



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE MAGISTER
CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL
PRIMERA VERSIÓN, SEDE TEMUCO**

Proyecto AFET

*EL DERECHO A UN JUSTO Y RACIONAL PROCEDIMIENTO PARA LA VICTIMA EN
EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO.*

**AUTOR: JAVIER BASCUR PAVEZ
PROFESOR GUIA: JONATAN VALENZUELA SALDÍAS
AÑO TERMINO DE TESIS: 2.015.**

RESUMEN: La presente investigación realiza un análisis del rol de la víctima en el proceso penal, centrado en el impulso que ha tenido el reconocimiento de este interviniente en el actual sistema, concretizado en los derechos que dispone como sujeto legitimado para obtener un derecho a un justo y racional procedimiento. De acuerdo a lo anterior, se examinan, en forma crítica, los derechos de la víctima y del querellante en el actual Código Procesal Penal, y asimismo, se revisa la interpretación que ha sostenido el Tribunal Constitucional, con el objeto de potenciar los derechos fundamentales de la víctima, y asimismo, los criterios que han sostenido los tribunales ordinarios de justicia en casos concretos sometidos a su conocimiento. Finalmente, se plantean conclusiones para arribar a una efectiva tutela de los derechos de la víctima como sujeto procesal.

PALABRAS CLAVES: victima – tutela efectiva de derechos - Tribunales

INDICE

<u>Introducción</u>	04
<u>Capítulo I: El derecho a un justo y racional procedimiento en la Constitución</u>	05
1.1.- El debido proceso. Naturaleza Jurídica.....	05
1.2.- El reconocimiento constitucional del derecho a un justo y racional procedimiento.....	09
1.2.1.- Contenido de la norma constitucional.....	14
1.2.2.- Alcances de la norma constitucional.....	20
<u>Capítulo II: La incorporación de la víctima en el proceso penal</u>	23
2.1.- Sobre la posición de la víctima en el proceso penal.....	23
2.2.- La noción del bien jurídico protegido. Sujeto legitimado para su protección.....	24
2.3.- La tesis en favor de la incorporación de la víctima.....	29
2.4.- Hacia el efectivo reconocimiento de los derechos de la víctima en el proceso penal chileno.....	34
<u>Capítulo III: El derecho al proceso racional y justo para la víctima en el proceso penal chileno</u>	37
3.1.- La víctima en el Código Procesal Penal.....	37
3.2. El derecho a la acción de la víctima según el Tribunal Constitucional.....	40
3.3.- La subordinación del ejercicio de los derechos a la formalización de la investigación. El gran problema del querellante.....	44
3.4.- La aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal.....	47
3.5.- Conflictos para las víctimas en la aplicación de las salidas alternativas.....	52
3.5.1.-Inconvenientes para la víctima ante la Suspensión Condicional del Procedimiento.....	54
3.5.2.-Inconvenientes para la víctima ante los Acuerdos Reparatorios.....	57

<u>Capítulo IV: La efectiva tutela de los derechos de la víctima.....</u>	61
4.1.- La interpretación constitucional de los preceptos legales.....	61
4.2.- Reformas legales y labor de los intervinientes.....	64
<u>Conclusiones.....</u>	68
<u>Bibliografía.....</u>	70

INTRODUCCION

La presente investigación tiene por objeto tratar un problema jurídico de creciente interés tanto en el plano legal, e incluso en el social, el cual fue develado con la creación del nuevo proceso penal, que tuvo como principal característica la publicidad de los procesos penales, lo que trajo aparejado un asunto que estuvo oculto por el secreto de los procesos penales, esto es, el rol de la víctima en el procedimiento. Así, en el antiguo enjuiciamiento penal, constituido por la etapa de plenario, fundamentalmente secreta y de sumario, la víctima sólo tuvo un rol equivalente al de un testigo, no teniendo una mayor incidencia en el proceso.

Con el correr de los años, desde la instauración de la Reforma Procesal Penal, ha surgido un impulso hacia el reconocimiento real de la víctima en el proceso, impulsando a ésta a tener un rol más activo en el proceso, incluso derivado de las críticas que la sociedad chilena ha realizado a la labor del Ministerio Público, la cual se ha centrado en lograr una eficiencia a su gestión, incluso en desmedro de las víctimas, prefiriendo directrices propias de política criminal y persecución penal.

De esta forma, nuestra investigación se centra básicamente en hacer referencia al sustento constitucional y legal que debe tener la víctima en un sistema penal, para adentrarse posteriormente en el reconocimiento que ha logrado la víctima en el proceso penal chileno, a nivel jurisprudencial, donde ya es dable destacar la importancia de la labor judicial en esta materia, toda vez que ésta ha realizado una interpretación constitucional, conforme a las normas del debido proceso o justo y racional procedimiento, con el fin de incorporar a la víctima con mayor eficacia.

Finalmente, es dable destacar que no se pretende realizar un estudio profundo del conflicto, en atención al tipo de proyecto a tratar, estimando que incluso, a lo largo del transcurso de la confección de esta AFET, los tribunales de justicia han resuelto conflictos en pro de la víctima, que son relevantes a destacar, como se tratará de señalar al final de este trabajo.

CAPITULO I. EL DERECHO A UN JUSTO Y RACIONAL PROCEDIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN.

1.1.- EL DEBIDO PROCESO. NATURALEZA JURÍDICA.

El proceso jurisdiccional es aquel destinado a solucionar conflictos de intereses de relevancia jurídica a través de una sentencia o mediante el uso de sus equivalentes legitimados. Como bien dice Couture¹, no se trata de crear un proceso cualquiera, sino un proceso idóneo para que el Estado ejerza la jurisdicción y los sujetos involucrados tengan una efectiva solución a sus controversias.

La constatación de la existencia, dentro del Estado, de un sistema procesal implica aceptar la preeminencia del proceso como medio para reclamar y obtener la tutela de los intereses de las personas, frente a los demás medios tradicionales, que son la autotutela o autodefensa y la autocomposición². Bien sabemos que la autotutela implica la imposición de la voluntad del más fuerte, y la autocomposición, implica la resolución del conflicto por las mismas partes, cuestión que es difícil de conseguir, ya que el conflicto nace precisamente por la controversia de voluntades, además de que en algunos casos, el acuerdo puede afectar intereses de la colectividad. Conforme a lo anterior, este mecanismo de solución de conflictos otorgado por el Estado, debe asegurar la imparcialidad de la decisión adoptada, logrando que los ciudadanos crean en que éste es el método más justo para solucionar las controversias³.

Los elementos del sistema procesal, de esta forma, siguiendo al profesor Alex Carocca⁴, serían las personas, los tribunales y el proceso. Las personas, usuarias del sistema, son el eje sobre el que se constituye el proceso, los que ponen el sistema en movimiento para obtener la tutela de sus intereses cuando son desconocidos por

¹ Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma. Buenos Aires. 1958 citado en Colombo Campbell, Juan. *El Debido Proceso Constitucional*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en página web: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr10.pdf. p.157.

² Carocca P, Alex. *Las Bases Constitucionales del sistema procesal Chileno*. En *La Constitucionalización del derecho chileno*. Variosa Autores. Universidad Austral de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, año 2007, p.215.

³ Colombo Campbell, Juan. *El Debido Proceso Constitucional*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en página web: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr10.pdf. p.187.

⁴ Carocca P, Alex. *Ob. Cit.* p.215.

personas u organismos particulares o estatales. Con el fin de evitar la autotutela, el Estado les ofrece a los ciudadanos un sistema organizado para obtener la tutela jurídica, donde cualquier persona que se vea afectada puede y debe acudir al sistema procesal, para actuar en protección de su propio interés, constituyendo una manifestación de la propia libertad de las personas.

Los tribunales, por tanto, son los órganos que permanecen a disposición de las personas para proporcionar la tutela de sus derechos, debiendo los jueces desarrollar una serie de actos que se desenvuelven en el tiempo para arribar a una decisión del asunto controvertido por medio de la sentencia, constituyendo la jurisdicción una manifestación de la función jurisdiccional.

El proceso, siguiendo a Colombo Campbell⁵, se conforma por la actividad conjunta de las personas y los tribunales, actuando conforme a las normas que constituyen el procedimiento, con el fin de producir las decisiones que pongan término a los conflictos jurídicos. El proceso, por tanto, debe poseer características que puedan canalizar adecuadamente las expectativas de tutela que puedan presentar las personas, constituyendo el elemento principal del sistema procesal, siendo legitimado a través de su utilización para resolver conflictos de relevancia. Conforme a lo señalado anteriormente, el procedimiento ofrecido por el Estado, debe responder el doble objetivo de resolver sobre el conflicto sub lite y su natural consecuencia, esto es, restablecer el imperio del derecho⁶. Tal procedimiento debe ajustarse estrictamente a las normas previamente preestablecidas para su tramitación, toda vez que son ellas las que contienen presupuestos procesales habilitantes para que el proceso, una vez afinado, logre sus objetivos y pueda calificarse como “debido”. Así lo afirma el Tribunal Constitucional Español, al establecer que “la prohibición de indefensión implica el respeto esencial del principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de su tesis”⁷.

⁵ Colombo Campbell, Juan. Ob. Cit. p.157.

⁶ Colombo Campbell, Juan. Ob. Cit. p.157.

⁷ Sentencia Rol N°48-1986, analizada en texto “*La nueva justicia penal frente a la Constitución*”, José Miguel Ángel Fernández González. Editorial Legal Publishing, Santiago, junio 2006.

El “debido proceso”, por tanto, es el proceso establecido con el fin de cumplir integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica, protegiendo y resguardando, la organización del Estado, las garantías constitucionales, y en definitiva, la plena eficacia de los derechos⁸. Conforme al profesor Iñaki Esparza Leibar, en su obra “El principio del debido proceso”⁹, el derecho a un debido proceso se considera una “institución”, y su sistematización no tendría ningún sentido si no la pusiéramos primero en relación con el conjunto de la teoría de los principios, y posteriormente con aquellos que rigen en el proceso y los procedimientos propios de cada una de las manifestaciones de la jurisdicción. Así, existiría un sustrato básico de común aceptación que se atribuye al debido proceso, concibiéndolo como una válvula reguladora entre la libertad individual y las previsibles imposiciones de la autoridad, asumiendo la existencia de conflictos entre los ciudadanos, y encauzando la resolución de los mismos por medio del proceso. El debido proceso goza de una importancia fundamental, en el desarrollo del sistema procesal, estando por sobre cualquier normativa que regule el procedimiento¹⁰. Al elevarse este principio a rango constitucional, por tanto, produce como resultado natural la aplicación imperativa del principio de la supremacía constitucional, garantizando así su eficacia real.

Ahora bien, el “derecho a un justo y racional procedimiento”, impone un evidente compromiso del constituyente, del legislador y de los jueces a incorporarle estímulos que se traduzcan en un plus de valores filosóficos, subjetivos y mutables, los que unidos a las exigencias y principios que se le exigen para ser debido, generarán como resultado final, el concepto de debido y justo proceso constitucional a que aspiramos¹¹. Siguiendo a Juan Colombo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha declarado que entre las garantías que comprende al debido proceso, está la del derecho a un juicio justo.

⁸Colombo Campbell, Juan. Ob. Cit. p.158.

⁹ Esparza Leibar, Iñaki. *El principio del debido proceso*. Tesis Doctoral Universitat Jaume I de Castellón. Disponible en página web: www.tdx.cat/bitstream/10803/10427/1/esparza1de7.pdf. p.16.

¹⁰ Colombo Campbell, Juan. Ob. Cit. p.159

¹¹ Colombo Campbell, Juan. Ob. Cit. p.160

El deber que se le impone al proceso de ser justo, le impone al juzgador resolver los conflictos con la mayor equidad posible, donde el legislador debe crear una legislación procedimental que permita lograr con eficacia la solución de conflictos. Lo anterior, se entiende sin perjuicio de la determinación que realizará tanto el legislador, como el propio juez en el caso concreto, sobre el concepto de “justicia”, toda vez que se trata de un término de contenido amplio, donde el intérprete debe darle dicho contenido. Se busca, de esta forma, buscar elementos constitutivos, válidos para todos los tiempos y lugares, que sirvan para explicar el proceso en su constante histórica, en el presente y en el futuro.

De esta forma, el derecho a un proceso racional y justo se entiende como un vocablo técnico del proceso, donde el ideal será el lograr un debido proceso justo. Si el proceso no es debido, estaremos frente a un proceso viciado, que podrá invalidarse por la vía de la nulidad procesal. En cambio, si es injusto su corrección dependerá de si existen o no recursos para remediar el agravio que tal situación produjo.

Finalmente, debemos afirmar que, y sin perjuicio de lo que se indicará al analizar el contenido de las normas constitucionales, un proceso justo y racional, necesariamente debe estar relacionado con el derecho de igualdad de las personas, tanto en el acceso a la justicia, como en su ejercicio. El sistema procesal debe otorgar mecanismos para que las partes obtengan un efectivo acceso a los tribunales, garantizándoles un procedimiento que permita ejercer plenamente sus pretensiones.

1.2.- EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A UN JUSTO Y RACIONAL PROCEDIMIENTO.

La garantía del debido proceso, nace como reacción en contra del actuar abusivo, omnipotente y arbitrario de los monarcas y señores feudales del Medievo, instituidos de una potestad absoluta, en materia gubernamental, legislativa y jurisdiccional, la que fue atenuada como consecuencia de la “Revolución Gloriosa”¹² en Inglaterra, entre los años 1688 y 1689, la cual instauró el principio de la monarquía limitada como una doctrina constitucional oficial, pero que sigue resultando insuficiente en la tarea de asegurar a los ciudadanos una actividad jurisdiccional imparcial y justa. La Revolución Americana, esforzándose por asegurar la libertad individual, transformó esta doctrina en el principio constitucional del gobierno limitado.

La idea tradicional de limitar el poder había derivado en la concesión de derechos positivados a los individuos, y su protección podría reclamarse ante una Corte, contra las pretensiones del gobierno. Así, los principios fundamentales del Constitucionalismo moderno aparecieron por primera vez en Virginia en 1776, en la denominada “*Virginia Declaration of Rights*”, documento considerado en la época como revolucionario, y que pregonó al mundo la soberanía del pueblo, los principios universales, y la inherencia de los derechos humanos, declarados en una constitución escrita como “la base y fundamento de gobierno”. Uno de los principios fundamentales consagrados en esta declaración es el de independencia judicial e imparcialidad, base de lo que hoy conocemos como el Debido Proceso Judicial.

Con la Quinta Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos, el concepto de “Debido Proceso” comienza a tener un rol protagónico en la historia, al establecerse un conjunto de garantías para los individuos frente al ejercicio del ius puniendi del Estado, debido a que “planteaba que los derechos fundamentales a la vida, libertad y propiedad se garantizan a través del debido proceso”¹³, pero siempre enfocado en favor del imputado o acusado dentro del proceso judicial.

¹²Dippel Horst. *Constitucionalismo moderno*. Introducción a una historia que necesita ser escrita, Revista Electrónica de Historia Constitucional, Número 6 - Septiembre 2005. <http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html?id=08>.

¹³Colombo Campbell, Juan. Ob. Cit. p.207

Ante la aceptación general de estos principios formadores de un procedimiento penal racional y justo, las diversas constituciones de los países del mundo occidental han incorporado normas que lo consagran en formas más o menos complejas y definidas, apareciendo aún más desarrollado en los Tratados Internacionales y Convenciones de Derechos Humanos¹⁴. Así, en el caso de Latinoamérica, el debido proceso y, más específicamente, el derecho a la defensa jurídica, ha sido establecido en diversas formas, pero aún no existe unanimidad en cuanto a la extensión en la aplicación de estas normas a la tutela efectiva de los derechos de las víctimas.

