

El rol del querellante en el proceso penal (Propuesta de una defensoría para la víctima).

Ricardo Márquez Acevedo *

SUMARIO: I.- Introducción (Conflicto penal y estado de naturaleza). II.- ¿Quién es el querellante?. III.- ¿Cómo deben ser los procesos?. IV.- Estado de nuestra legislación. V.- La víctima y el Ministerio Público. VI.- Función del proceso penal. VII.- Rol del querellante en el proceso penal (argumentos a favor y en contra). VIII.- Proyecto de reforma constitucional. IX.- Conclusiones. X.- Bibliografía.

I.- Introducción:

1.- Conflicto penal y estado de naturaleza.

Thomas Hobbes el filósofo inglés y uno de los intelectuales sustentadores de las teorías contractualistas, que dan lugar al estado moderno, sostiene que la unión de los hombres para crear el estado surge de la desconfianza y egoísmo humano. Así en su texto Leviatán plantea muy realístamente su conclusión, señalando: *“De la igualdad procede la desconfianza. De esta igualdad en cuanto a la capacidad se deriva la igualdad de esperanza respecto a la consecución de nuestros fines. Esta es la causa de que si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos.”*¹

A su vez este mismo autor graficando la situación de estado de guerra y agresión continúa del hombre indica: *“De aquí que el agresor no teme otra cosa que el poder singular de otro hombre; si alguien planta, siembra, construye o posee un lugar conveniente, cabe probablemente esperar que vengan otros, con sus fuerzas unidas, para desposeerle y privarle, no sólo del fruto de su trabajo, sino también de su vida o de*

* Abogado U. de Chile. profesor de Derecho Procesal Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Las Américas y Universidad Internacional SEK.

¹ Thomas Hobbes, Leviatán. Parte Primera del Hombre, Cap. XIII De la Condición Natural del Género Humano. Pag. 87 Ed. El Libertador (1° Ed. 2.004) Buenos Aires.

su libertad. Y el invasor, a su vez, se encuentra en el mismo peligro que con respecto a otros.”²

En general este es el estado de cosas que señala este pensador inglés de fines del S. XVI respecto del inicio del llamado pacto social y la creación de un estado nacional, donde renunciando a ciertos derechos como a la autotutela y a la autocomposición aseguramos derechos mínimos como la vida, la propiedad, cierto grado de libertad, etc. Sin embargo en el específico caso de la resolución primitiva de conflictos como las formas antes señaladas, es el propio estado en ciernes quien nos debe proporcionar una forma de solución adecuada, dando para ello la fórmula de la heterocomposición (proceso). Así planteado el problema del rol del querellante en el conflicto penal no resulta extraño a él, más aún él es una parte esencial en dicho conflicto ya que le pertenece.

No obstante lo anterior en el actual estado de cosas tenemos que el constituyente y el legislador de cierto modo ha expropiado al ciudadano sin recursos de su conflicto penal en el actual sistema y no le ha dado una participación en el mismo, ya que como sabemos no existe posibilidad de participación efectiva de la víctima sin recursos en el sistema planteado por el actual Código Procesal Penal. Esto porque no existe una defensoría de las víctimas, como si existe del imputado.

Los detractores de la idea de crear defensorías de víctimas las critican desde varios aspectos y que tienen más que ver con la efectividad del querellante en el proceso penal, sin embargo a mi juicio esta no es la perspectiva adecuada para plantear el asunto, más bien la dimensión adecuada para esto es el derecho de los ciudadanos a participar de la forma de solución de controversias penales que el estado les ha proporcionado. Incluso, esto es, sin mencionar que los derechos a participar del conflicto penal están dados tanto por la constitución y la ley, pero que ciertas personas por el hecho de no tener acceso a un abogado ven que las puertas de la justicia se encuentran cerradas e infranqueables para ellos. Obviamente esto crea una distorsión respecto a la idea que la sociedad tiene del sistema procesal penal, en al igual que en

² Thomas Hobbes, *Leviatán*. Parte Primera del Hombre, Cap. XIII De la Condición Natural del Género Humano. Pag. 87 Ed. El Libertador (1° Ed. 2.004) Buenos Aires.

el cuento de Franz Kafka “Ante la Ley” pareciera que las puertas de la ley se encuentran cerradas para la mayoría de las víctimas.

