más dogmático, Maier ve a la reparación como el deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, colocando al mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de

³⁸⁹ BOVINO, Alberto. *La participación de la víctima en el procedimiento penal*, en "Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Bs. As., 1998, Pp. 95-96, en CESANO, José Daniel. *Reparación y resolución del Conflicto Penal: Su tratamiento en el Código Penal Argentino*. En, Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, VVAA, Homenaje al Profesor Claus Roxin, Editorial La Lectura, Córdoba, Argentina. 2001. Pág. 510.

una acción o al prohibir la realización de otra. Esta reparación, para Maier, puede ser ideal si se restituye al *status quo ante*, es decir, reparación *in natura*, la cual es muchas veces imposible (por ejemplo, la vida no se puede reponer). Por ello, en numerosas ocasiones, solo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por resarcimiento económico del daño (indemnización)³⁹⁰

El modelo punitivo se caracteriza por definir la ilicitud penal como infracción a una norma, es decir, como quebrantamiento de la voluntad del soberano. En él, la persecución penal es pública y no dependerá de la existencia de un daño concreto alegado por un individuo, y los intereses de la víctima del hecho punible serán dejados de lado en aras de los intereses estatales de control social sobre los súbditos (la pena). De este modo, la intervención del Derecho Penal redefine un conflicto entre dos individuos –autor y víctima-, como un conflicto entre uno de esos individuos –el autor- y el Estado.

El modelo de justicia reparatoria, en cambio, se caracteriza por construir la ilicitud penal como la producción de un daño, es decir, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada. La persecución permanece en manos del individuo que ha soportado el daño y el Estado no interviene coactivamente en el conflicto –que permanece definido como conflicto interindividual- y, cuando lo hace, es porque alguien –quien puede ser definido como víctima- que ha sufrido una afectación en sus intereses lo solicita expresamente. La consecuencia principal para el autor del hecho en este modelo consiste, en general, en la posibilidad de poder recurrir a algún mecanismo de composición entre él y la víctima que, genéricamente, permite el restablecimiento, fáctico o simbólico, de la situación a su estado anterior³⁹¹.

³⁹⁰ MAIER, Julio B. *¿Es la reparación una tercera vía en el Derecho Penal?* Op. Cit. Pág. 365.

³⁹¹ BOVINO, Alberto. Op. Cit. Pp. 421-422.

Los diversos modelos reparatorios deberán ser capaces de retrotraer a la víctima, en algún sentido, al estado en que se encontraba antes de la comisión del delito. Es una meta eminentemente **racional** (nadie podrá recuperar una cosa, por ejemplo, no fungible). Y, no se deberá oponer a los fines de política criminal que el Estado persiga a través de la imposición de las diversas penas que el catálogo punitivo presenta, es decir, debe haber una clara concordancia entre los fines que persigue esta política criminal y los resultados –reparatorios– que ella produce.

Siguiendo a Mañalich Raffo, que un determinado mecanismo opere como equivalente funcional a la pena, significa que a través de él es posible que el conflicto sea solucionado sin pena³⁹². Debe distinguirse pena de reparación, a juicio del autor, respecto del destinatario de la prestación: en la segunda, es la víctima, quien ha sufrido el daño; en la pena, en cambio, es el Estado³⁹³.

³⁹² MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *El Derecho Penal de la Víctima*, en Revista de Derecho y Humanidades, Nº 10, 2004, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Pág. 256.

³⁹³ *Ibíd.* En relación a este misma idea, es de consideración que ello evoca a dos grandes ramas del derecho: el derecho civil, como punto de encuentro y resolución de conflictos entre particulares; y el Derecho penal, cuyas sanciones las aplica al Estado con motivo de haber sido vulneradas normas generales de conducta, previamente tipificadas por el legislador. A este respecto, Roxin nos comenta que “Si el jurista tiene hoy dificultades para familiarizarse con la idea de que la reparación es una pena o de que, cuando menos, podría reemplazar a la pena, total o parcialmente, ello se vincula con la separación estricta de Derecho penal y Derecho civil, que hoy nos parece casi evidente, pero que sólo se impuso recién en la segunda mitad del Siglo XIX, y, sin duda, bajo la influencia de Binding, esencialmente. El que la pena fue originariamente reparación y el que las penas privadas y otras satisfacciones concedidas al ofendido hayan jugado un papel importante hasta ya bastante entrado el siglo pasado, y el que también se las halle de diversas maneras en órdenes jurídicos extranjeros, no cambia para nada el hecho de que el Derecho vigente parte del principio de separación. En Binding podemos leer que pena y resarcimiento del daño se diferencian “con referencia a aquello a cuyo favor es efectuada la prestación”. La reparación es prestada siempre a quien sufre el daño; la pena, en cambio, es prestada “al Estado, que cumple un deber en inflingir una pena”, y “no a favor de un particular”. Él ve en ello el “núcleo de la diferencia entre pena y resarcimiento: la esencia del resarcimiento del daño consiste en su destino hacia la reparación, hacia la supresión de una situación imposible de fundar jurídicamente, por intermedio de la adecuación según el ordenamiento jurídico: aquél, empero, que sufre la pena, no debe y no puede neutralizar por su sufrimiento una situación antijurídica; la pena es, por definición, algo distinto a la reparación”. ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. En *De los Delitos y las Víctimas*, VVAA, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000. Traducción de Julio B. J. Maier y Elena Carranza. Artículo publicado originalmente en el libro *Wiedergutmachung und Strafrech*, al cuidado de Heinz Schöch, Ed. W. Fink, Manchen, 1987. Pág. 136. Roxin cita las palabras de Binding, en *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 3ª Edición, 1916, Pp. 284-290. Esta es la idea central que informa el hecho de que la acción para obtener la correspondiente indemnización del daño se ejerce en sede civil, y no en sede penal. Las materias que corresponden al ofendido, para su reparación, tradicionalmente, serían de competencia del Derecho civil.

Roxin, citando a Von Liszt, señala que la reparación estaría en contradicciones fuertes con los fines de la pena, pero no obstante ello, su existencia sería útil para el todo social y la propia víctima: “la indemnización a prestar por la víctima al ofendido” está, “aún cuando se la conciba conceptualmente como en contraste con lo contrario de la pena”, por cierto “en conexión absoluta con el sistema penal... Pues la mengua que el condenado sufre a través de ello en su patrimonio, sirve al mismo tiempo a la protección del orden jurídico público...; ella satisface más que la multa, pagada al Estado, la necesidad del damnificado como de todos los sujetos de derechos, perturbada por el delito, de protección suficiente por el orden jurídico”³⁹⁴.

Vemos, por tanto, que la entrada de la reparación desde el Derecho Civil al área penal es una discusión acalorada, no del todo pacífica y que cuyos más connotados exponentes desde muchos años atrás, incluso antes del “renacer” de la víctima, vienen escribiendo y discutiendo.

V.2.1.- La reparación como una pena del Estado.

La reparación, como una pena autónoma que el Estado impone a los individuos, es una compensación fijada para que la víctima se retrotraiga al momento *ex ante* de la comisión del delito.

³⁹⁴ Von LISZT. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. 1905, Pp. 290 y ss. En ROXIN, Claus. *Los Fines de la Pena y la Reparación del daño*. Op. Cit, Pág. 150. estas palabras del célebre alemán, serán, para Roxin, una anticipación a su concepto de “prevención integrativa”, haciendo hincapié en los caracteres de satisfacción y reconciliación que generaría la reparación. A este respecto, Pág. 148 de la obra en comentario.

Su base estará determinada³⁹⁵ por una forma privativa de ver la pena, una estructura muy autocompositiva de entender el delito, ya que lo importante será la satisfacción de la víctima, de que ésta vuelva a la situación anterior.

El problema de esta vía, estará determinado por lo que sucede con la creación de las normas penales, es decir, el *plus* de injusto que determinó la redacción del tipo, sigue presente, y peor aún, sin sanción.

En el régimen del *common law*, existe la “*Compensation Order*”³⁹⁶, del Derecho inglés. Siguiendo a Bárbara Huber³⁹⁷, en todos los casos vinculados con una muerte (imprudente), una lesión o daños, el tribunal debe comprobar, ante todo, si es posible dictar una orden de reparación; si el juez opta por otra pena, debe fundamentar su decisión. Incluso los tribunales de menor jerarquía pueden dictar una orden de restitución de hasta 5.000 libras y ésta es siempre de cumplimiento preferente a la pena de multa. De esta manera, la reparación, cuando ella logra los fines de la pena en el Derecho inglés, es preferida por los entes jurisdiccionales. La reparación es la prioridad a la hora de aplicar una sanción, es una clase de pena que amplía el catálogo convencional³⁹⁸, es sobrellevada por el autor como un mal³⁹⁹.

³⁹⁵ CESANO, José Daniel. *Reparación y resolución del Conflicto Penal: Su tratamiento en el Código Penal Argentino*. En, Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, VVAA, Homenaje al Profesor Claus Roxin, Editorial La Lectura, Córdoba, Argentina. 2001. Pág. 499.

³⁹⁶ *Ibíd.*

³⁹⁷ HUBER, Bárbara. *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Pág. 167. En CESANO, José Daniel. Op. Cit.

³⁹⁸ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal Material y reparación del daño*. En *De los Delitos y las Víctimas*. VVAA. Op. Cit. Pág. 59.

³⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 60. A este respecto, Hirsch critica tajantemente esta forma de ver la reparación. Señala que “en general, la reparación tiene también un efecto de prevención general y no se puede discutir que el autor generalmente la viva como un mal. Pero este punto de vista no respalda la idea de que la reparación sea calificada como pena por su esencia, dado que la prevención general y el sufrimiento del mal se dan en todas las consecuencias jurídicas perjudiciales, que afectan al individuo como efecto legal de su comportamiento. Especialmente se pueden observar en todas las obligaciones de resarcir el daño de carácter civil; por ello es que la referencia de que la reparación se entiende como un mal con efecto de prevención general no proporciona civilmente ningún conocimiento nuevo. Objetivamente decisivo no es, por tanto, la existencia de estos dos aspectos, sino la diferencia esencial entre resarcimiento del daño y pena. En el derecho resarcitorio se trata de la compensación de los daños materiales y hasta inmateriales

Esto sucede también en el Derecho latinoamericano. En el Código Penal mexicano (federal), la sanción pecuniaria comprende a la multa y la reparación del daño. El Artículo 34 de dicho cuerpo de leyes es claro en establecer que “La reparación tiene el carácter de pena pública y será exigida de oficio por el Ministerio Público”⁴⁰⁰.

Por su parte, el Derecho alemán contempla la posibilidad de que el Tribunal atenúe la pena o, incluso, en penas privativas de libertad de hasta un

producidos por el autor y, por tanto, de la parte civil del hecho. Por el contrario, en la pena se trata de la imposición de un mal que va más allá de ello”.

⁴⁰⁰ CESANO, José Daniel. Op. Cit. Pág. 500. Como bien lo señala el autor, esta no es la única función que desempeña la reparación dentro del sistema de reacciones frente al ilícito penal en México. En efecto, además de estar prevista como una pena pública, la reparación tiene incidencia sobre dos aspectos vinculados con la individualización de la sanción; concretamente la modalidad de ejecución condicional de la pena impuesta (en tal sentido, el Art. 90, Fracción II, letra “e” supedita el goce de este beneficio a que el sentenciado repare el daño causado); y B) para prescindir de la pena en los casos de responsabilidad por delito de fraude, siempre que no exista oposición del ofendido (Art. 399 bis del mismo cuerpo de leyes).

Ahora bien, en razón de que la pena tiene el carácter de ser en esencia personal, y de que la reparación podría ser exigida a los herederos, ascendientes, etc., el mismo Artículo 34 señala que la reparación tiene el carácter de pena pública cuando debe ser hecha por el ofensor. Cuando debe exigirse a una persona diferente de éste, tiene el carácter de responsabilidad civil, y la acción deberá ser ejercida en la sede respectiva. Con respecto a esto, la doctrina mexicana ha realizado fuertes críticas, algunas muy acertadas. Es de destacar la formulada por el tratadista Ignacio Villalobos (*Derecho Penal mexicano*, Edit. Porrúa, México, 1975, Pp. 622-623): “Ya en afirmar que la reparación del daño es una pena pública había un error, puesto que las sanciones civiles y las penales tienen cada una su naturaleza propia, diversa una de otra, y no es dado pensar en una omnipotencia legislativa que pudiera reducir una esencia a otra esencia; pero ante la necesidad de conceder acción en contra de terceros y experimentando seguramente la sensación del absurdo creado, se creyó resolver el problema mediante lo que seguramente pareció un sencillo distinguo, y se dijo: “Cuando la reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil”. Con esto se incurría en una falta mayor, pues si errado había sido afirmar que una cosa es lo que no es, en peores condiciones se coloca quien sostiene que la cosa es y no es, de acuerdo con sus particulares conveniencias”.

A este sentido, creemos del todo pertinente la crítica precedente. Como dice el viejo adagio, *en derecho las cosas son lo que son, y no lo que parecen ser*. No parece jurídico ni lógico el designar con nombres diferentes a una misma situación de hecho, cual es, que el ofensor deberá pagar una determinada reparación. A la larga, la víctima de todas formas podrá recibir ésta, ya sea viniendo directamente del condenado o de sus herederos o quienes la ley señale. Sea reparación o responsabilidad civil, el antecedente fáctico es exactamente el mismo. En este mismo sentido, Hirsch, citado por Mañalich Raffo, señala que quienes afirman el carácter penal a la reparación por el solo hecho de estar prevista por el Derecho Penal, desconocen que “con la clasificación jurídica de una institución no se trata únicamente de una cuestión de etiquetaje y de asignación procesal, sino de lo que ella materialmente expresa”, pues “lo que en Derecho civil es compensación del daño, no se convierte en pena por el hecho de que se practique también en el derecho Penal, ya que el efecto es en ambos casos el mismo para el autor y para la víctima”. (En MAÑALICH RAFFO, *Juan Pablo*. Op. Cit. Pág. 4).

Finalmente, es del caso señalar que una de las bases fundamentales del Derecho penal es la defensa de la sociedad, no a costa del infractor o de la víctima, sino que a través de la vigencia del bien jurídico tutelado a través de la norma. Por ende, esta rama del derecho no es meramente dual, no afecta a sólo dos personas, como ocurre en el ilícito civil. Su persecución y negación atañe a la colectividad toda, no sólo a las partes (al menos en los delitos de mayor connotación social, y en los de menor, no puede perderse de vista el *plus* de injusto que motivo la creación normativa).

año de extensión, prescindir de ella, si el autor, en su esfuerzo por llegar a un acuerdo de compensación con la víctima, repara completamente o en su mayor parte las consecuencias del hecho cometido, o, al menos, procura hacerlo seriamente, o si –aunque sea sin un acuerdo de compensación autor-víctima aporta una reparación del daño que exige de él esfuerzos personales importantes. Esto está contemplado en el parágrafo 46 a) del Código Penal alemán. Este modelo, se opone al inglés en que en éste, como se explicó, es el Juez quien condena al autor al pago de la indemnización. Por el contrario, bajo el esquema alemán, es el autor mismo, quien, sin reclamación y sin condena, aporta una prestación reparadora dirigida a la reconciliación⁴⁰¹.

Quedará a juicio de cada legislatura el determinar si el monto, el *quantum* de la reparación, deberán ser objetivamente señalados por la ley, *ex ante*; ofrecidos por el ofensor y aprobados por el Juez; o, solicitado por la propia víctima.

En este mecanismo, en que la reparación es una pena del Estado, en cualquiera de las variantes recién señaladas, se procura a la víctima una satisfacción lo más rápida y efectiva posible de sus reclamos de reparación. Albin Eser, señala que frente a esto, las consideraciones acerca del fin de la pena, en su sentido tradicional, deben ceder paso⁴⁰².

Algo particular ocurre a este respecto bajo el ordenamiento jurídico chileno, entendiendo a la reparación como una pena del Estado. El Artículo 415, inciso segundo del Código Penal señala: “*La sentencia en que se declare la calumnia, si el ofendido lo pidiere, se publicará por una vez a costa del*

⁴⁰¹ ROXIN, Claus. *Pena y Reparación*. Conferencia pronunciada por Roxin en Villahermosa, México, el 16 de noviembre de 2000, dentro de los actos celebrados con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad Juárez Autónoma de México. Traducción del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LII, 1999. Madrid, España. Pp. 6-7.

⁴⁰² ESER, Albin. Op. Cit. Pág. 34.

calumniante en los periódicos que aquél designare, no excediendo de tres”. Entendiendo al delito de calumnia como de acción privada (Artículo 55 CPP), el Estado aquí fomenta un tipo distinto de reparación del daño: la rehabilitación del ofendido a través de los medios de prensa. El código punitivo nacional crea una nueva pena, distinta al catálogo general que entrega el Artículo 21 del mismo cuerpo normativo.

V.2.2.- La reparación como un incentivo.

Esto es lo que sucede en la mayoría de los sistemas penales del mundo, incluido el nuestro. La reparación es una forma de que la pena impuesta finalmente al condenado –sea pena privativa de libertad propiamente tal o medida de seguridad- se vea atenuada, aminorada producto de que el ofensor realice actos de reparación a su víctima. Así, el juez sopesará este hecho y lo tomará en consideración para aplicar una rebaja al *quantum* de la pena. Reparando, y aplicando este modelo, como bien lo apunta José Daniel Cesano, el autor testimonia, así, su arrepentimiento o su esfuerzo orientado en este sentido⁴⁰³.

Eugenio Zaffaroni expresa esta idea con claras palabras: “Es sabido que el conflicto no se agota en el momento de la realización de la acción típica ni en el de la producción del resultado, sino que continúa su dinámica envuelto en la interacción humana. La magnitud del conflicto continúa evolucionando y, por ende, es absurdo que el juez no tome en cuenta esta realidad en el momento de cuantificar la pena para no caer en escándalos, tales como que la pena sea productora de un nuevo conflicto o se erija en un obstáculo para su completa o

⁴⁰³ CESANO, José Daniel. Op. Cit. Pág. 502.

parcial solución. Si bien el modelo punitivo por regla no tiene capacidad para resolver los conflictos, la racionalidad mínima exige que, al menos, trate de no convertirse en un obstáculo para la solución de éste. De allí que cuando la víctima haya sido involucrada en procesos compositivos, la dinámica del conflicto según los resultados de éstos deba ser considerada por los jueces. Cabe entender por procesos compositivos a los diversos medios por los que el agente puede brindar considerables satisfacciones al sujeto pasivo. Estas posibilidades son de carácter reparatorio y reparador, entendiendo en este último sentido no sólo la reparación pecuniaria, sino también la satisfacción moral, las excusas, las explicaciones, la recomposición de vínculos, etc. En cualquier caso en que la composición haya operado y la pena sea un inconveniente u obstáculo con capacidad de perjudicar a la víctima, el juez debe tomar en cuenta esta circunstancia para la cuantificación. De allí que sea necesario considerar la conducta valiosa del agente, no sólo anterior al hecho, sino, fundamentalmente, la posterior a éste⁴⁰⁴.

Como atenuante, y para lograr los efectos político-criminales que la reparación busca, ésta debería tener, a lo menos, los siguientes parámetros básicos⁴⁰⁵:

- La reparación debe asumir la forma de un esfuerzo serio, realizado por el autor, con la finalidad de enmendar, en alguna medida, el daño producido a la víctima por el delito⁴⁰⁶;

⁴⁰⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, Pág. 1002, En CESANO, José Daniel. Op. Cit. Pág. 514.

⁴⁰⁵ CESANO, José Daniel. Op. Cit. Pág. 515-516.

⁴⁰⁶ Este rasgo es importante por cuanto permite excluir como atenuante, aquellas situaciones en las que, no obstante producirse una recuperación de lo sustraído (como delitos contra la propiedad), la misma no se debe a una conducta positiva del autor sino a otros factores extraños a la voluntad del agente (como una actuación policial).

- La reparación debe ser personal, es decir, el autor del delito es quien debe personalmente reparar el daño⁴⁰⁷.

V.2.2.1.- La reparación como atenuante bajo el Código Penal chileno.

En Chile, este modelo está consagrado positivamente. El Artículo 11, numeral 7º del Código Penal establece que:

“Art. 11. Son circunstancias atenuantes:

7.ª Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”.

