



UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

El Querellante en los delitos de acción penal pública: análisis jurisprudencial 2005 -2006 en las comunas de Valdivia, Osorno y Puerto Montt.

Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado
En Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Memorista: Mario Luis Elgueta Saldivia.

Profesor Patrocinante: Ada Gajardo Pérez.

Valdivia
Febrero 2008.

SEÑOR ANDRÉS BORDALÍ S.

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO

PRESENTE

Valdivia, 10 de marzo de 2008.

Remito a Ud. la apreciación y calificación que me merece la Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales del alumno don Mario Luis Elgueta Saldivia, titulado, "El Querellante en los delitos de acción penal Pública: análisis jurisprudencial 2005-2006 en las comunas de Valdivia Osorno y Puerto Montt."

El índice anuncia las materias a tratar. Se aprecia en él una síntesis de los aspectos más relevantes para presentar su tesis y desarrollar sus conclusiones. Se aprecia íntegramente desarrollado en el trabajo.

La introducción anuncia con claridad la obra a realizar y las motivaciones que tiene para ello, el verdadero rol del querellante en el ejercicio de la acción penal, las actuaciones que le están permitidas, en una palabra, la finalidad práctica de la institución, más allá de su estructura procesal, que aparece como débil e incompleta.

Desarrolla el marco teórico con análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial adecuado.

Analiza la jurisprudencia acotada a determinados tribunales de tres comunas y un período que abarca dos años, habiendo analizado un total de 67 casos en que hubo participación de un querellante y que ilustra la importancia y resultado del querellante en el proceso.

El memorista en su trabajo hace una interesante propuesta, sosteniendo que el querellante debe mantenerse en nuestra legislación, dado el rol que corresponde al Ministerio Público en el ejercicio de la acción Penal, que limitado por el principio de objetividad hace, que con respecto a las víctimas, no pueda velar más allá de su seguridad y tranquilidad, pero no puede representar sus intereses en juicio, lo que hace importante que esta pueda convertirse en querellante.

Se hace cargo el trabajo, brevemente, acerca del proyecto que crea la Defensoría Penal de las Víctimas, por lo vinculado que se encuentra con asunto que analiza. Plantea, sin embargo, las dudas que le merecen los efectos que tal institución tendría en la estructura del proceso penal, tanto a nivel de sistemas de selectividad, como de desequilibrio de armas entre los intervinientes.

Las conclusiones a que arriba el memorista son interesantes y coherentes con el desarrollo de su tema, especialmente el análisis jurisprudencial que realizó, la incursión del querellante en el proceso penal, resulta poco operativa y si bien necesita cambios, estos deben hacerse con cautela, teniendo en consideración el rol que el mismo proceso asigna a los otros intervinientes y el proceso de selección propio del ministerio público.


Me parece que el alumno enfrentó el tema con interés, se documentó bien y logra ofrecer, en una síntesis bastante completa, un tema de tremenda actualidad e importancia y estimo que es un buen aporte de material jurídico.

El desarrollo de la obra lo hace fácil de leer y de entender, tiene un desarrollo lógico y una bibliografía adecuada y propongo como calificación

un seis coma cinco (6.5)

El trabajo está autorizado para empaste.

Saluda atte. a Ud.



ADA GAJARDO PÉREZ.
PROFESORA PATROCINANTE

ÍNDICE.

Pág.

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CAPÍTULO PRIMERO: Origen del Querellante en el Nuevo Sistema. Críticas. Precisiones conceptuales tanto a nivel legal y doctrinal. Titularidad. Derechos que confiere. Clasificación.	
2.1. Origen del Querellante en el Nuevo Sistema. Críticas	5
2.2. Concepto de Querellante a nivel legal y doctrinal. Titularidad	9
2.2.1. Titularidad de la querella.....	10
2.2.1.1. Situación del Querellante servicio público con el nuevo artículo 111 inciso 3°.....	12
2.3. Principales derechos del Querellante.....	12
2.4. Clases de Querellante. Sistema Chileno	13
2.5. Situación del Querellante en el Derecho Comparado. Caso español, alemán y argentino.....	14
2.5.1. España.....	14
2.5.2. Alemania.....	15
2.5.3. Argentina.....	16
3. CAPÍTULO SEGUNDO: Análisis jurisprudencial sobre la participación del Querellante en el marco del juicio oral.	
3.1. Aspectos generales.....	17
3.2. Análisis Jurisprudencial.....	19
3.2.1. Análisis cuantitativo.....	19
3.2.2. Breve comentario a lo observado en los fallos	23
3.2.2.1. Sobre la participación de querellantes servicios públicos	23
3.2.2.2. Forzamientos de la Acusación	24
3.2.2.3. Sobre el ejercicio de acciones civiles	24
4. CAPÍTULO TERCERO: Propuesta de <i>lege ferenda</i> sobre la regulación del Querellante en el nuevo proceso penal: Mantenimiento de la institución. Argumentos. Breve referencia sobre proyecto de Defensoría Penal de las víctimas.	

