

LA VÍCTIMA Y EL QUERELLANTE EN LA REFORMA PROCESAL PENAL

JAVIER CASTRO JOFRÉ
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

La recepción del sistema procesal penal acusatorio en Chile supone un tratamiento diverso para los sujetos procesales que intervienen en él. Por supuesto, ha dejado de considerarse al imputado como un objeto de persecución penal para reconocerse su calidad de sujeto rodeado de derechos fundamentales que deben respetarse. Se afirma, y así suele oírse en el discurso político, que también mejoró el tratamiento de la víctima. Sin embargo, tal cuestión no es muy clara. En consecuencia, parece necesario consultar los derechos que se le reconocen a nivel legal, para tener una dimensión aproximada sobre aquel cambio de tratamiento que se viene afirmando políticamente y se hace necesario también, por lo mismo, analizar algunos aspectos de la figura del querellante como sujeto procesal.

PALABRAS CLAVE: Víctima – Querellante – Parte – Interviniente – Desistimiento – Abandono.

ABSTRACT

The reception of the accusatory system in Chile provides for sundry treatments meted out to the lawsuit parties involved. Clearly, the accused is considered not an object of prosecution but a subject having the quality of someone with inalienable rights that must be respected. It is asserted that, and this is always present in political discourse, the treatment meted out to victims has also been improved. However, such a thing is not that clear. Consequently, it seems necessary to consult about their rights recognized at a legal level in order to count on an approximate dimension of the change in treatments that are being politically furthered, and it is also necessary to analyze some characteristics of the plaintiff as a lawsuit party.

KEY WORDS: Victim - Plaintiff - Party - Intervening party - Discontinuance - Abandonment of suit.

I. INTRODUCCIÓN

El delito como fenómeno criminal tiene, en principio, dos protagonistas: el victimario y la víctima, pero si se examina la estructura del antiguo y del nuevo sistema procesal penal chileno (también el ejemplo citado), podrá advertirse que la víctima juega un rol secundario en el conflicto penal. En efecto, el sistema inquisitorio desde la ribera del ofendido, se construye sobre la base de la protección de un interés objetivo, el social, por sobre el subjetivo o particular de la víctima que resulta desplazado del sistema. Y si bien existen dentro del esquema inquisitorial instituciones que reflejan cierta preocupación estatal por los intereses concretos de ella (derecho a ejercer la acción penal mediante la presentación de querrela, existencia de los procedimientos por delito de acción penal privada y mixta, etc.), lo cierto es que el procedimiento penal inquisitorial fue previsto para funcionar con o sin su participación. Otro tanto sucede con la implementación del nuevo sistema procesal penal, aunque debe reconocerse que la posición de la víctima ha mejorado ostensiblemente en comparación a su rol en el sistema antiguo. Así, por ejemplo, puede advertirse un avance en el CPP si se compara la regulación de este derecho con la del antiguo Código (artículos 7, 142, 143, 189, 363 y 380) que nunca fue sistemática.

Al revisarse la historia del derecho penal occidental (especialmente el alemán), podrá advertirse que la participación de la víctima en el conflicto penal es intermitente. En el derecho germánico primitivo el derecho civil y el penal estaban confundidos y la solución a un problema que hoy denominamos penal era una cuestión enteramente privada que estaba a disposición de la víctima y su círculo parental (*Sippe*). Mucho más tarde con el desarrollo científico del derecho producido en Italia y la influencia del derecho canónico comenzaría a desaparecer de escena la figura de la víctima, imponiéndose en el mundo occidental el sistema inquisitivo. Luego, con la aparición del Estado moderno, los intereses particulares de la víctima quedarían postergados ante la posición privilegiada del interés social tutelado directamente por el Estado. Así, la participación de la víctima en un modelo inquisitorio sólo resulta relevante como medio de prueba testimonial y como agente informativo de la noticia criminal, fuera de esos términos, la persecución penal realizada por el inquisidor se realiza con absoluta indiferencia e incluso contra la voluntad de la víctima. Es este el criterio, por supuesto, que sustenta el sistema inquisitorio y que subsiste todavía en Chile.

En el marco de la reforma uno de los discursos que suele oírse es el del fortalecimiento de los derechos de la víctima, los que estarían elevados en importancia en algunos casos por sobre el interés público en la persecución y sanción penal. Así, se dice, la «diversión» de soluciones que ha diseñado el Estado para superar el conflicto penal (salidas alternativas, calidad de interviniente, etc.), constituye una manifestación clara de este cambio de ideas en la configuración del nuevo derecho procesal penal.

Lo anterior es cierto pero ha tenido su precio, pues, el intento por rescatar del baúl de los recuerdos la participación de la víctima en la reforma del derecho procesal penal chileno no ha sido pacífico, los críticos al sistema advierten una privatización de la justicia penal en el esfuerzo estatal por elevar la figura de la

víctima a un rol más relevante en el procedimiento penal. Además, se afirma que si se desea equilibrar fuerzas y tender a una igualdad de armas entre Estado e imputado, la aparición en escena de la víctima, no haría otra cosa que aumentar la desigualdad que se pretende evitar con la reforma.