Las razones de esta atenuante en nuestro derecho se basan en consideraciones de política criminal, tendientes a evitar que el daño causado por el delito se expanda o a repararlo si ello ya no es posible⁴⁰⁸. La reparación, si bien no está contemplada en la ley la forma en que deberá realizarse, es costumbre que sea hecha por medio de consignaciones en dinero ante el Tribunal de la causa, existiendo un par de casos en que por falta este medio, la

⁴⁰⁷ Serán irrelevantes las posibles reparaciones realizadas por terceros. Esto último, señala José Daniel Cesano, es cuestionable. Piénsese, señala el autor, por ejemplo, en un delito culposo (lesiones en ocasión de un accidente de tránsito), en donde hay constitución en actor civil. Supongamos que hay una condena civil y la aseguradora afronta el pago de las indemnizaciones. Obviamente, aquí, no es el autor del pago quien personalmente repara. Pero sería realmente injusto no considerar esta circunstancia como atenuante. En todo caso, la asunción de responsabilidad por parte de la aseguradora tiene su antecedente en un previo contrato celebrado entre el tomador y la empresa; contrato que es oneroso y que supuso, de su parte, un sacrificio económico. Por otra parte, la víctima, ha visto satisfecha sus expectativas. Entonces, nos preguntamos, señala el autor argentino, ¿Por qué negar valor a esta situación? Quizá este argumento pueda objetarse de la siguiente manera: si admitimos la reparación de terceros, estamos convalidando la posibilidad de que la reparación dependa de circunstancias ajenas a la voluntad del autor. El razonamiento, sin embargo, parece olvidar que, para que la aseguradora (para seguir con el ejemplo) asuma la responsabilidad, es necesario que el tomador haya cumplido integralmente con las obligaciones que, de su parte, debía observar. Es claro que, si esto no se verifica, no habrá tal asunción de responsabilidad y por lo tanto, si el autor no repara personalmente, desaparece el posible efecto atenuante de la regla.

⁴⁰⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre *et al.* *Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I, Libro Primero – Parte General, Artículos 1º al 105.* Obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002. Pág. 179.

Corte Suprema no ha acogido la atenuante, a pesar de presentarse avenimientos entre las partes o declaraciones juradas de la víctima⁴⁰⁹.

Además, como señala la doctrina más autorizada⁴¹⁰, tratándose de los delitos de hurto y robo con fuerza o con violencia del Artículo 436 del Código Penal, si la reparación consiste en la entrega voluntaria de las especies hurtadas o robadas antes de que se persiga al autor o se le ponga en prisión, el Artículo 456 del mismo cuerpo legal, le otorga a esta forma de reparación un *efecto atenuatorio especial*: aplicación de la pena en un grado inferior a la señalada por la ley al delito.

Finalmente, tampoco se exigiría la reparación completa, sino el intento objetivo de alcanzarla, o dicho en otras palabras, basta con que en el proceso aparezca en forma inequívoca que el imputado ha procurado reparar o impedir las consecuencias de su actuar, sin que sea determinante el logro de ese propósito, como lo ha señalado la jurisprudencia⁴¹¹. La realización objetiva del intento de reparación se demuestra no sólo en la cuantía de la reparación, conforme a los criterios ya señalados, sino también en la oportunidad en que se realiza.

⁴⁰⁹ Id. Pág. 181. Los autores citan variados fallos al respecto, como SCS 29.01.1990, FM 374:903 y SCS 28.08.1997, FM 465:1351

⁴¹⁰ Id. Pág. 181.

⁴¹¹ I MATUS ACUÑA, Jean Pierre *et al*. Op. Cit. Pág. 182. SC Pedro Aguirre Cerda de 26.10.1988, GJ 101:64.

V.2.3.- La reparación como una tercera vía.

Este modelo debe su autoría al conocido penalista alemán Claus Roxin. Antes de entrar de lleno al análisis de este modelo de reparación, es necesario realizar un breve repaso a las teorías de la pena que ha discutido la doctrina.

A este respecto, parece útil la antigua clasificación en teorías absolutas, relativas y mixtas. Las primeras, sostienen que la pena no es medio para ningún fin extrínseco, ajeno a su propia noción, sino que constituye la mera sanción del delito, su función no traspasa los límites de su intimidad y su entidad, acción y finalidad se agotan en ella misma.

Para las teorías relativas, también llamadas preventivas, en cambio, la pena de un delito pasado, es medio que evita otro en el futuro. Son pues, preventivas.

Esta prevención puede ser de dos maneras: General, si obra sobre los seres humanos, haciendo que, por la pena impuesta al delincuente los demás se abstengan de delinquir, intentando evitar que surjan delincuentes en la sociedad. Y, será especial, si obra sobre el propio condenado, haciendo que, por los efectos que haya surtido en su personalidad la pena que ha sufrido, sea precisamente él quien se abstenga de delinquir, que no reincida, cumpliendo así, una función preventiva de carácter y alcance individual o especial.

Ahora bien, siguiendo con la prevención, ésta también puede ser de dos clases, positiva y negativa. Será prevención general negativa cuando se espera de ésta que obre de manera indiscriminada sobre la sociedad como un freno inhibitorio de la delincuencia, una amenaza, una intimidación dirigida a los

ciudadanos para evitar que delincan⁴¹²; y será prevención general positiva cuando la pena es ejercida sobre la sociedad, no para inhibir en ella tendencias o impulsos delictuosos, sino para reforzar la confianza y adhesión social en el complejo normativo y el sistema de valores que lo informan⁴¹³.

El autor alemán ve en la última teoría de la pena analizada, la prevención general positiva, tres efectos principales. Un efecto de aprendizaje, pedagógico, que crea la pena; un efecto de confianza en el derecho, a través de la actividad jurisdiccional; y, finalmente, una sensación de satisfacción, que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica se apacigua acerca de la infracción al derecho y da por finalizado el conflicto con el autor⁴¹⁴.

Con respecto a este último fin, el de satisfacción, o de pacificación, Roxin pasa a construir el significado, dentro de la prevención general, a la reparación. Señala: “La reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (...), al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad

⁴¹² A este respecto, las palabras de Feuerbach. “Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho”, En RITTER Von FEUERBACH, Paul Johan Anselm, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14ª Edición alemana, por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemer, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Pág. 60, citado por CESANO, José Daniel. Op. Cit. Pág. 504.

⁴¹³ CUNEO NASH, Silvio Italo. *Stanley Kubrick y las doctrinas preventivistas*. En *El derecho penal del Siglo XXI, Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba*, VVAA., Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2005. Pág. 778.

⁴¹⁴ ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. En *De los Delitos y las Víctimas*, VVAA, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000. Traducción de Julio B. J. Maier y Elena Carranza. Artículo publicado originalmente en el libro *Wiedergutmachung und Strafrech*, al cuidado de Hainz Schöch, Ed. W. Fink, Manchen, 1987. Pág. 130.

considerarán eliminada –a menudo, independiente de un castigo-, la perturbación social originada por el delito”⁴¹⁵.

Las dos tesis básicas de Roxin son las siguientes: La primera, consiste en que la reparación puede ser funcional al fin prioritario que contemporáneamente se atribuye a la pena, esto es, la prevención general positiva. La segunda tesis sostiene que la introducción de la reparación entre las distintas vías de reacción que reconoce el sistema penal puede ser entendida como un modo de satisfacción del principio de subsidiariedad o principio de *última ratio*⁴¹⁶.

Decíamos que para Roxin la reparación es una tercera vía (*dritte Spur*) del Derecho Penal, viendo a ésta como una vía paralela a la pena restrictiva de libertad y a la pena de multa o pecuniaria. Roxin rechaza los planteamientos que proponen su definición –su tercera vía-, como fin penal autónomo, o como pena⁴¹⁷.

Se basa en sostener que la víctima muchas veces estará más interesada en obtener una reparación que una pena privativa de libertad para el sujeto infractor, generándose con ello, la satisfacción de la víctima, una mayor ganancia social que con el mero encierro de éste. Una respuesta reparatoria sería mucho mejor que una respuesta meramente sancionatoria-punitiva. En el contexto de un Estado moderno, y por ende, secular, -señala-, la justificación de la pena debe construirse a partir de criterios de racionalidad prospectiva, lo cual

⁴¹⁵ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos de la Teoría del Delito*. T. I., Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña – Miguel Díaz y García Conlledo – Javier de Vicente Remesal, Edit. Civitas, Madrid, 1997, Pp. 91-92, en CESANO, José Daniel. Op. Cit. Pág. 505.

⁴¹⁶ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *El Derecho Penal de la Víctima*. Op. Cit. Pág. 259. A este respecto, el autor señala que subsidiariedad y *última ratio* se emplean como equivalentes y, por ende, intercambiables. Sin embargo, debe formularse una prevención en el sentido de que pudieran existir ámbitos de significación en que ambas no sean plenamente concordantes. Según el discurso penal predominante, el concepto de subsidiariedad es uno negativo, equivalente a *última ratio*, y otro positivo, que expresaría el deber de ayuda que desarrolla el Estado con el derecho penal.

⁴¹⁷ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *El Derecho Penal de la Víctima*. Op. Cit. Pág. 258.

implica que la función que se atribuye a la pena debe estar construida por la evitación del delito, concretada en una o más modalidades de prevención⁴¹⁸.

Roxin habla de tercera vía ya que ésta sería una vía alternativa a las penas privativas y restrictivas de libertad y a la medida de seguridad; una tercera posibilidad del Derecho Penal para alcanzar los fines asignados a la pena tradicional. La reparación sería una sustitución, una complementación a los fines preventivo-especiales de la pena, en donde la primera pudiera cumplir mejor con los fines político-criminales que motivan la existencia de esta última: “La legitimación político-jurídica de la reparación del daño como una ‘tercera vía’ de nuestro sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad (...). Así como la medida sustituye o complementa la pena como ‘segunda vía’ donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no puede, o sólo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivo-especiales, del mismo modo la reparación del daño sustituiría como ‘tercera vía’ a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada”⁴¹⁹.

Este modelo, a juicio de su autor, podría satisfacer los fines de la pena, siendo estos, eminentemente preventivos. Desde consideraciones preventivo especiales, podría cumplir un efecto resocializador –la reparación–, ya que permitiría al autor enfrentar las consecuencias de su acto y conocer los intereses de la víctima. Dicho en otros términos, si el autor ve con sus propios ojos las repercusiones de su comportamiento, puede tener una mayor eficacia disuasoria. El autor puede experimentar, incluso de una manera más intensa que a través de una pena, un reconocimiento de la norma jurídico penal. Por su parte, si examinamos esta institución desde un ángulo preventivo general,

⁴¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. Pág. 36, citado por MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *El Derecho Penal de la Víctima*. Op. Cit. Pág. 259.

⁴¹⁹ Id. Pág. 109.

particularmente integrador, el que se haya reparado a la víctima también podría suponer un mensaje a la sociedad, y es que al resolver judicialmente aquellos actos que han generado una perturbación a la paz social, es posible el restablecimiento de ésta y con ello ver reafirmada la vigencia de la norma, generando así confianza en el ordenamiento jurídico⁴²⁰.

Sí, es de destacar que Roxin señala que para dotar de autonomía a la reparación, según su esquema, debería darse paso también a la creación de un procedimiento penal de restitución independiente. Dentro de su modelo, en el caso de autores confesos y prestos a reparar se debería conectar, previo a la apertura del procedimiento principal, un debate ante un especial de restitución, ente estatal especializado, quien debe esforzarse para lograr un acuerdo de reparación entre autor y víctima. Si arriba a él, entonces se podría, en algunos casos, clausurar la persecución penal bajo reserva de la prestación, en otros, prescindir de la pena o atenuarla bajo condena de culpabilidad. Para los casos de penas de multa se podría prever que, previo a su pago –continúa Roxin-, y con cómputo para ella, tendría que realizarse la reparación del daño⁴²¹.

Esta forma de ver la reparación, como una tercera vía, ha sido en parte tomada por la doctrina alemana, llevándola al plano legislativo. El Proyecto Alternativo sobre reparación del daño (*Alternatif – Entwurf Wierdergutmachung*) fue elaborado en 1992 por un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos. Se propuso que junto a la pena, que se impone al autor del delito por su responsabilidad en el hecho cometido y las medidas de seguridad, que sirven como prevención frente a conductas peligrosas, surge la reparación como una tercera vía, destinada a cumplir un rol autónomo en el conjunto de las

⁴²⁰ CARNEVALLI RODRÍGUEZ, Raúl. *Las política de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I), Pág. 34.

⁴²¹ ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. En *De los Delitos y las Víctimas*, Op. Cit. Pp. 155-156.

consecuencias jurídico-penales en la medida que implica la asunción voluntaria de la responsabilidad por el hecho. En esta línea de acción, la reparación puede aparecer de tres formas diferentes: como sustitución, como base de una suspensión o como atenuación de la pena. La reparación como sustitución será posible en los delitos bagatelarios, y menos graves, aquellos que hubiesen merecido una pena privativa de libertad menor a un año.

Este proyecto fue recogido en algunos aspectos por el Código Penal alemán. El parágrafo 46.a de dicho cuerpo normativo establece que en caso de conciliación entre el autor y la víctima, o de una propuesta seria de reparación, pueda prescindirse de la pena si se trata de una privación de libertad inferior a un año.

Bovino ha reparado en algunas críticas para la teoría de Roxin. Señala el autor argentino que los fines de la pena tradicional –preventivo-generales o especiales- están orientados a la protección de los bienes jurídicos de todos –o gran parte- de los miembros de la comunidad, y no a la protección de los intereses de la persona concreta que ha resultado víctima de un hecho punible. Por este motivo, señala, la consideración de la reparación como tercera vía del Derecho Penal puede producir consecuencias negativas.

Continúa Bovino comentando que la finalidad penal atribuida a la reparación privilegiará la realización de los fines del Derecho Penal sobre los intereses de la víctima individual. Esta circunstancia afectará, necesariamente, el concepto de reparación, el contenido de la obligación reparatoria y, además y especialmente, las facultades de la víctima de influir significativamente en el proceso de definición del daño sufrido y de determinación de la reparación concreta aplicable al caso. De este modo, la reparación propuesta por Roxin, para servir a los fines del Derecho Penal estatal, deberá objetivar la sanción

reparatoria y desatender a la víctima, cuyos intereses particulares se consideran secundarios. A este respecto, Roxin hablaría de delitos no reparables, definidos abstractamente. La calificación *a priori* de ciertos daños o ciertos delitos como hechos no posibles de reparación implica, necesariamente, un juicio “objetivo” externo que ignora la opinión particular de la víctima en el caso concreto⁴²².

Para el autor argentino, este concepto punitivo o sancionatorio de reparación presenta problemas. Puede suceder, por ejemplo, que el Tribunal rechace la reparación ofrecida por el autor y aceptada por la víctima –por ejemplo, una disculpa-, a pesar de que ésta satisfaga íntegramente sus intereses, si aquél considera que su contenido no alcanza para cumplir con los fines de la pena. Esta objetivación de la reparación, de este modo, disminuye las posibilidades de satisfacer a la víctima. Otra consecuencia negativa de esta posición, dice Bovino, consiste en que la reparación no sirve para respetar el principio de *última ratio*, sino sólo en aquellos casos en los cuales ella resulta posible y, además, resulta adecuada para cumplir los fines de la pena. Finalmente, esta concepción puede representar una ampliación del control social jurídico-penal si la sanción reparatoria, en lugar de reducir la aplicación de la sanción penal tradicional, termina por agregarse a ella sin alterarla⁴²³.

Dentro de las críticas a esta tercera vía, también puede generar sentido el pensar en un retroceso del Derecho Penal, cual es, la evitación de la prisión por deudas. Es claro: el ofensor que, siendo condenado a la reparación, no pueda satisfacer esta obligación, será posteriormente privado de libertad. La víctima queda, por tanto, sin reparación, con un ofensor tras las rejas, por un delito, probablemente, bagatelario. No hay ganancia ni social, ni para el sujeto

⁴²² BOVINO, Alberto. Op. Cit. Pág. 431.

⁴²³ Id. Pág. 432.

pasivo⁴²⁴. Cosa distinta es la denominada suspensión a prueba (en nuestro Derecho Procesal Penal, suspensión de la condena, para el caso de las faltas por aplicación del procedimiento simplificado), en que la pena privativa de libertad se ejecuta cuando el ofensor no ha realizado lo prometido. Aquí, se trata, antes bien, de la ejecución de una pena adecuada, impuesta por el hecho punible que el autor no ha podido evitar mediante una reparación que documente su conversión motivada⁴²⁵.

⁴²⁴ A este respecto, HIRSCH, Hans Joachim. Op. Cit. Pág. 66. Señala el autor, que a fin de evitar esta situación, la obligación se haría solo exigible civilmente. Agrega que “Si no se quiere regresar a la “cárcel por deudas”, entonces la concepción representada por Roxin termina por resultar solamente beneficiosa para el autor. A éste le corresponde como consecuencia jurídica por el delito cometido, ya no más la condena a la pena de multa o, también, a pena privativa de libertad, sino sólo la condena a una reparación exigible civilmente. Se habla, por tanto, de protección a la víctima en un primer plano, pero, en realidad, se persigue una mayor restricción de la reacción penal frente al autor. La víctima constituye, para esta corriente, un punto de referencia que posibilita la construcción, pero ontológicamente se trata sólo de un abolicionismo parcial encubierto”. Hirsch, finalmente, es categórico: **“La propagada “tercera vía” no es sólo una consecuencia jurídica ajena al derecho penal, sino también desacertada en sus consecuencias”**. (negrita es mía).

⁴²⁵ Id. Pág. 69.

CAPÍTULO SEXTO.

VÍCTIMAS Y ACUERDOS REPARATORIOS.

VI.1.- LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL CHILENO.

VI.-

CAPÍTULO SEXTO.

VÍCTIMAS Y ACUERDOS REPARATORIOS.

VI.1.- LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL CHILENO.

Como decíamos en páginas anteriores, una de las principales innovaciones que el legislador de 2000 introdujo en el nuevo Código Procesal Penal fue el de darle un mayor protagonismo a la víctima del delito, pasando a considerarla como un sujeto interviniente (Artículo 12), enunciando sus derechos (Artículo 109) y reglando una serie de posibilidades que ahora tiene en la marcha del procedimiento, siendo sus decisiones u opiniones de importancia a la hora de que tanto el órgano persecutor como el juzgador decidan finalmente.

El nuevo Código continúa reglando la acción civil a la que tiene derecho el ofendido para obtener la correspondiente indemnización por el delito en sede civil (artículos 59 y siguientes)⁴²⁶

Dentro de estas innovaciones, los denominados “Acuerdos Reparatorios” van de la mano de toda la discusión doctrinaria que recién presentamos, ya que posibilitan llegar a entendimientos entre la víctima y el ofensor, en los delitos que el legislador taxativamente determina *ex ante*, para poner fin a la instancia penal a través del acuerdo de las partes, con la satisfacción de la víctima⁴²⁷. Es una salida alternativa al procedimiento, así como también lo es la suspensión condicional del procedimiento⁴²⁸.

⁴²⁶ Para conocer la regulación de esta institución bajo el nuevo proceso penal, nos remitimos a la excelente obra, ya ampliamente citada en nuestro trabajo, del *Derecho Procesal Penal* de los profesores de nuestra Escuela, María Inés Horvitz y Julián López, en el Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Pp. 600 y ss.

⁴²⁷ Dentro de la discusión parlamentaria, se expresó en la Cámara de Diputados, que los acuerdos reparatorios, como forma de terminación anticipada del procedimiento, buscan reconocer el interés preponderante de la víctima en aquellos delitos que afectan bienes que el sistema jurídico reconoce como disponibles, ateniendo su carácter patrimonial. El ámbito dentro del cual se propone aceptar estos acuerdos queda delimitado de modo bastante general y deberá ser precisado en lo sucesivo por la ley penal y su interpretación jurisprudencial.

Siguen los legisladores señalando que se establece en la norma del Artículo 241 del CPP el deber del juez de verificar que quienes han concurrido al acuerdo lo han hecho libre e informadamente.

Los parlamentarios ven en esta institución una respuesta a la tendencia moderna de realzar el protagonismo de la víctima: reconocer que es más importante el ser concreto de la víctima que el interés abstracto del Estado. Igualmente, señalan, reconocer la colaboración de la víctima para que proporcione la prueba. Vid., PFEFFER, Emilio. Op. Cit. Pp. 256-257.