4.1. Nuestra propuesta.....	25
4.1.1. Argumentos normativos para mantener la figura del querellante en nuestro derecho.....	25
4.1.2. Razones de política criminal para mantener la figura del querellante en el proceso penal: La posición de la víctima en el proceso penal y la influencia de la victimología.....	28
4.2. Breve referencia sobre el proyecto que crea la Defensoría Penal de las Víctimas.....	29
5. CONCLUSIONES.....	31
6. BIBLIOGRAFÍA.....	33

1. INTRODUCCION

El ejercicio de la acción penal pública plantea discusiones que no ofrecen soluciones uniformes sobre su regulación. En nuestro país la Constitución Política de la República no otorga la exclusividad en el ejercicio de la acción penal pública al Estado, lo que deja abierta la posibilidad de que otros sujetos se transformen en titulares de la referida acción.

En nuestra Carta Fundamental, desde la Reforma introducida por la Ley 19.519, existe un órgano encargado de ejercer la acción penal pública como lo es el Ministerio Público, pero no de modo exclusivo, pudiendo otros sujetos ejercerla. Es así como el Código Procesal Penal en su artículo 53 señala que la acción penal pública además de ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, *“Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código”*, contemplando la figura del querellante y además otorgándole la calidad de interviniente en virtud del artículo 12. En este punto planteo la siguiente pregunta: ¿era necesario haber incluido al Querellante como titular alternativo de la acción penal pública existiendo un órgano constitucionalmente encargado de tal función, y que además debe ejercerla de oficio? La respuesta a esta inquietud debe tomar, en primer lugar, consideraciones dogmáticas que la doctrina procesal penal aporta al tratar este tema. Por ello comenzaremos esta investigación con el marco teórico sobre este sujeto procesal, precisando su concepto, describiendo y analizando su inclusión en el nuevo sistema, los derechos con los que cuenta y las clases de querellantes que la doctrina y las legislaciones nacional y extranjeras distinguen y la opción tomada por nuestro legislador en este punto. Además observaremos la regulación del Querellante en el derecho comparado donde analizaremos tres modelos que fueron observados por nuestro legislador al elaborar el nuevo Código, como son Argentina, España y Alemania.

Pero además, para responder nuestra inquietud, debemos adoptar consideraciones prácticas sobre su inclusión, vale decir, sabiendo que se encuentra regulado, analizaremos su participación en el marco de la nueva reforma. Para ello nos adentraremos en un estudio jurisprudencial que tendrá por objeto describir la participación del Querellante en el contexto del Juicio Oral; para ello analizaremos las sentencias de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal de las comunas de Valdivia, Osorno y Puerto Montt de los años 2005 y 2006 en aquellos fallos donde estuvo presente el Querellante.

Hemos optado por analizar el comportamiento del querellante en el Juicio Oral, por cuanto el nuevo sistema está estructurado para que dicha etapa procesal, tal como lo expresa el propio mensaje del código, sea la etapa central del procedimiento donde llegan las causas con mayor penalidad aplicable, lo que nos permite deducir que las causas que allí se ventilen tratarán sobre delitos que se encuadran en los de acción penal pública que son los ilícitos en los que se discute

la presencia de este sujeto. Nuestro análisis se va a centrar en las pretensiones que el querellante formule en dichas causas, comparándolas con las solicitudes del acusador público, y en qué medida esas pretensiones son o no recogidas por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, exponiendo los datos que resulten de dicha observación y su análisis a través de los recursos estadísticos pertinentes. Este análisis busca analizar la trascendencia del querellante en su participación como titular de la acción penal pública.