2.- Contrato social y conflicto penal

Como se señaló anteriormente todos los individuos renunciamos a la autotutela y a la autocomposición ya que la forma de solución de controversias penales en un estado de derecho esta dado por el proceso penal y cualquiera otras forma de solución deben previamente ser autorizadas por la ley, ya sea, por ejemplo, como habitualmente se dice la legítima defensa del artículo 10 del Código Penal, o las llamadas salidas alternativas que regula nuestro Código Procesal Penal en los artículos 237 y siguientes (suspensión condicional del procedimiento) y artículos 241 y siguientes (acuerdos reparatorios), que más bien como método autocompositivo, es más bien el llamado acuerdo reparatorio.

Ahora recordando que el conflicto penal, previo al pacto social es más bien un conflicto que pertenece a los individuos, o a ellos y a las personas relacionadas (tribu, familia, clan, etc.), es claro que el pacto social que hace que más bien el conflicto se dé entre el imputado y el estado de todas formas debe dejar un espacio para que la víctima tenga un grado participación, quizá a lo menos para ser escuchada debidamente. Como se ha señalado es el actual estado de cosas el que ha demostrado que la visión distorsionada que tiene la víctima del sistema procesal penal chileno se debe más que nada a la escasa participación que tiene en el sistema debido a la falta de una defensoría de víctimas; pues, ¿cómo es posible? que la visión general del ciudadano medio e incluso de los medios de comunicación respecto de la reforma procesal penal, es que es un sistema que asegura grados elevados de impunidad o es ineficiente a la hora del juzgamiento. Lo cual por el contrario al momento de analizar estudios nos damos cuenta que no sólo se trata de un sistema eficiente y efectivo a la hora de investigar, sancionar y sin desconocer que en caso de condena ésta tiene un grado de legitimidad acorde con un estado democrático y de derecho.

Así resulta evidente que sin una defensoría penal de víctimas, no sólo las puertas de la ley están cerradas para ciertas víctimas, sino que además las puertas de

la justicia también se cierran, y esto provoca una mala apreciación del sistema penal por la ciudadanía.

II.- ¿Quién es el querellante?

Es importante destacar que en el actual sistema procesal penal chileno no es lo mismo ser sólo víctima y no querellante. Más no es lo mismo ser víctima asesorada por letrado a sin él.

Para los efectos de nuestro Código Procesal Penal, víctima es el ofendido por el delito y otras personas vinculadas al ofendido cuando éste no pueda ejercer sus derechos (artículo 108). Sin embargo resulta claro que muchos de los derechos de la víctima tan importantes como recurrir de la sentencia absolutoria (artículo 109 letra f) Código Procesal Penal), o incluso apelar la resolución que aprueba la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237 inciso 5° del Código Procesal Penal) son derechos como otros tantos impracticables para una víctima sin asesoría letrada.

Ahora el querellante no es más que la víctima, su representante legal o su heredero testamentario³ que contando con asesoría jurídica ejerce la acción penal y en su momento la pretensión penal, asumiendo una posición propia con la plenitud de derechos como interviniente y parte que le otorga nuestro Código Procesal Penal.

Así podríamos decir que la víctima se identifica con el querellante en cuanto todas las víctimas pueden ser querellantes, pero no todos los querellantes corresponden a todas las víctimas de los conflictos penales acaecidos.

La víctima puede actuar por sí misma en el proceso y durante la investigación, la víctima para presentar querrela necesariamente debe contar con asesoría letrada según lo disponen los artículos 1 y 2 de la ley 18.120 y, las defensas orales ante los tribunales de la república sólo pueden ser hechas por abogados habilitados para el ejercicio de la profesión como lo dispone el artículo 527 del Código Orgánico de Tribunales.

³ Artículo 111 Código Procesal Penal.