⁴²⁸ La suspensión condicional del procedimiento es una salida alternativa, consagrada en los Artículos 237 y siguientes del Código citado, que consiste en el detenimiento provisional del proceso iniciado en favor de una persona imputada por un delito, quedando ésta sometida, dentro de un determinado plazo, al cumplimiento de un conjunto de condiciones impuestas por el Tribunal de Garantía, al término del cual, si estas condiciones son cumplidas satisfactoriamente, se dictará sobreseimiento definitiva. Si ello no ocurre, se reabre el proceso, con todas las consecuencias que ello envuelve.

Puede plantearse en diversos estadios procesales, como en la audiencia de formalización de la investigación, en una especial citada a este efecto, en la de preparación de juicio oral o en la de procedimiento simplificado.

Sus requisitos son que en el evento de imponerse pena al imputado, dictándose sentencia condenatoria, ésta no excediere de tres años de privación de libertad y que esta misma persona tenga irreprochable conducta anterior.

La decisión será tomada finalmente por el Tribunal, y en caso de asistir la víctima o el querellante, deberán ser oídos, no obstante no ser vinculante su opinión. Esta decisión tendrá un mínimo de un año y un máximo de tres, en el sentido de imponerle al imputado algunas de las condiciones a las que deberá someterse, enunciadas en el Artículo 238 del Código Procesal Penal, como someterse a tratamiento médico o la famosa condición de asistir periódicamente ante el Ministerio Público a firmar sus registros.

Siguiendo a Luis Emilio Rojas, los Acuerdos Reparatorios se han establecido como una solución alternativa a la persecución penal y la pena, es decir, se trata de una respuesta diferente que la penal al conflicto subyacente en todo delito.

Estos acuerdos, implican una reparación acordada por las partes del conflicto penal, siendo una alternativa tanto a la persecución penal como a la pena. Suponen una renuncia a la persecución penal y a la pena, vale decir, a la búsqueda de la verdad procesal y a la imposición de la pena que se sigue de su establecimiento⁴²⁹.

Por su importancia capital en relación al tema que estudiamos en este capítulo, analizaremos su regulación y los problemas y beneficios que presenta en la práctica.

Como decíamos, si en caso de incumplimiento grave o reiterado, sin justificación alguna de las condiciones decretadas, el imputado se apartara de lo exigido o en el plazo se le formalizare nuevamente por un delito diverso, se revocará la medida.

Político criminalmente, esta institución presenta características muy interesantes, toda vez que permite evitar el contagio criminógeno asociado a la privación de libertad para delitos de baja connotación social, y a imputados que eventualmente, privados de libertad, podrían sufrir una mayor calidad de aprendizaje delictual, entendiendo que nuestros recintos penales no ofrecen posibilidades de reinserción social.

⁴²⁹ ROJAS, Luis Emilio. *Reparación y Sanción penal en un acuerdo reparatorio convenido ante un Juez de Garantía de Pucón*. Artículo publicado en el Boletín del Ministerio Público, N°2, Junio de 2001, Pág. 49. Disponible en sitio web institucional: <http://www.ministeriopublico.cl>

VI.1.1.- Concepto y características.

Los Acuerdos Reparatorios, consagrados entre los Artículos 241 a 244, inclusive, del Código Procesal Penal, son acuerdos entre el imputado y la víctima en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el Juez de Garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal⁴³⁰. Para Maturana, los Acuerdos Reparatorios son aquella salida alternativa que se concede en una audiencia por medio de una resolución judicial, si la víctima y el imputado hubieren convenido en una reparación, en los casos y con las formalidades previstas en la ley, generándose la extinción de la responsabilidad penal⁴³¹.

De los conceptos expuestos, podemos extraer las principales características de la institución:

- Es un acuerdo entre el imputado y la víctima, por lo que, a ésta debe arribarse de manera voluntaria, libre e informada;
- Se repara de alguna forma convenida por las partes el mal causado;
- Debe ajustarse a las formas previstas por el legislador;
- Sólo está permitido para determinados delitos; y,
- Produce la extinción de la responsabilidad penal una vez aprobado por el Juez de Garantía y cumplida la obligación acordada entre las partes (Artículo 242, modificado por la Ley 20.074).

⁴³⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Op. Cit. Tomo I. Pp. 568-569.

⁴³¹ MATURANA, CRISTIÁN. *Los Procedimientos en el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Op. Cit. Pág. 87.

VI.1.2.- Requisitos de procedencia.

Los requisitos para operar están contemplados en el Artículo 241 del CPP y son los siguientes:

- Imputado y víctima deben prestar su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Esto quiere decir que ambas partes deben estar plenamente libres de decidir aquello que van a consensuar posteriormente, ya que implicará, en definitiva, la extinción de la responsabilidad penal. Este consentimiento implica un acto del fuero interno de la persona, desprovisto de toda presión externa que pudiera desembocar en realizar este acto motivado por presiones. Tanto víctima como imputado deben estar informados de las múltiples posibilidades procesales anexas que existen y de las consecuencias que el acuerdo reparatorio tendrá.

- Debe tratarse de hechos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

A este respecto, debemos distinguir dentro de estos tres tipos de delitos:

- “Bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial”. Lo patrimonial es lo apreciable en dinero, pecuniariamente. Por tanto, será el bien jurídico “patrimonio” el preservado por el legislador, y susceptible de ser parte del acuerdo, como por ejemplo el delito de robo con fuerza en las cosas (Artículo 440 del Código Penal) o el hurto (Artículo 446 del Código Penal). Siguiendo a Horvitz y López, el legislador habría utilizado el

concepto “disponibles” a fin de poder abrir el camino a una interpretación progresiva de este término de modo de favorecer una ampliación paulatina de casos susceptibles de acuerdos reparatorios. Así, señalan los autores, podrían suscitarse discusiones respecto de delitos como la malversación de caudales públicos, el fraude al fisco o la defraudación tributaria, delitos con inequívoco pero no exclusivo componente patrimonial y en que podría discutirse la disponibilidad del bien que protegen por tener carácter supraindividual⁴³².

- “Lesiones menos graves”. El Código Penal, en su Artículo 399 se limita a señalar, de manera residual, que *“Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimos o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”*. Por tanto, es cualquier lesión que no esté comprendidas en los tipos penales de los Artículos 395 a 398, inclusive, del Código Penal. Por tanto, siguiendo a Politoff, Matus y Ramírez⁴³³, serán lesiones menos graves:
 - Las que produzcan enfermedad o incapacidad para el trabajo de hasta 30 días;
 - Las que consistan en la mutilación de parte de un miembro importante o menos importante (y que no puedan

⁴³² HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Op. Cit. T. I, Pág. 571. En este mismo sentido se inclinaron los legisladores al conceptualizar el tema bajo el vocablo “disponibles”. Consta de la discusión en la Cámara de Diputados que esta era una materia bastante discutida en el Derecho penal, y que la estafa es claramente, por ejemplo, un delito disponible, y que todos los delitos, en general, también lo son. Vid., PFEFFER, Emilio. Op. Cit. Pág. 256.

⁴³³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. 2ª Edición, junio de 2005. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 118.

calificarse, atendidos sus otros efectos, de graves según el Artículo 397); y,

- Las cometidas por omisión (con independencia de sus efectos), salvo que puedan considerarse subsumidas en el Artículo 398.

- “Delitos Culposos”. Son aquellos en que no hay dolo de cometer el delito, sino que el resultado está determinado por la imprudencia del autor, por su falta de cuidado con el bien jurídico tutelado por la norma. Tienen una estructura diferenciada de los delitos propiamente dolosos. Hay un menor disvalor frente a ellos, no obstante que afectan a bienes tan importantes como la vida, la integridad física o el patrimonio. Bustos, citado por Horvitz y López, señala que aquí no se trata de comportamientos encaminados a la afeción del bien jurídico, sino de conductas que denotan falta del cuidado requerido en el ámbito de relación y que, por tener un menor disvalor de injusto, suelen tener asignada una pena menor que el respectivo delito doloso. El límite estará determinado por razones preventivas, que deberán manifestarse en el interés público prevalente en la continuación de la persecución penal^{434/435}.

⁴³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 3ª Edición. Editorial Ariel, Barcelona, 1987, Pp. 228 y ss. Citado por HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. T.I., Pág. 572.

⁴³⁵ El tema de incluir o no, y en que grado de extensión, a los delitos culposos, fue materia de discusión en el seno del Parlamento, durante la tramitación legislativa del proyecto. A este respecto, se analizó la conveniencia de permitir o no a los delitos culposos, sin la restricción referida a, por ejemplo, accidentes del tránsito. Se decidió finalmente abrir la posibilidad de que se celebren acuerdos reparatorios respecto de los delitos culposos sin limitaciones, pero, al mismo tiempo, reforzar el control del juez, precisando que de oficio, o a petición de parte, negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en la norma. O si el consentimiento de los que lo hubieren prestado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la persecución penal. Vid., PFEFFER, Emilio. Op. Cit. Pág. 258.

- No debe haber un interés público prevalente en la persecución penal (Artículo 241, inciso 3º del CPP). De acuerdo a la norma, el Juez de Garantía deberá negar aprobación cuando existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Siguiendo a la norma en comento, “*Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular*” (Artículo 241, inciso 3º, parte final, CPP).

Este es uno de los puntos clave para entender la procedencia de los acuerdos reparatorios como parte de un modelo en cierta medida privado, aprobado finalmente por la autoridad estatal para entender y ver la solución a los conflictos penales. En el momento en que ciertas conductas son catalogadas como dañosas para el todo social, el legislador las tipifica y las prohíbe, estableciendo sanciones para su contravención por parte de los ciudadanos. Hay por tanto, conductas que son atentatorias contra la sociedad, más allá de las víctimas concretas que son sujetos particulares, identificables. Pero, en determinados tipos de delitos, como los enunciados en el Artículo 241, inciso 2º del CPP, que son materia de los Acuerdos Reparatorios, el legislador ha estimado que estos, más que afectar a un interés social, afectan a un plano más privado. Por ende, cuando exista este “*interés público prevalente*” del que habla la norma, es debido a que más allá de ser una afectación entre particulares, hay una infracción que tiene que ver con el todo social. Es, en síntesis, estimar que este interés público prevalente en la persecución penal es más importante, como conflicto entre Estado y particular que el

conflicto entre partes⁴³⁶. La oposición se justificará en base a los fines de la pena (prevención general y especial).

De acuerdo al Instructivo General N° 34 del Fiscal Nacional a los Fiscales Regionales y Fiscales Adjuntos del país, los fiscales podrán estimar que existe este interés cuando se constate otro bien jurídico afectado de mayor entidad que el principalmente vulnerado por el acuerdo reparatorio; y, hay constancia de haber llegado a Acuerdo Reparatorio por el mismo delito, a lo menos dos veces antes. A este respecto, la norma da una luz para entender lo mismo, en la parte final del inciso tercero del Artículo 241 del CPP: *“Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular”*. Esta norma podría dar dos posibilidades. La primera, tratarse de procesos penales anteriores seguidos en contra del mismo imputado por hechos similares; o, un historial de acuerdos reparatorios por los mismos hechos. Creemos que ambas hipótesis son subsumibles en la norma.

De acuerdo al Instructivo en comentario, esta norma fija un criterio legal y obligatorio de no aprobación del Acuerdo Reparatorio, el cual deberá ser alegado por los fiscales en caso de concurrir.

⁴³⁶ HERRERA SEGUÉL, Marta. *Las Salidas Alternativas en el nuevo proceso penal*. Materiales inéditos para la Cátedra de Investigación en el Nuevo Proceso Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Primer Semestre Académico 2006.

VI.1.3.-Objeto del Acuerdo Reparatorio.

Los Acuerdos Reparatorios podrán consistir en cualquier prestación del ofensor para con la víctima o con el todo social, si ambas partes están contestes en ello. Por ende, podrá ser el pago de una suma de dinero, la realización de una actividad en beneficio del ofendido, la comunidad o un tercero, ya sea de carácter material como la realización de determinados trabajos e incluso una mera reparación simbólica⁴³⁷.

Dado que el Acuerdo Reparatorio busca la satisfacción de la víctima, a fin de que ésta se retrotraiga, en la medida de lo posible, al momento anterior al de la comisión del delito, es que el objeto del acuerdo no deberá ser punitivo, como sanción del Estado, sino que debe repararse el bien jurídico afectado de la propia víctima. Debe existir una prevalencia del interés concreto de la víctima por sobre el interés abstracto de la sociedad.

El límite que tiene la reparación que se estipule por la víctima y el imputado es que ella no puede consistir en un objeto ilícito⁴³⁸..

VI.1.4.- Tramitación legal.

Por tratarse de un acuerdo voluntario de las partes, exento de presiones, a fin de poner término al conflicto penal que ha sido originado, es que su iniciativa puede provenir de ambas partes; es decir, tanto víctima como ofensor pueden proponer celebrar el Acuerdo Reparatorio. También, dado que el Fiscal

⁴³⁷ MATURANA MIQUEL, Cristián. *Los Procedimientos en el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Op. Cit. Pág. 88.

⁴³⁸ *Ibíd.*

podrá oponerse cuando exista un interés público prevalente, es altamente recomendable, y así sucede en la práctica, que éste oficie de mediador entre las partes, para conseguir un acuerdo final. Sí, es del todo criticable el constatar que muchas veces el acuerdo es “celebrado” entre Fiscal y defensor, lo cual se aparta de las finalidades de la institución, desvirtuándola.

Cuando el impulso lo toma el Fiscal, éste debe solicitar un informe u opinión a la URAVIT, el cual deberá recaer sobre la conveniencia de la salida para la víctima y factibilidad de materializar el acuerdo. Una vez evacuado el informe, la unidad conducirá un proceso de mediación penal o conciliación. Por su parte, el Fiscal también podrá negociar con la defensa e imputado un acuerdo cuando la víctima no cuente con abogado, lo cual en ninguna forma lo transformará en Abogado de la víctima⁴³⁹. Tanto el Fiscal como la URAVIT también podrán ofrecer a la víctima e imputado que concurran voluntariamente a un centro especializado de mediación, cuando lo hubiere en la región respectiva⁴⁴⁰.

Una vez que las partes han llegado a acuerdo en cuanto a la entidad de la reparación, su tipo y forma de ejecución, el Juez de Garantía competente citará a audiencia a todos los intervinientes para escuchar sus planteamientos y verificar que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos⁴⁴¹.

Al Juez, en la Audiencia, las partes presentarán por escrito los acuerdos a los que hubieren arribado. Este texto deberá tener como mínimo⁴⁴²:

⁴³⁹ Mucho se ha discutido acerca de si el Fiscal es el Abogado de la víctima, olvidándose que por mandato legal, el Ministerio Público debe realizar su labor de manera objetiva. A fin de explicar esto, se adjunta como anexo, una pequeña exposición del Fiscal Nacional con respecto al tema.

⁴⁴⁰ HERRERA SEQUEL, Marta. *Las Salidas Alternativas en el nuevo proceso penal*. Op. Cit.

⁴⁴¹ MATURANA MIQUEL, Cristián. *Los Procedimientos en el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Op. Cit. Pág. 88.

⁴⁴² HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. T.I., Pág. 573.

- La individualización del imputado o imputados y la víctima o víctimas que celebran el acuerdo. Esta mención es importante, pues el acuerdo reparatorio sólo extinguirá la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él, así como también, sólo producirá efectos respecto de la víctima que lo celebre (Artículo 244 CP);
- La individualización clara y precisa de los hechos investigados que serán materia del acuerdo y su calificación jurídica;
- La circunstancia de que el imputado ha concurrido al acuerdo libre y voluntariamente, con pleno conocimiento de sus derechos;
- Los efectos que el incumplimiento del acuerdo acarreará al imputado. En silencio de una cláusula especial, rigen los efectos previstos en el Artículo 243 del CPP (remisión al Artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, que reglamenta la ejecución de las resoluciones).

O bien, podrá el Acuerdo Reparatorio alcanzado por las partes, ser planteado de forma oral al Juez de Garantía, quien, finalmente, revisando el cumplimiento de los requisitos legales, dará su aprobación al acuerdo. Por reforma legal de 14 de noviembre de 2005, a través de la Ley 20.074, que reformó diversas materias en el CPP, el Juez sólo declarará extinguida la responsabilidad penal a través del sobreseimiento definitivo de la causa una vez que se han cumplido las condiciones estipuladas, extinguiéndose, de esta manera, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado.

El Juez de Garantía podrá rechazar el acuerdo, de oficio o a petición del Ministerio Público. A manera de verificar el consentimiento libre de las partes en

cuanto al acuerdo logrado, es ritual que el juzgador pregunte a las partes, antes de dar a conocer su aprobación o rechazo, si es que éste ha sido arribado con pleno conocimiento de sus derechos y posibilidades anexas de solución.

En cuanto a su ejecución, la víctima podrá solicitar ésta no en sede civil, sino que en el mismo Tribunal de Garantía, a través de un cumplimiento incidental (Artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil), lo cual es del todo favorable a los intereses del ofendido, que de esta forma, evita iniciar un nuevo proceso ante los Juzgados Civiles para obtener la reparación acordada previamente.

Finalmente, en caso de tratarse de varios imputados, y sólo alguno o algunos de estos llegaren a acuerdo, la responsabilidad se extinguirá sólo respecto de éstos⁴⁴³. Frente a quienes no hubieren dado su consentimiento, la causa continuará de acuerdo a las reglas generales⁴⁴⁴.

El Ministerio Público deberá llevar un registro en que consten tanto los Acuerdos Reparatorios como las Suspensiones Condicionales del Procedimiento celebradas, con carácter de reservado. Sin embargo, la víctima podrá solicitar la información que el registro contenga sobre el imputado, pero no teniendo acceso material al registro. De acuerdo al inciso segundo del Artículo 246 del CPP, *“El registro tendrá por objeto verificar que el imputado cumpla las condiciones que el juez impusiere al disponer la suspensión condicional del procedimiento, o reúna los requisitos necesarios para acogerse,*

⁴⁴³ Esto fue considerado “injusto” en la Cámara de Diputados, pues señalaron que puede haber dos o tres imputados, y sólo uno de ellos tener el patrimonio que le permita llegar a este acuerdo. Puede haber otros que tengan, señalaron los legisladores, distintos grados de responsabilidad. Se explicó en la discusión que en esta norma subyacen dos ideas: por una parte, realizar los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado; y, por otra parte, comprender que el sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino un sistema destinado a la resolución de conflictos. O sea, las denuncias que llegan al sistema son conflictos complejos, habitualmente, para los cuales una de las alternativas de solución socialmente más benéficas debiera aplicarse. Vid, PFEFFER, Emilio. Op. Cit. Pág. 257.

⁴⁴⁴ Recordando que los Acuerdos Reparatorios son una salida alternativa.

en su caso, a una nueva suspensión condicional o acuerdo reparatorio". Esta norma se complementa con la del Artículo 335 del mismo cuerpo legal, cuando señala que no se puede invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que diga relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia o rechazo de un acuerdo reparatorio o una suspensión condicional.

VI.1.5.- Oportunidades de celebrarse.

Los Acuerdos Reparatorios podrán celebrarse en las siguientes instancias procesales:

- Audiencia de Formalización de la Investigación;
- Audiencia de Preparación de Juicio Oral;
- Audiencia de Procedimiento Simplificado; y,
- Audiencia especialmente convocada a este efecto.

VI.1.6.- Problemas y Beneficios.

Los Acuerdos Reparatorios son un avance en cuanto a lograr una justicia que pueda satisfacer de mejor manera a las víctimas de delitos de menor monta o bagatelarios, en donde la pena privativa de libertad no tendría razón de ser aplicada.

De esta manera, pueden conseguirse mayores satisfacciones para las partes. Las víctimas, pueden obtener la reparación del mal causado; el ofensor,

puede reparar el daño de acuerdo a sus reales posibilidades; y el aparato estatal no gasta excesivos recursos en causas que no implican un grave daño social. Por ello, esta institución es un avance importante, así como lo es, en el otro corolario, la existencia del Principio de Oportunidad bajo nuestro sistema.

Como dato a ser tenido en cuenta, durante año 2006 se terminaron un total de 1.123.986 casos. De éstos, el 36.3% corresponde a términos que implicaron una judicialización (sentencia condenatoria, sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo, sobreseimiento temporal, suspensión condicional del procedimiento, Acuerdo Reparatorio y facultad para no investigar). El 67.3% restante lo fue por la utilización de facultades privativas del Ministerio Público (Archivo provisional, decisión de no perseverar, Principio de oportunidad e incompetencia).