En Chile, la reforma al proceso penal, que se encuentra vigente en su totalidad desde el año 2005, ha provocado que la discusión sobre el ámbito de protección de la garantía del debido proceso sea cada vez más evidente y con marcadas tendencias contrapuestas en la jurisprudencia y en la doctrina, especialmente ante las críticas surgidas en la opinión pública, políticos y abogados respecto de la protección de los derechos de los sujetos procesales en el mismo, siendo celosamente garantista con el imputado y, para algunos, injustificadamente descuidada con la víctima, tanto así que nuestro Código Procesal Penal sólo le dedica tres artículos¹⁵ a la víctima y únicamente se hace cargo de su protección como parte de las funciones del Ministerio Público, lo que se refrenda con el carácter amplio que utiliza nuestra Constitución al tratar las garantías procesales, asegurando a todas las personas el igual ejercicio de sus

¹⁴Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos “Artículo 8. Garantías Judiciales. Numeral 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Artículo 25. “Protección Judicial. Numeral 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometido por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “Numeral 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

¹⁵Artículos 108 del Código Procesal Penal que define el concepto de víctima, haciendo referencia al orden de prelación de víctimas en caso de muerte. Artículo 109 del Código Procesal Penal, que contempla los derechos de la víctima, y artículo 110 del mismo cuerpo legal, que hace referencia a personas que no hubieren intervenido en el procedimiento.

derechos¹⁶ y estableciendo las obligaciones o funciones del Ministerio Público como nuevo órgano constitucional¹⁷.

De esta forma, el Constitucionalismo, en el proceso sancionatorio, ha configurado las condiciones mínimas a que tienen derechos las personas expuestas a sufrir sanciones por parte del Estado, a través del principio del debido proceso. El debido proceso es un principio constitucional cuyo fin es darle operatividad a los valores de libertad igualdad y seguridad jurídica. Este principio, al ser flexible, debe conciliarse con los derechos de las personas que pueden ser afectadas por la acción estatal y los fines públicos, en este caso del proceso penal, que exige celeridad y eficiencia.

En este es entendido, el Debido Proceso ha sido definido como “el derecho constitucional a obtener de la autoridad competente, usualmente los tribunales

¹⁶ Artículo 19 nº3 de la Constitución Política de la República, que establece que la Constitución asegura “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes. Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su único perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta CPR Art.19° Nº 5° que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

¹⁷ Artículo 83 de la Constitución Política de la República. Artículo 83.- Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. 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. El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

establecidos por la ley, la tutela efectiva de los derechos subjetivos”.¹⁸ Para el profesor Ticona, citando a De Bernardis, el debido proceso “es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción, puedan efectivamente acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial”¹⁹. Lo anterior significa, a grandes rasgos, que en caso de producirse por alguna causa ilegítima o arbitraria una limitación en el desenvolvimiento de los derechos de cualquier persona, ésta podrá acceder a un órgano que ejerza jurisdicción, el que a través de un procedimiento justo y racional, deberá conocer y amparar dichos derechos.

Por tales razones, es necesario sostener la trascendencia que posee el debido proceso en el derecho. En este sentido, el autor Alex Carroca²⁰ señala que “entre las garantías para conseguir la vigencia de los derechos fundamentales, las definitivas son las garantías de carácter jurisdiccional, toda vez que la decisión jurisdiccional se trata de una decisión absolutamente legitimada, ya que supone la intervención de aquellas personas que se pueden ver afectadas por la decisión. Las decisiones sobre el contenido de los derechos fundamentales que emanan de los tribunales constituirían, en definitiva, las que precisarían su real alcance, demostrando la preeminencia del juez por sobre otras fuentes de creación normativa”. El mantener una legislación eficiente, que permita ejercer los derechos, tanto en el acceso a los tribunales de justicia, como en el mismo procedimiento, es fundamental para que una legislación pueda ser considerada como garantizadora de los derechos fundamentales.

De la misma manera, lo ha planteado nuestra doctrina chilena, manifestando Miguel Ángel Fernández²¹ que la trascendencia que corresponde a los derechos de acceso y a la jurisdicción y al debido proceso es ya motivo suficiente para adelantar que su contenido no puede reducirse al cumplimiento de requisitos formales, sino que debe estar integrado por elementos sustanciales y materiales. El derecho al debido

¹⁸ Fernández González, Miguel Ángel. Ob Cit. p.49.

¹⁹ Ticona Postigo, Víctor. *El debido Proceso Civil*, Editorial Rodhas, Primera Edición, Lima Perú, citando D. Bernardis, Luis Marcelo, *La Garantía del Debido Proceso*, p. 138.

²⁰ Carocca P, Alex. Ob. Cit. p.223.

²¹ Fernández González, Miguel Ángel, *La nueva justicia penal frente a la Constitución*. Editorial Legal Publishing, Santiago, junio 2006. p.53.

proceso, por tanto, tiene por objeto tutelar derechos fundamentales cuando hayan sido amenazados o conculcados, configurando “el núcleo de las garantías fundamentales y se erige en elemento capital de la certeza o seguridad jurídica. Se visualiza el rol preventivo que debe cumplir el derecho y los órganos encargados de llevarlo en práctica”²².

A la luz de lo señalado anteriormente, es dable determinar el contenido y el alcance de la norma establecida en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República

²² Fernández González, Miguel Ángel. Ob Cit. p.53.

1.2.1.- CONTENIDO DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.

El artículo 19 N°3 de nuestra Constitución, asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Tal expresión señalada en la Constitución, implica el reconocimiento a un principio esencial para la institucionalidad, como es el derecho al debido proceso, la tutela judicial efectiva y el derecho a un justo y racional procedimiento. De esta manera, el constituyente reconoce tales garantías como un derecho fundamental, es decir, un derecho que emana de la naturaleza humana, al ser acogida también en todos los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, que han pasado a integrar el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico por mérito del art. 5 inciso segundo de la Constitución. De esta manera, llena de contenido a la norma constitucional el artículo 8 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" y el artículo 14 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

En este sentido, y siguiendo al profesor Andrés Bordalí Salamanca, se entiende que “el derecho de acción o a la tutela judicial puede darse entendido como un derecho a solicitar tutela de los tribunales para aquellas posiciones jurídicas subjetivas que invoquen los individuos y que reconoce el orden jurídico”²³, agregando que el constituyente “tuvo la intención de que las personas deben tener siempre reconocida la posibilidad de obtener tutela jurisdiccional para sus posiciones jurídicas subjetivas de que son titulares, sean derechos subjetivos u otras, como los intereses”²⁴.

El autor Miguel Ángel Fernández, sostiene que el constituyente, al establecer la igual protección de los derechos, en el inciso primero del artículo 19 N°3, se refiere a que “se garantiza a las personas, en cuanto titulares de derechos subjetivos, el ejercicio o completo desenvolvimiento de esos derechos y que, en el evento que, por cualquier causa ilegítima o arbitraria, ello no sea posible, entonces, pueden acudir a la protección del ordenamiento jurídico”²⁵. De esta manera, la igualdad ante la ley,

²³ Bordalí Salamanca, Andrés. *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVII, 2° semestre de 2011. p.517.

²⁴ Bordalí Salamanca, Andrés. *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*. Ob. Cit. p.517.

²⁵ Fernández González, Miguel Ángel. Ob Cit. p.50.

consiste en el igualitario acceso a las acciones y recursos, de una manera simplificada, que permitan el amparo del ejercicio de los derechos.

En este mismo sentido, el profesor Humberto Nogueira²⁶ sostiene que al asegurar la Constitución “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”, implica “que todas las personas que recurren ante cualquier autoridad o tribunal para la protección de sus derechos o intereses legítimos, tienen el derecho que se les garantice un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios basados en la raza, origen nacional, condición social, sexo, religión u opinión política, entre otros, y sin que sea posible establecer discriminación, vale decir, diferencias arbitrarias, lo que debe ser asegurado por el legislador en los procedimientos específicos de todo tipo en que estén en juego derechos de las personas”. De esta forma, ante la afectación de derechos se debe recurrir a los tribunales de justicia (sesión 103 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución), órganos que, de acuerdo al artículo 73 inciso 2 de la Constitución Política de la República que consagra el principio de inexcusabilidad, no pueden excusarse de conocer los conflictos jurídicos, una vez reclamada su intervención, ni aún por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su conocimiento.

En este sentido, la norma constitucional antes referida consagra la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, la cual ha sido definida por el Tribunal Constitucional Chileno como “aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión”²⁷. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva constituye un derecho fundamental que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de conflictos jurídicos, siendo un presupuesto del Estado de Derecho. El derecho a una tutela judicial efectiva constituye un derecho de carácter prestacional²⁸, cuyo derecho no es de ejercicio absoluto, sino que debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido, cumpliendo los requisitos fijados

²⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Editorial Librotecnia, año 2008. P.174.

²⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 1535 de fecha 28 de Enero del año 2010. Disponible en página web: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1309>.

²⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. Ob. Cit. p.174.

por el legislador, los cuales no deben afectar los derechos en su esencia, de acuerdo lo dispuesto en el artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República. Siguiendo a Nogueira²⁹, el derecho a la tutela judicial tiene un contenido complejo, que se descompone en el derecho de acceso a la jurisdicción o al proceso, el derecho al uso de los instrumentos que en él se proporcionan para la defensa de los derechos o intereses legítimos, de tal forma que los afectados estén en un plano de igualdad. En este mismo sentido, Jorge Marabotto Lugaro, en el trabajo que denominó “Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia”³⁰, expresa que el acceso a la justicia debe ser un acceso real y no teórico, ya que se trata de que la igualdad de las personas sea tangible y se concrete en los hechos. Agrega que si el Estado ha monopolizado, como principio, el poder solucionar los conflictos, es claro que se tiene que permitir el fácil acceso a la jurisdicción. De nada valdría proclamar que las personas tienen acceso a la justicia, si luego en la realidad de los hechos esa posibilidad resulta menguada o inexistente.

Por otra parte, el artículo 19 N°3 de la Constitución, en su inciso 5, establece que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecerlas garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa”. Así, respecto a este precepto, el autor Humberto Nogueira³¹, señala que una parte de la doctrina distingue entre derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva de los derechos, que reconoce un origen europeo continental, y el debido proceso de origen anglosajón, mientras otra parte de la doctrina los considera con contenidos análogos. Nuestra Constitución no utilizó ninguno de estos conceptos doctrinales, los que sólo se deducen de una interpretación sistemática de las normas constitucionales y los tratados internacionales.

En este sentido, el profesor Carocca³² señala, con respecto al artículo 19 N°3 inciso 5, que “no cabe duda que la intención de los constituyentes fue incorporar al catálogo de garantías constitucionales el derecho “al debido proceso”, al due process

²⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. Ob. Cit.. p.174.

³⁰ Marabotto Lugaro. Jorge. *Un Derecho Humano esencial: el acceso a la justicia*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en página web: <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr16.pdf>. p.292.

³¹ Nogueira Alcalá, Humberto. Ob. Cit.. p.174.

³² Carocca P, Alex. Ob. Cit. p.238.

of law, tal cual ha sido construido por el derecho y la jurisprudencia anglosajona”. Se trata de una garantía amplia, cuyo contenido no es fácil de establecer. Va contra el sentido de la garantía que, como todas las de su género, se dirige a evitar no sólo los abusos en que pudiera incurrir el juez en la tramitación y fallo de un proceso concreto, sino que también los que provengan de las actuaciones del propio legislador. La determinación de su contenido se pretende reducir a un proceso “legalmente tramitado”, es decir, con sujeción a los trámites legales. Es evidente que aunque el proceso sea llevado en términos estrictamente ajustados a la literalidad de la ley, igual no puede ser “justo” o “debido” y violentar la garantía, porque precisamente sea la ley conforme a la que se lo tramita se aparte de las prescripciones de justicia que debían observarse en su desenvolvimiento³³.

La garantía del debido proceso se caracteriza porque, al ser un principio constitucional, y no una norma o regla, su contenido admite graduación, correspondiéndole al juez en cada caso concreto determinar su precisión en cada caso a través de un juicio de ponderación de las normas constitucionales. Es decir, y como plantea Carocca³⁴, no puede el legislador a priori, determinar si un proceso, ha sido justo o debido, lo cual se debe determinar en cada caso, ya que todo juicio es único. Lo anterior, no implica desconocer la facultad del legislador para establecer el procedimiento general y abstracto, el cual, necesariamente debe tender a garantizar con la mayor eficacia el mejor procedimiento posible.

El derecho a un racional y justo procedimiento, que asegura la Constitución en el artículo 19 N°3 inciso 5, de acuerdo a las constancias dejadas en las actas de la Comisión de Estudios (sesión 101 de 09 de enero de 1975) estableció que se debe comprender a lo menos el emplazamiento, que se descompone en la notificación, el plazo razonable para presentar las pruebas y que éstos sean examinadas por el tribunal u órgano competente; el dictar la sentencia en un plazo razonable por el tribunal que tenga el carácter de objetivo e imparcial; y la posibilidad de revisión de lo resuelto o fallado por una instancia superior, igualmente objetiva e imparcial. En este sentido, Carocca, señala que la garantía del debido proceso, está compuesta por una

³³ Carocca P, Alex. Ob. Cit. p.245.

³⁴ Carocca P, Alex. Ob. Cit. p.83.

serie de garantías específicas, algunas de las cuales incluso son reconocidas por la propia Constitución, pero también por otras, desconocidas a nivel normativo o sin que pueda preverse que en algún caso puedan adquirir tanta importancia, que en un proceso, por definición único, al infringirse impiden considerarlo justo o debido³⁵. Por ello, la labor del juez, ya sea de garantía, en el proceso penal, o el juez constitucional, a la hora de determinar la existencia de una infracción del debido proceso, debe realizar un análisis de ponderación de la norma constitucional, determinando, en definitiva, si existe o no vulneración de garantías constitucionales.

Por otra parte, es fundamental tener claro que al reconocer la constitución el debido proceso como un derecho fundamental, implica que el proceso penal debe irradiar justicia e igualdad de armas, quedando, en definitiva, en manos del legislador que dichos derechos queden reflejados en la legislación procesal, siendo importante de esta manera la codificación de la legislación procesal, para que se vean efectivamente garantizados los derechos constitucionales reconocidos.

Por ello, debemos concluir, que la garantía del debido proceso o el derecho a un justo y racional procedimiento, debe ser eficazmente concretizado en la legislación procesal, toda vez que en caso de no serlo, puede privar de otras garantías fundamentales garantizadas, al no poder éstas ser debidamente cauteladas, siendo de suma importancia la labor del legislador procesal penal, al concretizar los derechos que le corresponden a cada interviniente, y asimismo, asegurar que en el procedimiento penal, tanto en la etapa de investigación desformalizada, llevada a cabo por el Ministerio Público, como en la etapa de investigación formalizada, intermedia o de juicio oral, se garantice debidamente el ejercicio de los derechos de todos y cada uno de los intervinientes, de manera que se permita lograr una efectiva tutela de los derechos. Al respecto, el autor Andrés Bordali Salamanca incluso sostiene que “si el derecho de acción reconocido en la Constitución es un poder para pedir tutela judicial para derechos e intereses que se afirman como propios, la consecuencia lógica que se deduce es que el legislador deba crear los instrumentos procesales en las leyes de procedimiento para que las personas puedan demandar el amparo para esos derechos e intereses. Si no reconoce ese derecho de demanda o lo dificulta o impide su ejercicio

³⁵Carocca P, Alex. Ob. Cit. p.83.

más allá de lo razonable, lo hará de un modo contrario a la Constitución”³⁶, concluyendo que el derecho a la acción tiene operatividad en aquellos campos en que las personas tengan derechos o intereses materiales reconocidos, y donde el proceso judicial sea apto para tutelarlos.

³⁶ Bordalí Salamanca, Andrés. *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*. Ob. Cit. p.520.

1.2.2.- ALCANCES DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.

Al asegurar la Constitución, en su artículo 19 N°3 inciso 1, “la igual protección en el ejercicio de sus derechos” se refiere a que se “garantiza a las personas, en cuanto titulares de derechos subjetivos, el ejercicio o completo desenvolvimiento de esos derechos y que, en el evento que, por cualquier causa ilegítima o arbitraria, ello no es posible, entonces, pueden acudir a la protección del ordenamiento jurídico”³⁷. En este sentido, la igualdad implica el acceso a las acciones y recursos, que permitan el ejercicio de los derechos, así como el respeto de las condiciones para el normal desenvolvimiento. Conforme a lo anterior, y siendo titulares del derecho fundamental todas las personas, es de suma importancia la igualdad de acceso a la justicia y su ejercicio. De esta manera, la legislación procesal, y en la relación al objetivo de este trabajo, la legislación penal, no está ajena a garantizar el pleno ejercicio del derecho fundamental al debido proceso a todos los intervinientes, consistente en la racionalidad y justicia de la investigación y del procedimiento penal. El derecho constitucional a un justo y racional procedimiento, se garantiza a todas las personas, en cuanto titulares de derechos subjetivos, pudiendo cualquiera, frente a arbitrariedades, recurrir ante los tribunales de justicia para la debida protección.