No sólo las diferencias mencionadas son las únicas y más trascendentes entre querellante y víctima, sino que existen diferencias en cuanto a derechos que a continuación menciono, sólo por vía ejemplar:

1.- La víctima puede:

- a) Solicitar medidas de protección.
- b) Presentar querrela.
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir la responsabilidad civil.
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada.
- e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, e
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Estos derechos se encuentran mencionados en el artículo 109 del Código Procesal Penal, llama profundamente la atención el hecho que se permita al imputado impugnar la sentencia absolutoria sin que haya participado antes en el proceso, y seguramente se debe a la asimetría existente con la posición del imputado que en todo momento cuenta con asesoría letrada. Así se puede explicar que el legislador trato de igualar a última hora a la víctima con el imputado y le permitió recurrir de la sentencia absolutoria.

2.- El querellante puede:

- a) Solicitar diligencias de investigación al Ministerio Público (artículo 113 letra e) Código Procesal Penal).
- b) Pedir medidas cautelares personales, entre ellas la más importante que es la prisión preventiva, que sólo puede ser pedida por el querellante (artículo 140 Código Procesal Penal).
- c) Impugnar por apelación la resolución que niega la prisión preventiva (artículo 149 Código Procesal Penal).
- d) Apelar la resolución que sobresee definitiva o temporalmente el proceso, la que aprueba la suspensión condicional del procedimiento y la sentencia absolutoria.

e) Adherir a la acusación, acusar particularmente (artículo 261 letra a) Código Procesal Penal).

f) Forzar la acusación cuando el ministerio público no acusare (artículo 258 inciso 3° Código Procesal Penal).

g) Asistir y participar activamente de la audiencia preparatoria de juicio oral (artículos 266 y siguientes Código Procesal Penal).

h) Asistir y participar activamente en el juicio oral (artículos 281 y siguientes Código Procesal Penal).

De la mera lectura de los derechos que tiene uno y otro interviniente en el proceso penal podemos deducir que en el proceso penal propiamente tal (es decir desde el cierre de la investigación) la participación de la víctima es casi nula y, sólo el querellante puede hacerse parte en el proceso penal adhiriéndose a la acusación o acusando particularmente, concurre y discute la prueba y participa en el juicio oral; procedimiento por lo demás reservado para los delitos más graves y de mayor dañosidad a la víctima.

En conclusión podemos decir que la víctima sin defensa jurídica tiene cercenados sus derechos gravemente.

III.- ¿Cómo deben ser los procesos?

El proceso como forma moderna de solución de conflictos de intereses de relevancia jurídica, teniendo como objetivo principal alcanzar la paz social. Valor especialmente trascendente tratándose del conflicto penal, debe ser:

- 1.- Igualitario.
- 2.- Eficaz.
- 3.- Justo.

Si analizamos nuestro sistema procesal penal a la luz de estos principios básicos que pueden ser utilizados para estudiar cualquier tipo de proceso no importando la naturaleza del conflicto, tenemos que:

A.- En cuanto a la igualdad de los intervinientes pareciera en abstracto si le diéramos un vistazo rápido a nuestro código procesal penal que encontraríamos igualdad entre los intervinientes, considerando que modernamente si bien el conflicto penal es entendido como un conflicto entre el estado y el imputado, de todas formas es necesario que la víctima tenga un grado de participación. Lo que podemos decir que ocurre, pero cuando examinamos el problema de la igualdad casuísticamente nos encontraremos que si bien la Constitución Política de la República es clara en su artículo 19 n° 3 inciso 2°, que dice: *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que señale la ley...”*, (sin que la constitución distinga si se trata de defensa solo del imputado u otro interviniente o parte no debiéramos distinguir como interpretes); nos encontramos en materia procesal penal con una real letra muerta, ya que si la víctima no puede procurarse asesoría jurídica, el estado nada hace y nos encontramos a diario en audiencias en donde los únicos abogados son del imputado y del Ministerio Público a través de los fiscales adjuntos. En suma el proceso penal chileno no es igualitario si de todos los intervinientes hablamos.

B.- La eficacia del sistema penal, es adecuada, el sistema demuestra un alto grado de eficacia en especial tratándose del juzgamiento de delitos graves. Todo esto se ve reflejado en la gran cantidad de condenas y personas privadas de libertad, ya sea por prisión preventiva o condenas efectivas. Parece que este objetivo es ampliamente cumplido por el nuevo sistema procesal penal chileno.