Por otro lado, cuando se trata de justificar la participación de la víctima en el procedimiento penal y con ello el rescate de sus intereses, es posible argumentar sobre la base de lo que se dijo al principio, esto es, que los protagonistas del conflicto que concita la atención del Estado y que se pretende solucionar son: imputado y víctima, luego, no puede tenerse por acertada y legítima la actuación del *ius puniendi* desconociendo el interés concreto de uno de los protagonistas principales: la víctima. Tampoco podría esgrimirse como fin del derecho procesal penal la paz social si una de las partes en el conflicto resulta insatisfecha o simplemente ignorada. A su vez, la participación de la víctima constituye una suerte de contrapeso y control externo de la actuación de los órganos del sistema penal que tiende a eliminar la rutina del error, a la vez, esto significa introducir dentro de la estructura burocrática del Estado persecutor un elemento que humanice su actividad devolviendo al único inocente en el conflicto lo que siempre ha sido suyo, el derecho fundamental a vivir en paz y en libertad.

Lo mínimo que puede exigirse al Estado es, pues, que si ha creado un servicio público para atender las necesidades de defensa de quien no tiene abogado y lo requiera, otro tanto debe hacerse respecto de la víctima concreta.

A continuación se proporcionará una visión básica de los aspectos más relevantes del tratamiento que se da a la víctima en la reforma procesal penal.

II. CONCEPTO DE VÍCTIMA

1. El CPP. en el artículo 108 formula un alcance conceptual señalando que se considera víctima «*al ofendido por el delito*». Aunque no lo diga la disposición citada, y parezca absurdo señalarlo, debe entenderse que ella se refiere exclusivamente a las personas, sean éstas naturales o jurídicas. Merece la pena destacar que el concepto de víctima ideado por el legislador no es muy preciso y provoca conflictos de interpretación.

Por un lado, podría asumirse que por víctima debe entenderse únicamente al titular del bien jurídico protegido; por otro, podría sostenerse que también es víctima el sujeto pasivo de la acción criminal. Sostenedor de la segunda postura es el MP, para quien víctima es tanto el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido) como el sujeto pasivo de la acción criminal, vale decir, aquella persona que materialmente sufre el efecto de la conducta realizada por el autor. Ejemplo: Al sujeto *X* le roban una billetera que pertenece a *Y*. Para el MP son víctimas: *X* sujeto pasivo de la acción e *Y* sujeto pasivo del delito. Se argumenta que tal interpretación resulta reforzada por la historia fidedigna del establecimiento de la ley procesal penal, pues, durante la discusión del proyecto en la Cámara de Diputados, al plantearse la definición de víctima, se acordó sustituir la expresión «directamente ofendido por el delito» por la expresión «ofendido por el delito» que resulta más amplia.

2. El concepto de víctima, según lo dispone el artículo 108 inciso 2° CPP, se

amplía en dos hipótesis: i) Cuando se ha cometido un delito que acarrea la muerte del ofendido; y ii) Cuando el ofendido por el delito no pudiere ejercer los derechos que le otorga el CPP. (aunque nada se diga, debe entenderse que se trata de casos de imposibilidad física o síquica).

En ambos casos, también se consideran víctimas: Al cónyuge y a los hijos, a los ascendientes, al conviviente, a los hermanos y al adoptado o al adoptante.

No obstante, para efectos de intervención en el procedimiento la enumeración que hace el artículo 108 constituye un orden de prelación. Esto implica que la intervención de una o más personas en una categoría excluye a las posteriores. Nada se dice en el caso inverso, o sea, si la intervención de personas de categorías posteriores excluye o no a las anteriores. Ejemplo: *X* hermano del difunto interviene en el procedimiento y posteriormente lo hace *Y*, cónyuge del difunto. La solución tampoco parece pacífica, con todo, el MP se inclina por aceptar la segunda postura.

También se suscita debate en el caso de delitos que afectan bienes jurídicos colectivos (salud pública por ejemplo). En ellos el titular del bien jurídico protegido, no es un individuo concreto (sea éste persona natural o jurídica), en consecuencia, podría discutirse que la colectividad no es víctima para el Código.

Por último, tratándose de bienes jurídicos estatales (administración de justicia, administración pública, seguridad del Estado, etc.), también se suscita la duda si puede considerarse víctima a la persona jurídica Estado o Fisco. Si la respuesta fuera afirmativa, podría argumentarse que por él actuarían ejerciendo los derechos correspondientes los organismos estatales encargados expresamente de su representación judicial.

III. DERECHOS Y DEBERES DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

La primera novedad que se advierte en el CPP, es que en el artículo 12 se asigna el rol de interviniente a la víctima desde que realizare cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley le permitiere ejercer facultades determinadas. Se recuerda que no cabe confundir el concepto de interviniente con el de parte, siempre complicado de configurar en el derecho penal adjetivo. Los intervinientes, a juicio del legislador, son aquellas personas con facultades de actuación en el procedimiento, aun cuando no tengan la calidad de parte, como ocurre con la víctima cuando no ejerce querrela.