Por otra parte, y en cuanto a los órganos obligados por la norma constitucional, se ha sostenido que el vocablo “sentencia”, a que hace referencia el inciso 5 del artículo 19 N°3³⁸ debe entenderse en un término amplio, no abarcando sólo a los tribunales de justicia, sino que a todas las resoluciones que por cualquier motivo o circunstancias un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicta afectando persona o bienes ajenos³⁹. Conforme a ello, las resoluciones dictadas por autoridades gubernamentales, instituciones públicas, o el propio Ministerio Público, deben sujetarse a un debido proceso, a un procedimiento racional y justo. Así, la reforma constitucional del artículo 19 N°3, realizada en septiembre del año 1997, con motivo de la reforma procesal penal en Chile, introdujo la obligación de establecer siempre las garantías de

³⁷ Fernández González, Miguel Ángel. Ob Cit. p.50.

³⁸ “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

³⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 198 de 04 de enero de 1995, considerando 10. Disponible en página web: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=418>.

un procedimiento y una investigación racionales y justas. Dicha modificación pretendió que el Ministerio Público, organismo autónomo, creado constitucionalmente, y con la exclusividad de la investigación penal, estuviera sujeto, al igual que los tribunales de justicia, a un trabajo de investigación racional y justa.

En este sentido, cabe determinar cuál es el alcance del término “órgano que ejerce jurisdicción”, toda vez que si se realiza una interpretación sistemática y restringida, en aplicación del artículo 76 de la constitución, debe referirse sólo a los tribunales de justicia. Sin embargo, de acuerdo a una interpretación constitucional, que implica otorgar una mayor eficacia a las normas, garantizando plenamente derechos fundamentales, debe realizarse una interpretación extensiva de las normas. En este mismo sentido, Nogueira sostiene que “todas las disposiciones de carácter procesal deben necesariamente ser interpretadas en clave constitucional debiendo ser interpretadas anti formalistamente y en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción de las personas en la protección de sus derechos e intereses legítimos”⁴⁰.

Conforme a ello, el profesor José Luis Cea⁴¹ sostiene que la función jurisdiccional es diferente a la judicial, la cual es desempeñada por los jueces. La función jurisdiccional es amplia, teniendo lugar dentro o fuera de un proceso judicial, pudiendo intervenir un órgano imparcial que dirime una controversia, como es el caso de órganos públicos como el Servicio de Aduana o Impuestos Internos. En este mismo sentido lo entendió la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución⁴², donde el Señor Diez señaló que por órgano que ejerce jurisdicción se entiende a los tribunales administrativos, fiscales, Impuestos Internos, Contraloría, árbitros, entre otros. Por ello, se estima que en materia penal, el Ministerio Público, al dictar resoluciones, necesariamente debe regular su actuar a las normas del debido proceso.

De esta manera, podemos señalar que “si bien la Constitución Política demanda siempre niveles de racionalidad y justicia de los actos de autoridad, la forma concreta en que se expresa la exigencia anotada, su intensidad, su grado de formalidad y

⁴⁰Nogueira Alcalá, Humberto. Ob. Cit.. p.176.

⁴¹ Fernández González, Miguel Ángel. Ob Cit. p.56.

⁴² Sesión del Congreso N°103, p.14.

garantías anexas, varía en relación directamente proporcional al grado de afectación en los intereses y derechos de las personas que produce la decisión en cuestión⁴³. La actuación en la investigación y en el proceso penal por parte del Ministerio Público, debe ser racional y proporcional con los derechos de los demás intervinientes, y en este caso, con los derechos del querellante, que se pueden ver afectados con sus decisiones. Así, la investigación que debe hacer en forma exclusiva el Ministerio Público debe realizarse con criterios de racionalidad y justicia, evitando afectar los derechos de los demás intervinientes⁴⁴, y asimismo, en el proceso propiamente tal, al tomar decisiones, tales como ejercer la decisión de no perseverar, el Ministerio Público debe velar por los garantías de los derechos del ofendido, consistentes en el acceso a la justicia y a la igualdad ante la ley, cuestión que se analizará más adelante.

Determinado el alcance y el contenido de la norma constitucional, podemos concluir que ésta norma garantiza a todas las personas el derecho a un justo y racional procedimiento, correspondiéndole la obligación de respetar dicha norma constitucional no sólo a los tribunales de justicia, a la hora de dictar sentencia, sino que a los distintos órganos que ejercen jurisdicción, la cual se entiende en un sentido amplio, de protección al ejercicio de los derechos constitucionales.

De esta manera, en el próximo capítulo, corresponderá determinar cómo ha concretizado nuestro legislador procesal penal la norma constitucional del derecho a un justo y racional procedimiento a los distintos intervinientes del proceso penal, y en especial, a la víctima u ofendido por el delito.

⁴³ Zapata Larrain, Patricio. *Justicia Constitucional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, diciembre 2008. p.570.

⁴⁴ Fernández González, Miguel Ángel. Ob Cit. p.217.

CAPÍTULO II: LA INCORPORACION DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.

2.1.- SOBRE LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.

La víctima, en el Derecho Penal, ha ocupada distintas posiciones, claramente diferenciadas. Así, en una primera etapa, llamada de la edad de oro de la víctima, el ius puniendi se configura como un derecho privado de la víctima, siendo el protagonista del conflicto penal fijando la sanción y ejecutándola sobre los bienes del infractor. De esta manera, el sistema penal acusatorio se correspondía con una concepción privada del delito, donde el ofendido contaba con un derecho subjetivo para exigir el castigo del culpable⁴⁵. El Derecho Penal, estaba concebido como una forma de venganza privada, donde no interviene la comunidad ni para reglamentarla ni para medir su proporcionalidad. Esta fase corresponde al Derecho Romano Antiguo, el derecho germánico y el derecho medieval.

Posteriormente, con el advenimiento del Estado Moderno, nace la etapa de la neutralización de la víctima, donde el Derecho Penal se convierte en un Derecho Público y el Estado asume el papel de legislador y administrador de la justicia. Desde este momento la dualidad Estado-delincuente se transforma en el actor principal del proceso penal, quedando la víctima relegada a un segundo plano. Siguiendo un fallo del Tribunal Constitucional Español, “el particular no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, sino que a la víctima del delito le asiste el ius procedatur”⁴⁶, es decir, el derecho a poner en marcha el proceso penal.

Conforme a lo anterior, corresponde en el presente capítulo, realizar un análisis de las doctrinas que comparten la idea de otorgarle el ejercicio de la acción penal solo a los órganos estatales, para posteriormente analizar las doctrinas en contrario, que permiten dar marcha a nuestra postura.

⁴⁵ Martín Ríos, María del Pilar. *La víctima en el proceso penal español*. Editorial Metropolitana, Santiago, marzo 2008, p.42.

⁴⁶ Martín Ríos, María del Pilar. Ob. Cit. p.42.

2.2.- LA NOCIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. SUJETO LEGITIMADO PARA SU PROTECCIÓN.

Con el advenimiento de la teoría del contrato social, donde los hombres renuncian a un estado de naturaleza, surgen las normas adecuadoras de la paz, donde se establece e impone una ley por parte del Estado que prohíba a los hombres agredirse y seguir en un estado de naturaleza, con el objeto de que se viva pacíficamente. Así, siguiendo a Hobbes, de acuerdo a la segunda ley de la naturaleza, los hombres han renunciado su poder para convivir en paz, quedando el soberano en la obligación de protegerlos, siendo el motivo de llegar a este pacto social la seguridad de una persona, en su vida, y en los modos de conservar ésta en forma que no sea gravosa⁴⁷.

De esta manera, siguiendo a Feurbach⁴⁸, “la consideración material del delito como una lesión de un derecho, no es más que la expresión de la teoría del contrato social en el derecho penal: los hombres ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse en sociedad y confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado. El Estado se erige como garante de las condiciones de vida en común”. Así, la conminación penal del Estado queda legitimada respecto de conductas que fueran dañinas socialmente. Con justa razón, y conforma al pacto de los hombres, la persecución y el ejercicio del poder estatal debe ser abandonado por el ciudadano y quedado en manos del órgano estatal. En el mismo sentido, la pena, deja de ser una venganza personal, tornando en una retribución, donde lo que se intenta es de “reparar el daño, que ahora es un daño a la sociedad y de restablecer el orden jurídico que viene a remplazar al orden divino de la Edad Media, que ha sido interrumpido”⁴⁹.

En consecuencia, con el objeto de legitimar las conductas en protección a la sociedad, el positivismo crea la noción del bien jurídico. Así, Binding entiende el bien jurídico como “todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que en los ojos del

⁴⁷ Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Disponible en página web: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2675190.pdf. p.54.

⁴⁸ Feurbach, P.J.A.: (1832) *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland giiltigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1832, citado en Hormazábal Malaree, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Jurídica Conosur. Segunda Edición, año 1992, Santiago de Chile, capítulo II, p.13.

⁴⁹ Hormazábal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.41.

legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas⁵⁰. Ahora bien, Von Liszt estima que la noción del bien jurídico es un concepto que va más allá de lo jurídico, siendo una creación de la vida y como tal un interés vital del individuo o de la comunidad a la que la protección del derecho le da la categoría de bien jurídico, señalando que el “bien jurídico es un concepto perteneciente a la teoría general del derecho que expresa en el campo de lo jurídico lo que representan los intereses de los individuos en sus relaciones vitales, relaciones que del mismo modo que los intereses, cuando son asumidas por el derecho, se transforman en relaciones jurídicas⁵¹”. Al ordenamiento jurídico, por tanto, le corresponde regular las esferas de acción de cada una de las voluntades individuales delimitando, exigiendo o denegando determinadas formas de relaciones y también dando protección jurídica por las normas a los intereses vitales de los individuos jurídicamente protegidos. Todo gira, por tanto, en torno a la protección de bienes jurídicos, la norma y la pena tiene por objeto defender bienes jurídicos y también persigue el mismo fin la ejecución penal⁵².

Ambos autores son dispares acerca de la legitimación del ius puniendi. Así, para Binding, ésta se “encuentra contenida en la propia autoridad de la norma, ella se basta a sí misma y no necesita de ningún otro presupuesto que el de ser expresión de la soberanía del Estado. Por ello, señala que toda norma encierra la protección de un bien jurídico como producto de una decisión política del Estado y que su lesión constituye una infracción al derecho subjetivo de obediencia que el Estado puede exigir a sus súbditos y es, al mismo tiempo, un delito. El bien jurídico es, en consecuencia, un bien del derecho⁵³. En cambio, Von Liszt sostiene que el derecho penal se encuentra legitimado por su fin, esto es, la protección de intereses que son la expresión de las condiciones necesarias para una vida en común. El interés que al ser objeto de

⁵⁰ Binding, K.: (1916) *Die Normen und ihre Uebertretung*, 3 ed., Leipzig, Verlag Félix Meiner, T. I., citado en Hormazábal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.41.

⁵¹ V. Liszt F.: (1888) "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopadie der Rechtswissenschaft" en *ZStW*, T. VIII, págs. 134 y sgtes., citado en Hormazábal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.48.

⁵² Hormazábal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.51.

⁵³ Hormazábal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.55.

protección por el derecho penal toma el nombre de bien jurídico, originariamente se encuentra en la sociedad, "lo que crea la vida".

Por otra parte, Mayer estima que lo "determinante en el ejercicio de ius puniendi no es la protección de bienes de la vida como pudiera parecer a primera vista, sino la protección de un orden moral que se expresa formalmente a través de un orden jurídico con el cual se identifica"⁵⁴. De esta forma, Hormazabal, en el texto ya citado, critica la postura de Mayer, ya que difícilmente el concepto de bien jurídico podría tener capacidad para limitar el ius puniendi estatal que no puede encontrar ninguna restricción en la penalización de conductas que pongan en peligro o lesionen algo tan indeterminado y sujeto a la discrecionalidad del poder como puede ser el orden moral.

De igual forma, Welzel señala que la "misión del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad, y que lo hace protegiendo los bienes vitales de la comunidad"⁵⁵, que son los llamados bienes jurídicos. Esta protección la realiza el derecho penal, prohibiendo en la norma y castigando en el precepto penal las acciones que están dirigidas a la lesión del bien jurídico. Luego, de lo que se trata es de impedir a través del castigo del desvalor de acto que implica la realización de la conducta contenida en un precepto penal, que sobrevenga el desvalor de resultado que significa la lesión del bien jurídico⁵⁶.

Con posterioridad a la postguerra resurge renovada la política criminal que plantea límites al ius puniendi con principios programáticos tales como la necesidad y utilidad de la pena, la dignidad de la persona y la exclusiva protección de bienes jurídicos⁵⁷. Surge, de esta forma, el funcionalismo, la que "no se trata de una moralidad en abstracto, sino que comparte un determinado sistema moral referido al "statu quo" a partir del cual se determina lo que es contrario o conforme al orden establecido, esto es a un orden concreto. A este nivel concreto el funcionalismo deja de ser conservador en un sentido metafísico, para transformarse en una ideología

⁵⁴ Mayer H. (1967) *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Stuttgart Berlin, Colonia, Mainz, W. Kohlhammer Verlag). Hormazabal Malaree, Hernan, citado en Hormazabal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.80.

⁵⁵ Welzel, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956. p.2.

⁵⁶ Welsel, Hans. Ob. Cit. p.2.

⁵⁷ Hormazabal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.92.

políticamente conservadora”⁵⁸. Sobre lo anterior, Luhmann ha sostenido que “en las sociedades actuales donde no es posible la confianza personal en el cumplimiento de las expectativas por la complejidad de las relaciones y las formas diferenciadas de derecho, éste (el bien jurídico protegido) cumple la función de institucionalizar dicha confianza reemplazando la confianza personal por la confianza institucional”⁵⁹.

De esta forma, las tesis funcionalistas siguen las tesis de los fines de la pena referentes a la "prevención general positiva", ya que se plantea una relegitimación del derecho penal fundada en la pena entendida como instrumento para lograr "la afirmación y aseguramiento de las normas"⁶⁰ o "el mantenimiento del orden jurídico"⁶¹. Sobre lo anterior, es necesario referir que el autor Gunter Jakobs igualmente afirma que “se habla de prevención general positiva, porque no se pretende alcanzar la intimidación de la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la norma como esquema de orientación, prevención, porque se persigue un fin, precisamente, el mantenimiento de la fidelidad a la norma, y ello, concretamente respecto de la sociedad en su conjunto, por ello, prevención general”⁶².

De acuerdo a lo señalado anteriormente, estas teorías legitiman el ejercicio exclusivo y excluyente de la acción penal por parte de los órganos del Estado, toda vez que precisamente el ciudadano le otorgó el poder para perseguir los delitos cometidos en su contra. Así, la existencia del acusador particular constituye una reminiscencia a la venganza privada⁶³, que buscaría distintos fines a los del derecho penal. En este sentido, Julio Perez Gil, postula que “la implicación emotiva de los sujetos afectados por el delito en el ejercicio de la acusación no es imprescindible y, en ocasiones, no es siquiera deseable, en tanto el interés que les mueve no es el mero enjuiciamiento, sino el de la búsqueda explícita de una condena que sirva de base al resarcimiento de los

⁵⁸ Sobre este punto, Gouldner A.: (1979) *La Crisis de la Sociología occidental*, Buenos Aires, Amorrortu Editores. En obra citada, p.99.

⁵⁹ Luhmann N.: (1972 a) *Rechtssoziologie 1*, Reinbeck.- bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH. P. 64 y sgtes., 94 y sgtes, citado en Hormazábal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.102.

⁶⁰ Hassemmer W.: (1973) *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M., AthenSum Fischer Taschenbuch Verlag. p.388. citado en Hormazábal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.104.