C.- la justicia del sistema es difícil valorarla, pero una cosa si se puede decir que las resoluciones tomadas tienen un alto grado de legitimidad debido al respeto a la persona del imputado en todos los ámbitos del proceso penal. El problema se vuelve a presentar cuando se investiga acerca de la participación efectiva de la víctima en el proceso penal, obviamente la víctima sin recursos y envuelta en un conflicto penal grave propio de un juicio oral. En estos casos para las víctimas de escasos recursos el sistema penal se convierte en un coto de impunidad según sus propias apreciaciones ya que no

conocen el sistema, nadie se los explica y no tienen posibilidad de participar adecuadamente en él.

IV.- Estado de nuestra legislación.

1.- La Constitución Política de la República.

Ya el artículo 1 inciso IV de nuestra Constitución señala: “El estado está al servicio de la persona humana...”, es decir tratándose del conflicto penal que es el propio estado quien debe establecer los procedimientos adecuados para lograr en este caso la igualdad de participación en el proceso penal a los diferentes intervinientes, en este caso que nos ocupa la víctima sin recursos.

Como señale con anterioridad el artículo 19 n° 3 inciso 2° de la Constitución eleva al grado de garantía constitucional la obtención de defensa jurídica gratuita a las personas que no puedan procurárselas por sí mismas, y es el inciso siguiente el 3° el que le da la tarea a la ley para dar la asesoría jurídica gratuita a quienes no la puedan obtener por sí mismos.

Chile nunca ha abordado seriamente esta garantía de la igualdad ante la justicia, salvo tratándose de la reforma procesal penal respecto de la defensa del imputado y ahora hace muy poco en el caso de la reforma procesal laboral a través de la defensoría laboral de los trabajadores. Este problema se ha solucionado mediante la práctica profesional de los futuros abogados, esto es los egresados de derecho a través de la Corporación de Asistencia Judicial y otras corporaciones y fundaciones que prestan asesoría jurídica gratuita. Pero en la reforma procesal penal el sistema es impracticable para las víctimas ya que la defensa de las víctimas debe ser a través de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión y, como sabemos las Corporaciones y fundaciones establecen sus servicios en egresados y no en abogados.

La situación se torna peor si leemos el artículo 20 de nuestra Constitución que contiene el llamado recurso o más bien acción de protección de garantías constitucionales y, descubrimos que la garantía de defensa jurídica gratuita para

quienes no puedan tenerla por sí mismas, no se encuentra contemplada como garantía a proteger por la acción constitucional.

Resumiendo no existe actualmente una defensa efectiva para la víctima sin recursos, lo que genera una discriminación evidente respecto de la víctima con recursos y para que hablar del resto de los intervinientes en el proceso penal. Podemos decir que tanto imputado como Ministerio Público siempre concurren a las actuaciones del procedimiento penal debidamente representados y la víctima solo cuando tiene los medios para ello.

V.- La Víctima y el Ministerio Público.

Como primer punto a despejar se debe indicar que el Ministerio Público no representa los intereses de la víctima, representa los intereses más bien del estado como persecutor penal, quien elige según sus criterios de políticas criminales a quien o no perseguir penalmente.

En los albores de la reforma procesal penal se planteo que el Ministerio Público pudiera incluso hasta interponer demandas a favor de víctimas, pero con muy buen criterio esas indicaciones no se plasmaron en el Código Procesal Penal. Las funciones del Ministerio Público se encuentran en el artículo 83 inciso 1° de la Constitución Política de la República y si bien parece que fueran dos, más bien es una función principal y otra marginal. La principal es dirigir la investigación (con todo lo que ello implica) y la secundaria es la protección de víctimas y testigos; digo que esta función es más bien secundaria porque así se ha desarrollado en la práctica.

Lo mismo se plantea en la ley orgánica constitucional del Ministerio Público (n° 19.640).