En virtud del reconocimiento de la calidad de interviniente de la víctima se desprenden una serie de derechos y garantías, que tienen su punto de partida en el debido proceso a que se refiere el artículo 19 n ° 3 de la CPRCh.; y que se analizarán a continuación.

1. *Derecho de protección*

Junto con consagrarse la institución del MP en el nuevo procedimiento penal, se indica que no son sólo funciones suyas el de la investigación y ejercicio de la acción penal, sino también, el de la protección de las víctimas (y testigos), según se advierte en el artículo 80 A de la CPRCh. y en el artículo 1 de la

LOCMP. Esta función constitucional que opera como un deber del MP, se erige como contrapartida en un derecho de la víctima. El Estado ha previsto que ésta pueda estar nuevamente en situación de riesgo o convertirse nuevamente en objeto de un atentado, ya sea contra su vida, integridad física y/o síquica, honor o intimidad, en consecuencia, se asigna una función constitucional y legal de protección en su favor. Cabe destacar que la víctima recurre al Estado para que se restablezca el imperio del derecho y se le brinde protección, por lo tanto, no debe causar extrañeza que lo primero que ha hecho el reformador fue poner de manifiesto en el ordenamiento penal formal este derecho.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, debe señalarse que la protección de la víctima está elevada a la categoría de principio en el artículo 6 CPP. Esa disposición asume que el MP está obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Debe complementarse esta disposición con los Arts. 20 letra f, y 34 letra e, de la *LOCMP* que consagran la existencia de una División de Atención a las Víctimas (y testigos) con el objeto de velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomienda la ley procesal penal al MP.

A propósito del ejercicio de las acciones civiles que pudieran intentarse en el procedimiento penal, resulta interesante plantearse si el Ministerio Público está obligado a realizar diligencias de investigación no sólo para establecer la existencia de delito y participación penal, sino también para establecerse la existencia de un daño que deba ser indemnizado. En principio la respuesta debiera ser negativa porque ello excede los límites de la persecución penal, sin embargo, la existencia del inciso 2° del artículo 6 del CPP: “[...] *el fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares, u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima [...]*” hace posible que la investigación abarque aspectos que no son estrictamente penales y que no implican un deber de protección en el sentido que se ha venido explicando.

Existen otras disposiciones legales que también regulan el derecho de protección, así, en la letra a) del artículo 109 CPP se reconoce el derecho de la víctima a solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia. Correlativamente, en el artículo 78 letra b) se obliga al MP a ordenar por sí mismo o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados. El conjunto de estas disposiciones tiene por finalidad evitar que la víctima pueda ser objeto de un nuevo delito o de una victimización secundaria.

Este derecho de protección, que equivale a una función desde la posición del MP, también existe desde la perspectiva de los tribunales, especialmente los de garantía, cuya tarea en esencia es la de cautela de sus derechos durante el procedimiento y comprende atribuciones precisas de protección como ocurre con la imposición de medidas cautelares personales contra el imputado según se desprende de los artículos 140 inciso final y 155 CPP.

También se pueden aplicar en favor de la víctima las normas de protección de los testigos del artículo 308 y de limitación de publicidad de la audiencia de juicio oral si fuere necesario para velar por su intimidad, honor o seguridad.

Por último, el Código en el artículo 83, al regular las actuaciones de la policía sin orden previa, dispone que corresponde a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile prestar auxilio a la víctima sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales. Al respecto, en conformidad a lo previsto en el artículo 87 CPP, es el MP el encargado de regular mediante instrucciones generales la forma en que la policía cumplirá con esta obligación, sin perjuicio de las instrucciones particulares que los fiscales impartieren en cada caso. Estas normas son fundamentales para el trabajo policial de Carabineros o Investigaciones quienes, por regla general, son los primeros órganos estatales en tomar contacto con los hechos que originan una investigación y con las personas que han participado en ellos.

Una de las situaciones frecuentes que se suscitaban y se suscitan en aquellos lugares donde todavía rige plenamente el sistema antiguo, especialmente en aquellos casos en que un delito produce daño a la integridad física y/o síquica de la víctima (lesiones por ejemplo), es que la policía se muestra renuente a prestarle auxilio (primeros auxilios, traslado a centros asistenciales, etc.), por falta de atribuciones legales o reglamentarias que le eviten una sanción si tratando de auxiliarle se produzcan resultados aun más graves o fatales para ésta. Actualmente, entonces, se consagra como primera obligación de la policía, incluso antes que auxiliar al MP en la investigación, la de prestársela a la víctima. Ningún pretexto puede servirles, en la actualidad, para negarse a ello.

2. *Derecho al trato digno*

Una de las características más relevantes del sistema inquisitorio es que los sujetos envueltos en el procedimiento son considerados objetos de él y no sujetos rodeados de derechos (personas), así, el CPP. consulta normas que invierten ese criterio y que persiguen evitar un nuevo perjuicio patrimonial, físico, psicológico o moral a la víctima producto de su intervención en el procedimiento (victimización secundaria).