⁶¹ Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, 1997. p.81.

⁶² Jakobs. Gunter. *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Cuadernos Civitas. Universidad Autónoma de Madrid. Paderborn. 2004. p.145.

⁶³ Martín Ríos, María del Pilar. Ob. Cit. p.81.

daños y perjuicios sufridos”⁶⁴. Así también, Hirsch se “oponen a la participación activa del ofendido en el procedimiento penal las ideas básicas del procedimiento oficial, entre ellas el hecho de que se debe lograr una objetivación del procedimiento penal en la parte que corresponde al acusador. Su tarea se debe dirigir a la obtención de la verdad hacia ambas direcciones, no solo hacia la condena”⁶⁵

Por otra parte, la respuesta al delito es la pena, a la que la dogmática penal ha atribuido diversas funciones o fines, los fines retributivos o preventivos generales y especiales. Dentro de estos fines, la idea de reparación real y efectiva de los daños causados a la víctima no es contemplada en el papel de la pena.

⁶⁴ Perez Gil, Julio. *La Acusación Particular*. Memoria de Tesis para obtener el grado de Doctor. Universidad de Valladolid, 1997. p.334.

⁶⁵ Hirsch, Hans Joeachim. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, p.120.

2.3.- LA TESIS EN FAVOR DE LA INCORPORACION DE LA VÍCTIMA.

Ahora bien, siguiendo las tesis que tratan la noción del bien jurídico protegido, autores recientes han estimado que el Estado, al imponer la pena, debe buscar objetivos de justicia. Así, Roxin sostiene que el Estado como garante de las condiciones de vida social, debe proteger los bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, etc. Esta contribución conservadora de bienes jurídicos preexistentes, debe cumplir otra función, que es la de lograr los objetivos de promoción y ayuda social que se plantea el Estado social y democrático de derecho perfilado en la Constitución de Bonn, planteando que "la voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección"⁶⁶. En el mismo sentido, Rudolphi acoge la concepción de un "estado de derecho constitucional", en que la actividad estatal no sólo debe sujetarse al principio de legalidad, sino que debe concretarse "en el esfuerzo por una estructuración justa e igualitaria de las relaciones humanas, donde la actividad penal queda condicionada a la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y, al mismo tiempo, es entendida por todos como razonable"⁶⁷.

De esta forma y siguiendo a Bunge, "una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos presupone no sólo democracia, sino ejercicio de la democracia, esto es, participación y concurrencia en los procesos a través de los cuales se realizan la libertad política, en concreto, libertad de pensamiento, de acción y sobre todo, de disensión"⁶⁸. Por su parte, Hormazabal, señala que el "tipo penal es simplemente el continente de una acción cuya realización condicionada por los demás elementos típicos da lugar a responsabilidad penal, es inexacto por insuficiencia. El tipo penal expresa más que una acción. En el tipo se contiene una situación social, un proceso interactivo singular que debe realizarse concurriendo las circunstancias personales y

⁶⁶ Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. p.84.

⁶⁷ Rudolphi H.J.: (1970) "Die Verschiedene Aspekte des Rechtsgutbegriffs" en Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen Verlag Otto Schwartz & Co., citado en Hormazabal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.124.

⁶⁸ Bunge M.: (1989) *Mente y sociedad*, Madrid, Alianza Editorial, citado en Hormazabal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.143.

objetivas que en forma abstracta y genérica en él se contemplan. La acción no agota al tipo penal. Es un elemento que expresa una vinculación concreta entre dos sujetos en un contexto social generando un proceso interactivo dotado de sentido y significación social”⁶⁹. La pena, por tanto, asociada a una función de bienes jurídicos viene a significar una “condición necesaria de la democracia: la posibilidad que el ciudadano participe en el proceso que habrá de conducirlo a su realización como ser crítico y liberado”⁷⁰.

Por ello, conforme a la reciente doctrina, es necesario vincular el derecho penal a una democracia participativa, evitando restringir determinados derechos, como es el derecho de acción penal, a la víctima. Así, se ha estimado que la existencia de acusadores particulares “contribuye a desarrollar el espíritu de colaboración con la Justicia, la acerca al pueblo y reduce considerablemente los riesgos de la segunda victimización⁷¹ que se derivan de su pretensión en el proceso”⁷². En este sentido, Ferrajoli sostiene que “es obvio que si la publicidad de la acusación conlleva la obligatoriedad en su ejercicio para los órganos públicos competentes, no implica en modo alguno una titularidad exclusiva, siendo perfectamente compatibles con el modelo teórico acusatorio formas autónomas, libres y subsidiarias de acción popular, dirigidas a integrar la acción del Ministerio Público en defensa de los derechos e intereses, individuales o colectivos, ofendidos por el delito; a solicitar y, donde sea necesario, a remediar la inercia culpable de los órganos públicos; a permitir la participación y control popular del ejercicio de la acción penal e indirectamente de la función judicial en su conjunto”⁷³.

Así, como variante o complemento de las teorías anteriores, han surgido las tesis Victimológicas, las que han impulsado un proceso de revisión del rol de la víctima

⁶⁹ Hormazábal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.171.

⁷⁰ Hormazábal Malaree, Hernan. Ob. Cit. p.175.

⁷¹ La victimización *primaria* se entiende como un proceso en que la persona sufre, de modo directo o indirecto, los efectos nocivos derivados del delito, sean materiales o psíquicos. La victimización *secundaria* abarca los costos personales derivados de la intervención judicial y la victimización *terciaria* comprendería el conjunto de costes de la penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros.

⁷² Martín Ríos, María, Ob cit. p.80.

⁷³ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1995. p.569.

en el fenómeno criminal. Tal como señala García Pablo de Molina “Protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima del delito a lo largo de la historia”⁷⁴. Se han criticado las posturas de otorgarle mayores facultades a la víctima, en cuanto a la persecución de los delitos, ya que se considera que se pretende introducir criterios privatistas⁷⁵ a la persecución penal, volviendo el sistema penal a la venganza privada.

Sin perjuicio de lo anterior, las tesis victimológicas, han postulado que el sistema jurídico penal se ha dirigido a la prevención de los delitos, pero no a la restauración de la justicia, donde la noción de bien jurídico protegido ha restringido la protección efectiva de la víctima en el proceso penal, donde el delito no es una lesión de derechos del ofendido, sino que una lesión del bien jurídico, articulada mediante los tipos penales⁷⁶. Conforme a esto, el imputado pasó a ocupar el primer plano en el derecho penal, quedando reducido el papel de la víctima, relegado a ser sólo un medio de prueba. De esta manera, se ha establecido que la justicia restaurativa constituye una visión alternativa al sistema penal, manifestándose al respecto que la justicia restaurativa “sin menoscabar el derecho del Estado en la persecución del delito, busca, por una parte, comprender el acto criminal en forma más amplia y en lugar de defender el crimen como simple transgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades e incluso a ellos mismos; y por la otra, involucrar más partes en respuesta al crimen, en vez de dar papeles clave solamente al Estado y al infractor, incluye también víctimas y a la comunidad”⁷⁷.

En este sentido, se ha estimado que constituye una visión reduccionista el ver en la víctima solo deseos de venganza, donde la Justicia Restaurativa busca acercarse a una visión inédita de la justicia, en la que “sin pretender hacer sufrir al victimario, éste

⁷⁴ García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 6ª edición, Editorial Lexisnexis, Santiago, enero 2008. p.62.

⁷⁵ Tamarit Sumalla, *La Víctima en el Proceso Penal*, citada en Martín Ríos, María del Pilar. La víctima en el proceso penal español. Ob. Cit. p.42.

⁷⁶ Sanz-Diez Ulzurrun, Marina. *La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español*. Anuario de Derecho y Ciencias Penales, Tomo LVII, Madrid, 2006. p.221.

⁷⁷ Sampedro-Arrubla, Julio Andrés. *La Justicia Restaurativa: una nueva vía desde las víctimas, en la solución del conflicto penal*. 17 Internacional Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional. p.91.

reconozca su crimen y restaure el daño causado a las víctimas directas e indirectas, significando reconocer a las víctimas como protagonistas del delito”⁷⁸. En este sentido, la autora María del Pilar Ríos⁷⁹ plantea que admitir la acusación particular implica cierta privatización del derecho penal, sin embargo, sucede lo mismo con las propuestas de conciliación y demás formas alternativas de resolución de conflicto, así como la posibilidad de acumular la pretensión civil al proceso penal. Por otra parte, el incorporar a la víctima no implica un retardo o entorpecimiento al proceso penal, al contrario, podría significar una agilización, al coadyuvar al logro de fines comunes de obtener la verdad y castigar al culpable.

Por otra parte, doña Marina Sanz-Diez Ulzurrun Llum, en su artículo “La Víctima ante el Derecho Penal”⁸⁰, sostiene que el movimiento victimológico se perfila a través de los siguientes rasgos:

A.- El sistema penal, que está orientado a la prevención de los delitos, no debe olvidarse de la restauración de la justicia. La justicia no se concibe con la sola imposición de una pena, sino que requiere una reparación del daño a través de una actuación positiva del infractor y de los poderes públicos. Por tanto, se estima que la justicia penal debe responder las necesidades de la víctima y la protección de sus intereses.

B.- El Estado, que ha asumido la función de prevención de los delitos, también debe asumir los costos del fracaso en el desempeño de esta función. Conforme a ello, se justificaría la creación de sistemas de reparación de daños y perjuicios a las víctimas por parte del Estado.

C.- El sistema penal debe responder a las exigencias de solidaridad social con la víctima. Se estima que son reducidos los casos en que el delito es cometido por una patología del delincuente, sino que el delito es un problema social y comunitario, cuyas consecuencias son asumidas por toda la sociedad. Conforme a ello, el Estado debe satisfacer las necesidades de la víctima promover su resocialización. Para lo anterior

⁷⁸ Sampedro-Arrubla, Julio Andrés. *La Justicia Restaurativa*. Ob. Cit. p.94.

⁷⁹ Martín Ríos, María, Ob cit. p.82.

⁸⁰ Sanz-Diez Ulzurrun, Marina. *La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español*. Ob. Cit. p.219 y siguientes.

se justifica la creación de sistemas de reparación a las víctimas como beneficio social, tales como un sistema de indemnización a víctimas de delitos violentos.

D.- La reincorporación de la víctima al sistema penal, no implica entrar en conflicto con otras garantías del proceso penal, tales como las garantías del imputado y su reinserción social, al contrario, implica fortalecer el sistema penal, favoreciendo el cumplimiento de sus fines, tales como la pacificación de las relaciones sociales, los fines de prevención general positiva y la prevención de los delitos a través de la actuación de las víctimas. Así, no cabe contraponer los derechos de las víctimas con los derechos de los imputados.

Conforme a los postulados anteriores se incorpora a la estructura tradicional del sistema penal la víctima y la idea de reparación, generándose un nuevo paradigma: el delincuente, la víctima y el Estado. Así, siguiendo al autor Julio Sampedro-Arrubla, es posible sostener que “la comprensión del delito humano (no por ello menos grave), la variada y compleja gama de daños que padecen las víctimas, el destino origen de los daños (victimización primaria, secundaria y terciaria), la necesidad de reinserción o resocialización de la víctima marginada por la experiencia criminal y el hecho de que el daño no se agota en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se constituyen en los supuestos victimológicos que dan vida al modelo restaurativo en el sistema penal”⁸¹

⁸¹ Sampedro-Arrubla, Julio Andrés. *La Justicia Restaurativa*. p.96.

2.4.- HACIA EL EFECTIVO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL CHILENO.

Teniendo presente las posturas victimológicas, que pretenden un reconocimiento eficaz de las víctimas en los procesos penales, este trabajo postula que a partir de las normas constitucionales, y eventuales reformas legales futuras, e incluso a través de la labor de los tribunales de justicia, se postula la posibilidad de lograr un reconocimiento efectivo a los derechos procesales de la víctima.

Así, la Justicia Restaurativa plantea una visión desde y hacia las víctimas, siendo una justicia que se debe a las víctimas y emana de las víctimas, lo cual significa que “la justicia restaurativa reconoce la actualidad de las injusticias cometidas sin importar el tiempo que haya transcurrido, y en segundo lugar, que la Justicia Restaurativa reconoce que las víctimas tienen una visión alternativa de la realidad y que lo que se ve así forma parte de la realidad”⁸², mirada que consiste en que el sufrimiento de ella también es condición de la verdad, ya que ésta forma parte de la realidad.

En este sentido, el reconocimiento a la víctima debe tener manifestaciones en el plano del derecho positivo, con el objeto de favorecer el acceso a la justicia de la víctima, garantizar el reconocimiento y su protección efectiva. Así, siguiendo a Marina Sanz-Diez Ulzurrun Llum, en su artículo citado⁸³, sostiene que las medidas consideran los siguientes aspectos:

1.- La determinación del estatuto jurídico de la víctima, donde se reconoce el papel de ésta en el sistema penal, determinando sus derechos y obligaciones. Así, se debe definir el concepto de víctima, ampliando el concepto de víctima no sólo al ofendido por el delito, sino que también a sus familiares y personas que ayudan a la víctima o previenen su victimización. Asimismo, se deben reconocer derechos de la víctima tales como el acceso a la justicia, el derecho al resarcimiento por el daño causado y el derecho a la asistencia social.

⁸² Sampedro-Arrubla, Julio Andrés. *La Justicia Restaurativa*.p.109.

⁸³ Sanz-Diez Ulzurrun, Marina. *La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español*. Ob. Cit. p.219 y siguientes.

2.- Las medidas dirigidas a lograr una efectiva reparación del daño causado por el delito, ya sea de carácter económico o de otra forma, a cargo del infractor penal o del Estado. Así, el resarcimiento se debe regular en los términos del contenido, ya sea devolución de los bienes, pagos de los daños o pérdidas sufridas, reembolso de gastos, y en el sujeto en quien recae esta obligación, ya sea en el delincuente o terceros responsables de la conducta o en el Estado, en caso en que la indemnización no sea suficiente.

3.- Las medidas dirigidas a favorecer una efectiva resocialización de la víctima, a través de mecanismos de ayuda y asistencia social. Estas medidas comprenden asistencia médica, material, psicológica y social necesaria, a cargo de medios estatales, cuyo mecanismo de acceso debe ser informada a la víctima.

En este sentido, se ha estimado que “el derecho a la justicia tiene garantías implícitas el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; y el deber de respetar el debido proceso en todos los procedimientos judiciales”⁸⁴. Por ello, en los sistemas penales modernos, la reparación de las víctimas es relevante, en la medida que supera los criterios vindicativos para aportar una respuesta creativa al delito, donde la pena privativa de libertad no puede ser la única respuesta al delito.

De esta forma, desde ya se postula que se debe buscar legislativamente un eficaz reconocimiento a la víctima de sus derechos, debiendo, en su defecto, ser tratado el tema a nivel jurisprudencial, como se analizará en el próximo capítulo, no pretendiendo clausurar el debate con los casos que se analizarán. Así, se advierte que se pretende una participación de la víctima en su calidad de tal y no como actor popular, ya que, como se puede advertir “en el primer caso, el control de la víctima sobre las actuaciones del Ministerio Público puede ser vista como un contrapeso que juega en beneficio del deseo vindicativo de ella, mientras que la participación del actor popular puede tener fines públicos, especialmente cuando el Ministerio Público depende del Ejecutivo, como es el caso de varios países. En este caso el actor popular

⁸⁴ Julio Andrés Sampedro-Arrubla. *La Justicia Restaurativa*.p.102.

controlará que el poder político no obtenga ventajas, tanto por exceso como por defecto, en la acusación, manipulando al órgano acusador”⁸⁵

⁸⁵ Bordalí Salamanca, Andrés. *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*. Ob. Cit. p.536.

CAPÍTULO III: EL DERECHO AL PROCESO RACIONAL Y JUSTO PARA LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL CHILENO.

3.1.- LA VÍCTIMA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL.