Dentro de ese 36.3%, los Acuerdos Reparatorios fueron logrados sólo en el 3.7% de los casos⁴⁴⁵, cifra bastante baja para la importancia práctica que genera.

Con respecto a los problemas que puede generar esta institución, principalmente está el considerar que puede beneficiar a los más poderosos, en el entendido de que serán quienes cuenten con mayores recursos económicos quienes estarán más proclives a evitar el sistema penal, a través de este tipo de acuerdo, aunque ello implique desembolsar una alta suma de dinero. Como bien lo señala Maier, hablando de la creciente privatización de los conflictos: "Es probable que hasta que ello suceda (la desaparición del Derecho Penal), tengan cierta razón quienes, para oponerse a la reparación o a la composición privada, como forma de encarar el conflicto, observan que ella conducirá al triunfo de los poderosos, de los más fuertes. En efecto, la disolución del

⁴⁴⁵ Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público, Año 2006. Disponible en sitio web institucional: <http://www.ministeriopublico.cl>

conflicto social en uno que solo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente, terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y sutiles coacciones sociales, de manera que los más fuertes y poderosos triunfarán sobre los débiles, o aquellos que, sencillamente, tienen menos poder. Ello no debería asombrar, pues así funciona, en general, nuestra administración de justicia en Derecho privado actualmente, a la cual no acceden los más débiles y en la cual, probablemente, tampoco triunfan ellos en gran medida”⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ MAIER, JULIO B. *¿Es la reparación una tercera vía en el Derecho Penal?* Op. Cit. Pág. 359.

CONCLUSIONES.

Como decíamos en el capítulo dedicado a la reparación penal, hablar de las víctimas es particularmente difícil, y no sólo porque en éstas es posible ver rasgos de tragedia, producto de haber sufrido la comisión de un delito, sino que es doblemente dificultoso por el debido respeto que la sociedad toda debe tener con ellas, y como, en un nivel mayor, el Estado es capaz de entregar una respuesta, atendiendo a su papel constitucional de promotor del bien común, y de figura subsidiaria, que pueda prodigar una redignificación en la persona que ha visto conculcados sus derechos básicos.

Por otra parte, pudimos analizar con detalle en el primer capítulo el como este tema es fruto constante de instrumentalización política. A diario vemos por prensa y televisión a diferentes personajes pedir aumento de las penas privativas de libertad para los infractores; otros que reclaman por la “creciente” desprotección de las víctimas del delito; y a otros, reclamar por el hecho de ser nuestro procedimiento penal actual, excesivamente “*garantista*” para con los “*delincuentes*”. Como vemos, en el tema de las víctimas se conjugan innumerables variables, algunas de mayor peso que otras, pero que en definitiva, todas juegan un papel importante a la hora de tomar decisiones por parte, tanto del juzgador, como de la autoridad y del estudioso del derecho a la hora de interpretar la norma.

Lo que sí es indudable, es que las víctimas deben tener un lugar, un sitio importante a la hora de tomar decisiones tanto en el plano procesal, como en de la política criminal para construir una sociedad no pro-víctimas, sino una sociedad respetuosa de los Derechos Humanos. No es posible concebir un sistema penal en que los imputados no posean derechos básicos, como a la defensa letrada, o al debido proceso; ni tampoco, una sociedad en que las

víctimas, vulneradas en sus garantías y derechos, no puedan participar en el proceso ni tengan respuestas resarcitorias por parte del Estado o del imputado. Un Estado de Derecho, que se conciba como tal y que pretenda ser promotor de los Derechos Humanos, no puede negar estas realidades.

La evolución misma del Derecho Penal nos muestra como ha ido avanzando, o retrocediendo, muchas veces, el respeto a los Derechos Humanos. Erróneamente se interpreta como avance en pos de la lucha contra la criminalidad la restricción a las garantías de los imputados. Olvida la sociedad que en esa restricción no sólo pierden los “*delincuentes*”, sino que pierde el conjunto todo: menores derechos para las personas significan más derechos para el Estado, facultándosele para un mayor uso de la violencia institucionalizada.

La primera etapa del proceso penal estuvo marcada por el protagonismo de la víctima a la hora de decidir la sanción penal, tanto así, que se le entregó a ésta la decisión final, se le otorgó incluso la persona del infractor para que hiciera con ésta lo que estimara conveniente. Es una sociedad de venganza, en dónde prima la ley del más fuerte, y las respuestas institucionales tienen un acento privativo, en caso alguno, social o preventivo. La segunda etapa, de la mano del procedimiento inquisitivo, neutralizará a la víctima, ya que la ofensa no será en contra de un individuo determinado; lo será en contra del Soberano, detentador del Poder Temporal, que ha dictado una norma de conducta general, amenazando con un castigo en caso de contravenirla, cuya potestad proviene de quien ostenta el Poder Espiritual absoluto, es decir, el mismo Dios.

Dentro de este “avance”, en que el proceso penal pasó a estar en manos del Estado, devinieron innumerables abusos a las personas. La confesión pasa a ser la manera más buscada de poner fin al proceso penal y la prueba legal, o

tasada, demuestra lo cerrado del proceso. Los inquisidores le entregan el nombre a esta particular forma de restaurar el orden quebrantado. La verdad material retrocede en pos de la verdad procesal.

Tímidas voces comienzan a surgir a partir del Siglo XVIII reclamando contra estos abusos. Algunos, con mayor fuerza que otros, como Beccaria, logran sistematizar reclamos notables, provistos de la fuerza de la evidencia que demuestran los hechos que les correspondió vivir. Se comienza a estructurar una débil pero decidida noción de Derechos del Hombre, que determinará una nueva mirada al orden procesal, con reconocimientos incluso positivos en algunas legislaciones del viejo continente. Pero la víctima sigue estando en el papel anterior, neutralizada, siendo un mero objeto de prueba por parte del sistema, casi, una molestia.

A partir del Siglo XIX los estudios punitivos dan un vuelco sustancial. Se comienzan a redactar Códigos penales modernos en Europa y la ciencia logra nuevas variantes del estudio. La criminología, como disciplina científica se encarga de iniciar trabajos en torno al sujeto infractor de la norma, el "*criminal*", para identificar variantes de acción, tipologías, y rasgos identificatorios comunes. No obstante que muchos de los estudios iniciales hoy nos pueden parecer bastante alejados de la realidad, y en nada beneficiosos en la defensa de los derechos de las personas, si es de rescatar que este nuevo enfoque, el criminológico, permitió en aquel entonces, un estudio serio en torno a quien antes poseía muy pocas garantías.

Pero de las víctimas, todavía muy poco. Sólo algunos comentarios, reclamando por el excesivo protagonismo que pasan a tener los sujetos infractores, y la escasa presencia de las víctimas.

Es en la situación que vive el mundo a partir de la Segunda Guerra Mundial en que se comienza, luego del horror experimentado por el mundo, a ver a las víctimas en un distinto plano. Al igual que en la criminología, los primeros estudios son etiológicos, viendo los tipos de víctima, a quienes son más propensos que otros en serlo, y a sus distintas clasificaciones; Una segunda variante nacerá en los años '60, con estudios más proyectivos y empíricamente comprobables. De la mano de las encuestas de victimización, hoy ampliamente utilizadas, se realizan estudios de opinión y se plantean fórmulas preventivas. Es en esta misma etapa en donde, peligrosamente, en los Estados Unidos, comienzan a surgir voces que reclaman por la escasa participación de las víctimas, y el "exceso" de garantías de los imputados, iniciándose una tendencia hacia posturas conocidas como de "la ley y el orden", que restringen los derechos ciudadanos y extienden los derechos del Estado para perseguir el delito.

Posteriormente, particularmente en las últimas décadas, la orientación victimológica ha ido teniendo acogida en las legislaciones mundiales. A este respecto, los Códigos procesal penales tienen mucho que decir, y las instituciones del Estado, mucho que hacer. Dentro de esta fórmula, los instrumentos más propios del Derecho Internacional, los tratados, protocolos y resoluciones diversas de los distintos organismos, han adoptado normas para, por un lado, promover los derechos de las víctimas y por otro, instar a los países a adoptar fórmulas tendientes a evitar los diversos grados de victimización y generar una nueva cultura, no pro-víctima, sino que promotora de los Derechos Humanos, como concepto amplio, que abarca en igual medida al ofensor y al ofendido.

Uno de los grandes avances y reconocimientos que ha obtenido la victimología es precisamente este: la diferenciación de los distintos estados de

victimización que puede sufrir un sujeto, siendo la victimización secundaria, esto es, el padecimiento de la persona una vez que se enfrenta con el aparato procesal producto del juicio seguido contra su ofensor, uno de los que genera, contradictoriamente, mayores vejámenes y abusos en las víctimas.

En lo que respecta al Derecho Internacional también, países como Estados Unidos y Alemania, cuna de procedimientos penales bastante diferenciados, presentan respuestas diversas frente a las posibilidades de participación de las víctimas. En Norteamérica, el proceso está fuertemente dominado por las presiones políticas de los diversos actores del sistema, siendo el Juicio Oral, el recurso en que se conjuga no sólo la ley penal sustantiva, sino que toda una carga teatral y política en que el Derecho, como recomposición de la paz social, muchas veces debe ceder espacio e influencia. Por su parte, los germanos han sido capaces de crear un modelo protector de las víctimas, en que pueden tener posibilidades de participación en diversas instancias, teniendo siempre presente que el Estado tiene el derecho, y el deber supremo de la persecución penal, pero que no obstante ello, la víctima, la persona víctima, es un actor importante, que exige y merece una respuesta satisfactoria por parte del Estado, que, teniendo una misión de preservar el bien común de la población toda, ha fallado particularmente con esta persona, cuyos derechos han sido violentados.

En nuestro país, las respuestas han sido diametralmente diferentes en los dos grandes esquemas procesal penales que han marcado nuestra vida independiente. La Corona española nos legó un proceso fuertemente inquisitivo, en que toda la persecución penal está en manos del Estado, siendo los particulares, y en especial, la víctima un actor muy pequeño del sistema, más que todo, ente que aporta pruebas al procedimiento. El primer Código de Procedimiento Penal de nuestra República, de 1907, en esencia, mantiene las

bases del proceso inquisitivo, con un sumario secreto y en donde el impulso procesal está en manos del Estado. La victimización secundaria, deja entrever, en este proceso, todo su peso y rigor. Las víctimas son reacias a participar, ya que instituciones como el careo, en nada ayudaban a resarcir el daño y a crear instancias de superación del dolor causado.

El proceso penal que viene de la mano con el Código Procesal Penal de 2000 inicia una nueva forma de ver los Derechos Humanos y las víctimas. Siguiendo las tendencias contemporáneas, no sólo se define a la víctima, asimilándola al ofendido, sino que también se le reconoce como interviniente activa del sistema y se enuncian sus derechos más importantes. La actividad del órgano persecutor, el Ministerio Público, estará muchas veces determinada por la participación real y efectiva de la víctima, ya no mero objeto de prueba, sino que persona capaz de ejercer derechos y que puede desplegar influencia en la forma en que el ofensor puede reparar el daño.

Con respecto a esto último, la reparación, puede decirse con propiedad que es una de las materias más controvertidas últimamente en el campo del Derecho Penal. Como lo vimos en el capítulo quinto, hablar de reparación implica también hablar de la forma en que el Estado pena, y consecuente con ello, busca instancias de devolver a las víctimas, sino todo, parte de aquello en que han sido violentadas. Tendencias diversas surgen a este acápite. Por un lado, se asimila la reparación a la pena; por otro, se la ve sólo como atenuante para imponerla; y por otra parte, se la ve como una “tercera vía”, que a los ojos de figuras como Roxin, ven allí objetivos preventivo-especiales e integradores.

En Chile, ello ha tenido influencia en la institución en que las víctimas tienen más que decir, los acuerdos reparatorios. Bajo esta creación, la víctima

es parte activa de la forma en que se repara el daño, ya que su consentimiento para el acuerdo es fundamental para la posterior aprobación del sentenciador.

Esta somera y corta revisión a los diversos pasajes en que consistió este trabajo de memoria nos puede llevar a las más diversas conclusiones, las cuales, muchas veces pueden resultar inconexas entre sí, si es que no se entrelazan con la debida rigurosidad dogmática y científica. Por un lado, es claro e innegable el hecho de que las víctimas están llamadas a participar activamente en el proceso penal. Negarles este derecho básico, implica reconocer que el Estado, detentador del *ius puniendi*, pasa a llevar de manera clara y decidida a las personas, en su tarea persecutora del delito, toda vez que los Derechos Humanos de todos, concepto que incluye a las víctimas, implica tener una actitud de reconocimiento de su dignidad inherente e inequívoca.

Por otra parte, no puede ello dejar de lado una importante crítica que la doctrina nacional e internacional ha resaltado en torno a una excesiva participación o protagonismo de los ofendidos, esto es, la probable instrumentalización que ellas pueden sufrir en manos de autoridades inescrupulosas para desplegar orientaciones político-partidistas y político-criminales que abogan por una sociedad poco tolerante, poco garantista de los Derechos Humanos, como ha sucedido recientemente en los Estados Unidos. Esta crítica es del todo válida, por el hecho de que no es difícil “jugar” con el dolor de quienes están viviendo una situación de indefensión.

Añadido a esto, debe tenerse cuidado en los privilegios que determinados sectores sociales podrían llegar a tener a la hora de mirar la preocupación social y estatal por las víctimas. Los Acuerdos Reparatorios, que señala nuestra legislación procesal penal vigente, siguiendo las tendencias modernas, para poner fin a la instancia penal tratándose de delitos estimados

menos gravosos para el todo social, podrían transformarse, con el tiempo, en una suerte de justicia para los más poderosos, es decir, que la justicia se transformaría en un asunto posible de solucionar en manos de quienes tienen recursos para llegar a un determinado fin. Esto es claro. Por evitar la exposición pública, una persona de altos recursos económicos, podría desembolsar altas sumas de dinero, por un delito menor, y así evitar llegar a juicio oral. Una persona sin recursos, no podría ofrecer este tipo de acuerdo.

Frente a esta situación, también surgen importantes interrogantes. Si la instancia penal en este tipo de salidas alternativas, termina por acuerdos privados, ¿Tiene sentido que el Estado despliegue todos sus recursos técnicos para poner a disposición de los privados un acuerdo que sólo los beneficiará a ellos, dejando al todo social, al *plus* de injusto que motivó la tipificación de la norma penal infringida, sin sanción? En razón de esto, y que se conjuga con el tema de la reparación penal, es que podemos plantear la principal conclusión del trabajo realizado. Las víctimas, como sujetos pasivos del delito, que merecen toda la comprensión social y estatal producto de aquello que han sufrido, merecen una redignificación en tanto personas con derechos y garantías. Frente a esto, el Estado debe posibilitar todas las alternativas de participación penal, ya que el principal objetivo de éste es y debe ser la preservación del bien común. Pero, en la búsqueda de esta “vuelta de mano” a la víctima, el mismo Estado no puede olvidar otra situación importante: su preocupación por el todo social, en que las penas deben tener orientaciones preventivo-generales, no olvidando, como decíamos, que la víctima tiene derecho al proceso, y a la reparación.

Por esto, creemos que una gran reforma al sistema penal debe ir de la mano de la reforma efectuada al sistema procesal penal, así como una reforma civil, en que determinados delitos pasen a esta sede, ya que cada vez más tipos

incumben a áreas de los particulares, y no al todo social. Fomentar y simplificar las áreas de reparación dentro del proceso civil, desburocratizándolas, haciéndolas accesibles a la población, simplificando los tiempos de entrada y espera, es una reforma pendiente en nuestro sistema, que ayudará a obtener la justa reparación que las víctimas merecen. Ello, por supuesto, de la mano de mejoras en las formas en que se plantean los Acuerdos Reparatorios, posibilitando y fomentando que ello no sea utilizado como una forma de evitar constante y reiteradamente el sistema penal por quienes tienen recursos económicos.

Las grandes reformas que los Estados realizan, motivadas por la dignidad de las personas, por fomentar las posibilidades de acceso a instancias esenciales del Estado, como la justicia, deben ser completas y no parciales. La Reforma Procesal Penal es sólo una pequeña, importante, pero pequeña parte de todas las reformas que debe emprender la sociedad para dignificar a las personas, sobre todo a las más humildes, desarrollando su igualdad en cuanto a las prestaciones que se entregan. Estas reformas deben tener siempre presente el avance en la defensa de los Derechos Humanos y la protección de las personas. Por lo mismo, cambios como los introducidos por la reciente Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, en que para el grupo etareo de 16 a 18 años se posibilita su privación de libertad por espacios largos de tiempo (años) en nada ayudan, político-criminalmente a esta senda de recuperar al ser humano, no sólo a las víctimas, como el centro del debate y de las políticas públicas.

Instancias creadas institucionalmente, como las Unidades de Atención a las Víctimas y Testigos, con todos sus recursos materiales y humanos son muestras de que el Estado sí puede realizar transformaciones de calidad en ayuda de las personas. Su amplia utilización por los fiscales del Ministerio Público, y el alto compromiso de sus funcionarios con quienes han sido víctimas

de delitos enseñan a repensar el tratamiento a las víctimas y a crear cada vez más y mejores instancias de tratamiento y reparación.

La defensa de las víctimas en ningún caso va de la mano de aumentar las penas en los tipos, o de crear nuevos. Una sociedad en que abundan las normas penales no puede ser un avance en los derechos de las personas, sino más bien todo lo contrario, es una restricción a las libertades públicas e individuales. Las víctimas necesitan la comprensión del todo social, un tratamiento diferenciado, no discriminador, que les permita volver a la sociedad plenas e integradas. El aumento del Derecho Penal hace que pierdan todos, incluso las víctimas.

No es cierto tampoco que una mayor consagración de los derechos de las víctimas vaya de la mano en una restricción de los derechos del imputado. Como decíamos, no se olvide que el gran detentador de la pretensión punitiva sigue siendo el Estado, que pune las conductas que estima dañosas para la población. Ambas partes, deben contar con garantías de participación. Tampoco se pierda de vista que el Estado es precisamente quien haciendo uso de su derecho a la violencia, actuará en contra de un individuo determinado, el imputado o acusado.

La víctima no puede ser una molestia para el sistema. El debate doctrinario y dogmático, muchas veces envuelto en discusiones académicas en torno a ciertos puntos controvertidos, encerrado en un aula universitaria, olvida que cuando se habla de este sector, se está hablando de personas concretas, que no sólo merecen, sino que tienen derecho, en tanto personas, a una reparación. La justicia no puede confundirse con la ley del más fuerte, la ley del chantaje y la extorsión, pero tampoco podemos dejar de lado que una concepción de justicia en que sólo se tenga en cuenta a la víctima potencial,

dejando a la actual como un mero objeto de prueba, un mero “paso” para preservar a las personas futuras, es una negación hacia quienes hoy están viendo vulnerados sus derechos. Víctima potencial y víctima actual deben ser igualmente preservadas.

Finalmente, sin lugar a dudas, la existencia del Derecho Penal, y su variante adjetiva, el Procesal Penal, son claras muestras de que hoy se viven tiempos diversos en que los derechos de las personas están en el centro de la discusión política y científica. La pena privativa de libertad, en tanto mal causado por haber vulnerado una norma, en la mayor cantidad de casos no solucionada nada, sino más bien, empeora la situación. Las víctimas no buscan siempre esta pena. Buscan reparación y redignificación. Es deber del Estado entregarles esta respuesta, o al menos, intentarla.

ANEXOS.

1.- **OFICIO N° 145**, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, a los Fiscales Regionales y Fiscales Adjuntos del país, en que orienta en el tema de la citación de las víctimas a las audiencias del proceso penal, de 27 de marzo de 2002.

2.- **OFICIO N° 337**, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, a los Fiscales Regionales y Fiscales Adjuntos del país, que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N.º 11, sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal, de 11 de julio de 2003.

OFICIO Nº 145 /

ANT.: No hay.

MAT.: Orienta a los fiscales en el tema de la citación de las víctimas a las audiencias del proceso penal.

SANTIAGO, marzo 27 de 2002

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES DEL PAÍS

El presente documento tiene por finalidad aclarar ciertos aspectos que dicen relación con la citación de la víctima a determinadas audiencias que tienen lugar durante el proceso penal. En este sentido, se ha observado en algunas oportunidades una interpretación errónea del rol desempeñado por los fiscales del Ministerio Público, al entenderse que éstos son los representantes o abogados de la víctima. Esto ha llevado a que las víctimas de los delitos no sean citadas a las audiencias que tienen lugar ante el juez de garantía, por estimarse innecesaria su presencia, entendiéndose erradamente que el fiscal es el representante legal de la víctima.