La legislación procesal penal contempla como deber de los fiscales impedir o mitigar esta victimización secundaria. Confirma esta idea el artículo 78 CPP. que los obliga durante todo el procedimiento a adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que tuvieren que soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.

La policía y los demás organismos auxiliares también tienen el deber de dar un trato digno a la víctima y el Código exige expresamente en el inciso 3° del artículo 6 que se le otorgue a ella un trato acorde con esa condición, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir.

Las disposiciones anteriormente citadas deben complementarse con las instrucciones generales dictadas por el Fiscal Nacional en su Instructivo N° 11 a través de sus numerales 29 y 32 para el cumplimiento de las tareas de investiga-

ción con respeto a la dignidad de la víctima. En el numeral 29 se instruye que el fiscal al tomar declaración a la víctima deberá evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que ella tuviere que soportar con ocasión de las diligencias que tuvieren que practicarse, empleando siempre un lenguaje adecuado a su condición de víctima. A su vez, en el numeral 32 se instruye a los fiscales para practicar careos evitando o disminuyendo al mínimo cualquier menoscabo a la dignidad, seguridad e integridad síquica y física de la víctima, debiendo emplearse siempre un lenguaje adecuado a ella.

También se instruye a los fiscales en el caso que se investigaren delitos sexuales previstos en los Arts. 361 a 367 bis y en el artículo 375 del CP. A saber, el numeral 30 del instructivo N ° 11 señala que los fiscales no citarán a la víctima a un careo, salvo cuando el fiscal estimare que el careo fuere estrictamente indispensable para aclarar las contradicciones o discrepancias con el imputado o un testigo acerca de algún hecho o circunstancia relevante para la investigación de estos delitos.

3. *Derecho a la información*

Si se le reconoce la calidad de interviniente, resulta de fundamental importancia la información a la que pueda tener acceso la víctima para ejercer eficientemente sus derechos.

La letra a) del artículo 78 CPP. obliga al MP a entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, así como de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos. Cabe destacar que la víctima no necesita otorgar mandato de patrocinio y poder a un abogado para que se le entregue tal información, pues la etapa de investigación es desformalizada, en consecuencia, es improcedente imponer a la víctima la formalidad de comparecencia prevista en la ley 18.120. Lo anterior resulta reforzado por lo dispuesto en el inciso final del artículo 78, esto es, que si la víctima hubiere designado abogado, el MP estará obligado «también» a realizar a su respecto la actividad señalada en la letra a) del artículo 78.

Como consecuencia de la existencia de la norma antes citada es que el MP al tiempo de tomar declaración a la víctima le debe informar de los derechos previstos en el artículo 109 y las actividades que debe realizar para ejercerlos.

En conformidad, también, con este derecho de la víctima es que el MP debe informarle que, para ser oída antes de que se pida o resuelva la suspensión condicional del procedimiento o su término anticipado, o que para ser oída por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, debe solicitarlo expresamente.

Relacionado siempre con el derecho de información del que dispone la víctima, se ha instruido a los fiscales (Oficio N ° 143) sobre su deber de informarla del significado de su decisión, motivos que la fundan, sus efectos penales y civiles, así como de los derechos que pueden ejercerse en aquellos casos en que se pone término anticipado al procedimiento, tales como archivo provisional de la investigación, facultad de no iniciar la investigación, sobreseimiento, comunicación de no perseverar en el procedimiento.

Cabe considerar que la víctima en ejercicio de su derecho de información puede acceder a los registros y a los documentos de la investigación del MP según se desprende de los Arts. 182, 227 y 228 CPP. con relación al inciso final del artículo 8 *LOCMP* y a los registros del MP en que se deja constancia de los casos en que se decretare la suspensión condicional del procedimiento o se aprobare un acuerdo reparatorio (inciso final artículo 246 CPP). Además, el artículo 137, norma que regula la difusión de derechos, establece que en todo recinto del MP, de los juzgados de garantía, de los tribunales de juicio oral en lo penal, de la policía y de la defensoría penal pública, deberá exhibirse en un lugar destacado y claramente visible al público un cartel en el cual se consignen los derechos de las víctimas.

Por último, la vigencia actual del artículo 25 del COT, permite sostener que a la víctima también le asiste el derecho de información respecto de los tribunales.

4. *Derecho a la acción*

Por un lado, aunque en estricto rigor no se trata del ejercicio de una acción penal, la víctima está facultada para efectuar una denuncia, esto es, comunicar directamente al MP o a los funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones y, en su caso, a los de Gendarmería de Chile el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere el carácter de delito (artículo 173 CPP). Por otro lado, existen hechos que no pueden ser investigados sin que exista previamente, a lo menos, una denuncia de la víctima ante los tribunales, el MP o la Policía. Así ocurre en los denominados delitos de acción penal pública previa instancia de particular (artículo 54 CPP).

En el procedimiento penal acusatorio no sólo el MP puede deducir la acción penal, pues debe tenerse presente que el ejercicio de la acción penal pública siempre es posible por la víctima si formula una querrela según lo dispone expresamente el artículo 109 letra b).