La figura de la víctima en el sistema procesal penal, se encuentra recogida en el artículo 108 y siguientes del Código Procesal Penal, siendo definido como aquel que es ofendido por el delito, estableciendo en el artículo 109, una serie de derechos en su favor, entre ellos solicitar medidas de protección, ejercer acciones para perseguir responsabilidad civil, presentar querrela, ser oído por el Fiscal antes que pidiese o se resolviese la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada, impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido. A su vez el artículo 12 del mismo cuerpo legal, le otorga junto a los fiscales del Ministerio Público, imputado y defensor, la calidad de intervinientes en el proceso penal, tanto a la víctima como al querellante desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permite ejercer facultades determinadas.

En nuestra legislación, conforme al artículo 83 inciso 2 de la Constitución, consagra el derecho del ofendido por el delito para ejercer la acción penal pública. Esta facultad es manifestación del principio del debido proceso consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución al asegurar a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Esta igualdad ante la ley consiste, por tanto, en el acceso a las acciones y recursos, de manera fácil y expedita, los que permiten el amparo del ejercicio de los derechos, y así también el respeto de las condiciones, materiales y formales, los que aseguran el normal y completo desenvolvimiento de los derechos⁸⁶. De esta forma, el derecho de acceso a la justicia tiene trascendencia al tutelar derechos fundamentales. En este sentido, la querrela criminal, el ejercicio de ésta, y todas las actuaciones de la víctima en el proceso constituyen manifestaciones del legítimo ejercicio del debido proceso.

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido definida como “aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el

⁸⁶ Fernández González, Miguel Ángel. Ob Cit. p.50.

juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión⁸⁷. En tal sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva constituye un derecho fundamental que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de conflictos jurídicos, siendo un presupuesto del Estado de Derecho.

Con el objeto de tutelar estos derechos fundamentales, el Código Procesal Penal ha contemplado la posibilidad de presentar querellas criminales al ofendido del delito, en el proceso. La legitimación de la víctima, en presentar querrela criminal, por tanto, es diferente a la vía civil, toda vez que la víctima no puede alegar la titularidad de un derecho al castigo del culpable, ya que el monopolio del ius puniendi pertenece al Estado, el cual es ejercido por el Ministerio Público. Por tanto, y como lo expresa una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Español, “el particular no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, sino que a la víctima del delito le asiste el ius procedatur, es decir, el derecho a poner en marcha un proceso substanciado de conformidad con las reglas del justo proceso, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en derecho⁸⁸”.

Sin perjuicio de lo anterior, y adentrándonos a uno de los conflictos a tratar, la víctima no tiene el mismo estatus que el imputado en el proceso penal⁸⁹. Aunque ha habido intentos por parte de la doctrina por construir una igualdad de armas, entre imputado y víctima, esta posición ha sido criticada, por cuanto podría conducir a que los derechos de la víctima sean ampliados a costa de las garantías procesales del imputado, no pudiéndose darse esta igualdad de armas entre imputado y víctima en la relación procesal penal, ya que se mueve en el ámbito de la pretensión punitiva del Estado, donde todo está en juego para el imputado, y no así para la víctima⁹⁰. En este sentido, surgen conflictos cuando la víctima pretende el ejercicio de derechos, ya que al no poder participar directamente, puede verse afectado por una investigación por

⁸⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 1.535.

⁸⁸ Martín Ríos, María. *La víctima en el proceso español. La víctima en el proceso penal español*. Editorial Metropolitana, Santiago, marzo 2008. p.42.

⁸⁹ Horvitz-Lennon, María Inés, *Estatus de la víctima en el proceso Penal*, Revista de Estudios de la Justicia, N°3, año 2003.

⁹⁰ Peña Torres, Marisol. *Garantías Judiciales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.p.1.

parte del Ministerio Público. De esta forma, una investigación deficiente podría impedir la iniciación de un proceso criminal ante el juez de garantía, y, en definitiva, coartar el real acceso a la jurisdicción penal a la víctima. La legislación penal, por tanto, al impedir el acceso a la jurisdicción penal a la víctima, por ejemplo, en caso de que el Ministerio Público ejerza su facultad de no perseverar, previo a formalizar, implica una afectación a la tutela judicial efectiva y a los legítimos derechos de la víctima en el proceso. El ejercicio de los derechos de la víctima no puede ser sujeto a condición de la facultad de formalizar por el Ministerio Público. En este sentido, la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación, como una facultad discrecional, donde no cabe la intervención de la víctima, constituye una clara privación de los intereses a tutelar de la víctima, afectándole su dignidad, hipótesis que ya ha sido resuelta, en un caso concreto, por el Tribunal Constitucional.

De esta manera, a continuación se pretende revisar ciertos casos relevantes para su análisis, resuelto tanto por la justicia constitucional, como por la justicia ordinaria.

3.2.- EL DERECHO A LA ACCIÓN DE LA VÍCTIMA SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Tribunal Constitucional Chileno, con posterioridad a las modificaciones constitucionales que le otorgaron mayores competencias, en especial la contenida en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República, que faculta al Tribunal para “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”, ha podido conocer y resolver conflictos constitucionales relacionados con el objeto de estudio.

En este sentido, y en relación al derecho de la acción por parte de la víctima, el Tribunal Constitucional, en causa Rol N° 815-2007, de fecha 19 agosto del año 2.008, sostuvo que “el derecho a la acción penal se encontraba consagrado expresa y categóricamente en la Constitución, y que cualquier razonamiento que condujera a privar a la víctima de dicho derecho debía ser descartado, pues de ese modo se subordinaba el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor penal. En virtud de esos primeros razonamientos, entonces, se concluía que la facultad de formalizar no podía entenderse como una facultad discrecional del fiscal, ya que dicha interpretación atentaba en contra del derecho a la tutela judicial efectiva”.⁹¹ En el mismo sentido, el Ministro Colombo, sostuvo que el derecho del ofendido a ejercer la acción penal es amplio, no debiendo condicionarse ni por el legislador ni por el Ministerio Público, pues ello redundaría en la vulneración de su derecho al debido proceso. Refrenda lo anterior, el autor Andrés Bordalí Salamanca, al sostener que “el Tribunal Constitucional se inclina por la tesis que los ofendidos por delito son afectados en derechos e intereses de carácter penal y que el proceso penal es la vía para titularlos”⁹², al establecer el considerando 6° de la sentencia Rol 815-2007 que la Constitución reconoce expresamente el derecho a la acción al ofendido, el que surge como garantía trascendente para compensar a la víctima de la prohibición y eventual sanción a la autotutela de sus derechos.

⁹¹ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°1341-2009, considerando 11, disponible en página web <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1332>.

⁹² Bordalí Salamanca, Andrés. *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*. Ob. Cit.p.523.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en una visión más armónica entre los derechos de la víctima y las facultades del Ministerio Público, ha entendido que la dirección de la investigación radica exclusivamente en el Ministerio Público, el cual debe llevar ésta de manera “discrecional pero no arbitraria”. La discrecionalidad no arbitraria a la que alude el Tribunal Constitucional, no es más que el reconocimiento de ciertos límites a la discrecionalidad del Ministerio Público, basados en el aseguramiento de derechos de los otros intervinientes dentro de la investigación. En el caso que nos importa, dichos límites estarán dados por los derechos de la víctima y del querellante a acceder al control judicial de la investigación no formalizada.

En este sentido, la sentencia Rol N° 1445 de fecha 29 de enero del año 2.010⁹³, enumera los diversos controles que el Código Procesal Penal permite a la víctima, y en su caso, al querellante, en relación al actuar del Ministerio Público, encontrándose los siguientes :

- a) Que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento soliciten al fiscal todas aquellas diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo aquél ordenar que se lleven a efecto las que estime conducentes. Incluso si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva (artículo 183).
- b) Que el imputado o los demás intervinientes puedan asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (artículo 184).
- c) Que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de ella, fijándole, incluso, un plazo para formalizarla (artículo 186.)
- d) Que los intervinientes en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (artículos 231 y 232) y

⁹³ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°1445-2009, disponible en página web <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1312>.

e) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (artículo 258) (Sentencia Rol N° 1.244).

La posición que ha adoptado el Tribunal Constitucional en cuanto a este punto es la acertada, y así también lo ha entendido la doctrina, pues el nuevo sistema procesal penal hace coexistir tanto el principio de legalidad y de oportunidad del Ministerio Público, junto al reconocimiento de derechos para la víctima y/o querellante particular, en vista de lo cual perfectamente pueden confluir dentro de un mismo sistema, un ente persecutor con amplias facultades, como lo es el Ministerio Público, y la figura de la víctima y/o querellante y sus respectivos derechos, toda vez que el poder del Ministerio Público se ve efectivamente limitado tanto por los derechos de estos intervinientes como por los controles procesales que éstos pueden ejercer, convirtiéndose así su poder en una “discrecionalidad no arbitraria”.

En este sentido, los principales objetivos perseguidos por el nuevo sistema procesal penal, han sido aumentar el grado de protección de las garantías individuales de quienes se ven enfrentados al proceso penal, así como también el establecimiento de un sistema de justicia criminal que pueda ser más efectivo en la investigación y sanción de los delitos. Desde esa perspectiva, se ha creado un modelo de Ministerio Público que dirige de forma exclusiva la investigación, con la facultad de seleccionar los casos que investiga, lo cual se funda en una idea central del proceso penal, cual es la de optimizar los recursos del Estado para estos efectos. Así, se centralizan las labores de investigación de los delitos en un único órgano especializado, “conducido además con criterios jurídicos que permitan ir preparando la fase judicial desde la etapa de investigación”⁹⁴. Esta facultad se ha entendido por la doctrina⁹⁵ como una excepción al principio de legalidad, característico del sistema inquisitivo, a favor de otros principios que la reforma procesal persigue, tales como la racionalización y la eficiencia en la utilización de los recursos públicos, así como “la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder estatal allí donde otras formas de

⁹⁴Balbontín Retamales, Alberto. *El ministerio público chileno*. Organización, funciones y discrecionalidad, Revista Procesal penal, N° 34, pág. 14

⁹⁵Duce J., Mauricio y Riego R., Cristian. *Proceso Penal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Santiago, febrero 2009. p.199.

reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte necesaria su aplicación”.⁹⁶

Conforme a lo anterior, resulta, en ciertos casos, razonable que ciertos derechos de la víctima puedan limitarse en pos de las facultades del Ministerio Público, pues el sistema procesal penal actual está diseñado para que no todos los casos lleguen a juicio. Por lo mismo, y en base a la discrecionalidad restringida o no arbitraria, entendemos que la facultad del ente persecutor en cuanto a decidir la conveniencia o no de formalizar la investigación, es necesaria para hacer efectivos los objetivos del sistema procesal penal.

De esta forma, compartiendo los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, es dable sostener que las facultades discrecionales del Ministerio Público no implican arbitrariedad o inconstitucionalidad, ello pues es la propia Constitución la que establece los deberes del órgano persecutor, consagrándose tanto la obligación de investigar los hechos constitutivos del delito como la de asegurar la tutela de los derechos de la víctima, de manera tal que no puede existir una decisión de no formalizar la investigación sin que dicho órgano no haya realizado las diligencias necesarias que permitan concluir la falta de antecedentes para el esclarecimiento de los hechos. Así, el derecho a la tutela jurisdiccional no se incumple ante la decisión del Ministerio Público de no formalizar la investigación, siempre que dicha decisión sea adoptada mediante una aplicación razonada, en virtud de la discrecionalidad limitada que le otorga la ley, y a la luz de los derechos de todos los intervinientes en el proceso, en especial de la víctima o querellante, quienes se pueden ver limitados en sus derechos, en caso de aplicación de facultades arbitrarias o no justificadas, teniendo el juez de garantía, un rol importante en dicha decisión.

⁹⁶Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, año 2002, página 48, citando a Maier en *Derecho Procesal Penal Argentino*, Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, año 1989, página 556.

3.3.- LA SUBORDINACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS A LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN. EL GRAN PROBLEMA DEL QUERELLANTE.

Como ya se ha podido advertir en nuestro trabajo, que además de sostener un reconocimiento de los derechos de la víctima o querellante, se estima que dichos derechos puedan ser ejercidos de forma eficaz. En este sentido, y en relación a las facultades privativas del Ministerio Público, surgen conflictos derivados de la imposibilidad del ejercicio de los derechos del querellante, debido a la no formalización de la investigación del Ministerio Público, de acuerdo al artículo 219 del Código Procesal Penal, estimándose incluso que “existe una contradicción absoluta del interés de la víctima respecto de la acusación y el desconocimiento, también absoluto, de este en relación a la formalización, en especial teniendo presente que ésta actuación, indudablemente, constituye un requisito de la primera”⁹⁷.

En este sentido, el Código Procesal Penal, contempla ciertos derechos al querellante, que no puede realizar, sin el ejercicio de la facultad privativa del órgano persecutor de formalizar la investigación, lo que en definitiva, acarrea perjuicios para el querellante, tales como:

A.- El de deducir dentro del procedimiento penal la acción que tenga por objeto perseguir la responsabilidad civil del imputado, conforme lo dispone el artículo 59 del Código Procesal Penal, en la oportunidad prevista en el artículo 261 del mismo código, esto es, hasta quince días antes de la fecha de la audiencia de preparación de juicio oral.

El hecho de estar determinada la audiencia preparatoria supone que haya acusación, y ésta a su vez supone que se haya formalizado la investigación. Hay una utilidad que se considera evidente en la tramitación de la acción civil dentro del proceso penal, pues puede, al menos en teoría, contar con la colaboración investigativa del Ministerio Público; puede tramitar de un modo más concentrado su acción civil y cuenta con mayor libertad probatoria, considerando lo dispuesto en el artículo 324 del Código Procesal Penal. Sin embargo, la presentación de acciones civiles en el proceso penal

⁹⁷ Aguilera Bertucci, Daniela. *La Participación de la víctima en la persecución penal* Oficial. Ob. Cit. p.66.

se ha visto incluso restringida, en nuestros Tribunales de Justicia, derivado de la imposibilidad de interponer acciones civiles en procedimientos simplificados.

B.- Por su parte, el artículo 61 del Código Procesal Penal reconoce al querellante el derecho de requerir del Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación tendientes al esclarecimiento de los hechos que son presupuestos de la responsabilidad civil del imputado. Esta preparación interrumpe la acción civil, lo que resulta, nuevamente en teoría, de mucha utilidad, pues puede recabar antecedentes que sean necesarios, sin la presión de que pudiera prescribir la acción civil.

C.- El artículo 109 del Código Procesal Penal dispone que la víctima puede solicitar medidas de protección, frente a posibles hostigamientos, atentados o amenazas en su contra o de su familia. Esta facultad va necesariamente de la mano con la posibilidad de solicitar medidas cautelares personales, que suponen la formalización de la investigación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 132 y es una manifestación del principio de protección a la víctima, consagrado en el artículo 6° como uno básico del procedimiento penal, que vincula al Ministerio Público, al tribunal y a la policía y demás órganos auxiliares.

Sin perjuicio de lo anterior, igualmente surgen inconvenientes en casos en que el Ministerio Público, requiere en procedimiento simplificado, en atención a la pena solicitada, donde incluso, el querellante se verá restringido para solicitar medidas cautelares en el procedimiento.

D.- El querellante puede solicitar la prisión preventiva del imputado, una vez formalizada la investigación. Puede igualmente apelar de la resolución que no diere lugar a la cautelar solicitada.

E.- El artículo 157 del Código Procesal Penal le reconoce la posibilidad de pedir medidas cautelares reales, que se rigen en cuanto al procedimiento y contenido a lo dispuesto en los títulos IV y V del Código de Procedimiento Civil.

F.- El querellante tiene derecho a asistir a la audiencia de producción de prueba anticipada, en el caso del artículo 191 del Código Procesal Penal.

G.- La prescripción de la acción penal sólo se interrumpe con la formalización de la investigación, según el artículo 96 del Código Penal. Lo anterior significa que, no

obstante haber obrado con la suficiente diligencia y haber presentado su querrela oportunamente, la víctima no tiene la posibilidad de interrumpir la prescripción por un acto que dependa de su sola voluntad, sino que se encuentra sujeto a la decisión 'soberana' del Ministerio Público.