El asunto discutido supone hacernos cargo de dos cuestiones distintas, a saber:

- 1.- ¿Es el Fiscal un representante de la víctima?
- 2.- ¿Debe citarse a la víctima a las audiencias que se desarrollan durante el proceso penal?

I.- ¿Es el Fiscal el Representante o Abogado de la Víctima?

La respuesta negativa a esta interrogante resulta absolutamente clara. En efecto, el error de sostener que el fiscal representa a la víctima se basa en la práctica de numerosas simulaciones en que se hacía al fiscal aparecer como abogado de la víctima y también se encuentra en algunos materiales de capacitación que circularon en los meses previos a la iniciación de la vigencia de la reforma. Sin embargo, hoy en día no puede sostenerse una afirmación de este tipo por numerosas razones, las cuales son recogidas por el Instructivo N° 52 del Fiscal Nacional y que se reproducen a continuación:

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

- a) La víctima es un interviniente separado e independiente del fiscal como lo señala expresamente el artículo 12 del CPP y los roles procesales de las víctimas y de los fiscales son diferentes desde todo punto de vista.
- b) El fiscal se rige por los principios de legalidad, objetividad y oportunidad. La víctima no puede ser objetiva y no le concierne el principio mediante el cual el fiscal decide no investigar un hecho punible en virtud del principio de oportunidad, por el contrario la víctima puede oponerse a la decisión del fiscal. También la víctima puede oponerse al archivo provisional, y a la no iniciación de una investigación, todo ello conforme lo permiten los artículos 167, 168, 169 y 170, de modo que existe una incompatibilidad de intereses entre el fiscal y la víctima que es inconciliable con la institución procesal de la representación en juicio por un mandatario letrado.
- c) La víctima debe ser escuchada por el fiscal (Art. 109 letra d) y también por el tribunal en determinadas actuaciones de la causa (Art. 109 letra e) y además puede impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria (Art. 109 letra f), independientemente que lo haga el fiscal en defensa de los intereses sociales.
- d) Si el fiscal fuera el abogado de la víctima tendría que rendir cuenta como si fuera un mandatario letrado de ésta, situación que es enteramente improcedente atendidas las funciones del fiscal.
- e) No es posible confundir el papel legal de protección de la víctima que se traduce en la información de sus derechos y en la protección física y psíquica del ofendido por el delito, con el rol de defensor legal de la misma, situaciones que son enteramente diferentes.
- f) Tratándose de una representación legal del fiscal, la ley tiene que atribuirle expresamente y si se trata de una representación convencional ella tiene que hacerse valer en un patrocinio que tiene que otorgarse conforme a la ley 18.120, todo lo cual no concurre en la situación de la víctima y del fiscal.
- g) Finalmente, hay instituciones en que la víctima tiene que concurrir a un acuerdo con el imputado y en que no es posible entenderla representada por el fiscal, como lo es el caso de los acuerdos reparatorios, y hay otras situaciones en que **la víctima o el fiscal** pueden pedir la revocación de la suspensión

condicional del procedimiento, lo que evidencia nuevamente de que estamos en presencia de roles procesales absolutamente diversos.”

II.- ¿Debe citarse a la víctima a las audiencias que se desarrollan durante el proceso penal?

De acuerdo al nuevo ordenamiento procesal penal, la víctima es un interviniente del proceso, sea o no querellante. Así lo establece expresamente el art. 12 del CPP al señalar: “Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas”.

Como consecuencia de lo señalado precedentemente, resulta absolutamente claro que cada vez que el Código establezca como requisito para una determinada audiencia que sean citados “todos los intervinientes”, constituye una obligación para el tribunal el citar a la víctima a dicha audiencia. En estos casos bastará su sola citación independientemente de su concurrencia a la audiencia, salvo que se trate de un supuesto en que expresamente se exija su presencia, como en el caso de los acuerdos reparatorios.

Con el objeto de realizar un análisis de los distintos casos en que debe ser citada la víctima, nos referiremos separadamente a las diferentes audiencias en que resulta manifiesta la necesidad de citar a la víctima con el objeto de que pueda hacer valer sus derechos:

1.- Audiencia de Formalización de la Investigación

El artículo 231 establece:

“Si el fiscal desee formalizar la investigación respecto de un imputado que no se encontrare en el caso previsto en el art. 132, solicitará al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito que se le atribuyere, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo.

A esta audiencia se citará al imputado, a su defensor **y a los demás intervinientes en el procedimiento”.**

Del tenor literal del art. 231 se desprende la obligación que existe respecto del tribunal, de citar a la víctima a la audiencia de formalización de la investigación, de modo tal que se encuentre garantizado el ejercicio de los derechos que el propio Código otorga al ofendido por el delito.

Además del texto expreso de la disposición legal antes transcrita y, a mayor abundamiento, debemos hacer presente que durante la audiencia de formalización de la investigación, junto con comunicársele al imputado que se desarrolla en su contra una investigación respecto de uno o más delitos, el fiscal puede solicitar respecto del imputado la prisión preventiva u otra medida cautelar de las establecidas en el art. 155 del CPP. En este sentido, el art. 142 del CPP (al cual se remite el artículo 155) establece que el tribunal, luego de escuchar los fundamentos de la solicitud, deberá oír

al defensor y **a los demás intervinientes** si estuvieren presentes y quisieren hacer uso de la palabra y al imputado.

Igualmente, el art. 155 del CPP establece que: “Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, **proteger al ofendido** o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, **del querellante o la víctima**, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas...”.

Por lo tanto, ante la eventualidad de que se solicite durante la audiencia de formalización de la investigación alguna medida cautelar, ya sea de las del art. 155 o la prisión preventiva, resulta esencial que la víctima sea citada a dicha audiencia garantizando el ejercicio de sus derechos.

2.- Audiencia para solicitar medidas cautelares, modificarlas o revocarlas

De acuerdo con el artículo 142 y 155 inciso 3° del CPP, la solicitud de prisión preventiva u otra medida cautelar de las establecidas en el inciso 1° del art. 155, puede plantearse en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral. Sin embargo, dicha petición también podrá hacerse en cualquier etapa de la investigación, respecto del imputado contra quién se hubiere formalizado ésta, caso en el cual el juez fijará una audiencia para la resolución de la solicitud, citando a ella al imputado, su defensor y **a los demás intervinientes**.

De esta manera, resulta esencial que la víctima sea citada a aquellas audiencias cuyo objetivo sea solicitar medidas cautelares a fin de garantizar sus derechos de conformidad a lo establecido en el inciso final del art. 142 (ser oída por el tribunal).

Asimismo, y como lo establece el art. 144, si el imputado solicitare la revocación de la prisión preventiva, el tribunal podrá **citar a todos los intervinientes** a una audiencia, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la medida. El tribunal estará obligado a citar a esta audiencia, cuando hubieren transcurridos dos meses desde el último debate oral en que se hubiere ordenado o mantenido la prisión preventiva. Por lo tanto, la citación de la víctima a la audiencia que tenga por objeto debatir respecto de la revocación de la prisión preventiva, resulta igualmente obligatoria para el tribunal.

Por su parte, el art. 156 del CPP establece que el tribunal podrá dejar temporalmente sin efecto las otras medidas cautelares personales, a petición del afectado por ellas, oyendo al fiscal y previa **citación de los demás intervinientes** que hubieren participado en la audiencia en que se decretaron, cuando estimare que ello no pone en peligro los objetivos que se tuvieron en vista al imponerlas.

Concluyendo entonces, la citación de la víctima resulta obligatoria para el tribunal en todas aquellas audiencias que tengan por objeto, tanto la imposición de una medida cautelar, como su revisión y revocación.

3.- Suspensión Condicional del Procedimiento

Conviene recordar que el texto del Código Procesal Penal originalmente aprobado por la Cámara de Diputados, indicaba que el juez de garantía **debía escuchar** a la víctima antes de resolver sobre la suspensión condicional. Esta exigencia fue eliminada por el Senado, el cual señaló en su informe lo siguiente:

“En lo que atañe a la exigencia de oír a la víctima y al querellante, reflexionó la Comisión que podría paralizar el procedimiento en caso de que no comparezcan, lo que estimó inadecuado. La víctima ya está informada por el fiscal de sus derechos, medida que fue incluida por la Comisión, y tiene otras instancias de reclamo, por lo que no se justifica incorporarla en el procedimiento”.

De ello se sigue que la presencia de la víctima no es requisito de validez de la respectiva audiencia, pero que sí debe ser citada a la misma puesto que los tribunales deben cumplir con la obligación que les impone el artículo 109, letra e), del Código, sobre “derechos de la víctima”, en cuanto ordena que debe ser oída, si lo solicitare, **antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere termino a la causa, como sería el caso de la resolución que decreta la suspensión condicional del procedimiento.**

La oportunidad para escuchar a la víctima será en la misma audiencia en que se conoce la solicitud de suspensión condicional, antes de que el juez resuelva acerca de ella y siempre y cuando la víctima esté presente.

Relativamente similar es la situación del querellante en esta tramitación. En efecto, el inc. 4º del artículo 237 señala:

“Si el querellante asistiere a la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberá ser oído por el tribunal”.

De ésta manera, podemos constatar que la presencia del querellante no es requisito de validez de la audiencia y ésta puede perfectamente celebrarse sin aquél, pero al igual que respecto de la víctima, no podrá realizarse si el querellante no ha sido citado.

4.- Audiencia de Preparación del Juicio Oral

El art. 260 del CPP establece:

“Presentada la acusación, el juez de garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días...”.

La audiencia de preparación del juicio oral tiene por finalidad fundamental determinar el objeto del juicio oral y las pruebas que podrán rendirse en él. Sin embargo, durante la audiencia pueden presentarse una serie de situaciones que podrían originar debate y que deberán ser resueltas por el tribunal. En este sentido, las atribuciones del juez de garantía no se limitan sólo a revisar aspectos formales o a depurar el material del juicio oral sino que son mucho más amplias y podrían abarcar una serie de funciones diferentes.

En efecto, durante la audiencia de preparación del juicio oral, el juez de garantía deberá desempeñar distintas actuaciones, como las que se señalan de manera ejemplar a continuación:

- dirigir el debate (Art. 266)
- resumir las presentaciones escritas de los intervinientes (Art. 267)
- otorgar al acusado la oportunidad de defenderse verbalmente cuando no lo hubiere hecho por escrito con anterioridad a la audiencia (Art. 268)
- corregir los vicios formales de las acusaciones o de las demandas civiles (Art. 270)
- resolver las excepciones de previo y especial pronunciamiento (Art. 271)
- abrir debate sobre las pruebas ofrecidas (Art. 272)
- llamar a conciliación sobre la responsabilidad civil (Art. 273)
- unir o separar las acusaciones del Ministerio Público (Art. 274)
- tener por acreditados ciertos hechos mediante las convenciones probatorias (Art. 275)
- decidir acerca de la exclusión de prueba del juicio oral (Art. 276)
- resolver acerca de las peticiones de prueba anticipada (Art. 280)
- decidir si se utilizará el procedimiento abreviado, a petición del fiscal, y si accede a ella, tramitar y resolver la contienda penal ciñéndose a las reglas del procedimiento abreviado (Art. 406 y siguientes)
- conferir un nuevo plazo para presentar pruebas por el acusado (Art. 278)
- devolver los documentos de la investigación (Art. 279).

Pero además existen otros temas que pueden suscitarse durante esta audiencia y que están señalados en disposiciones que no están ubicadas en el Título II del Libro II del CPP sobre preparación del juicio oral. Tal es el caso de los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento, cuya última oportunidad para ser promovidos es en la audiencia de preparación del juicio oral (Art. 245 inc. 2º).

Por otra parte, también es competente el juez de garantía durante esta misma audiencia, para conocer de las solicitudes de prisión, revocación, modificación y sustitución de la prisión preventiva (Arts. 142 inc. 1º, 144, 145, etc.) y además tiene competencia para conocer de la procedencia, duración, impugnación y ejecución de las otras medidas cautelares personales (Art. 155 inc. final).

En lo que dice relación específicamente con la víctima, el artículo 64 del Código Procesal prescribe que si ésta dedujo demanda civil y no compareciere a la audiencia de preparación del juicio oral, sin justificación, la acción civil interpuesta en el procedimiento penal, se entenderá abandonada (artículo 64, inciso 2º, del nuevo Código).

Por último, cabe señalar que la enumeración anterior no es taxativa y bien pueden encontrarse otras facultades y atribuciones repartidas en el articulado del nuevo

Código, que pueden ser ejercidas por el juez de garantía durante la preparación del juicio oral.

De esta manera, y en conformidad a lo señalado precedentemente, podemos afirmar que la diversidad de cuestiones que pueden suscitarse durante esta audiencia y que pueden afectar los intereses y derechos de la víctima, ponen de manifiesto la necesidad de que ésta sea **citada a ella y sin esta citación la audiencia no debería verificarse**. Cosa distinta es si no concurre a la audiencia, encontrándose legalmente citada, porque en tal caso la audiencia no puede suspenderse y deberá llevarse a cabo en su ausencia.

5.- Audiencia que tiene por objeto recibir prueba anticipada

El Art. 191 del C.P.P. regula la posibilidad de recibir la declaración anticipada del testigo que manifiestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante.

De presentarse esta situación, el juez **deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral**, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral.

En este sentido, el Art. 325 del CPP sobre apertura del juicio oral, dispone que el tribunal penal del juicio oral debe constituirse con asistencia de todos los intervinientes y al efecto establece:

“El día y hora fijados, el tribunal se constituirá con la asistencia del fiscal, del acusado, de su defensor y **de los demás intervinientes...**”.

Por lo tanto, la víctima siempre debe ser citada a aquella audiencia que tenga por objeto recibir la prueba anticipada de acuerdo a lo establecido en el art. 191 del CPP.

6.- Audiencia de Conclusión de la Investigación

El art. 247 del CPP establece un plazo de 2 años para el cierre de la investigación. Transcurrido dicho plazo, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez que aperciba al fiscal para que proceda a tal cierre. “Para estos efectos, el juez **citara a los intervinientes** a una audiencia...”.

Nuevamente, en este caso resulta imperativo para el tribunal citar a la víctima a fin de que esta pueda ejercer aquellos derechos que la ley le otorga.

7.- Sobreseimiento Definitivo, Temporal y facultad de no perseverar en el Procedimiento

El art. 249 del CPP establece:

“Cuando decidiere solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, o comunicar la decisión a que se refiere la letra c) del artículo anterior (facultad de no perseverar en el

procedimiento), el fiscal deberá formular su requerimiento al juez de garantía, quién **citara a todos los intervinientes a una audiencia**".

La citación de la víctima a esta audiencia no sólo resulta obligatoria para el tribunal a la luz de lo establecido en este artículo, sino que constituye uno de los derechos que la ley le otorga expresamente a la víctima en el art. 109 letra e) del CPP:

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

8.- Audiencia de Juicio Oral

El Art. 325 del C.P.P. sobre apertura del juicio oral establece:

"El día y hora fijados, el tribunal se constituirá con la asistencia del fiscal, del acusado, de su defensor **y de los demás intervinientes**. Asimismo, verificará la disponibilidad de los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarará iniciado el juicio...".

De acuerdo a la disposición recién citada, resulta claro que la audiencia del juicio oral debe llevarse a cabo previa citación de todos los intervinientes, entre los cuales está la víctima del delito, independientemente de su presencia efectiva en el juicio.

Sin perjuicio del argumento de texto legal esgrimido, debemos señalar que de acuerdo al espíritu del nuevo sistema procesal penal, el juicio oral se erige como la instancia central de todo el procedimiento. En efecto, es en esta etapa en la cual las partes van a poder entregar sus versiones de los hechos, rendirán la prueba pertinente, emitirán sus alegatos y finalmente los jueces del tribunal oral podrán, en conformidad a todo ello, emitir su sentencia debidamente fundada. De esta manera, resulta evidente que el juicio oral debe desarrollarse respetando las garantías y los derechos consagrados en la constitución y la ley.

La no citación de la víctima a la audiencia del juicio oral significará privarla de la posibilidad de ejercer, durante dicha audiencia, los derechos que el Código Procesal Penal expresamente le otorga, desconociendo el importante rol que ésta juega dentro del nuevo sistema. Además, se le priva del derecho de ser oída antes de la dictación de una sentencia absolutoria, derecho que está establecido en el Art. 109 letras e) y f) del C.P.P.

Una consideración aparte, merecen sin embargo aquellos casos en que la víctima deba concurrir a declarar como testigo, pues en estos supuestos se le aplicarán las normas generales que regulan la declaración de éstos en el juicio oral, es decir la víctima como testigo no puede comunicarse con los peritos u otros testigos, oír o ser informado de lo que ocurriere en la audiencia, mientras no preste declaración (Art. 329 inc. final del C.P.C.). Por ello, una vez que preste declaración puede continuar presente en la audiencia y ejercer los derechos que le corresponde como víctima.

Conclusión

El Art. 6 del C.P.P. establece respecto de los tribunales, el deber de garantizar conforme a la ley la vigencia de los derechos de la víctima, durante el procedimiento. La posición de garante de la víctima que adquieren los tribunales en el nuevo proceso

penal acarrea, entre otras cosas, la obligación de asegurar el efectivo ejercicio de los derechos que la ley le otorga.

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

Sírvase distribuir este oficio entre los fiscales y recibir las observaciones que este texto les merezca, para los fines que haya lugar.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/crz

OFICIO FN N° 337 /

ANT.: No hay.

MAT.: Introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N.º 11, sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal.

SANTIAGO, julio 11 de 2003

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y FISCALES ADJUNTOS DEL PAÍS

Explicación general

El presente oficio se refiere a una serie de materias contenidas en la Instrucción General N.º 11 que se ha propuesto refundir en un texto sistematizado y actualizado, en atención a la experiencia acumulada desde su dictación en esta área.

A continuación se explican a grandes rasgos las modificaciones que se insertan en el nuevo texto refundido de las instrucciones generales sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal.

1.- En primer lugar, se establece que para que el fiscal pueda cumplir sus deberes para con la víctima con un representante de ésta, bastará con que el ofendido haya designado a tal representante a través de cualquier medio idóneo. En el evento de que el representante acudiere a la fiscalía local sin que el fiscal tenga conocimiento previo de su designación, éste de todos modos podrá cumplir sus obligaciones respecto de la víctima con dicho representante, si este último exhibiere poder simple, conferido por escrito por el ofendido (número 6 del texto definitivo y sistematizado).

2.- Asimismo, se agrega que, en aras de cumplir con las instrucciones generales previstas en el documento, los fiscales podrán solicitar la colaboración necesaria a los ayudantes de fiscal (número 7 del texto definitivo y sistematizado).

3.- El consentimiento de la víctima se constituye como un elemento básico al momento de adoptar medidas para prevenir la victimización secundaria y para que la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos le brinde sus servicios (números 8 y 16 del texto definitivo y sistematizado).

4.- Además, se plantea que la División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos procurará que se efectúe un informe anual acerca de las condiciones de atención a las víctimas en las fiscalías locales (número 9 del texto definitivo y sistematizado).

5.- Por otra parte, se establecen nuevos criterios de derivación para efectos de una atención integral a las víctimas (número 15 del texto definitivo y sistematizado).

6.- Asimismo, se fija un plazo máximo para derivar a las víctimas a las unidades regionales: 5 días siguientes a aquél en que se hubiere iniciado el procedimiento penal (números 15 y 38 del texto definitivo y sistematizado).

7.- Se establece que, durante el curso del proceso penal y tratándose de los casos derivados a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos, los fiscales deben informar a ésta de los hitos significativos del procedimiento, y remitir copia de las presentaciones y resoluciones significativas para la víctima (número 15 del texto definitivo y sistematizado).

8.- Además, se señala que los informes que emita la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos sólo podrán referirse a materias que digan relación con la atención brindada o las funciones propias de las unidades regionales (número 15 del texto definitivo y sistematizado).

9.- Junto con lo anterior, se agrega que no obstará a la derivación de la víctima a una institución de la red asistencial el hecho de que aún se encuentre pendiente el proceso penal (número 17 del texto definitivo y sistematizado).