Por último, existen casos en que la acción penal sólo puede ser ejercida por la víctima, sin que exista participación alguna del MP en la tramitación del procedimiento, tal es el caso de los delitos de acción penal privada a que se refiere el artículo 55 CPP.

5. *Derecho de participación*

Una de las mayores ventajas de otorgar a la víctima la calidad de interviniente en el procedimiento penal es que ella está dotada de diversas facultades de actuación que no sólo le otorgan mayor participación en el procedimiento penal, sino que también le permiten ejercer un cierto control de la actividad del Ministerio Público y de los tribunales.

Participación y control respecto de la actividad del Ministerio Público.

A quien corresponde la función de investigación y ejercicio de la acción penal pública es al MP, sin embargo, en las actividades que desarrolla tal órgano para consecución de los fines antedichos, es posible que la víctima despliegue facultades de actuación que impliquen un cierto contrapeso y control sobre ellos.

En primer lugar, durante la investigación la víctima puede solicitar al fiscal a cargo de ella la realización de todas aquellas diligencias que considerare perti-

nentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos (artículo 183 CPP).

En segundo lugar, también debe considerarse como un aspecto del derecho de participación, el caso a que se refiere la letra d) del artículo 109 CPP. (relacionar con el artículo 78 letra d), esto es, que si la víctima lo solicitare, el MP está obligado a oírle antes de que se pida o de que se resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada. Al respecto debe recordarse que el numeral 9 del Instructivo N ° 11 obliga al MP, una vez recibida la denuncia, a informar a la víctima respecto de este derecho.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, cabe considerar que la víctima puede oponerse a las formas anticipadas de término del procedimiento, vale decir, si el MP decide archivar provisionalmente la investigación, en conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 167 CPP, la víctima puede solicitar al Ministerio Público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Además, puede reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del MP y, si lo estima conveniente, provocar la intervención del juez de garantía deduciendo querrela, intervención que también puede provocar, si el MP decide no iniciar investigación.

Cuando el MP decide aplicar el principio de oportunidad (abstenerse de la persecución penal o abandonarla) existen dos momentos en que la víctima puede intervenir en el procedimiento ejerciendo sus derechos de interviniente. El primer caso se produce cuando la víctima solicita al juez de garantía que deje sin efecto la decisión del MP, porque ha excedido sus atribuciones, ya sea porque la pena mínima prevista para el hecho en cuestión excede la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o porque se trata de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; o bien, solicita que deje sin efecto la decisión del MP, porque tiene interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal. El segundo caso, se produce extrajudicialmente, pues, la víctima no solamente puede reclamar ante el juez de garantía sobre la decisión de un fiscal respecto del ejercicio del principio de oportunidad, también es posible que pueda reclamar de tal decisión ante las autoridades del MP, en virtud de lo dispuesto en los incisos 5 y 6 del artículo 170 CPP.

En este último caso aparece claramente que los intereses de la víctima resultan valiosos, pues, a pesar de la inexistencia de un compromiso grave para el interés público, podría suceder que se deje sin aplicación el principio de oportunidad para atender al interés concreto de la víctima.

Finalmente, cabe destacar que también es posible incluir dentro del derecho de participación, la facultad de la víctima de oponerse a la solicitud de sobreseimiento o a la facultad del MP en orden a no perseverar en el procedimiento mediante el forzamiento de la acusación (artículo 258 CPP).

6. Derecho de participación y control respecto de la actividad de los tribunales

Junto con la reforma procesal penal se advierte una tendencia a la simplificación de la doble instancia en la etapa de recursos. Uno de los fundamentos de este criterio estatal es el fortalecimiento de los controles horizontales por sobre los verticales, el que se produce en alguna medida proporcionando mayores facultades de actuación a los intervinientes en el procedimiento penal. Efectiva-

mente, la víctima tiene derecho a ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes que éste se pronuncie acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa (artículo 109 letra e), relacionado con el inciso final del artículo 69) e impugnar la resolución que sobresee temporal o definitivamente la causa o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento (Art. 109 letra f).

7. Derecho a la reparación del daño causado por el delito

El artículo 6, que como se dijo contempla el principio de protección de la víctima, fue objeto de modificación por la ley 19.789 del 30 de enero de 2002, intercalándose el actual inciso segundo. A partir de entonces se obliga a los fiscales a promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Si bien se entiende que el MP no es abogado de la víctima, esta disposición en alguna manera contradice esa afirmación, no se pierda de vista que se trata de un deber y no de una mera facultad del órgano persecutor. En consecuencia, velar por la protección de la víctima lo convierte en promotor de la reparación del daño que a ella le ha causado la conducta criminal.

La disposición que se comenta se encuentra reforzada por el numeral 19 del Instructivo N° 34, según el cual los fiscales, en caso de ser procedente un acuerdo reparatorio, deben realizar actividades tendientes a que se produzca tal salida alternativa; y por el numeral 1 del Instructivo N° 68, conforme al cual se deben llevar a cabo las actividades necesarias para determinar la existencia de bienes patrimoniales del imputado, a fin de impetrarse medidas cautelares reales destinadas a asegurar el pago de costas y multas, así como garantizar las responsabilidades civiles que correspondan.