H.- Una vez formalizada la investigación, y cerrada la misma, la víctima tiene la posibilidad de forzar la acusación, reclamando de la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento y, eventualmente, a sostener individualmente la acusación, ejerciendo las mismas facultades que la Ley concede al Ministerio Público, conforme al artículo 258 del Código Procesal Penal. Conforme a lo anterior, opera la situación de que una vez formalizada la investigación, si el Ministerio Público no desea continuar con la causa, el querellante puede actuar por su cuenta, incluso sin necesidad de la actuación de un fiscal en el juicio oral.

De esta manera, los derechos contemplados al querellante, pueden transformarse sólo en anhelos, dependiendo de la sola voluntad de formalizar la investigación por parte del Ministerio Público. Por ello, cobra relevancia el derecho de las víctimas para lograr una tutela judicial efectiva, en los términos constitucionalmente expuestos, donde el rol del Ministerio Público debe ser ejercido en forma racional, siendo importante la labor de los tribunales de justicia en este aspecto, ya sea el Tribunal Constitucional y los ordinarios de justicia. En este sentido, se revisará en el siguiente acápite como se puede lograr un eficaz reconocimiento de las víctimas, con pleno respeto y subordinación a la Constitución y a las normas legales dictadas conforme a ella.

3.4.- LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 186 DEL CODIGO PROCESAL PENAL.

En relación al conocimiento que el Tribunal Constitucional ha tenido, a propósito de casos concretos, derivado de limitaciones a los derechos del querellante, ha surgido una interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal, que resulta coherente y lógica, que es posible caracterizarla como un límite a la discrecionalidad con la que el Ministerio Público conduce la investigación, permitiendo a los intervinientes, a través del control judicial anterior a la formalización, revisar la investigación e incluso fijar al Ministerio Público un plazo para formalizar la investigación.

Conforme a dicho criterio el Tribunal Constitucional ha estimado que los derechos de la víctima estarían resguardados de una eventual arbitrariedad del Ministerio Público, como lo es el uso de la *facultad de no perseverar*. El Tribunal Constitucional ha sostenido que una adecuada interpretación de la precitada norma “hace que justamente sea ese precepto el que impide que la aplicación de las normas alusivas a la facultad privativa del fiscal para formalizar dé como resultado la conculcación de los derechos de la víctima para impulsar el proceso penal y obtener la sentencia del juzgador criminal cuando la negativa del fiscal o su simple omisión carezca de fundamento plausible”⁹⁸.

Esta norma que regula el control judicial anterior a la formalización, señala que cualquier persona que se considere afectada por una investigación no formalizada, pueda pedir al juez de garantía que ordene al fiscal informar, y también puede el juez fijarle al fiscal un plazo para formalizar la investigación. Si bien por su redacción la norma pareció en un primer momento referirse solo al imputado, toda vez que el querellante, como interviniente, siempre tiene acceso a la investigación, el Tribunal Constitucional, en una interpretación extensiva, entiende que la víctima puede sentirse afectada por una investigación.

En este sentido, el Tribunal Constitucional entiende, en Sentencia Rol N° 1.380, de fecha tres de noviembre del año 2.009, que el artículo 186 del Código Procesal Penal empodera al juez para cautelar los derechos de la víctima querellante, y podría

⁹⁸ Sentencia Rol N° 1380-2009, dictada por el Tribunal Constitucional con fecha tres de noviembre del año 2.009, considerando 8. Disponible en página web <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1255>.

controlar a solicitud de éste la prerrogativa que otorga el artículo 230 del Código Procesal Penal al fiscal⁹⁹. En este entendido, el legislador impide el monopolio arbitrario del avance del proceso penal que afecte el derecho conferido a la víctima por el artículo 83, inciso segundo de la Constitución. Concluyendo que se encuentra suficientemente salvaguardado el derecho de la víctima querellante del monopolio arbitrario de la acción penal por parte del Ministerio Público.

Sin perjuicio de lo anterior, surgen ciertos inconvenientes normativos derivados de dicha norma procesal, toda vez que aun cuando se le diera una interpretación amplia al artículo 186 del Código Procesal Penal, puesto que este precepto no trae aparejada una sanción para el evento de su incumplimiento por parte del Ministerio Público, quedando al arbitrio del órgano superior administrativo del Ministerio Público, verificar la concurrencia de arbitrariedades y eventuales sanciones administrativas al fiscal, pudiéndose lógicamente sostener que la norma carece de utilidad práctica y, claramente, no constituye una obligación de formalizar para el ente persecutor”.

Ahora bien, los profesores Duce y Riego¹⁰⁰, plantean que efectivamente existen consecuencias para el Ministerio Público, frente al posible incumplimiento de la resolución del órgano judicial, señalando al efecto que “en el otro extremo (respecto de la posición de una falta de sanción para el evento de no formalizar) el incumplimiento del plazo acarrea el sobreseimiento definitivo del caso, impidiendo al Ministerio Público llevar adelante la persecución penal. Finalmente, en una posición intermedia desarrollada más recientemente por una jueza de garantía, se ha planteado que el efecto frente a tal incumplimiento es que a partir del día de la negativa de formalizar la investigación por parte del Ministerio Público y hasta que ella se mantenga (...), toda información que se obtenga de diligencias realizadas en este período será, indiscutiblemente, obtenida con infracción al derecho de defensa material y, conforme a ello, será inutilizable en este proceso en contra del imputado”¹⁰¹. Pese a lo anterior, la

⁹⁹ En el mismo sentido, sentencia Rol 1394-2009, dictada por el Tribunal Constitucional con fecha trece de julio del año 2010. Disponible en página web <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1468>.

¹⁰⁰ Duce, Mauricio y Riego, Cristian, Ob. Cit.. p.227.

¹⁰¹ Duce, Mauricio y Riego, Cristian, Ob. Cit.. p.227.

opinión mayoritaria es la que manifiesta el autor Sabas Chahuan¹⁰², de manera tal que el derecho a ejercer la acción penal es meramente formal, pues la única alternativa que tiene el querellante para el evento de que el Ministerio Público manifieste su intención de no formalizar, es la consignada en dicho artículo 186 del Código Procesal Penal.

De esta manera, desde la perspectiva del querellante, es necesario que su participación en el proceso penal no sea meramente formal, otorgándosele armas o posibilidades reales y eficaces para poder continuar con el ejercicio de la acción penal, en el evento de que el Ministerio Público desista de ello. Dicha garantía se le reconoce cuando el órgano persecutor pretende sobreseer la causa, pues expresamente en el artículo 258 del Código Procesal Penal se establece la posibilidad del querellante de forzar la acusación, supuesto que se aplica sobre la base de una formalización previa.

Así, el razonamiento del Tribunal Constitucional, permite una interpretación armónica con las normas constitucionales, planteando el Tribunal incluso que “La posibilidad de optar (a formalizar) no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y la coherencia, es un tema de control de la discrecionalidad.”¹⁰³

Tales planteamientos son coherentes con los planteamientos acerca de lo que se entendido por el Tribunal, acerca del derecho a la acción penal¹⁰⁴. En este sentido, el profesor Andrés Bordalí señala que “tener derecho a querellarse y luego a acusar no quiere decir que se tenga un derecho fundamental de acción en los mismos términos que se da cuando se pide la tutela para un derecho o interés legítimo a un juez civil o laboral. Esa negativa no responde a una cuestión sistemática que diría que el derecho de acción está regulado en el artículo 19 N° 3 inciso 1° CPR y no en otras disposiciones del texto constitucional, sino a que es inconcebible un derecho de acción en un procedimiento penal público y regido por el principio de oficialidad. El derecho de acción sólo es concebible tratándose de intereses privados o, más en general, donde

¹⁰² Chahuan Sarrás, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Editorial Legal Publishing. Séptima Edición, Santiago, 2002. p.164

¹⁰³ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 1341-2009. Considerando 14.

¹⁰⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°1341-2009. Considerando 74.

figure la confrontación de los intereses pretendidos por dos sujetos antagónicamente, lo cual no existe en materia penal.”¹⁰⁵

En consecuencia, podemos concluir que la tutela efectiva de los derechos de la víctima y del querellante se cumple en el caso concreto, en la medida que se controla judicialmente el ejercicio no arbitrario de la facultad discrecional del Ministerio Público de no formalizar la investigación. Así, conforme a la doctrina, la interpretación constitucional¹⁰⁶, a través de la determinación del sentido de las palabras, constituye un paso preciso en la función de precisar el sentido de las normas. Sin embargo, al otorgarle una exacerbada importancia a este método de interpretación, puede acarrear problemas. Así, el reducir el precepto constitucional al mero tenor literal implica ignorar el carácter político, histórico y cultural de las normas. Un análisis desde el punto de vista constitucionalista no puede restringirse sólo a lo literal de las palabras, desatendiendo una interpretación armónica y acorde con la protección de derechos fundamentales.

Particularmente desde la perspectiva penal, el profesor Andrés Bordalí Salamanca¹⁰⁷, señala que en el derecho español se ha entendido por la mayoría de su doctrina y jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional, que el derecho de acción constitucionalmente reconocido (art. 24. 1 Código Español) incluye la “acción penal”. Distingue el autor, sin embargo, que aun cuando los ciudadanos puedan incoar la persecución penal, ello no debe comportar una concepción privatista del proceso penal. Sin perjuicio de lo anterior, el mismo autor sostiene que una de las críticas a esta herramienta procesal la plantea María Ines Horvitz y Julián Lopez, señalando que “se ha exagerado con los poderes procesales que tienen las víctimas del delito, avanzando más allá del modelo inspirador, al menos en lo que respecta al poder de la víctima de forzar la acusación, cuando el Ministerio Público decide no acusar el cierre

¹⁰⁵ Bordalí Salamanca, Andrés. *No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal*: sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal, Revista de Derecho (Valdivia) [online], año 2008, vol.21, n°.2 [citado 2010-07-20], pp. 205-250.

¹⁰⁶ Sobre lo anterior, Valenzuela Somarriva, Eugenio. *Criterios de Hermenéuticas aplicados por el Tribunal Constitucional*. Apuntes de clases Academia Judicial.

¹⁰⁷ Bordalí Salamanca, Andrés. *Comentario a sentencia*. Revista de Derecho Valdivia, Vol. XXI, N° 2. Diciembre 2008. páginas 205-250.

de la investigación, situación que se inspira en la Ordenanza Procesal alemana. Sin embargo, en Alemania la víctima puede forzar a que el órgano persecutor público acuse, situación distinta a la nuestra donde la víctima puede reemplazar al órgano público en la acusación y en el juicio penal”, advirtiendo que “se pone en atención por estos autores el peligro de una privatización del derecho penal, con un eventual renacimiento de la pena privada, relativizándose el papel del Estado en el derecho penal y en la aplicación de las penas”¹⁰⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, el autor Andrés Bordalí Salamanca, ha señalado que “una primera razón para comprender por qué el Código Procesal Penal dispuso el forzamiento de la acusación pero no de la formalización, puede estar dada por una posición del legislador en esta materia, al entender que la acción penal se concreta al momento de acusar y no antes. No habría de este modo exigencia constitucional alguna para darle poderes a la víctima sobre la investigación penal, por ello la víctima podría forzar la acusación y no la formalización, pues su derecho constitucional comenzaría al momento de la acusación”¹⁰⁹.

De esta manera, se estima que el Tribunal Constitucional, ha realizado una interpretación constitucional a las normas penales, que ha permitido que la víctima pueda ejercer sus derechos de una mejor manera, evitando arbitrariedades del órgano persecutor.

¹⁰⁸ Bordalí Salamanca, Andrés. *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*. Ob. Cit. p.532.

¹⁰⁹ Bordalí Salamanca, Andrés. *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*. Ob. Cit. p.540.

3.5.- CONFLICTOS PARA LAS VÍCTIMAS EN LA APLICACIÓN DE LAS SALIDAS ALTERNATIVAS.

Otro de los conflictos generados a la víctima, ha sido el caso de la aplicación de las salidas alternativas. Al respecto, el título VI del Libro II de nuestro Código Procesal Penal regula las llamadas salidas alternativas al procedimiento o formas alternativas de resolución del conflicto penal, que han representado un cambio en la tradición jurídico penal, la que se ha caracterizado por un apego estricto al principio de legalidad procesal¹¹⁰. Las salidas alternativas, consistentes en la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, suponen una respuesta diferente a la pena, en determinadas categorías de delitos, importando un menor nivel de intervención estatal.

Se ha estimado que el fundamento de establecer las salidas alternativas en el sistema procesal, consiste en el carácter selectivo del derecho penal, el ser un derecho subsidiario o de última ratio, siendo conveniente, por tanto, la necesidad de racionalizar la persecución penal pública¹¹¹. El incorporar las salidas alternativas implica regular con transparencia la necesaria selectividad del sistema y focalizar la actuación de éste en la criminalidad más relevante o dañina. Por otra parte, se plantea su incorporación en razones de conveniencia o utilidad social, ya que la imposición de una pena, implica, en definitiva, un fracaso de las políticas estatales de control social, sometiendo al individuo a procesos de estigmatización y socialización criminal.

Ahora bien, otro fundamente planteado por la doctrina, para recoger las salidas alternativas en las legislaciones vigentes es la satisfacción concreta de los intereses de las víctimas. Lo anterior, con el objeto de terminar con el monopolio exclusivo del Estado en la persecución penal, considerando a la víctima como uno de los fines del derecho penal¹¹². Al reconocer las salidas alternativas, por tanto, implica crear un método de solución del conflicto en el que la reparación y voluntad de las víctimas

¹¹⁰ Duce, Mauricio y Riego, Cristian. Ob. Cit. p.285.

¹¹¹ En este mismo sentido, el profesor Duce, en la obra previamente citada, señala que el establecimiento de estas salidas tiene razón en que el sistema inquisitivo chileno se mostró como estructuralmente incapaz de investigar y eventualmente sancionar todos los delitos que se toma conocimiento.

¹¹² Maier, Julio. *La víctima y el Sistema Penal*. De los delitos y de las víctimas. Editorial Ad Hoc., Buenos Aires, agosto 1992. p.183 a 249.

cumplen un rol decisivo, cumpliendo con los fines del proceso, fomentando la participación ciudadana de las víctimas en el procedimiento penal.

El Código Procesal Penal ha regulado las salidas alternativas en el artículo 237 y siguientes, contemplando la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio, donde la suspensión condicional del procedimiento implica detener provisoriamente la persecución penal respecto de una persona formalizada, quedando sometido a determinadas condiciones, establecidas en el artículo 238 del Código, al término del cual se extingue su responsabilidad penal, y, por su parte, el acuerdo reparatorio, consiste en un acuerdo de reparación aprobado por el juez de garantía, entre víctima e imputado, respecto a ciertos tipos de delitos, lo cual igualmente extingue la responsabilidad penal. El Código Procesal penal ha regulado los requisitos de procedencia de las salidas alternativas, debiendo por tanto, verificar el juez de garantía, su cumplimiento para aprobar éstas.

3.5.1.- INCONVENIENTES PARA LA VÍCTIMA ANTE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO.

Respecto a la suspensión condicional del procedimiento, y en atención a la redacción del artículo 237 del Código Procesal Penal, ha causado ciertos conflictos para los intereses de la víctima, donde es dable destacar desde ya los siguientes.

A.- En cuanto a su participación en la salida alternativa. Sobre este punto, el Código Procesal Penal, ha restringido a la víctima a solamente ser oída, en caso de asistir a la audiencia, no siendo relevante su intervención. En este sentido, el legislador le ha otorgado al fiscal, en atención a tener el ejercicio de la acción penal, la posibilidad de arribar a un acuerdo con el imputado respecto a esta salida alternativa. Con respecto a la víctima, el legislador, de acuerdo al artículo 237 inciso 5 del Código Procesal Penal, se ha limitado a expresar “si el querellante o la víctima asistieren a la audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberán ser oídos por el tribunal”. Lo anterior, no tiene más relevancia que su voz quede en los registros de audio del tribunal, no pudiendo oponerse a la procedencia de esta salida alternativa, a la proposición de alguna condición por el fiscal, e incluso exigir alguna condición en su favor.