Pero donde realmente hay una distorsión del sistema es en el artículo 6 inciso 2° del Código Procesal Penal, que dice: *“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”*. Esto pareciera que debiera ser una tarea propia de quien ejerza la defensa de la víctima, pareciera que el legislador se

dio cuenta que era necesaria esta función y al no existir una defensa de la víctima se la otorgo al Ministerio Público. Pero hay que decir que el Ministerio Público poco se preocupa de la reparación de las víctimas, porque no es una función que la sienta como propia a pesar de ser establecida por ley, frente a conflictos prefiere su función principal.

VI.- Función del proceso penal.

En general las funciones u objetivos del proceso han sido:

- 1.- Resolver conflictos aplicando el derecho y
- 2.- Poner en vigor políticas estatales.

Ambas formas contienen rasgos especiales y contienen implicancias diversas, así: *“mientras una favorece la morfología de la competición (1), la otra prefiere la morfología de la investigación.”*⁴

Un primer punto a decidir en cuanto a los objetivos del proceso penal, es ponernos de acuerdo como sociedad que aspecto se van a tener presente en un futuro cambio legislativo dando lugar a una defensoría de víctimas, pues sin tener este tipo de defensoría, pareciera que prima en los objetivos del proceso penal actual la implementación de políticas estatales en desmedro de la participación de una categoría importante de ciudadanos como son las víctimas de conflictos penales.

Como he indicado anteriormente uno de los argumentos más reiterados para limitar la participación de querellantes en el proceso penal, es la baja efectividad de los mismos cuando participan. Al respecto hay que tener presente que todas las estadísticas que existen son hechas considerando la realidad, esto es una gran cifra negra de conflictos penales en donde no hay querellante porque la mayoría de las víctimas en el sistema penal no tienen los recursos para querellarse.

VII.- Rol del querellante en el proceso penal.

⁴ Las caras de la justicia y el poder del estado, Mirjan R. Damaska. Pag. 154, Ed. Jurídica de Chile 1° Edición 2.000.

El rol del querellante en el proceso penal fortalece el objetivo del proceso en este caso penal dando fuerza al proceso como una forma de solución de conflictos, equilibrando la balanza en este sentido ya que claramente la implementación de políticas públicas a través de dos instituciones muy poderosas que interactúan diariamente en los tribunales de garantía y de juicio oral; como son el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública que sin tener una estadística al respecto debe representar a la mayoría de imputados en el sistema penal. Acá claramente el Ministerio Público como ente autónomo realiza sus propias políticas criminales sin que los ciudadanos podamos controlar sus criterios, pues el control constitucional obviamente gira en torno a un eje diferente, más bien un comportamiento que linda con lo delictivo de las autoridades del Ministerio Público (Fiscal Nacional y Fiscales Regionales), no es un control de políticas criminales, el control podría ser más cercano con un querellante poderoso, como por lo demás lo son los derechos del defensor en el proceso penal. Desde otro punto de vista la Defensoría Penal Pública, como institución que se encuentra en constante contacto con el Ministerio Público muchas veces y en los casos de menos connotación (que son los de mayor ocurrencia) coopera con el órgano persecutor en la implementación de sus políticas criminales.

Un tema de mucho interés sería determinar si las políticas de servicio de la Defensoría Penal Pública se imponen a los intereses de los imputados, quizá fuera un tópico de interés para ser desarrollado con posterioridad.

Pero yendo de plano a las ventajas y el rol que tiene un querellante fuerte en un sistema penal moderno, puedo indicar entre otras:

1.- Equilibrar ventajas de los litigantes: Obviamente esto se obtiene proveyendo de armas similares a los litigantes.

Sin querellantes tenemos que el proceso penal se vuelve casi un ente aplicador de políticas públicas, tanto del Ministerio Público, como muchas veces también de la Defensoría Penal Pública. Esto último puede ser apreciado en los casos en que los abogados privados reciben clientes que previamente han sido representados por la Defensoría Penal Pública, los que siempre refieren que no entendieron nada de lo

ocurrido en las audiencias, se reunieron con sus defensores solo minutos antes de la audiencia, no tienen tiempo para contestarles sus dudas, etc.