Luego, en la tercera parte de nuestra investigación, propondremos, a la luz de todos los antecedentes analizados, una respuesta a la pregunta de si el querellante debe o no estar regulado como un eventual acusador en delitos de acción pública, por lo cual este capítulo va a constituir una propuesta de *Lege Ferenda* sobre la situación del querellante en nuestro ordenamiento procesal penal, haciendo una breve referencia a la reciente propuesta de creación de una Defensoría Penal de las Víctimas.

Finalmente elaboraremos las conclusiones de nuestra investigación.

2. CAPÍTULO PRIMERO: Origen del querellante en el Nuevo Sistema. Críticas. Precisiones conceptuales tanto a nivel legal y doctrinal. Titularidad. Derechos que confiere. Clasificación.

2.1. Origen del querellante en el Nuevo Sistema. Críticas.

La Reforma Procesal Penal en nuestro país dejó atrás al sistema inquisitivo que consagraba el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906 trayendo consigo la instauración del modelo acusatorio de persecución penal, el cual, posee como característica siguiendo a DEL RÍO “...*el que sean personas distintas las que cumplen con las tres funciones de defender, acusar y sentenciar*”.¹ En este sentido, y siguiendo a PÉREZ GIL la acusación es “*una afirmación realizada por un sujeto diverso al órgano jurisdiccional sobre los pre supuestos legalmente exigibles para el enjuiciamiento de un determinado sujeto por un hecho concreto*”² Ahora, la función de acusar, que es la que a nosotros nos interesa en esta investigación, se concreta a través del ejercicio de la acción, en este sentido según HORVITZ Y LÓPEZ “*ejercer la acción penal, stricto sensu, significa formular la acusación*”³, acción penal que, en nuestro país, en conformidad a los artículos 53 y 54 del nuevo Código Procesal Penal se clasifica en pública, privada y pública previa instancia particular. En cuanto a la acción penal pública, como lo señala ROXIN esta se distingue de las demás por cuanto existe un interés público comprometido.⁴ En nuestro país en relación a la acción penal pública es importante destacar que una de las atribuciones con las que cuenta el Ministerio Público, por mandato constitucional, es precisamente el ejercicio de dicha acción de conformidad a la ley, ejercicio que no es exclusivo de este órgano; en este sentido, como ha sostenido PIEDRABUENA “*...la Constitución no establece que sea una atribución exclusiva porque también el ofendido por el delito y otras personas pueden ejercer tal acción.*”⁵ Corroborando lo anterior, lo sostenido por CORREA cuando señala “*la acción penal pública debe ser ejercida de oficio por el Ministerio Público y también puede ser ejercida por las personas que determine la ley de acuerdo a las normas del código*”⁶, por lo tanto, queda claro que en nuestra actual legislación la titularidad de la acción penal pública no es exclusiva del Ministerio Público, dejando nuestra propia Carta Fundamental abierta la posibilidad de que otras personas puedan ejercerla.

Es en este momento en el que toma relevancia la figura del querellante particular como uno de los sujetos autorizados por la ley para ejercer la acción penal pública. Así lo permite nuestro

¹ Del Rí, C., y Rojas, F., *De la Reforma Procesal Penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1999, p.75.

² Pérez Gil, J., *La acusación popular*, Editorial Comares, Granada, 1998, p.304.

³ Horvitz, M. I., y López Masle, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, tomo I, p.147.

⁴ Cfr. Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp.85-86.

⁵ Piedrabuena, G., “Rol del Ministerio Público en el Nuevo Proceso Penal” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, año 2003, p.12.

⁶ Correa, J., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2005, p.97.

Código Procesal Penal que lo incluyó otorgándole inclusive el carácter de interviniente en el nuevo proceso en conformidad al artículo 12 del mismo cuerpo legal, regulándolo de modo detallado como sujeto procesal en los artículos 111 y siguientes.