Sobre este punto, comúnmente en audiencias seguidas ante los tribunales de justicia el fiscal arriba a suspensiones condicionales donde la víctima estima que sus intereses no han sido satisfechos, ya sea en relación al delito cometido en su contra¹¹³ o a la condición propuesta por el fiscal¹¹⁴. Es más, incluso ha surgido en la víctima la disconformidad en cuanto a las condiciones impuestas, las que en definitiva, no satisfacen en nada a la víctima, como es la de fijar domicilio o la mera firma mensual.

¹¹³ Casos en que se suspende condicionalmente a las víctimas en delitos que comúnmente se espera una pena corporal, como en los casos de robo en lugar no habitado, en bienes nacional es de uso público.

¹¹⁴ Casos en que la víctima solicita como condición que se le pague determinada suma de dinero para satisfacer sus intereses (delitos de daños, lesiones) y el fiscal proponer condiciones como firma mensual y arraigo nacional.

Sin embargo, y pese a dichos conflictos, ha nacido respuesta de los tribunales de justicia sobre estos conflictos¹¹⁵. En este sentido los tribunales han reconocido el interés de la víctima para que la persecución penal sea llevada adelante, como fue el caso de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol n° 1667-2009 de 8 de septiembre de 2009 y de la Corte de Apelaciones de Rancagua en causa rol n° 347-2009 de 26 de noviembre de 2009, y en causa seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, rol n° 1953-2013 de 30 de agosto de 2013 en el denominado “Caso Farmacias”.

De esta manera, los tribunales han pretendido reconocer los derechos de la víctima en estas salidas alternativas, sin perjuicio de estimar la necesaria modificación legal al respecto, en el sentido que la víctima, derechamente autorice la salida alternativa, o incluso que la propuesta de suspensión condicional, sea ofrecida por el juez de garantía, cumpliéndose las exigencias exigidas por la ley. Al respecto, el profesor Mauricio Duce, en su artículo denominado “De nuevo sobre la suspensión condicional del procedimiento: Ahora sobre los riesgos de propuestas de reforma legal”¹¹⁶, sostiene que las reformas legales en este sentido “corren el serio riesgo de desnaturalizar el propósito político criminal de esta alternativa, el que siempre ha puesto el foco en permitir una respuesta diferente en casos en los que la conveniencia social de continuar con el proceso penal tradicional y la pena son bajos”, agregando la necesidad de “que los actores del sistema puedan mejorar sus prácticas en relación al uso de esta salida alternativa y evitar su uso puramente “burocrático”. En la medida que no haya cambios en esto, es posible pensar que proyectos de reforma aún más radicales se sigan presentando en el futuro y que los argumentos que hoy podemos esgrimir no sean suficientes para contener cambios con enormes consecuencias para el sistema”.

b.- En cuanto a la querrela criminal interpuesta. Es dable señalar que en los casos en que la víctima ha interpuesto previamente querrela criminal, y se arriba a una suspensión condicional por el fiscal, la persecución criminal se suspende hasta la

¹¹⁵ Al respecto, véase artículo denominado “De nuevo sobre la suspensión condicional del procedimiento: Ahora sobre los riesgos de propuestas de reforma legal”, escrito por don Mauricio Duce, en Mercurio Legal, de 25 de Abril del año 2.014.

¹¹⁶ En artículo ya reseñado.

verificación del cumplimiento de las condiciones, caso en que si éstas se cumplen se extinguirá la responsabilidad penal. En este sentido, el legislador no contempla ninguna posibilidad al querellante para continuar con la acción penal, debiendo conformarse con la decisión del fiscal y de ser oído por el juez¹¹⁷.

c.- En cuanto a la apelación. El referido artículo 237 contempla la posibilidad del querellante o la víctima de apelar la resolución que se pronuncia acerca de la suspensión condicional. Tal facultad se verá restringida solo al cumplimiento de los requisitos que contempla la norma penal, ya sea en cuanto a la penalidad probable a imponer al imputado, a si éste previamente fue condenado por crimen o simple delito o si el imputado ha sido suspendido condicionalmente en forma previa. En este sentido, le está privado solicitar la revocación de la suspensión condicional en base a que ésta no está acorde con sus intereses, o si estima que las condiciones no satisfacen sus expectativas, como es el caso que solicitare como condición el pago de alguna suma de dinero a título de indemnización.

¹¹⁷ Otro problema práctico que ha ocurrido en audiencias es el caso en que la querrela contempla una calificación jurídica diferente a los hechos, lo que conlleva una penalidad superior. Sobre este punto ha sido difícil recoger sentencias, toda vez que en la práctica judicial el fiscal busca lograr que el querellante acepte la suspensión condicional ofrecida o que se desista de ésta.

3.5.2.- INCONVENIENTES PARA LA VÍCTIMA ANTE LOS ACUERDOS REPARATORIOS.

La institución del acuerdo reparatorio, regulado en nuestro Código Procesal Penal en los artículos 241 y siguientes, tiene como fundamento precisamente la protección y la promoción de los intereses de la víctima dentro del sistema penal. De acuerdo a ello, el artículo 241 establece que se trata de un acuerdo entre la víctima y el imputado, donde éste debe reparar los daños sufridos por la víctima producto del ilícito, donde la reparación debe entenderse en un sentido amplio, con el objeto de compensar los perjuicios, ya sea por vía económica, la prestación de algún servicio a favor de la víctima o de la comunidad. Lo anterior ha sido recogido por la práctica judicial, donde se establecen como bases del acuerdo reparatorio las disculpas públicas, sumas de dinero, reparaciones de muebles, entre otras.

Por otra parte, el artículo 241 inciso 1 ha restringido la procedencia de los acuerdos reparatorios a hechos que afectan bienes jurídicos de carácter patrimonial, los que consisten en lesiones menos graves y los delitos culposos. Ahora bien, el inciso tercero del mismo artículo, establece los casos en que el juez, de oficio o a petición del Ministerio Público, puede negar la aprobación del acuerdo reparatorio convenido. No es controvertido el caso en que si la voluntad de la víctima no fue libre, el juez pueda negarlo, pero si es controversial los casos en que exista un interés público prevalente por parte del ente persecutor, en la continuación de la persecución penal.

Sobre este punto, nuestros tribunales de justicia, para determinar el alcance del concepto de interés público prevalente han atendido a la clase de delito, la penalidad a imponer, el grado de consumación, y la conducta anterior del imputado, lo último de acuerdo al inciso final del artículo 241 del Código Procesal Penal. Así, sobre la procedencia del acuerdo reparatorio en los delitos de robo en lugar habitado han existido diversas interpretaciones para determinar su improcedencia o aprobación.

En este sentido, la Corte de Apelaciones¹¹⁸ estimó que este delito “afecta diversos bienes jurídicos, tales como el patrimonio de la víctima y su seguridad personal, ésta última, sin lugar a dudas, exenta del carácter patrimonial que permite acuerdos reparatorios. Existe un interés público prevalente, el que aparece de factores que son propios del delito, desde luego su castigo con pena de crimen y como consumados desde la fase de tentativa y, además, por razones de política criminal y, hace improcedente las medidas alternativas, aspectos que sin dudas, han sido determinantes al disponer la cautelar de prisión preventiva”, negando la procedencia de la salida alternativa. Sin embargo, en un caso posterior¹¹⁹, estimó válido su procedencia. refiriendo que “cuando el legislador alude al interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, se está refiriendo a situaciones claramente establecidas en cuanto al delito, y no a circunstancias equívocas cuya precisión es indispensable para advertir la presencia de bienes jurídicos no disponibles”, agregando que “consintiendo voluntariamente la víctima en un acuerdo reparatorio, debe primar su interés preponderante en cuanto se ha acordado una solución pacífica y alternativa del conflicto, haciendo desaparecer cualquier atentado a su privacidad o seguridad de las personas, en la medida que las características de las circunstancias justifiquen el proceder de la víctima”. En el mismo sentido, en fallo posterior¹²⁰, la Corte estimó que procede aprobar el acuerdo reparatorio, aun cuando el delito sea un robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, pues “si bien corresponde a uno de carácter pluriofensivo, la afectación de bienes jurídicos no disponibles, criterio que obsta a la aprobación del acuerdo, no surge de todo robo. Considerando lo anterior, y el arrepentimiento del imputado al ofrecer a la víctima una suma de dinero para reparar el daño causado que no fue más que a la propiedad, hace procedente la aprobación, en vista que la que la aflicción psíquica que provoca tomar conocimiento del ingreso de un malhechor a la propiedad y descubrirlo con parte de sus bienes no representa por sí una inviolabilidad del hogar o afectación a bienes jurídicos no disponibles”. Asimismo, la Corte realiza una nueva interpretación del concepto “interés público prevalente”, señalando que “no

¹¹⁸ Corte de Antofagasta Rol 20-2005 de fecha 08 de febrero del año 2005. En otro fallo similar, de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 20-2005, de fecha 08 de febrero del año 2005.

¹¹⁹ Rol 62-2008 de fecha 27 de marzo del año 2008.

¹²⁰ Rol 70-2008 de fecha 08 de abril del año 2008. En el mismo sentido 261-2008 de fecha 21 de noviembre del año 2008.

está representado por la gravedad de la pena asignada en la ley, sino por la necesidad del Estado y la sociedad toda de sancionar conductas delictivas con el objeto que se cumpla la voluntad del legislador, lo que implica reconocer que no toda pena grave exige una sanción”.

En otro sentido, es necesario tener en consideración una situación reciente ocurrida en los tribunales de justicia de la Región de la Araucanía, en virtud de la aplicación del Convenio N°169 sobre pueblos Indígenas, en relación a la procedencia de acuerdos reparatorios en actos de violencia intrafamiliar, los que se encuentran expresamente prohibidos conforme al artículo 19 de la Ley 20.066. En este sentido, los tribunales, en virtud de la aplicación de dicha normativa han aprobado las salidas alternativas de acuerdos reparatorios y, por consiguiente, una vez verificado su cumplimiento, han sobreseído la causa.

Los tribunales de justicia han estimado que en relación a personas que tengan calidad de indígena, los acuerdos privados son instrumentos que solucionan conflictos dentro de la comunidad, en atención a su forma de organización y autoridades. Por otra parte, las normas contenidas en el Convenio 169, tratándose de un tratado internacional gozan de rango constitucional en aplicación del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República. Además, se ha estimado que el objetivo final de la ley 20.066, es de la protección de la familia, y desde el punto de vista de la etnia lo relevante es mantener el equilibrio al interior de la comunidad, siendo irrelevante la existencia de lazos sanguíneos que habitualmente existen o de parentesco entre los miembros de una comunidad. Así, la Corte de Apelaciones de Temuco, ha sostenido que “es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066. Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta

manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República”¹²¹.

Finalmente, es dable señalar que la interpretación de las normas que realizan los tribunales de justicia, pueden permitir de una manera más eficaz proteger los intereses de la víctima a través de esta clase de salidas alternativas.

¹²¹ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco Rol 955-2011, Rol 18-2012 y 43-2012. Asimismo, la Corte Suprema rechazó recurso de queja en causa Rol 11616-11, interpuesta por el Fiscal Regional de la Araucanía, toda vez que estimó que los sentenciadores han interpretado dentro de sus facultades privativas las disposiciones legales que atañen a la materia.

CAPÍTULO IV: HACIA LA EFECTIVA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA.

4.1.- LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PRECEPTOS LEGALES.

Teniendo a la luz los planteamientos anteriores del presente estudio, se hace necesario constatar que es necesario lograr un efectivo, justo y racional procedimiento para las víctimas en materia procesal penal, con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Para lo anterior, es necesario adoptar una nueva interpretación a la normativa procesal penal, acorde con el constitucionalismo, que permita integrar de mejor manera a la víctima.

En este sentido, la doctrina constitucional ha señalado que los principios hermenéuticos clásicos de interpretación de la ley, consagrados en los artículos 19 a 24 del Código Civil, son insuficientes para interpretar la Constitución, debiéndose recurrirse a criterios que respondan de mejor manera la Constitución. Así, el autor Humberto Nogueira Alcalá plantea que la interpretación de las normas infraconstitucionales deben tener como parámetro de control la Constitución, no pudiendo evitarse la Carta Fundamental. De esta forma, el intérprete y aplicador de las normas infraconstitucionales, como son las normas procesales penales, deben lograr obtener la más completa armonización y compatibilidad con la Constitución Política de la República. En el mismo sentido, el principio de la unidad de la Constitución implica que las normas deben ser interpretadas de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o privar eficacia a normas constitucionales.

De acuerdo a lo anterior, las normas procesales actualmente vigentes deben ser interpretadas en el sentido de dar garantías a un racional y justo procedimiento para las víctimas, conforme al artículo 19 N°3 de la Constitución, evitando anularla en el proceso. En esta forma lo ha realizado el Tribunal Constitucional, el que, luego de la reforma constitucional del año 2005, ha debido conocer la inaplicabilidad de preceptos legales, cuya aplicación se siga en cualquier gestión ante tribunales ordinarios de justicia. Así, en cuanto a la formalización de la investigación, el Tribunal Constitucional ha planteado que, si bien la investigación radica exclusivamente en el Ministerio Público, no implica que ésta deba ser realizada de forma arbitraria, siendo esto un

límite a la discrecionalidad del ente investigador. Lo anterior, fundado en el aseguramiento de los derechos de los demás intervinientes, como son la víctima y el querellante. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, ha planteado que la facultad de solicitar ante el juez de garantía el llamado control judicial, contenido en el artículo 186 del Código Procesal Penal, es plenamente aplicable a la víctima, debiendo interpretarse el término “afectado” en forma amplia, con el objeto de no contrariar las normas constitucionales. Por último, el Tribunal Constitucional, en cuanto a la facultad de no perseverar en el procedimiento por parte del Ministerio Público, sin previamente haber formalizado la investigación, y existiendo querellante, ha resuelto que lo anterior trae como consecuencia la imposibilidad del querellante de ejercer de modo útil la acción penal y obtener la tutela efectiva de sus derechos pues, aunque el juez de garantía le autorizara a formular la acusación, éste no podrá cumplir con todas las exigencias del artículo 259 del Código Procesal Penal .

Cabe señalar que el ejercicio de un proceso racional y justo por parte de la víctima es diverso en legislaciones comparadas, cumpliendo con mayor eficacia las garantías constitucionales de ésta. Así, en el proceso alemán, se contempla la facultad del ofendido para incoar un procedimiento penal mediante el llamado procedimiento de provocación de la acción, aún contra la voluntad del Ministerio Público, y por otra parte, se contempla un procedimiento de reparación real del ofendido . En el mismo sentido, en el procedimiento penal español, se contempla la posibilidad de que las víctimas soliciten al juez de instrucción que el ministerio fiscal haga saber las pretensiones que tuvo para no sostener la acusación, permitiendo, en definitiva, que el ofendido pueda sostener personalmente la acusación. Asimismo, contempla medidas dirigidas a lograr una efectiva reparación del daño causado por el delito, ya sea de carácter económico o de otra forma, a cargo del infractor penal o del Estado.

Finalmente, debemos señalar que la justicia penal no sólo se concibe con la sola imposición de una pena, sino que requiere una reparación del daño a través de una actuación positiva del infractor y de los poderes públicos. Por tanto, se estima que la justicia penal debe responder las necesidades de la víctima y la protección de sus intereses. El Estado, que ha asumido la función de prevención de los delitos, también debe asumir los costos del fracaso en el desempeño de esta función. Conforme a ello,

se justificaría la creación de sistemas de reparación de daños y perjuicios a las víctimas por parte del Estado, respondiendo el sistema penal a las exigencias de solidaridad social con la víctima.

4.2.- REFORMAS LEGALES Y LABOR DE LOS INTERVINIENTES.

Como ya se ha analizado anteriormente, y es posible desprender del análisis del presente trabajo, si bien es cierto que es necesario modificar ciertas normas legales con el objeto de lograr una efectiva tutela a la víctima, no es obstáculo para que los intervinientes del proceso penal deban realizar su función tutelando los derechos fundamentales de la víctima. De esta manera, conforme a la redacción del artículo 19 N° 3 inciso quinto, donde se consagra la garantía del debido proceso, se señala que: “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos”, sin que se haga distinción por parte del constituyente, de cuáles son los intervinientes alcanzados por la disposición, norma que debe ser interpretada armónicamente con el inciso primero cual señala que la Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, con lo que tanto el imputado como el resto de los intervinientes, sea la víctima o el querellante, o incluso el Ministerio Público¹²², en cierto casos, serán protegidos por la garantía constitucional del debido proceso.