Con la consagración legal de esta calidad de promotor asignada al MP, se han producido algunas consecuencias de orden práctico. Así, existe la tendencia a considerar que cuando concurren los requisitos para la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento, si del hecho derivan efectos penales y civiles y el imputado se encuentra en condición de reparar el daño, debe preferirse por los fiscales la condición establecida en la letra e) del artículo 238 CPP, vale decir, el pago de una suma de dinero a título de indemnización de perjuicios en favor de la víctima, o bien garantizar debidamente su pago.

Sin perjuicio de lo que se ha dicho precedentemente, otra manifestación de este derecho se produce a propósito de la aplicación de la salida alternativa denominada acuerdo reparatorio. Del examen de las normas que rigen los acuerdos reparatorios, se desprende que no interviene en el acuerdo el MP, pues, se trata de un caso en que se privilegia el interés concreto de la víctima e imputado por sobre el interés público del que vela aquel, sin embargo, por la vía de la promoción que se viene comentando es que el rol del MP ha dejado de ser secundario. En efecto, se han dictado instrucciones generales (Instructivo N° 34) en las que se ha establecido que el MP puede promover procesos voluntarios de mediación entre imputado y víctima, previos a la celebración de los acuerdos reparatorios. En la práctica, a consecuencia de la aplicación de tales instrucciones hasta fines del año 2002, por ejemplo, se habían derivado 366 víctimas a las unidades re-

gionales para la realización de mediaciones con el fin de lograr acuerdos reparatorios.

También debe tenerse presente, aunque se trata más bien de aspectos ligados al derecho de protección e información precedentemente analizados, que los fiscales deben informarle a la víctima sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles (artículo 78 letra c).

Por último, también se concibe en el sistema la posibilidad que tiene la víctima de ejercer en el procedimiento penal acciones restitutorias y reparatorias que persiguen hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del delito, según se desprende de los artículos. 59 y ss. y 189 CPP.

IV. EL QUERELLANTE EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

1. Una de las críticas frecuentes que se formulan a la reforma procesal penal es la de considerar dentro de su estructura la existencia de un querellante como conductor alternativo de la acción penal pública, críticas que se intensifican cuando se advierte con cierto pavor que, incluso, puede sustituirse en la persecución penal en virtud de lo que se ha denominado forzamiento de la acusación, según se desprende del artículo 258 CPP. Se esperaba que con la abolición del vetusto inquisitorio, desaparecieran junto con él algunas de sus instituciones emblemáticas, sin embargo, la reforma procesal penal no ha obrado maravillas en este punto y subsiste en el derecho procesal penal esta figura del querellante en forma paralela a la del MP.

El artículo 12 considera interviniente al querellante, mas para que un sujeto en el procedimiento adquiera tal calidad es necesario que ejerza la querrela respectiva, de lo contrario, no se advierte la forma en que una persona pudiera tener la calidad de querellante, luego la de interviniente, sin que se formule previamente una querrela. En consecuencia, el querellante es interviniente desde que presenta la querrela respectiva, porque desde ese momento le permite la ley ejercer facultades determinadas. En este sentido se deteriora el argumento del legislador para distinguir entre parte e interviniente en cuanto a que éste es una persona con facultad de actuación en el procedimiento, aun cuando no tenga calidad de parte, puesto que resulta ilógico que el querellante sin presentar querrela tenga alguna facultad de actuación¹.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, se aprecian en el CPP. diversos casos que comprenden facultades de actuación del querellante como interviniente, que podría no tener la víctima, especialmente si se considera que la calidad de querellante se extiende a otras personas distintas a la víctima y que ésta podría no ejercer querrela. Así, por ejemplo, el artículo 237 dispone que el querellante que asistiere a la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberá ser oído por el tribunal; el artículo 258, como

¹ PFEFFER, Emilio, *Código Procesal Penal Anotado y Concordado* (Santiago, 2001), p. 31.

se advirtió precedentemente, autoriza el forzamiento de la acusación en favor del querellante si el MP decide solicitar el sobreseimiento de la causa o no perseverar en el procedimiento; el artículo 261 autoriza al querellante para adherirse a la acusación del MP o acusar particularmente, también para señalar vicios formales y requerir su corrección si se detectan en la acusación fiscal, en fin, le es posible ofrecer prueba para sustentar su acusación y deducir demanda civil en los casos que proceda.

2. La calidad de querellante, esto es, la titularidad para ejercer querrela se encuentra más restringida en el nuevo sistema, pues, como se recordará, en el antiguo puede ejercer querrela criminal respecto de delitos de acción penal pública, cualquier persona capaz de parecer en juicio que no tenga especial prohibición de la ley para querrellarse (artículo 93 CPP). En cambio, en el sistema acusatorio la situación de los titulares para ejercer querrela se organiza en la forma que señala el artículo 111 CPP, organizándose tres grupos distintos de titulares:

a) La víctima. Según el inciso 1° del artículo 111, pueden interponer querrela, desde luego la víctima (debe entenderse tanto la víctima principal como la sustitutiva o secundaria), su representante legal y su heredero testamentario.