10.- Por otra parte, se establece que, tratándose de casos derivados, el fiscal procurará grabar la declaración de la víctima a través de un medio audiovisual, para contar con un registro del relato que pueda ser examinado por los demás agentes vinculados con la investigación penal o la atención de las víctimas (número 19 del texto definitivo y sistematizado).

11.- Asimismo, se contempla la posibilidad de que la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos haga un seguimiento de la suspensión condicional del procedimiento que se hubiere decretado, siempre que las condiciones digan relación con la satisfacción de los intereses concretos de las víctimas (número 24 del texto definitivo y sistematizado).

12.- Se consagra la posibilidad de que la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos apoye a la víctima para concurrir o declarar en la audiencia de juicio oral, no sólo cuando ésta tuviere dificultades psicológicas para comparecer, sino también

cuando sea necesario prepararla metodológicamente para el juicio (número 32 del texto definitivo y sistematizado).

13.- Además, la nueva versión de la instrucción prevé la posibilidad de que la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos adopte por sí misma ciertas medidas de protección, cuando se tratare de casos urgentes y necesarios, dando aviso inmediato al fiscal a cargo del caso (número 39 del texto definitivo y sistematizado).

14.- Finalmente, se amplía el catastro ejemplar de medidas autónomas de protección y se contemplan expresamente algunas medidas judiciales de protección que el fiscal puede solicitar (números 40 y 58 del texto definitivo y sistematizado).

En consecuencia, el siguiente es el texto definitivo y sistematizado de las instrucciones generales sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal.

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

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

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

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

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

I. DISPOSICIONES COMUNES

Concepto de víctima

1.- El art. 108 inciso 1º del CPP dispone que, “para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito”. Ofendido por el delito es el sujeto pasivo del mismo, es decir, el titular de los bienes jurídicos que se ven afectados por el delito o el sujeto pasivo de la acción, esto es, el que sufre la acción delictiva, aunque no sea titular del bien jurídico afectado⁴⁴⁷.

En el segundo trámite constitucional, el Senado había aprobado un concepto de víctima un poco más restringido toda vez que estimaba que la víctima era el ofendido “directo” por el delito, concepto que no fue aceptado por la Cámara y tampoco en la Comisión Mixta de Diputados y Senadores⁴⁴⁸.

Por consiguiente, los conceptos de “ofendido por el delito” y “víctima” son sinónimos para todos los efectos del CPP.

En cambio, no son víctimas los perjudicados indirectamente por el delito, v. gr.: la familia de la víctima en un delito de lesiones graves, la entidad aseguradora del patrimonio de una víctima en un delito de robo, etc., en la medida en que no son titulares del bien jurídico afectado ni sufren la acción delictiva, sin perjuicio de la facultad de presentar demanda civil ante el tribunal civil competente.

2.- Para los efectos del CPP, sólo son víctimas las personas, sean naturales o jurídicas.

3.- En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que el CPP le otorga, v. gr.: en el delito de secuestro, se considera víctima a las personas enumeradas en el inciso 2º del art. 108 del mismo código. Para los efectos de la intervención en el procedimiento penal, esta enumeración constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

⁴⁴⁷ En contra HORVITZ, María Inés – LÓPEZ, Julián, *Derecho procesal penal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, p. 298.

⁴⁴⁸ Véase PFEFFER, Emilio, *Código Procesal Penal anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001, p.135.

En consecuencia, la intervención de aquellas personas no excluye a las comprendidas en las categorías anteriores y, por tanto, la intervención posterior de personas pertenecientes a estas últimas categorías sigue prevaleciendo por sobre las que ya hubieren intervenido. Por ejemplo, si al faltar cónyuge, hijos y ascendientes del occiso interviniese en el procedimiento el conviviente del mismo, la intervención posterior del cónyuge no conocido hasta el momento excluye al conviviente, sin perjuicio del principio de preclusión de las facultades procesales. De igual manera, la intervención posterior del hasta entonces secuestrado, por ejemplo, excluye a las personas que hubieren intervenido como víctima. Naturalmente, esta exclusión no tiene efecto retroactivo y todo lo obrado por los parientes o personas excluidas, debe considerarse como válido para todos los efectos legales hasta el momento de su exclusión.

4.- En los delitos que afectaren bienes jurídicos colectivos, v. gr.: los previstos en la ley 19.366, los arts. 313 a y siguientes del Código Penal, los delitos contra la seguridad colectiva (v. gr., manejo en estado de ebriedad), los delitos económicos, etc., la colectividad no es víctima para los efectos del CPP, puesto que no se trata de una persona concreta, natural o jurídica, que pueda ejercer sus derechos directamente o mediante representante. No obstante, es función del Ministerio Público asumir la persecución penal pública de estos delitos, sin perjuicio de las atribuciones que la ley le otorga expresamente a otros organismos del Estado y de la facultad de presentar querrela prevista en el inciso 3º del art. 111 del CPP. Para los efectos del CPP, en estos delitos sólo son víctimas las personas que se ven afectadas concretamente en sus bienes jurídicos individuales (vida, salud, patrimonio, etc.).

No son víctimas las asociaciones intermedias constituidas para la defensa de determinados intereses sociales relevantes o colectivos por el hecho de verse afectados estos intereses por un delito, sin perjuicio de la facultad de presentar querrela criminal en conformidad al inciso 3º del art. 111 del CPP.

En los delitos que afectaren bienes jurídicos estatales, v. gr: la administración de justicia, la administración pública, la seguridad del Estado, etc., se considerará víctima a la persona jurídica Estado o Fisco, según el caso, correspondiendo a los organismos estatales facultados expresamente para su representación judicial el ejercicio de los derechos pertinentes, sin perjuicio de la atribución exclusiva del M.P. de dirigir exclusivamente toda investigación penal y de la facultad para presentar querrela prevista en el art. 111 inciso 2º del CPP.

Intervención de la víctima en el proceso penal

5.- La víctima puede intervenir personalmente en el proceso penal, es decir, no constituye requisito para el ejercicio de sus derechos la designación de abogado, sin perjuicio de que facultativamente pueda designar a un abogado que la represente, en tal caso, los fiscales no podrán negarse a comunicar también sus decisiones a este representante.

No obstante, la presentación de la querrela criminal por parte de la víctima contiene una pretensión procesal que tiene peticiones y que obviamente tendrá que ser patrocinada por un letrado, porque se trata de la primera presentación en juicio que se formula ante un tribunal, en este caso un Juez de Garantía que debe examinar la admisibilidad de la querrela antes de enviarla al M.P. para la investigación criminal.

6.- Para que el fiscal pueda cumplir sus deberes para con la víctima con un representante de ésta, bastará que el ofendido haya designado a tal representante a través de cualquier medio idóneo.

En el evento de que el representante acudiere a la Fiscalía Local sin que el fiscal tenga conocimiento previo de su designación, éste de todos modos podrá cumplir sus obligaciones respecto de la víctima con dicho representante, si este último exhibiere poder simple, conferido por escrito por el ofendido.

Del apoyo de los ayudantes de fiscal

7.- En aras de cumplir con las instrucciones previstas en este documento, los fiscales podrán solicitar la colaboración necesaria a los ayudantes de fiscal.

II. ATENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Deberes generales del Ministerio Público

8.- Todos los fiscales y funcionarios del Ministerio Público estarán obligados a brindar una atención adecuada a las víctimas, otorgando una atención expedita, digna y respetuosa en todo momento.

De esta forma, se procurará dar cumplimiento al deber del Ministerio Público de evitar o disminuir al mínimo las perturbaciones que hubieren de soportar las víctimas con ocasión de las diligencias o actuaciones en que participen en su calidad de intervinientes (inciso primero del art. 78 del CPP). Todas las medidas que se adopten en el cumplimiento de tal obligación deberán contar con el consentimiento de la víctima.

Los fiscales atenderán a las víctimas durante los horarios de atención externa que fijen los fiscales jefes respectivos. Las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos atenderán a las víctimas durante todo el horario de la jornada de trabajo, salvo en la hora de colación, según el sistema que fijen los Jefes respectivos de aquéllas.

9.- La División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos procurará que se efectúe un informe anual acerca de las condiciones de atención a las víctimas en las fiscalías locales. Asimismo, dicha División impartirá las directrices técnicas a que deba atenerse el funcionamiento de las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos (art. 20 letra f) ley 19.640).

Participación de la víctima en el proceso penal: deberes de información y de escuchar a la víctima

10.- Recibida la denuncia en la Fiscalía Local, el fiscal informará a la víctima, por un medio que sea eficaz (personalmente o por carta, teléfono, etc.), de los derechos contemplados en el art. 109 del CPP y de las actividades que debiera realizar para ejercerlos. De esta manera, el fiscal informará a la víctima que, para ser oída antes de que se pida o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada, debe solicitarlo expresamente (art. 109 letra d)). Si la víctima hubiere designado abogado, el fiscal cumplirá este deber también respecto del mismo (art. 78 inciso 2º letra a)).

La solicitud expresa de la víctima de ser escuchada se exigirá una sola vez y se entenderá de esta manera cumplido el requisito para ser oída por el fiscal en todas las oportunidades pertinentes.

Asimismo, el fiscal informará a la víctima acerca del curso y eventuales resultados del procedimiento, debiendo también realizar esta actividad respecto del abogado de la víctima, si hubiere designado uno (art. 78 inciso 2º letra a)). El fiscal indicará a la víctima los trámites que pudiere realizar para contribuir a la investigación, tales como aportar documentos, ubicar testigos, concurrir al Servicio Médico Legal, etc.

Asimismo, registrará estas actividades y la solicitud de la víctima de ser oída, en su caso.

11.- El fiscal evaluará la situación de peligro en que pudiere encontrarse la víctima y su familia (art. 78 inciso segundo letra b.- del CPP).

12.- El fiscal informará a la víctima sobre su eventual derecho a indemnización, la forma y oportunidad para impetrarlo, las medidas que puede solicitar para asegurar el resultado de las acciones civiles y la facultad de preparar la demanda civil (art. 78 inciso 2º letra c), primera parte, del CPP).

Tratándose de los delitos de homicidio, lesiones corporales y duelo, el fiscal le informará acerca de los derechos previstos en el art. 410 del Código Penal. Tratándose de los delitos sexuales contemplados en los arts. 361 a 366 bis del Código Penal, el fiscal informará a la víctima del derecho previsto en el art. 370 del Código Penal. Tratándose de delitos contra la propiedad, el fiscal informará a la víctima que fuere dueña de las cosas hurtadas, robadas o estafadas, de la forma en que puede reclamar la restitución, en conformidad al art. 189 inciso 2º del CPP. Asimismo, registrará estas actividades.

El fiscal remitirá los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles (art. 78 inciso 2º letra c), segunda parte, del CPP).

Asimismo, de ser procedente, el fiscal solicitará medidas cautelares reales a favor de la víctima, con el propósito de garantizar las responsabilidades civiles provenientes del presunto delito (art. 157 del CPP).

El Fiscal registrará las actividades señaladas en los párrafos precedentes.

Formas anticipadas de poner término al procedimiento: deberes de información y de escuchar a la víctima

13.- Antes de archivar provisionalmente la investigación, ejercer la facultad para no iniciar la misma o aplicar el principio de oportunidad, el fiscal informará a la víctima sobre el significado de su decisión, los motivos que la fundan, sus efectos penales y civiles y los derechos que puede ejercer.

En particular, tratándose del archivo provisional, el fiscal informará a la víctima respecto de sus derechos a solicitar la reapertura del procedimiento y diligencias de investigación, reclamar en caso de denegación ante el Fiscal Regional, provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva y, cuando fuere pertinente, los efectos del archivo provisional respecto de la acción civil en conformidad al art. 68 del CPP. Si el delito mereciere pena aflictiva (art. 167 inciso segundo del CPP), el fiscal informará a la víctima de la decisión del Fiscal Regional.

Antes de ejercer la facultad de no iniciar la investigación, el fiscal deberá informar a la víctima de su derecho a provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva. De igual manera, ejercida esta facultad, el fiscal informará a la víctima de haber sometido la decisión a la aprobación del juez de garantía y del derecho de ser oída, si lo solicitare, por éste antes de resolver (arts. 78 inciso 2º letra a) y 109 letra e) del CPP) como, asimismo, de la decisión del juez de garantía.

Tratándose del principio de oportunidad, el fiscal informará a la víctima respecto de los trámites siguientes a la decisión, del plazo y forma para ejercer su derecho de oposición ante el juez y, cuando fuere pertinente, los efectos de la aplicación del principio de oportunidad respecto de la acción civil en conformidad al art. 68 del CPP. Vencido el plazo para la oposición de la víctima o rechazada por el juez la reclamación respectiva, el fiscal informará a la víctima del plazo y forma para reclamar ante el Fiscal Regional.

Cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal informará también a éste de las materias previstas en el párrafo anterior (art. 78 inciso final del CPP).

El fiscal registrará las actividades señaladas en este número.

Asimismo, tratándose de casos derivados, los fiscales podrán requerir a la Unidad la colaboración necesaria para informar a la víctima sobre la terminación anticipada que se hubiere dispuesto en el caso.

14.- Antes de tomar una decisión que implique poner término anticipado al procedimiento, el fiscal escuchará el parecer de la víctima a este respecto. Cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal escuchará también la opinión de aquél (inciso final del art. 78 del CPP). Asimismo, registrará estas actividades.

El cumplimiento de este deber de escuchar a la víctima es especialmente relevante cuando se trata del ejercicio del principio de oportunidad.

Cuando se tratara de un caso derivado, el fiscal informará a la Unidad de su posible terminación anticipada y ésta podrá cumplir el deber de escuchar a la víctima, transmitiendo al fiscal la opinión de esta última.

Sistema de derivación a la Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos

15.- Para efectos de una atención integral a las víctimas, el fiscal derivará a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos en los siguientes casos (art. 34 letra e.- de la Ley 19.640):

- a) Cuando se trate de homicidio simple, homicidio calificado, parricidio, infanticidio, robo calificado, castración, mutilación, lesiones graves gravísimas, lesiones simplemente graves o menos graves cometidas en un contexto de violencia intrafamiliar, manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, violación, estupro, abuso sexual propio cometido contra menores de 18 años, abuso sexual impropio (art. 366 quater CP), favorecimiento de la prostitución de menores (art. 367 CP), delitos de secuestro y abandono. Asimismo, previa apreciación de la gravedad del caso, abuso sexual cometido contra mayores de 18 años, lesiones simplemente graves y menos graves.
- b) Cuando se trate de víctimas con daño psicológico grave provocado por el delito, enfermedad mental grave o incapacidad física notoriamente disminuida. Asimismo, previa apreciación del estado de la persona, víctimas menores de edad, mayores de 65 años, analfabetas o pertenecientes a otra etnia.

La derivación deberá efectuarse lo más pronto posible, dentro del plazo máximo de cinco días siguientes a aquél en que se hubiere iniciado el procedimiento penal.

Al derivar una víctima a la Unidad, los fiscales deberán especificar el propósito de la derivación.

La derivación deberá formalizarse a través del ingreso de la actividad "Derivación UR" en el SAF. Sin perjuicio de ello, los fiscales podrán poner en conocimiento de la Unidad la circunstancia de la derivación, a través de cualquier medio idóneo.

Respecto de los casos derivados, los Jefes de las Unidades correspondientes y el Gerente de la División de Atención a las Víctimas y Testigos, tendrán acceso al

sistema computacional de apoyo de los fiscales (SAF), sin perjuicio del secreto que éstos dispusieren conforme al CPP.

Las Unidades emitirán los informes y opiniones que fueren requeridos por cualquier medio idóneo, como correo electrónico, fax o teléfono. En todo caso, estos informes sólo podrán referirse a materias que digan relación con la atención brindada o las funciones propias de las Unidades Regionales (v. gr., informes de daño psicológico causado por el delito, etc.).

Durante el curso del proceso penal y tratándose de los casos derivados a la Unidad, los fiscales informarán a ésta de los hitos significativos del procedimiento. Asimismo, les remitirán copia de las presentaciones y resoluciones significativas para la víctima.

16.- Derivado un caso a la Unidad, el fiscal le informará a la víctima que su caso ha sido derivado para una mejor atención.

El consentimiento de la víctima es requisito para que la Unidad le brinde sus servicios, salvo cuando las circunstancias del caso permitieren inferir que la ausencia de dicho consentimiento no es libre.

17.- La Unidad evaluará las necesidades de asistencia y de protección de la víctima y determinará la estrategia de acompañamiento adecuada para todo el procedimiento penal.

La Unidad explicará a la víctima el alcance de las funciones del Ministerio Público a su respecto, conforme a la nueva legislación procesal penal, esta instrucción general y las directrices técnicas de la División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos.

Asimismo, le consultará sobre la atención brindada por la policía, la fiscalía local, los tribunales y demás órganos del sistema penal con los cuales hubiere tenido contacto.

Quando la Unidad estimare que la víctima requiere de una terapia psicológica, asistencia social u otro servicio que no pudiere otorgar, coordinará la concurrencia del ofendido a una institución de la red asistencial. No obstará a esta derivación el hecho de que aún se encuentre pendiente el proceso penal.

La Unidad consignará todas las actividades que realizare en el Sistema Informático de Víctimas y Testigos (SIVT), el que deberá mantener actualizado durante todo el caso.

Diligencias de la investigación y audiencias ante el Tribunal de Garantía: prevención de la victimización secundaria

18.- Tratándose de casos derivados, el fiscal informará a la Unidad de las diligencias de investigación que pudieren afectar a la víctima, para que aquélla le recomiende los resguardos necesarios o intervenga directamente en orden a evitar o disminuir al

mínimo cualquier perturbación que pudiere soportar la víctima con ocasión de dichas actuaciones (art. 78 inciso 1º del CPP).

19.- Antes de tomar la declaración, el fiscal informará a la víctima sobre el motivo de la citación, la importancia de su declaración y los derechos que puede ejercer como testigo (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP). El fiscal le tomará la declaración evitando o disminuyendo al mínimo cualquier perturbación que hubiere de soportar con ocasión de la diligencia, empleando siempre un lenguaje adecuado a su condición de víctima (art. 78 inciso 1º). Tratándose de casos derivados, solicitará a la Unidad un informe u opinión sobre los resguardos que fuere necesario adoptar o su intervención directa para no ocasionar a la víctima menoscabo a su dignidad y para garantizar su seguridad e integridad psíquica y física en la actuación.

Asimismo, tratándose de casos derivados el fiscal procurará grabar la declaración a través de un medio audiovisual, para contar con un registro del relato que pueda ser examinado por los demás agentes vinculados con la investigación penal o la atención de las víctimas (policías, peritos, profesionales de las Unidades, etc.), evitando exponerlas a una nueva relación de los hechos.

20.- Cuando excepcionalmente el fiscal citare a la víctima a un careo con el imputado o un testigo, tratándose de casos derivados, el fiscal solicitará a la Unidad un informe u opinión sobre los resguardos que fuere necesario adoptar o su intervención directa para no ocasionar a la víctima menoscabo a su dignidad y para garantizarle su seguridad e integridad psíquica y física en la actuación (art. 78 inciso 1º del CPP).

Cualquier careo de la víctima de un delito con un imputado o testigo debe realizarse ante el fiscal. Antes de practicar el careo, el fiscal informará a la víctima sobre el motivo de la citación, la importancia de la diligencia y los derechos que puede ejercer como testigo (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP). El fiscal practicará el careo evitando o disminuyendo al mínimo cualquier menoscabo a la dignidad, seguridad e integridad psíquica y física de la víctima, empleando siempre un lenguaje adecuado a ella (art. 78 inciso 1º).

El procedimiento de careo respecto de niños y víctimas de delitos sexuales se regirá por los criterios de actuación contenidos en las instrucciones generales dictadas sobre esas materias.

21.- Cuando el fiscal estimare necesario practicar un examen corporal a víctimas de delitos sexuales o niños, y se tratare de casos derivados, solicitará a la Unidad un informe u opinión sobre los resguardos que fuere necesario adoptar o su intervención directa para no ocasionar a la víctima menoscabo a su dignidad y para garantizar su seguridad e integridad psíquica y física en la actuación (art. 78 inciso 1º del CPP).

El fiscal también solicitará tal informe, opinión o intervención a la Unidad, tratándose de víctimas derivadas respecto de quienes exista temor de que el examen corporal provoque perturbaciones psicológicas significativas.