Basta sólo mirar una audiencia para percatarse que el estado está en todas partes y con todos los intervinientes, menos con el querellante. Siempre hay un representante del Ministerio Público (el fiscal adjunto), con el imputado la mayor de las veces la Defensoría Penal Pública y el Juez de Garantía o los Jueces de Tribunal Oral (que si bien no son intervinientes son otra cara más del estado) y la víctima la mayor de las veces sola.

Con mucha seriedad podemos concluir que la víctima (sin recursos), no se encuentra en un estado de igualdad con el resto de los intervinientes. Lo que genera una distorsión en la visión que ellas tienen del sistema procesal penal, pues cuan diferente sería la visión de estas mismas víctimas si un abogado les explicara porque archivan provisionalmente su investigación (artículo 168 Código Procesal Penal), o aplican el principio de oportunidad a su caso (artículo 170 Código Procesal Penal). Actualmente lo que reciben es en un caso una carta del Ministerio Público en lenguaje conciso y técnico y por otra parte son participantes de una audiencia en donde nada comprenden, ya que en esos casos hasta puede estar la responsabilidad acreditada o ser acreditable; resultado de todo esto para las víctimas cotos de impunidad.

En suma como lo dice Mirjan R. Damaska: *“En un caso penal, por ejemplo, se puede preservar la imagen del proceso como competición (resolución de conflictos penales) sólo cuando se considera que el Fiscal del Estado representa a la víctima. Pero cuando el fiscal está equipado con poder para desestimar el interés de la víctima en beneficios de asuntos más amplios, se debilitan las premisas de los arreglos adversariales: los procedimientos ya no implicarán el conflicto de dos intereses de partes, sino más bien el conflicto entre el conjunto de intereses del Estado y el interés particular de un individuo.”*⁵

2.- Enriquecer el principio acusatorio-contradictorio: Este principio acusatorio en primer lugar implica una separación de funciones entre quien realiza la persecución penal

⁵ Las caras de la justicia y el poder del estado, Mirjan R. Damaska. Pag. 180, Ed. Jurídica de Chile 1° Edición 2.000.

(investiga y acusa) y quien conoce y juzga, en este principio el impulso procesal proviene del órgano persecutor y por otra parte el contradictorio implica que el resultado dado por una resolución judicial es fruto de una discusión en donde los intervinientes proponen con igualdad de armas sus argumentos de hecho y derecho.

Considerando que el Ministerio Público no representa a la víctima, como por ejemplo en otros países (ciertos estados de EE.UU.) en que los fiscales (autoridades) son electos por la ciudadanía (lugares en donde no existe la figura del querellante) y por lo tanto allí si representan a la víctima.

3.- Control del Ministerio Público e incluso del Tribunal: Como dije anteriormente en un estado en que las autoridades del órgano persecutor son elegidas, el pueblo controla al persecutor.

En Chile existen controles respecto del Ministerio Público que son sólo ante el mismo Ministerio Público, como por ejemplo frente a ineficiencia en la investigación (reclamo administrativo y reclamo judicial artículo 257 Código Procesal Penal).

Reclamo por formalización arbitraria (artículo 232 inciso 3° Código Procesal Penal) que es resuelta por el propio fiscal regional.

Responsabilidad del estado por conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias de fiscales adjuntos (artículo 5 Ley Orgánica del Ministerio Público).

Todo este sistema de control desde el punto de vista de la víctima se torna impracticable sin asesoría Jurídica.

Por último los controles son difíciles de ejercer incluso con asesoría jurídica y, actualmente el control por actuaciones erróneas del Ministerio Público han sido dadas mediante la intervención de los tribunales condenando en costas al Ministerio Público, sea por discusión de sobreseimientos definitivos o por sentencias absolutorias.

4.- Participación real y activa en el proceso penal de la víctima: Es claro que la víctima debe tener alguna participación en el proceso penal, habida cuenta que mediante el pacto social todos cedimos a favor del estado esta posibilidad de autotutelar y autocomponer nuestros conflictos, pero el negar de plano cualquier participación a la

víctima le quita legitimidad al proceso penal como ente encargado de solucionar conflictos penales, ya que precisamente el resultado debe ser uno en que por lo menos puedan ser escuchados todos los intervinientes en igualdad de condiciones.

Como lo he planteado la falta de un interviniente implica empobrecer el debate y atentar en contra del contradictorio.