El legislador, por tanto, al contemplar como interviniente al querellante eliminó la posibilidad de un monopolio estatal de la acción penal al Ministerio Público, abriendo la puerta al querellante para sostener una pretensión punitiva diversa. Así, se ha señalado que el objeto de contemplar al querellante o acusador particular en la legislación sería el que esta decisión contribuya a desarrollar el espíritu de colaboración con la justicia, acercándola al pueblo, reduciendo los riesgos de la segunda victimización derivado de su preterición en el proceso. Excluir al ofendido del proceso podría incrementar el peligro de que éste optara por vías informales sujetas a

¹²² La situación se torna discutible, cuando quien invoca que ha sido vulnerado en su derecho al debido proceso material es el Ministerio Público, órgano que cuenta con todo el aparato estatal y un sin fin de recursos para poder realizar la actividad de persecución penal. Esto porque el debido proceso surge con la transferencia del poder penal, de manos del individuo al Estado, lo que representó un paso adelante en el modo de resolver civilizadamente los conflictos más graves desde el punto de vista social, pero que significó al mismo tiempo la entrega al Estado de un poderoso medio de control social. Que ello acarree excesos y abusos, ante cuales como reacción, 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. Con lo que no existiría una garantía al debido proceso, aplicable al Ministerio Público, ni respecto a los otros intervinientes fuera del imputado.

riesgos de injusticia. Así lo ha entendido Juan Agustín Figueroa, quien manifiesta, a propósito del comentario de la sentencia dictada el 31 de marzo del año 2003, por la Excelentísima Corte Suprema, que “La garantía debe en todo caso ser también reconocida para el querellante, quien es normalmente la víctima. El nuevo proceso penal es particularmente enfático en cuanto a la necesidad de la protección a la víctima, y sería gravemente asistemático que por un lado se recoja este principio y al mismo tiempo se niegue al querellante su derecho al debido proceso”¹²³.

De esta forma, si bien es cierto que se encuentra claramente establecido que al Ministerio Público le corresponde la investigación exclusiva de los delitos, ésta debe ser una investigación racional y justa. El Ministerio Público en su investigación, por tanto, debe cumplir ciertos criterios de investigación, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución. La investigación debe realizarse cumpliendo criterios de racionalidad y justicia. Lo anterior está reflejado en el principio de objetividad contemplado en el artículo 4 de la Ley del Ministerio Público, debiendo investigar en forma imparcial, con el objeto de verificar los hechos denunciados. Por tanto, estimamos que la verdadera victimización secundaria se puede producir no sólo con la no incorporación del querellante en el proceso, sino que precisamente por el modo concreto en que el querellante se desenvuelve en éste, frente al aparato estatal investigador. Así, las dilaciones indebidas del proceso, los defectos en la información, las restricciones a su actuación, pueden afectar en forma inminente al debido proceso del ofendido. Tal como señala Miguel Ángel Fernández¹²⁴, el contenido de los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso no puede reducirse al cumplimiento de requisitos formales, sino que deben estar integrados por requisitos sustantivos o materiales. La igualdad es de índole tutelar, defensiva o protectora de los derechos fundamentales cuando se hallan amenazados o han sido conculcados. La igualdad configura el núcleo de las garantías fundamentales y se erige en elemento capital de la certeza jurídica, visualizándose el rol preventivo que debe cumplir el derecho y los órganos encargados de llevarlo a la práctica.

¹²³ Figueroa Yavar, Juan Agustín. Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público N°15, julio del 2003. Comentario de sentencia dictada en causa RUC N°_0100084241-5.p.97.

¹²⁴ Fernández González, Miguel Ángel. Ob Cit. p.53.

En este sentido en sentencia Rol N° 293, dictada en septiembre del año 1.999, el Tribunal Constitucional señaló sobre el artículo 19 N° 3 de la Constitución que “la norma constitucional sobre el debido proceso no sólo debía regir para los órganos que ejercen jurisdicción, sino también para aquellos que, como el Ministerio Público, no tienen tales facultades, por lo que estimó indispensable incorporar, también, a las exigencias de que sea el legislador el que fije la racionalidad y justicia de los procedimientos, los relativos a la dirección de la investigación”.

De la misma manera, incluso al juez corresponde velar por el cumplimiento de las normas constitucionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República, pudiéndose recurrir ante los tribunales superiores de justicia, en caso de infracción a garantías constitucionales. Así, cobran relevancia las acciones constitucionales como el Recurso de Amparo, en caso de perturbación de derechos fundamentales de la víctima o querellante. Lo anterior ha ocurrido en casos como la afectación a derechos de la víctima, tales como en casos que el juez da a conocer la identidad o datos de las víctimas para que declaren en juicios ante los tribunales sin medidas de protección¹²⁵. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Temuco, en voto disidente sostuvo que “si bien el principio de publicidad que fundamenta, entre otros el procedimiento penal en nuestro país, es una base primordial en el juzgamiento penal de las personas, encuentra su limitación, al no ser de naturaleza absoluta, en el deber que tienen los jueces y organismos persecutores de garantizar la debida protección o seguridad de víctimas y testigos, adoptando las medidas pertinentes para evitar atentados o amenazas a la integridad física, familiar o síquica de aquéllos, en especial de los que tienen la calidad de testigos presenciales, sin olvidar el contexto en el cual se desenvuelve el litigio penal de que se trata, por lo que la conducta de la magistrada recurrida ha vulnerado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental”.

Finalmente, y como ya se ha dicho, se estima que si es necesario realizar modificaciones legales, con el fin de propender que el querellante y la víctima tengan

¹²⁵ Tal caso ocurrió en causa Rol 175-2011, donde se dedujo recurso de protección por el Ministerio Público, en favor de las víctimas, la que en definitiva fue rechazada, y asimismo, recientemente ha sido conocido por la Corte de Apelaciones de Concepción, en juicio seguido contra el imputado Emilio Berkhoff.

roles más efectivos en el proceso penal, ya sea en el ejercicio de la acción penal, en el transcurso de la investigación, al momento de terminar el proceso, e incluso luego de concluido el proceso penal, para evitar una re victimización y lograr, en definitiva, una efectiva reparación a la víctima de un proceso. Así, en legislación comparada se estima la posibilidad de conversión de la acción penal pública en privada, como sucede en Costa Rica, Guatemala y El Salvador, donde procede en delitos de previa instancia particular , donde no hay intereses públicos gravemente comprometidos o en delitos contra la propiedad¹²⁶. En este sentido, Maier sostiene que en cierto tipo de delitos en que la víctima esté en óptimas condiciones para ejercer la persecución penal, debiera ser posible, por decisión judicial o interna de la fiscalía, delegarle el ejercicio de la acción penal pública, pero bajo su supervisión, agregando que lo anterior significaría una manera propia de confiarle a la víctima la representación de la pretensión punitiva estatal¹²⁷.

¹²⁶ Aguilera Bertucci, Daniela. *La Participación de la víctima en la persecución penal Oficial*. Ob. Cit. p.69.

¹²⁷ Aguilera Bertucci, Daniela. *La Participación de la víctima en la persecución penal Oficial*. Ob. Cit. p.69.

CONCLUSIONES.

La víctima en el proceso penal, ha dejado de ser un mero instrumento del órgano persecutor para lograr una condena, debiéndosele reconocer derechos en el proceso penal, con el fin de que éste logre una tutela efectiva de éstos. La víctima, como interviniente del proceso penal, debe ser garantizada en el ejercicio de sus derechos, donde la Victimología ha impulsado un proceso de revisión del rol de la víctima en el fenómeno criminal. Tal como señala García Pablo de Molina "Protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima del delito a lo largo de la historia"¹²⁸.

En consideración a lo anteriormente señalado, es necesario lograr un efectivo, justo y racional procedimiento para las víctimas en materia procesal penal, con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales, donde se debe adoptar una nueva interpretación a la normativa procesal penal, acorde con el constitucionalismo, que permita integrar de mejor manera a la víctima. El intérprete y aplicador de las normas infraconstitucionales, deben lograr obtener la más completa armonización y compatibilidad con la Constitución Política de la República.

En el ámbito constitucional, las normas procesales deben ser interpretadas en el sentido de dar garantías a un racional y justo procedimiento para las víctimas, conforme al artículo 19 N°3 de la Constitución. En esta forma lo realizado por el Tribunal Constitucional, en los casos analizados, permite, con la normativa vigente, lograr una eficacia a los derechos de la víctima, ya sea al momento de formalizarse la investigación o cerrarse ésta. Asimismo, los tribunales ordinarios de justicia, deben procurar proteger los derechos de la víctima, adoptando las medidas pertinentes para lograr una eficaz tutela, como es el en caso de las presentaciones de querrela criminal o en el momento de arribar a salidas alternativas.

El lograr una eficaz protección de los derechos de la víctima no implica restar de derechos a los otros intervinientes, sino que simplemente reforzar el sentimiento de justicia de la víctima, incrementando la posibilidad de obtener una mejor resolución que responda a sus expectativas.

¹²⁸ García Pablos de Molina, Antonio. Ob. Cit. p 62.

La labor no solamente corresponde al legislador, a través de las futuras modificaciones legislativas, sino que también de los intervinientes del proceso, y en especial de los jueces, donde su labor es la de administrar justicia.

Bibliografía.

1. AGUILERA BERTUCCI, Daniela. La Participación de la víctima en la persecución penal Oficial. Análisis a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Año 18, N°2, 2011. p.51-72.
2. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, Evaluación de la Reforma procesal Penal. Estado de una reforma en marcha. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, mayo 2003.
3. BERISTAIN SJ, Antonio, ¿Evolucionamos hacia las antípodas del derecho penal y la criminología? ¿Evolucionamos hacia la justicia victimal?, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1382463>. visita efectuada el día 12 de noviembre del 2009.
4. BOBINO, Alberto. Víctima y Derecho penal, www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/victima_dpenal.doc. visita efectuada el día 13 de octubre del 2009. de octubre 2009.
5. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. La acción penal y la víctima en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVII, 2° semestre de 2011. p.517.
6. BORDALÍ SALAMANCA. Andrés. No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Revista de Derecho U. Austral de Chile. Vol. XXI - N° 2 - Diciembre 2008, Páginas 205-250.
7. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Segunda Edición. Ediciones Jurídicas de Santiago, septiembre 2007.
8. CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, tomo XXVI, año, 2005, Semestre I, Valparaíso, pp.27 a 39.
9. CHAHUAN SARRÁS, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. Editorial Legal Publishing. Séptima Edición, Santiago, 2002.

10. COLOMBO CAMPBELL, Juan. El debido Proceso Constitucional. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en página web: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr10.pdf
11. COLÓN MORAN, José y otros, Los derechos de la víctima del delito y del abuso del poder en el derecho penal mexicano, México, 2003, www.codhem.org.mx , visita efectuada el día 13 de octubre 2009.
12. CORTE SUPREMA. Dirección de Estudios, Análisis y Evaluación. Informe 16-2011, febrero de 2011. Disponible en página web: www.poderjudicial.cl
13. CUBERO PEREZ, Fernando, La tutela efectiva de los derechos de la víctima en el proceso penal costarricense, <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/cubero15.htm>. visita efectuada el día 13 de octubre del 2009.
14. CURY URZUA, Enrique, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava Edición, Santiago, septiembre 2005.
15. DUCE J, Mauricio y RIEGO R, Cristián. Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal. Volumen I. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, mayo 2002.
16. DUCE J, Mauricio y RIEGO R, Cristián. Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Santiago, febrero 2009.
17. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El principio del debido proceso. Tesis Doctoral Universitat Jaume I de Castellón. Disponible en página web: www.tdx.cat/bitstream/10803/10427/1/esparza1de7.pdf. p.16.
18. ESPINOZA VIDAL, Carlos y HURTADO DE LA FUENTE, Alejandro. El Debido Proceso en el nuevo proceso penal. Editorial Jurídica la ley. Santiago, año 2005.
19. EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, 3º edición, Santiago, año 1999.

20. FERNANDEZ GONZALEZ, Miguel Ángel, La nueva Justicia Penal frente a la Constitución. Editorial Legal Publishing, Santiago, junio 2006.
21. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1995.
22. FIGUEROA YAVAR, Juan Agustín. Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público N°15, julio del 2003. Comentario de sentencia dictada en causa RUC N° 0100084241-5. p.92-97.
23. FISCALIA NACIONAL. Ministerio Público. Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N°1 al 25. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, año 2000.
24. GALDAMES ZELADA, Liliana, Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones, Revista Chilena de Derecho (versión online ISSN 0718-3437), Vol. 34, N°3, pp. 439-455.
25. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos. 6° edición, Editorial Lexisnexis, Santiago, enero 2.008.
26. HENDLER, Edmundo S. Sistemas Procesales Penales Comparados. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, agosto 1.999.
27. HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. (apuntes de clases Academia Judicial. Taller debido proceso Legal)
28. HOBBS, Thomas. Leviathan. Disponible en página web: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2675190.pdf.
29. HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julian. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, mayo 2002.
30. HORVITZ LENNON, María Inés, 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, Santiago, año 2003.

31. JAKOBS. Gunter. La Pena Estatal: Significado y Finalidad. Cuadernos Civitas. Universidad Autónoma de Madrid. Paderborn. 2004.
32. LAURA GUSIS, Gabriela, El olvido de la víctima. Análisis del principio de persecución penal pública a la luz de una perspectiva histórica comparada, www.iuspenalismo.com.ar , visita efectuada 13 de octubre 2009.
33. LANDROVE DIAZ, Gerardo, Las víctimas ante el derecho español. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2359852>, visita efectuada el día 13 de octubre del año 2009.
34. MAIER, Julio y otros, De los delitos y de las víctimas. Editorial Ad Hoc., Buenos Aires, agosto 1992.
35. MARABOTTO LUGARO, Jorge. Un Derecho Humano esencial: el acceso a la justicia. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en página web: <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr16.pdf>.
36. MARTIN RIOS, María del Pilar, La víctima en el proceso penal español. Editorial Metropolitana, Santiago, marzo 2008.
37. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos. Editorial Librotecnia, año 2008.
38. PEREZ GIL, Julio. La Acusación Particular. Memoria de Tesis para obtener el grado de Doctor. Universidad de Valladolid, 1997. Disponible en página web <http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/62/1/TESIS14-090326.pdf>.
39. ROIG TORRES, Margarita, Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito. [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20\(Documentos\)/Seccion%2022/algunos%20apuntes%20sobre%20la%20evolucoon%20historica.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20(Documentos)/Seccion%2022/algunos%20apuntes%20sobre%20la%20evolucoon%20historica.pdf). Visita efectuada el día 14 de octubre del 2009.

40. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, 1997.
41. RUBIO LLORENTE, Francisco. La jurisdicción Constitucional como forma de creación de derecho. Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, N°23, 1988. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 1988.
42. SAMPEDRO-ARRUBLA, Julio Andrés. La Justicia Restaurativa: una nueva vía desde las víctimas, en la solución del conflicto penal. 17 Internacional Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional. 87-124.
43. SANZ-DIEZ DE ULZURRUNLLUCH, Marina, La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español. Anuario de Derecho y Ciencias Penales, Tomo LVII, Madrid, 2006.
44. SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo XI. Editorial Jurídica de Chile, año 2006.
45. TAVOLARI OLIVEROS, Raul. Instituciones del Nuevo Proceso Penal: Cuestiones y Casos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, julio 2005.
46. UNIVERSIDAD DE CHILE. Interpretación, integración y razonamiento jurídico. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, año 2000.
47. VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. (apuntes de clases Academia Judicial)
48. VARIOS AUTORES, La Constitucionalización del derecho chileno. Universidad Austral de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, año 2007.
49. WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956.
50. YAVAR UMPIÉRREZ, Fernando, Aproximación victimológica al conflicto penal, www.revistajuridicaonline.com, visita efectuada el día 13 de octubre 2009.

51. ZAPATA LARRAIN, Patricio, Justicia Constitucional, Editorial Jurídica de Chile.
Santiago, diciembre 2008.