El fiscal y la Unidad Regional procurarán que en el servicio médico se otorgue a la víctima un trato acorde con su condición de tal y se le facilite al máximo su participación en la diligencia, en cumplimiento del art. 6º inciso 3º del CPP.

El fiscal pondrá a disposición del perito que fuere a practicar el examen copia de la grabación de la declaración tomada a la víctima, si se hubiere efectuado, recordando el deber de secreto establecido en el art. 182 inciso final del CPP.

22.- En todas las audiencias que se realizaren ante el juez de garantía, con concurrencia de la víctima, el fiscal solicitará la aplicación de las sanciones contempladas en el art. 294 del CPP a quienes incumplieren los deberes previstos en el art. 293, en perjuicio de la víctima. Asimismo, solicitará al tribunal que impida que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles y afecten la dignidad, salud, intimidad, el honor o la seguridad de la víctima, en conformidad al art. 292 del mismo código (arts. 71 y 78 inciso 2º letra b) CPP).

Participación de la víctima: salidas alternativas al proceso penal

23.- Antes de solicitar la suspensión condicional del procedimiento en conformidad al art. 237 del CPP, el fiscal informará a la víctima sobre el significado de esta institución, los efectos penales y civiles de la misma y los derechos que puede ejercer, escuchando su parecer, especialmente en lo que diga relación con las condiciones a solicitar.

En particular, informará a la víctima sobre su derecho a solicitar la revocación en caso de incumplimiento de las condiciones, su derecho a conocer la información relativa al imputado del registro reservado y, cuando fuere pertinente, los efectos de la suspensión condicional del procedimiento respecto de la acción civil en conformidad al art. 68 del CPP.

De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto (art. 78 inciso 2º letra a)). Asimismo, registrará estas actividades.

Antes de solicitar la suspensión condicional del procedimiento, tratándose de casos derivados, el fiscal podrá solicitar a la Unidad un informe u opinión sobre las condiciones previstas en el art. 238 del CPP que fueren más convenientes para la víctima. Previo a emitir su informe u opinión, la Unidad consultará a la víctima sobre el punto.

El fiscal deberá preferir aquellas condiciones que tiendan a la reparación del daño o a la protección del ofendido, como es el caso de aquellas establecidas en el art. 238 letras b) y e) del CPP.

24.- Una vez decretada la suspensión condicional del procedimiento, tratándose de casos derivados, el fiscal informará de ello y de las condiciones impuestas a la Unidad.

En el caso de haberse decretado condiciones vinculadas a la satisfacción de los intereses concretos de las víctimas, la Unidad hará un seguimiento del cumplimiento de las mismas e informará periódicamente a la víctima y al fiscal.

Transcurrido el plazo fijado por el juez sin que la suspensión fuere revocada, el fiscal informará a la víctima de su derecho de ser oída, si lo solicitare, por el juez antes de pronunciarse sobre el sobreseimiento definitivo y de impugnar el mismo (arts. 78 inciso 2º letra a) y 109 letras e) y f) del CPP).

Asimismo, tratándose de casos derivados, los fiscales podrán requerir a la Unidad respectiva la colaboración necesaria para informar a las víctimas sobre la suspensión condicional del procedimiento que se hubiere dispuesto en su caso.

25.- Los deberes de los fiscales y de la Unidad en relación con los acuerdos reparatorios se regulan en la Instrucción General N.º 34.

Sobreseimiento temporal o definitivo y decisión de no perseverar en el procedimiento: deberes de información y de escuchar a la víctima

26.- Antes de solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa o de decidir no perseverar en el procedimiento, el fiscal informará a la víctima sobre los efectos civiles y penales de ello, y escuchará su parecer. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto (art. 78 inciso segundo letra a) del CPP). Asimismo, registrará estas actividades.

El fiscal deberá, además, informar acerca de la causal por la cual pide el sobreseimiento, el curso del procedimiento, del derecho de la víctima a ser oída, si lo solicitare, por el juez antes de pronunciarse, de su derecho a impugnar el sobreseimiento que se decretare, de su derecho a reiterar diligencias de investigación en conformidad al art. 257 del CPP y, cuando fuere pertinente, los efectos del sobreseimiento respecto de la acción civil en conformidad al art. 68 del CPP.

27.- Cuando la causal del sobreseimiento temporal fuera la prevista en el art. 252 letra a) del CPP, el fiscal evaluará la eventual necesidad de adoptar una medida de protección en conformidad a esta instrucción general. De igual manera procederá cuando el tribunal suspendiere la audiencia del juicio oral, conforme al art. 283 inciso 2º del mismo código (art. 171 inciso 2º).

28.- El fiscal informará a la víctima del pronunciamiento del juez y de sus efectos penales y civiles. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP). Asimismo, registrará estas actividades.

Asimismo, tratándose de los casos derivados, los fiscales podrán requerir a la Unidad la colaboración necesaria para informar a las víctimas sobre el sobreseimiento o decisión de no perseverar que se hubiere dispuesto en su caso.

Fase intermedia y de juicio: deberes de información y de escuchar a la víctima

29.- Antes de formular la acusación, el fiscal informará a la víctima sobre el curso del procedimiento, sus derechos y las actividades que debiere realizar para ejercerlos.

En especial, informará de la forma y plazo para interponer la demanda civil, en conformidad a los arts. 59, 60 y 261 del CPP, del efecto de su incomparecencia injustificada a la audiencia de preparación del juicio oral o la audiencia del juicio oral, conforme al art. 64 del mismo código, y de su derecho a solicitar la devolución de los documentos que hubiere acompañado, de acuerdo al art. 279 del CPP.

De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto (art. 78 inciso 2º letras a) y c) del CPP). Asimismo, registrará estas actividades.

30.- Cuando el fiscal solicitare que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado, informará a la víctima sobre el significado de este procedimiento, los motivos que fundan la solicitud, sus efectos penales y civiles y los derechos que puede ejercer. En especial, le informará del efecto civil regulado en el art. 68 del CPP (art. 78 inciso 2º letras a) y c) del CPP).

31.- El fiscal informará a la víctima sobre el lugar, día y hora en que se desarrollará la audiencia del juicio oral y los derechos que pudiere ejercer en calidad de interviniente y de testigo (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP).

32.- La Unidad podrá apoyar a la víctima cuando tuviere dificultades psicológicas para concurrir o declarar en la audiencia del juicio oral o cuando fuere necesario prepararla metodológicamente para el juicio, y, en casos calificados por el Jefe de la Unidad, acompañarla a la audiencia de juicio oral respectiva.

33.- El fiscal solicitará la aplicación de las sanciones contempladas en el art. 294 del CPP a quienes infringieren las medidas sobre publicidad que se hubieren decretado en conformidad al art. 289 del mismo código o incumplieren los deberes previstos en el art. 293, en perjuicio de la víctima.

De igual manera, el fiscal se opondrá a la toma de fotografías, filmación o transmisión de alguna parte de la audiencia por parte de los medios de comunicación social y le informará del derecho que también tiene a oponerse, conforme al art. 289 inciso 2º del CPP, cuando estimare ello perjudicial para la víctima.

Asimismo, el fiscal solicitará al tribunal que impida que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles y afecten la dignidad, salud, intimidad, el

honor o la seguridad de la víctima, en conformidad al art. 292 del mismo código. Cuando el comportamiento del acusado perturbare el orden y ello afectare a la víctima, el fiscal solicitará al tribunal que aplique la medida prevista en el art. 285 inciso 3º del CPP (art. 78 inciso 2º letra b) del CPP).

34.- Cuando el tribunal dictare sentencia absolutoria, el fiscal informará a la víctima del derecho de impugnación contemplado en el art. 109 letra f) del CPP (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP).

III. PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Deber general

35.- Conforme lo dispone el art. 6º del CPP, el Ministerio Público debe velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Para el cumplimiento de este deber, en su sentido estricto (protección de ciertos derechos fundamentales de la víctima frente a hostigamientos, amenazas o atentados), los fiscales pueden, en virtud del art. 78 inciso 2º letra b) del Código, proceder de dos maneras:

- a) Adoptar, sin intervención judicial, cualquier medida autónoma de protección de los derechos de la víctima y su familia, que no implique privación ni restricción de los derechos del imputado.
- b) Solicitar al tribunal que decrete una medida judicial de protección, cuyo fundamento se encuentre previsto expresamente en la ley.

Medidas autónomas de protección

36.- Cuando el fiscal estimare, en virtud de las consultas que le hiciere a la víctima y de la evaluación que efectuare o de la sugerencia de la Unidad en su caso, que existen indicios de hostigamiento, amenazas o de probable atentado, adoptará una medida autónoma de protección de los derechos a la vida, integridad y seguridad de la víctima o su familia (art. 78 inciso 2º letra b) del CPP). Cuando la policía le hubiere brindado protección en virtud del art. 83 letra a) del CPP, el fiscal podrá mantener dicha protección o adoptar otra medida que resulte adecuada. El fiscal registrará estas actividades.

37.- Antes de adoptar cualquier medida autónoma de protección, el fiscal solicitará la aceptación de la víctima o su familia. Sin embargo, cuando hubiere indicios de coerción o participación de un miembro de la familia en el delito, podrá adoptar una medida de protección incluso contra la voluntad del ofendido o su familia. El fiscal registrará estas actividades.

38.- Para los efectos de la debida protección de los derechos de las víctimas, el fiscal las derivará a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos en los siguientes casos (art. 34 letra e.- de la Ley 19.640):

- a) Los previstos en el número 15 de esta instrucción general.
- b) Por delitos cometidos por organizaciones criminales o por cualquier otro delito en que existiere un vínculo familiar, de amistad o de vecindad o una relación de subordinación o dependencia entre el imputado y la víctima.
- c) Por cualquier delito en que, a juicio del fiscal, existieren antecedentes concretos de hechos reiterados de violencia, de hostigamientos o amenazas, de alcoholismo, drogadicción u otra causa de inestabilidad psicológica del imputado o de acceso a armas por parte del mismo.
- d) Cuando, a juicio del fiscal, se requiere de la intervención de la Unidad para la ejecución de medidas de protección de difícil implementación.

La derivación deberá efectuarse lo más pronto posible, dentro del plazo máximo de cinco días siguientes a aquél en que se hubiere iniciado el procedimiento penal.

Al derivar una víctima a la Unidad, los fiscales deberán especificar el propósito de la derivación.

La derivación deberá formalizarse a través del ingreso de la actividad “Derivación UR” en el SAF. Sin perjuicio de ello, los fiscales podrán, a través de cualquier medio idóneo, poner en conocimiento de la Unidad la circunstancia de la derivación.

Respecto de los casos derivados, los Jefes de las Unidades correspondientes y el Gerente de la División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos, tendrán acceso al sistema computacional de apoyo a los fiscales (SAF), sin perjuicio del secreto que éstos dispusieren conforme al CPP.

Las Unidades emitirán los informes y opiniones requeridos por cualquier medio idóneo, como correo electrónico, fax o teléfono. En todo caso, estos informes sólo podrán referirse a materias que digan relación con la atención brindada o las funciones propias de las Unidades Regionales (v. gr., informes psico-sociales y jurídicos recomendando medidas de protección, etc.).

Durante el curso del proceso penal y tratándose de los casos derivados a la Unidad, los fiscales informarán a ésta de los hitos significativos del procedimiento. Asimismo, les remitirán copia de las presentaciones y resoluciones significativas para la víctima.

39.- Antes de adoptar una medida autónoma de protección, tratándose de casos derivados, el fiscal solicitará a la Unidad un informe u opinión sobre la medida de protección que resultare más eficaz y adecuada al caso particular, a menos que la urgencia lo impidiere.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, tratándose de casos previamente derivados, la Unidad podrá adoptar por sí misma las medidas de protección previstas en las letras f), g), h), i) y p) del número 40 de esta instrucción general, cuando se tratare de casos urgentes o necesarios, dando aviso inmediato al fiscal a cargo del caso.

40.- Cuando la evaluación del riesgo lo amerite, el fiscal podrá adoptar medidas de protección tales como:

- a)** Disponer que la víctima declare en un lugar distinto de la fiscalía local durante la fase de investigación.
- b)** Reserva de la identidad de la víctima y de los antecedentes que conduzcan a la misma, durante la investigación.
- c)** Utilizar una clave para indicar el domicilio, lugar de trabajo y profesión u oficio de la víctima.
- d)** Señalar la fiscalía local como domicilio de la víctima para efectos de las citaciones y notificaciones judiciales, en conformidad al art. 26 del CPP, evento en el cual se le harán llegar a la víctima en forma estrictamente reservada.
- e)** Impedir que se tome fotografía o que por cualquier otro medio se capte la imagen de la víctima, especialmente en los traslados de ella al Ministerio Público o a los tribunales. Para ello, el fiscal podrá instruir a las policías para que arbitren las medidas necesarias.
- f)** Tomar los resguardos necesarios para impedir la identificación física de la víctima en determinadas actuaciones de la investigación.
- g)** Entregar a la víctima algún mecanismo portátil de protección, tal como teléfono celular o una alarma sonora.
- h)** Tramitar en la compañía de teléfonos respectiva el cambio del número telefónico del domicilio de la víctima.
- i)** Tramitar en la compañía de teléfonos respectiva un número telefónico privado para la víctima.
- j)** Rondas periódicas de Carabineros de Chile al domicilio de la víctima.
- k)** Consultas telefónicas periódicas de la policía a la víctima.
- l)** Contacto telefónico prioritario de la víctima con la policía.
- m)** Protección policial de la víctima en traslados a determinadas audiencias ante los tribunales.

- n) Excepcionalmente, previa instrucción particular del Fiscal Regional, punto fijo policial en la casa de la víctima o en la casa de acogida en que hubiere sido ubicada.
- o) Excepcionalmente, previo informe de la Unidad Regional acerca de la pertinencia de la medida, instalación de alarmas radiales domiciliarias con conexión directa a Carabineros de Chile.
- p) Provisión de dineros o pago de prestaciones destinadas a la protección (v. gr., pago de traslados, mejoramiento de seguridades básicas del hogar, etc.).
- q) Ubicación de la víctima en una casa de acogida u otra que ella señale, por un período determinado. Cuando fuere necesario, podrá disponer que la policía traslade a la víctima a una de esas casas.
- r) Relocalización permanente de la víctima en un domicilio diverso del propio. Esta medida se sujetará a las normas del Programa de Protección de Testigos.
- s) Las medidas de protección indicadas en las instrucciones generales sobre atención y protección de testigos, en la medida que la víctima intervenga como testigo.

El fiscal registrará las medidas de protección que adopte.

El fiscal podrá decretar una o más medidas autónomas de protección antes o durante el desarrollo del juicio. En casos excepcionales podrá también adoptarlas o mantenerlas con posterioridad a la realización del juicio, si concurrieren los criterios de riesgo que las hicieren necesarias.

41.- Una vez adoptada una medida de protección autónoma, tratándose de casos derivados, la Unidad hará un seguimiento de ella e informará periódicamente al fiscal sobre el cumplimiento y resultado de la medida. En caso que detectare un incumplimiento o problemas en el cumplimiento de la misma, dará cuenta de ello al fiscal, a fin de que modifique la medida de protección o adopte otra distinta. La Unidad informará al fiscal sobre la modificación que fuere necesaria o le propondrá una medida alternativa.

42.- Cuando el fiscal estimare necesario mantener en reserva la identidad y los antecedentes de la víctima dispondrá, como medida autónoma de protección, que las actuaciones, registros o documentos en que aparezcan tales datos se guarden en secreto respecto de los demás intervinientes o de terceros ajenos al procedimiento, en conformidad a los arts. 80 A de la Constitución y 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. De esta manera, dará inicio a la cadena de reserva, la que se extenderá por todo el período que fuere necesario para proteger a la víctima. El fiscal registrará estas actividades

Tratándose de casos derivados en conformidad al número 38 anterior, la Unidad podrá recomendar al fiscal la adopción de esta medida.

43.- Dispuesta la reserva como medida de protección, el fiscal procurará que los funcionarios del Ministerio Público y de la policía que participaren en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de estos antecedentes, los guarden en secreto. Asimismo, los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que les sirvieren de sustento o complemento directo y esencial, en que aparecieren antecedentes relativos a la víctima, se mantendrán en reserva, en conformidad al art. 8 de la ley 19.640 y al Reglamento sobre acceso y uso de la información del Ministerio Público. De igual manera, sólo el fiscal tendrá acceso a estos antecedentes en el sistema computacional de apoyo de los fiscales (SAF), salvo que autorizare el acceso a un funcionario determinado y sin perjuicio de la intervención del Fiscal Regional, en su caso.

44.- De mantenerse la reserva de identidad hasta la acusación, el fiscal no individualizará a la víctima en la lista de testigos, en ejercicio de la facultad contemplada en el art. 259 del CPP.

En estos casos, se recomienda acompañar un sobre sellado que contenga la indicación del domicilio e individualización de la víctima, para su posterior envío al juez presidente del tribunal oral en lo penal, con el objeto de que este último ordene la citación de rigor.

Medidas judiciales de protección

45.- Junto con las medidas autónomas de protección, el fiscal podrá solicitar al tribunal que decrete otras medidas que tengan por objeto también la protección de los derechos de las víctimas a la vida, integridad y seguridad, pero que por afectar derechos constitucionales o relacionarse con la vigencia de alguno de los principios formativos del proceso penal, requieran del pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Se trata de las **medidas judiciales de protección**, que pueden ser de dos tipos: **medidas cautelares personales** y **otras medidas judiciales de protección**.

Medidas cautelares personales

46.- De acuerdo al art. 122 del CPP, las medidas cautelares personales sólo pueden imponerse cuando son absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento -entre los cuales se encuentra la protección de los derechos de las víctimas (inciso primero del art. 140, y art. 155, ambos CPP)- y sólo por el tiempo en que subsiste la necesidad de su aplicación.

En consecuencia, los fiscales solicitarán la imposición de las medidas cautelares personales previstas en el art. 155 del CPP, previa formalización de la investigación, solamente cuando las medidas autónomas de protección que hubieren adoptado fueren insuficientes para proteger los derechos de la víctima.

47.- Antes de solicitar una medida cautelar personal del art. 155 CPP, tratándose de casos derivados en conformidad al N.º 38 anterior, el fiscal requerirá a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos un informe u opinión sobre la medida que resultare

más eficaz y adecuada al caso particular, a menos que la urgencia lo impidiere. De compartir el fiscal el informe u opinión de la Unidad, ésta efectuará las coordinaciones y contactos previos con las instituciones que podrían ejecutar la medida propuesta, para que así el fiscal pueda proponer al tribunal las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento (art. 155 inciso 2º del CPP).

Por ejemplo, si la Unidad propusiere la imposición de la medida prevista en el art. 155 letra b) del CPP, hará los contactos previos con la persona o institución que pudiere ejecutar la medida y le informará de ello al fiscal, o si postulare la conveniencia de aplicar la medida contemplada en la letra e) del mismo art., se coordinará con las autoridades locales pertinentes, a fin de preparar su posible ejecución.

48.- Una vez decretada una medida cautelar personal del art. 155 CPP, el fiscal informará de ello a la víctima (art. 78 inciso 2º letra a) del CPP). Tratándose de casos derivados, la Unidad se contactará periódicamente con la persona, autoridad o institución ejecutora de la medida con el objeto de hacer un seguimiento de ésta e informará periódicamente al fiscal sobre el cumplimiento y resultado de la medida decretada. En caso que detectare un incumplimiento o problemas en su cumplimiento, dará cuenta de ello al fiscal a fin de que solicite la sustitución o modificación de la medida cautelar personal. La Unidad dará una opinión al fiscal sobre la medida cautelar por la cual podría substituirse o la modificación que pudiere solicitar al tribunal.

En caso de incumplimiento de las medidas cautelares personales del art. 155 CPP, el fiscal puede pedir prisión preventiva conforme al art. 141 inciso 4º del CPP. El fiscal o la Unidad, en su caso, informará a la víctima de la modificación o sustitución que se hubiere decretado.

49.- El fiscal se opondrá a la suspensión temporal de la medida cautelar del art. 155 CPP que se hubiere decretado, cuando a su juicio ello pusiera en peligro la seguridad de la víctima (art. 156 del CPP). En caso que el tribunal decretare la suspensión temporal, el fiscal avisará de ello a la víctima. También le avisará cuando se decretare el término de la medida cautelar por cualquier causa. Lo anterior, sin perjuicio de adoptar una medida autónoma de protección en conformidad a esta instrucción general y de avisar a la Unidad la suspensión temporal o el término de la medida.