VIII.- Argumentos en contra del fomento a la participación del querellante en el proceso penal.

Antes de proceder a señalar las desventajas que siempre se han planteado en contra de la participación del querellante en el proceso penal, o en su fomento en la participación, debo indicar que el sistema como se encuentra estructurado en Chile acepta la participación del querellante ya sea en la investigación (artículo 12, 111 y siguientes Código Procesal Penal), etapa intermedia (artículos 260 y siguientes Código Procesal Penal) y en el juicio oral (artículos 281 y siguientes Código Procesal Penal). Pero el problema de la existencia de querellante en el proceso penal chileno es un asunto de recursos, ya que no existe un sistema estructurado de defensoría de víctimas dado por el Estado, sólo si la víctima tiene recursos podrá presentar querrela o, sin los recursos si alguna organización u ONG podrá asumir su defensa; es decir la posibilidad de que exista querellante en el proceso penal es actualmente un problema de recursos económicos por parte de la víctima. Esto puede llevarnos a pensar que en Chile existen víctimas de primera y de segunda categoría.

En cuanto a los argumentos en contra del fomento del querellante en el proceso penal podemos mencionar los siguientes:

1.- Poco aporte del querellante a la decisión final y al proceso: Al respecto efectivamente hay estudios judiciales que apuntan hacia ese sentido, pero cabe preguntarse que en la mayoría de los casos penales el hecho que reviste caracteres de delito, la participación del imputado y por ende la pena no van a cambiar por el hecho de existir o no querellante.

No obstante aquello no existen estudios hechos sobre el punto contrario, cual es el aporte de un querellante al debate jurídico, en donde a mi entender muchas veces la calidad de la resolución judicial puede aumentar, quizás no el sentido.

Por otra parte estos estudios judiciales no indagan en el aporte de un querellante a la investigación, pues hay investigaciones en que la mayor parte de la carpeta es obra del querellante particular, como ocurre en muchas investigaciones de delitos económicos e incluso de delitos vinculados a la violencia intrafamiliar.

Pareciera desde otro punto de vista teniendo presente que hasta el año 2.010 del promedio total de casos ingresados al sistema penal, sólo el 3,5% de ellos llegaron a un juicio oral, tenemos que en el resto de los casos su término se produjo por archivos provisionales, facultad de no iniciar, principio de oportunidad, salidas alternativas, juicios simplificados y abreviados y decisiones de no perseverar en el procedimiento; entre otros. En estos casos si bien la decisión estaba tomada fundamentalmente por el Ministerio Público el querellante aporta con su presencia u opinión muchas veces una alta cuota de legitimidad al sistema.

En un estado democrático queda en evidencia que el sistema penal debe contar con altas cuotas de legitimidad como ocurre con las instituciones de la prueba ilícita, la presunción de inocencia con todas sus consecuencias en que claramente a veces no interesa tanto el resultado sino como se llega a ese resultado.

2.- Entorpecimiento de la investigación y el proceso: Este argumento es un tanto extremo y poco serio en el sentido que el querellante es uno de los intervinientes en el procedimiento investigativo y es parte en el proceso penal propiamente tal. Decir que estorba una investigación es una falacia ya que quien más que él querrá que la investigación sea suficientemente seria como para que el Ministerio Público y el propio querellante pueda fundar una acusación llegado que sea el momento.

También no se ha visto la importancia del querellante tratándose del principio de objetividad⁶ que tiene el Ministerio Público al desplegar su actividad de dirección en la investigación, así tendrá que investigar la teoría del caso planteada por el querellante y

⁶ Artículo 3 Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público n° 19.640.

el imputado y al contrastarla podrá llegar a conclusiones mucho más sólidas para uno y otro caso.

VIII.- Proyecto de reforma constitucional.

Con fecha 17 de mayo de 2011 se envió un proyecto de reforma constitucional cuyo sentido es crear una defensoría penal de víctimas, que agrega al artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República un nuevo inciso o párrafo 3°, que inserto a continuación: N° 726/SEC/11 Valparaíso, 17 de mayo de 2011.