En la redacción original del inciso primero, en vez del heredero testamentario, se indicaba al guardador, pero se suprimió la referencia por estimarse que debe considerarse comprendido dentro de los representantes y de las personas que pueden denunciar. Sin embargo, no se explica la razón por la cual se considera al heredero testamentario, sin incluir a los herederos ab intestato. La omisión no es irrelevante, si se tiene en consideración que, por regla general, las personas mueren intestadas.

b) Cualquier persona capaz de parecer en juicio. Los incisos 2° y 3° distinguen al respecto dos casos de titularidad de acción distinguiendo sobre la base del domicilio del querellante y del hecho de que se trate.

El inciso 2° del artículo 111 autoriza la presentación de la querrela a cualquier persona capaz de parecer en juicio, sin embargo, exige la existencia de ciertos requisitos: i) Que se trate de una persona domiciliada en la provincia en que se haya cometido el hecho punible que motiva la querrela; ii) Que se trate de hechos punibles que constituyeren delitos terroristas; o iii) Que se trate de delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la CPRCh.; o iv) Que se trate de delitos cometidos por un funcionario público contra la probidad pública

En el inciso 3° del artículo 111 también se faculta para formular querrela a cualquier persona capaz de parecer en juicio, pero altera los requisitos que mencionaba el inciso anterior y exige: i) Que tenga domicilio en la región en la que se comete el delito; ii) Que se trate de delitos que afectaren intereses sociales relevantes; o iii) Que se trate de delitos que afectaren intereses de la colectividad en su conjunto

En suma, se restringe la titularidad para ejercer querrela, facultándose para presentarla a cualquier persona únicamente en casos de criminalidad grave, como lo serían los delitos terroristas o actos graves contra la probidad pública, que se supone afectan a la colectividad en su conjunto, a la sociedad sin distinciones. Se

justifica, a juicio del legislador, que en esos casos cualquier persona pueda ejercer querrela.

Al respecto se discutió por algún parlamentario la argumentación precedente, puesto que se entiende que todos los delitos de acción penal pública afectan a la colectividad en su conjunto, con lo que el sentido del proyecto de limitar el derecho a querrela perdería fuerza. Sin embargo, se sostuvo que la distinción era plausible, porque el ejercicio de la acción penal en el nuevo sistema es más restringido (en principio MP y ofendido) que en el sistema antiguo por razones de índole económicas procesales. Así, la diferencia que hace el artículo 111 no sería descabellada, ya que se tienen en consideración únicamente la protección de ciertos bienes jurídicos y, junto con ello, se reconoce la dificultad para determinar la titularidad de la acción en el caso de delitos que afecten intereses sociales relevantes, como sucede respecto de hechos que afecten a la comunidad en general o a un grupo de personas, involucrando lo que se denomina intereses difusos o intereses colectivos.

V. LA QUERRELLA

1. Oportunidad para deducir querrela. La querrela puede presentarse en cualquier momento, mientras el fiscal no declare cerrada la investigación. Se presenta una duda en el caso que cerrada la investigación, ella se reabriera en las hipótesis del artículo 257 CPP. La pregunta que cabe hacerse, aun sin respuesta en la doctrina y jurisprudencia, es si puede estimarse oportuna la presentación de la querrela durante la investigación que se realice luego de la reapertura.

2. Requisitos de la querrela. Salvo el requisito de ofrecimiento de la fianza de calumnia y la petición de admisibilidad a que se refieren los números 6 y 7 del artículo 94 CPP, entre esa disposición y el artículo 113 que contiene los requisitos de la querrela en el CPP, no existe prácticamente ninguna variación formal entre el sistema inquisitorial y el acusatorio.

La querrela debe presentarse por escrito ante el juez de garantía quien realizará un examen de admisibilidad si concurren las exigencias formales que a continuación se indican:

- a) La designación del tribunal ante el cual se entablare.
- b) El nombre, apellido, profesión u oficio y domicilio del querellante.
- c) El nombre, apellido, profesión u oficio y residencia del querrelado, o una designación clara de su persona, si el querellante ignorare aquellas circunstancias. Si se ignoraren dichas determinaciones, siempre se podrá deducir querrela para que se proceda a la investigación del delito y al castigo del culpable.
- d) La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, fecha y hora en que se hubiere ejecutado, si se supieren.
- e) La expresión de las diligencias cuya práctica se solicitare al MP.
- f) La firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiere firmar.