50.- El fiscal, previa formalización de la investigación, sólo solicitará la prisión preventiva, para proteger la seguridad de la víctima, cuando se dieran las siguientes condiciones:

- a) Las medidas de protección autónomas no resultaren eficaces;
- b) Las medidas cautelares personales previstas en el art. 155 del CPP que pudiere solicitar tampoco fueren eficaces o hubieren sido incumplidas por el imputado, y
- c) Concurrieren los demás requisitos legales previstos en los arts. 140 y 141 del CPP.

51.- En el evento que el tribunal decidiera conceder al imputado un permiso de salida durante el día, el fiscal solicitará que se asegure convenientemente la protección de la víctima y avisará a ella de este permiso (art. 150 inciso 5º del CPP). Lo anterior, sin perjuicio de adoptar una medida autónoma de protección en conformidad a esta instrucción general y de avisar a la Unidad la concesión del permiso, si el caso le hubiere sido derivado.

52.- Cuando el tribunal pusiere término a la prisión preventiva por cualquier causa, el fiscal le avisará de inmediato a la víctima de esta decisión, sin perjuicio de adoptar una medida autónoma de protección. Asimismo, tratándose de casos derivados, informará a la Unidad de tal término.

53.- Tratándose de los delitos sexuales previstos en los arts. 361 a 367 bis del Código Penal, el fiscal podrá solicitar la imposición de alguna de las medidas cautelares personales contempladas expresamente en el art. 372 ter del mismo código o de alguna de las medidas cautelares personales previstas en el CPP.

54.- En caso de delitos que reunieren las características de un acto de violencia intrafamiliar, el fiscal podrá solicitar la aplicación de medidas cautelares contempladas en la letra h.- del art. 3º de la Ley N.º 19.325 (arts. 3º letra a.- y 7º de la Ley 19.325).

Otras medidas judiciales de protección

55.- Las disposiciones establecidas en los arts. 224, 289, 307 y 308 del CPP tienen por objeto permitir al tribunal limitar la aplicación de ciertos principios formativos del proceso penal cuando lo considere necesario para proteger la vida, integridad, seguridad u honor de víctimas, testigos u otras personas que deban tomar parte en el juicio.

56.- En virtud de lo anterior, tratándose de casos derivados, el fiscal solicitará, antes de la audiencia de juicio oral, un informe u opinión a la Unidad sobre la necesidad de pedir una o más de las medidas previstas en el art. 289 del CPP, para proteger la seguridad, honor o intimidad de la víctima. De igual manera procederá cuando decidiera solicitar **juicio inmediato** (art. 235 CPP), requiriere por juicio simplificado (art. 389 CPP) o tuviere lugar una audiencia adelantada de prueba (inciso 3º art. 191 CPP).

57.- Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 307 CPP, el fiscal podrá solicitar al juez o presidente de la sala, en su caso, autorizar a no hacer indicación pública de su domicilio, en los casos en que ello pudiere significar peligro para su seguridad. En caso de que tal solicitud fuere aceptada, el fiscal solicitará se dé estricto cumplimiento a lo dispuesto por el inciso tercero de dicho artículo.

58.- Por otra parte, en conformidad a lo dispuesto por el inciso primero del art. 308 del CPP, el fiscal podrá, con la debida anticipación, solicitar al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, entre otras medidas, las siguientes:

- a) Que se permita a la víctima que declare como testigo ante el tribunal oral en lo penal sin enfrentar físicamente al imputado (v. gr. uso de biombos o mecanismos que impidan su identificación física normal);
- b) Que la declaración de las víctimas sea prestada desde una sala contigua a aquella en que se lleva adelante el juicio, mediante un sistema de circuito cerrado de televisión;
- c) De aceptarse alguna de las medidas descritas en las dos letras anteriores, el uso de monitores que permitan al testigo observar toda la sala, si fuere relevante que identifique al acusado, y
- d) Cualquier otra medida que, en opinión del fiscal, sea adecuada y necesaria para el caso concreto en que se solicite.

Lo anterior será especialmente recomendable tratándose de víctimas con daño psicológico grave a consecuencia del delito, que deban prestar declaración en el juicio oral.

Para la solicitud y ejecución de las medidas descritas en este número, el fiscal solicitará el apoyo técnico de la Unidad.

Por consiguiente, se envía el texto definitivo y sistematizado de las instrucciones generales sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal, para ser distribuido a todos los fiscales adjuntos y para todos los fines que haya lugar.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/SRV/crz

BIBLIOGRAFÍA.

I.- Doctrina.

1. **AGUADO CORREA, Teresa.** *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho penal.* Edersa, España, 1999.
2. **ALONSO PÉREZ, Francisco.** *Introducción al estudio de la criminología.* Editorial Reus S.A., Madrid, 1999.
3. **BACA BALDOMERO, Enrique et.al.** *Manual de Víctimología.* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, Julio de 2006.
4. **BARATTA, Alessandro.** *Principios de Derecho penal mínimo.* En *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam.* Editorial B. de F., Buenos Aires, Argentina, 2004.
5. **BECCARIA, Cesare.** *De los delitos y de las penas.* Traducción de Francisco Tomás y Valiente. Ediciones Orbis S.A., España, 1984.
6. **BERGALLI, Roberto.** *Las funciones del sistema penal en el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático: Perspectivas Socio-Jurídicas.* En *Sistema Penal y Problema Social.* Editorial Tirant-Lo Blanch, Valencia, España, 2003.
7. **BERISTAIN, Antonio.**
 - *La Víctimología.* Servicio Editorial UPV, San Sebastián, España, 1990.
 - *Desde la victimología de mínimos hacia la victimología de máximos.* En Cuadernos de política criminal, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Nº 85, segunda época. España, 2005.

8. **BILLARD ACUÑA, Joaquín e IBARRA MENDOZA, Viviana.** *El individuo pasivo en el proceso penal: La víctima.* En *Cuadernos de Análisis Jurídico.* Serie seminarios, Nº 39, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1998.
9. **BINDER, Alberto.**
- *Perspectivas de la reforma procesal en América Latina, en Justicia Penal y Estado.* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993.
 - *Introducción al Derecho procesal penal.* Editorial Ad-Hoc, 2ª. Edición, Buenos Aires, Argentina. 2000.
10. **BOVINO, Alberto.**
- *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos.* En *Revista de Derecho y Humanidades, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Nº 3 y 4, Vol. 2, 1993.*
 - *La participación de la víctima en el procedimiento penal,* en "Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina. 1998.
11. **BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** *Presente y Futuro de la Victimología.* En *Revista de Ciencias Penales, quinta época, Tomo XL, Nº 1. Santiago de Chile, 1990-1993.*
12. **CANCADO, Antonio.** *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2006.
13. **CARNEVALLI RODRÍGUEZ, Raúl.** *Las política de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal.* En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Semestre I. Valparaíso, Chile, 2005.*

14. CAROCCA, Alex.

- *Nuevo proceso penal*. Editorial Conosur. Santiago de Chile, 2000.
- *La Defensa Penal Pública*. Editorial Lexis-Nexis Cono Sur, Santiago de Chile, 2002.

15. CESANO, José Daniel. *Reparación y resolución del Conflicto Penal: Su tratamiento en el Código Penal Argentino*. En *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, VVAA. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Editorial La Lectura, Córdoba, Argentina. 2001.

16. CHAHUAN, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2001.

17. COLOMBO CAMPBELL, Juan. *Aspectos Constitucionales de la Reforma Procesal Penal*, en *Revista de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 2005.

18. CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro y ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *El estatuto jurídico de la víctima en el juicio oral. Análisis de la sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema el 2 de octubre de 2002 (RUC 0100015692)*. Documento publicado en el Boletín del Ministerio Público N° 13, noviembre de 2002.

19. CUNEO NASH, Silvio Italo. *Stanley Kubrick y las doctrinas preventivistas*. En *El derecho penal del Siglo XXI, Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba*, VVAA., Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2005.

20. DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado (Análisis comparado del proceso legal)*, traducción de Andrea Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2000.

21. **DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis.** *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena.* En *Modernas tendencias en ciencia del Derecho penal y en la criminología.* Congreso Internacional sobre modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, VVAA, UNED, Madrid, España, 2001.
22. **DIRK DÜBBER, Markus.** *La víctima en el derecho penal estadounidense. Una sinopsis introductoria.* En, *La Víctima en el Derecho Penal y Procesal Penal,* VVAA. Ediciones Jurídicas de Cuyo, (s.a.), Argentina.
23. **DEMLAS-MARTY, Mireille.** *Procesos Penales en Europa.* Traducción al español de Pablo Morenilla Allard. Editorial Edijus, España, 2000.
24. **DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián.** *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal.* Vol. I, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000.
25. **ESER, Albin.** *Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Procedimiento Penal.* En *De los Delitos y de las Víctimas.* VVAA. Editorial Ad-Hoc. Argentina, 1992.
26. **EVANS DE LA CUADRA, Enrique.** *Los Derechos Constitucionales.* Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2ª Edición actualizada. Santiago de Chile, 1999.
27. **FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal.* Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.
28. **FONTECILLA RIQUELME, Rafael.** *Derecho Procesal Penal.* Editorial El Imparcial. Santiago de Chile, 1943.

29. GARCÍA-PABLOS, Antonio.

- *Sobre la función de la víctima en el estado de derecho: Víctima, política criminal, criminología y política social.* En Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, Vol. XIV, Nº 46, enero-abril de 1992.
- *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas,* 3ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996.

30. GARRIDO, Vicente; STANGELANS, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de Criminología.* Editorial Tirant- Lo Blanch, Valencia, España, 1999.

31. GIDDENS, Anthony, *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas.* Madrid, Taurus, 2005.

32. GOMEZ COLOMER, Juan Luis. *El Proceso Penal Alemán, Introducción y Normas Básicas.* Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, España, 1985.

33. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación y procedimiento. Límites de la prisión preventiva.* Traducción de Patricia S. Séller. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003.

34. HERMOSILLA ARRIAGADA, Germán. *Nuevo Procedimiento Penal.* Tomo I, Colección Guías de Clases Nº 14, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001.

35. HERRERA SEGUÉ, Marta. *Criterios de actuación de los fiscales en relación de los defensores en la etapa de la investigación.* Boletín del Ministerio Público Nº16, Santiago de Chile, octubre de 2003.

36. HORVITZ LENNON, María Inés. *Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos del Corte Suprema.* Revista de Estudios de la Justicia, Nº 3, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003.

- 37. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián.** *Derecho Procesal Penal chileno.* Tomos I y II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
- 38. HUBER, Bárbara.** *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario),* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid. 2002.
- 39. IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto.** *Mecanismos de Derecho interno e internacional de protección a la víctima. Globalización de los instrumentos penales.* En Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Vol. XXI, N° 67, Septiembre-Diciembre de 1999.
- 40. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.** *La llamada victimología.* En *Estudios de Derecho Penal y Criminología.* Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Penal y Criminología. Bibliográfica Ameba, Buenos Aires, Argentina, 1961.
- 41. LANDROVE DÍAZ, Gerardo.** *Victimología.* Editorial Tirant-Lo Blanch, Valencia, España, 1990.
- 42. LARRAURI, Elena.** *Victimología.* En *De los Delitos y de la Penas.* VVAA., Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- 43. LIMA LOPES, Aury.** *Fundamento de la existencia del proceso penal.* Revista de Derecho Procesal, N° 1, Madrid, España, 2000.
- 44. LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo.** *Derecho internacional penal.* Ediciones Congreso, Santiago de Chile, 2000.

45. MAIER, Julio.

- *Derecho Procesal Penal Argentino*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- *¿Es la reparación una tercera vía del Derecho Penal? En El derecho penal del Siglo XXI, Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba*, VVAA., Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2005.

46. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *El Derecho Penal de la Víctima*, en Revista de Derecho y Humanidades, Nº 10, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2004.

47. MARTIN, Claudia et. al. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University: Distribuciones Fontamara S.A., 2004.

48. MATURANA, Cristián.

- *Introducción al nuevo sistema procesal penal*. Central de Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2004.
- *Derecho Procesal Penal, Nuevo Sistema Procesal Penal*. Central de Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2004.
- *Órganos Jurisdiccionales*. Central de Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 2006.

49. MATUS ACUÑA, Jean Pierre et al. *Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I, Libro Primero – Parte General, Artículos 1º al 105*. Obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2002.

50. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Editorial Civitas, España, 2001.

- 51. MERA FIGUEROA, Jorge.** *¿Tuvo Chile una política criminal durante el Siglo XX?*. Revista de Derecho de la Universidad Mayor, N°2, Santiago de Chile, Noviembre de 2003.
- 52. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.**
- *El Derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno.* Revista Ius et Praxis. Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, año 4, N°2.
 - *Derecho Constitucional.* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 2002.
- 53. NÚÑEZ OJEDA, Raúl.** *Los procedimientos del Derecho penal moderno y del Derecho penal clásico.* En *Estado de Derecho y reformas a la justicia.* Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Heilderberg center para América Latina. Proyecto de Reforma Judicial, GTZ, Chile, 2005.
- 54. PAILLÁS, Enrique.** *Derecho Procesal Penal.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1984.
- 55. PASTOR, Nuria.** *La determinación del engaño típico en el delito de estafa.* Marcial Pons. Editorial, Madrid, 2004.
- 56. PAVARINI, Máximo.** *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.* Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- 57. PFEFFER, Emilio.** *Código Procesal Penal, Anotado y Concordado.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

58. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo.

- *Introducción a la Reforma Procesal Penal*. Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, 2000.
- *La Situación de la Víctima en el nuevo Proceso Penal Chileno*. Boletín del Ministerio Público N° 16, Santiago de Chile, octubre de 2003.

59. PIZZI, William. *Juicios y Mentiras. Crónica de la crisis del proceso penal estadounidense*. Traducción de Carlos Hidalgo Gallardo. Editorial Tecnos, España, 1993.

60. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago de Chile, junio de 2005.

61. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*. Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1995.

62. REMIRO BROTONS, Antonio et. al. *El orden internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001*. Revista española de Derecho internacional, Vol. 53, N° 1-2/enero-diciembre de 2001.

63. RIEGO, Cristián. *El proceso penal chileno y los derechos humanos*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Vol .I. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. 1995.

64. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología: Estudio de la víctima*. Editorial Porrúa S.A., México, 1990.

65. ROJAS, Luis Emilio. *Reparación y Sanción penal en un acuerdo reparatorio convenido ante un Juez de Garantía de Pucón*. Artículo publicado en el Boletín del Ministerio Público, N°2, Santiago de Chile, Junio de 2001.

66. ROJAS VALDEBENITO, Sonia y RETAMAL WIDMAIER, Sofía. *Víctimas de Delitos: Su atención y protección.* Documento publicado en Boletín del Ministerio Público N°6, Santiago de Chile, octubre de 2001.

67. ROXIN, Claus.

- *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos de la Teoría del Delito.* T. I., Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña – Miguel Díaz y García Conlledo – Javier de Vicente Remesal, Edit. Civitas, Madrid, 1997.
- *Pena y Reparación.* Conferencia pronunciada por Roxin en Villahermosa, México, el 16 de noviembre de 2000, dentro de los actos celebrados con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad Juárez Autónoma de México. Traducción del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LII, Madrid, España. 1999.
- *Derecho procesal penal.* Ediciones del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- *La reparación en el sistema de los fines de la pena.* En *De los Delitos y las Víctimas*, VVAA, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000. Traducción de Julio B. J. Maier y Elena Carranza. Artículo publicado originalmente en el libro *Wiedergutmachung und Strafrech*, al cuidado de Hainz Schöch, Ed. W. Fink, Manchen, 1987.

68. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. *¿Quiénes son las víctimas del delito?* Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Vol. XXI, N° 67, Septiembre-Diciembre de 1999.

69. SCHNEIDER, Hans Joachin.

- *Temas principales y deficiencias en el actual pensamiento victimológico.* En *Cuadernos de Criminología de Chile*, Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile, Nº 10, Santiago de Chile, 2000.
- *Desarrollos victimológicos en el mundo durante las últimas tres décadas. Un estudio de victimología comparada.* En *Cuadernos de Criminología de Chile*, Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile, Nº 11, Santiago de Chile, 2000.

70. SEPAROVIC, Zvonimir. *El terrorismo internacional y sus víctimas.* En *Cuadernos de Criminología de Chile*, Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile, Nº 12, Santiago de Chile, 2003.

71. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.

- *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática.* Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Vol. XII, Nº 40, Enero-abril de 1990.
- *Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación.* Revista española del Poder Judicial, Nº 45, 1997.
- *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* España, Editorial Civitas, 2ª. Edición, 2001.

72. SOLÉ RIERA, Jaime. *La tutela de la víctima en el proceso penal.* José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1997.

73. TAVOLARI, Raúl. *Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal chileno,* En *El proceso en acción*, Editorial Libromar, Santiago, 2001.

74. VARGAS, Juan Eduardo. *La reforma de la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal.* Cuaderno de Análisis Jurídico, N°38. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1998.

75. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Derecho Penal, Parte General.* Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000.

II.- Memorias de Grado.

- 1. ANDRADE, Maribel.** *Las máscaras de la violencia en el contexto de la globalización: una visión ético-jurídica.* Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, Santiago, 2002.
- 2. ARAYA ESPINOZA, Gabriela y PORTUGAL CUEVAS, Karina.** *Los derechos de la víctima en el código procesal penal chileno y en el derecho comparado.* Memoria de Grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2005.
- 3. EYZAGUIRRE, María Loreto.** *La víctima en la Reforma Procesal Penal a luz de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.* Memoria para optar al Grado Académico de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile, Santiago, Chile, 2003.
- 4. GEISSBÜHLER, Arturo.** *Responsabilidad de la víctima en el delito de estafa: Una perspectiva Victimodogmática del engaño en el marco de la teoría de la imputación objetiva.* Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2005.

5. **ORTEGA LOYOLA, Claudio.** *Política criminal en el nuevo proceso penal.* Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, 2006.
6. **OSORIO PARRA, Aldo.** *El rol de la Víctima en el proceso penal.* Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago, Chile, 1999.
7. **RUZ HERNÁNDEZ, Valeria.** *El Papel de la víctima en el proyecto de Código y en el Derecho Comparado.* Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile, 1999.
8. **SEGUEL, Sandra y TAVRA, Milena.** *Violencia de Género: Estudio sobre la victimización secundaria de la mujer en Chile.* Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, 2002.

III.- Artículos en línea.

1. **ALVEAR VALENZUELA, María Soledad.**
La Reforma Procesal Penal en el marco del desarrollo institucional para el nuevo siglo.
http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000100004&lng=es&nrm=iso
2. **CASTILLO VIAL, Ignacio.**
La Reparación de la víctima en el Proceso Penal y su relación con el Ministerio Público.
www.udp.cl

3. CUESTA AGUADO, María Paz.

Víctimología y Víctimología Femenina: Las carencias del sistema.

<<http://inicia.es/de/pazenred/victima.htm>> ,

4. JACOBS, James B.

Evolución del Derecho penal de Estados Unidos.

<<http://www.usinfo.state.gov/journals/itdhr/0701/ijds/jacobs.htm>>

5. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo.

Víctima y reparación en el Derecho Penal.

< www.acceso.uct.cl/congreso/docs/juan_pablo_manalich.doc>

6. MERA FIGUEROA, Jorge.

Los sistemas inquisitivo y acusatorio. Principios y Consecuencias. Una comparación básica.

<<http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/750/article-4593.html>>

7. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo.

La Constitución y los Derechos de la Víctima en el Nuevo Proceso Penal.

<<http://www.ministeriopublico.cl/shnoti.asp?noticia=330> >

8. RAFECAS, Luis Eduardo.

Una Aproximación al concepto de garantismo penal.

<http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=3&PHPSESSID=2167df06f554aef518fec4c58c6ca83e>

9. RIAÑO IBÁÑEZ, Jesús.

La Víctima en el juicio oral.

<www.derechopenalonline.com/index.php?=14,127,0,0,1,0>

10. TAMMARIT SUMILLA, Josep María.

La Protección de las víctimas en el sistema penal.

< www.institutodevictimologia.com/Noticias12F.pdf >

11. TIFFER SOTOMAYOR, Carlos.

La posición jurídica del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano. Un estudio de derecho comparado.

<<http://www.cienciaspenales.org/revista%2001/tiffer01.htm>>