Tengo a honra comunicar a Vuestra Excelencia que el Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República:

1. Efectúanse las siguientes enmiendas en el número 3° del artículo 19:

a.- Agrégase en el párrafo tercero la siguiente oración: “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.”.

b.- Intercálase el siguiente párrafo cuarto, pasando los restantes a tener el orden correlativo correspondiente: “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.”.

2.- Sustitúyese en el inciso primero del artículo 20, la primera vez que figura, la expresión “inciso cuarto” por “inciso quinto”.

Hago presente a Vuestra Excelencia que esta iniciativa tuvo su origen en una Moción de los Honorables Senadores señores Alberto Espina Otero, José García Ruminot y Baldo Prokurica Prokurica y de los ex Senadores señores Andrés Allamand Zavala y Sergio Romero Pizarro.

Puedo indicar respecto del proyecto que el sentido es quizás un tanto restringido, pues se trata sólo la defensa jurídica de las víctimas en el sistema penal y, tal vez se perdió una oportunidad valiosa para cambiar de una vez por todas la forma como el estado chileno enfrenta la demanda de asesoría jurídica de todas las personas que no pueden procurársela por sí mismas. Se soluciona sólo el aspecto penal y no la totalidad del sistema de asesoría jurídica. Él que ya en estos tiempos se encuentra totalmente obsoleto y sobrepasado, no es posible que la Corporación de Asistencia Judicial tenga en la base a egresados de derecho que asesoran directamente a particulares de

escasos recursos, se extraña que no se haya utilizado esta reforma para hacer el cambio radical que es necesario para igualar por fin a todas las personas ante la justicia. Sin embargo creo que estos cambios serán graduales, como por lo demás ha sido en las otras reformas en especial la procesal laboral, en que sin necesidad de reforma constitucional se creó la defensoría laboral de los trabajadores como un anexo de la Corporación de Asistencia Judicial y servida solo por abogados.

Habrà que esperar la implementación de la defensoría de las víctimas y como nota final llama profundamente la atención que este derecho consagrado ahora en la constitución no sea susceptible de reclamarse vía de acción de protección, como queda en la reforma antes indicada también al artículo 20 de la carta fundamental.

IX.- Conclusiones.

Como conclusiones se pueden indicar que:

- 1.- El anhelo de una defensoría penal de víctimas de delitos violentos (más graves) pareciera verse plasmada en el proyecto de reforma constitucional.
- 2.- En el rico debate que se ha producido durante todo lo que va del año 2.011, se ha impuesto la opinión de crear una defensa de víctimas de delitos graves, lo que sin duda va a cambiar el esquema de la actual acontecer en los Tribunales de la reforma procesal penal y en Ministerio Público.
- 3.- Es claro que el debate jurídico en los Tribunales de la reforma procesal penal será enriquecido por los querellantes e incluso habrá una mayor cantidad de forzamientos de acusaciones. Todo lo cual será interesante de ser estudiado para saber el real aporte del querellante al debate y persecución penal. A este respecto será importante unificar criterios jurisprudenciales a la hora que el Ministerio Público comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento⁷, sin previamente formalizar la investigación para permitir el forzamiento de la acusación por el querellante.
- 4.- Por último es palmario que con esta reforma el sistema penal completo adquiere más legitimidad aun de la que ya tiene y, se compara a sistemas europeos en donde la víctima adquiere también una importancia cada vez mayor.

⁷ Artículo 248 letra c) Código Procesal Penal.

X.- Bibliografía.

- 1.- Thomas Hobbes, Leviatán. Ed. El Libertador (1° Ed. 2.004) Buenos Aires.
- 2.- Mirjan R. Damaska. Las caras de la justicia y el poder del estado. Ed. Jurídica de Chile 1° Edición 2.000.
- 3.- Código Procesal Penal de la República de Chile.
- 4.- Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público n° 19.640.
- 5.- Proyecto de reforma constitucional sobre “Defensoría de Víctimas de Delitos Violentos” consultable en la siguiente dirección web: http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?5408
- 6.- Cuento “Ante la Ley” autor Franz Kafka consultable en la dirección web: <http://www.ciudadseva.com/textos/cuentos/euro/kafka/antela.htm>