3. Admisibilidad de la querrela. Presentada la querrela y efectuado el examen de admisibilidad el juez de garantía puede adoptar una de las siguientes actitudes:

a) Declarar la ineptitud del libelo. Si el juez de garantía estima que no concurre alguno de los requisitos que señala el artículo 113, antes de declarar su inadmisibilidad, podría ordenar que se subsanen los defectos dentro de tercero día.

b) Declararla inadmisibile. El juez de garantía no admitirá la querrela a tramitación cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias mencionadas en el artículo 114 CPP: i) Que fuere presentada extemporáneamente; ii) Que habiéndose otorgado por el juez de garantía un plazo de tres días para subsanar los defectos que presentare por falta de alguno de los requisitos del artículo 113, el querellante no realizare las modificaciones pertinentes dentro de dicho plazo; iii) Que los hechos expuestos en la querrela no fueren constitutivos de delito. Debe tratarse de situaciones fácticas inaceptables desde un punto de vista jurídico para que se produzca esta causal, pues, de otro modo el juez de garantía se entrometería en la función de investigación del MP, a quien corresponde exclusivamente averiguar si el hecho que se inquiera constituye o no delito; iv) Que de los antecedentes contenidos en la querrela apareciere de manifiesto que la responsabilidad penal del imputado se encuentre extinguida. En este caso, la declaración de inadmisibilidad se realizará previa citación del MP. Resulta difícil explicar porqué la exigencia de citar al MP no se formuló también en la letra c) del artículo 114 CPP; v) Cuando se dedujere por persona no autorizada por la ley.

La resolución que declare inadmisibile la querrela es apelable en el sólo efecto devolutivo, según se desprende del artículo 115 CPP. En cambio la resolución que declare admisible la querrela será inapelable.

c) Declararla admisible

Si la querrela es admitida a tramitación, el juez deberá remitir los antecedentes al MP y el querellante podrá hacer uso de los derechos a que se refiere el artículo 261 CPP.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, si no se diere curso a una querrela en que se persiguere un delito de acción penal pública o previa instancia de particular, por extemporánea o por no haberse subsanado los defectos que la afectan (letras a y b del artículo 114 CPP), el juez la pondrá en conocimiento del MP para ser tenida como denuncia, siempre que no le constare que la investigación del hecho hubiere sido iniciada de otro modo (artículo 117 CPP).

4. Prohibición de querrela. El CPP (artículo 116) prohíbe a ciertas personas ejercer la acción penal pública (también la acción penal privada) basándose en razones de moral familiar, no obstante, a las personas que menciona la disposición les queda a salvo el derecho para formular la denuncia respectiva.

En suma, no pueden querrellarse entre sí:

a) Los cónyuges

Pero podrán hacerlo cuando se trate de presentar querrela respecto de delitos que hubiese cometido un cónyuge en contra del otro o contra sus hijos.

No aclara la disposición a qué se refiere con "*sus hijos*", esto es, si a los hijos del otro cónyuge, a los comunes o únicamente a los del que delinque, no obstante, si la ley no distingue no corresponde al intérprete distinguir, en consecuencia la excepción comprendería a todos los hijos, sean de uno de los cónyuges o los comunes.

b) Los consanguíneos en toda la línea recta, los colaterales y afines hasta el segundo grado.

Pero podrá deducirse querrela si se trata de delitos cometidos por uno contra los otros, o contra su cónyuge o hijos.

Se hace la misma observación anterior, en el sentido que no está claro el alcance de la norma respecto de los hijos.

5. Desistimiento de la querrela. El artículo 118 autoriza al querellante para desistirse de la querrela intentada. El desistimiento puede tener lugar en cualquier momento del procedimiento. El desistimiento produce efectos para querellante y querrellado.

Si el querellante se desiste de la querrela, serán de su cargo las costas propias y queda sujeto a la decisión general sobre costas que dictare el tribunal al finalizar el procedimiento.

A menos que el querrellado hubiese aceptado expresamente el desistimiento del querellante, le queda a salvo su derecho para ejercer la acción penal o civil en caso de que la querrela (o acusación) resulte calumniosa (artículo 211 CP.) y a demandar los perjuicios que le hubiere causado en su persona o bienes y las costas.

Finalmente, conviene tener presente que nada dice el Código si el querrellado se opone al desistimiento, pero si se tiene presente lo dispuesto expresamente por el CPP. en el inciso 2° del artículo 401 para los casos de delito de acción penal privada, queda la impresión que el querrellado no puede oponerse a él.

6. Abandono de la querrela. El CPP. entiende por abandono de la querrela, la inactividad del querellante respecto de determinadas diligencias del procedimiento que, en consecuencia, le impedirá en lo sucesivo ejercer los derechos que en su calidad de tal le confiere el citado cuerpo legal.

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 120 CPP., el que interpone querrela incurre en abandono:

a) Cuando no adhirió a la acusación fiscal o no acusare particularmente en forma oportuna (relacionar con el artículo 261 CPP).

b) Cuando no asistiere a la audiencia de preparación de juicio oral sin causa debidamente justificada.

c) Cuando no concurriere a la audiencia del juicio oral o se ausentare de ella sin autorización del tribunal.

7. Recursos. La resolución que declara el abandono, según lo dispone el artículo 120 CPP. es apelable en el solo efecto devolutivo, en cambio la que negare el abandono es inapelable.