En este punto es pertinente destacar que la inclusión de este interviniente en el nuevo Código no fue un tema exento de discusión, por el contrario, hubo bastante controversia que se centró en si se debía o no incluirlo en la Reforma. Esta discusión tiene como origen el hecho de que en el mensaje inicial del proyecto de la ley 19519, que introdujo al Ministerio Público dentro de nuestra Carta Política asignándole sus principales funciones, se le otorgaba a este órgano el monopolio en el ejercicio de la acción penal pública, quedando por lo tanto descartada la intervención de otros sujetos en dicho ejercicio.⁷ Con esto queda de manifiesto que en sus inicios, la figura del querellante, en materia de delitos de acción penal pública quedaba descartada, más aun si observamos la discusión parlamentaria en este punto, se aprecian opiniones contradictorias: por un lado opiniones como las del entonces Senador VIERA-GALLO quien sostuvo “...la filosofía de la reforma del sistema procesal penal es que el monopolio de la acción penal pertenece al Ministerio Público, de manera tal que el afectado por un delito no puede acudir directamente ante un tribunal y ejercerla. Para precaver que el Ministerio Público no ejerza la acción penal pública se estableció un recurso ante el juez de control de la instrucción, que es el que decide si se ejerce o no se ejerce la acción” agregando que “...el texto de la Reforma Constitucional permite la desnaturalización del proceso penal como ha sido concebido, ya que consagra dos caminos para el ejercicio de la acción penal...”⁸ y por otro lado opiniones manifestadas por la Senadora FELIÚ quien sostuvo que “...estoy en absoluto desacuerdo con el hecho de que establecer un Ministerio Público signifique la prohibición y el término de la acción penal pública o popular. Para Chile, al revés de lo que sucede en otros países, el Ministerio Público constituye una experiencia nueva. De modo que provocar un cambio que signifique alteraciones en muchísimos aspectos no me parece conveniente, menos todavía a nivel constitucional. Pienso que, por lo menos en el primer momento de este cambio de sistema, es bueno conservar una plena acción penal pública, tal como la existente hoy día. Ello no es inconciliable con la existencia del Ministerio Público.”⁹ En el mismo sentido el Senador OTERO señaló que “...para que por ninguna ley pueda quitarse a las personas el derecho a ejercer la acción, se incluyó el inciso en referencia. De manera que al eliminarlo se producirá el efecto de que, según el Código de Procedimiento Penal, tranquilamente podría eliminarse el derecho en cuestión respecto de todas las personas...”¹⁰

⁷ Cfr. Manaud, M.E., “Participación por el Consejo de Defensa del Estado en procesos regidos por el nuevo Sistema Procesal Penal” en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, en www.cde.cl/getFilePublic.php?id=25385&code=salhesg3PvsRY

⁸ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, citada por Maturana, C., et al., *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia sistematizada y concordancias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, tomo IV, p.103.

⁹ *Ibid.* pp. 91-92.

¹⁰ *Ibid.* p.92.

Ahora, en doctrina nacional, la inclusión del Querellante como conductor alternativo de la acción penal pública también ha sido objeto de discusión, algunos autores han sostenido que una de las críticas frecuentes que se hace a la reforma es que se esperaba que con la abolición del viejo sistema inquisitorio desaparecieran algunas de sus instituciones emblemáticas como lo es el Querellante pero que “...sin embargo, la reforma procesal penal no obró maravillas en este punto”¹¹ mientras que otra doctrina destaca que esta discusión se debe a que se pensaba que incluirlo rompía la estructura de un sistema acusatorio, en donde por una parte participa el Estado persecutor penal, bajo la figura del Ministerio Público, frente a la figura del Imputado, con un conjunto de garantías, pero lo que finalmente pesó fue el hecho de que la figura del Querellante formaba parte de la tradición jurídica nacional y además que su intervención a través de su participación en el proceso era una vía para obtener reparación al derecho de la víctima¹². Esto último resulta relevante a la hora de encontrar posibles respuestas a la pregunta de por qué se incluye al Querellante al nuevo sistema, pues como lo señalan HORVITZ Y LÓPEZ uno de los principales objetivos de la nueva reforma, consagrados en el mensaje del nuevo Código, es promover los intereses concretos de las víctimas de los delitos, otorgando una serie de derechos a las víctimas, entre ellos, a interponer querrela¹³, estos intereses concretos son incluso considerados por autores como uno de los principios básicos que inspiran la nueva reforma y que estaría consagrado legalmente en el artículo 6° del Código Procesal Penal referido a la protección a la víctima¹⁴, a esto me parece pertinente citar la propia opinión del Fiscal Nacional PIEDRABUENA quien sostiene que cuando la Carta Fundamental deja abierta la posibilidad de que otros sujetos puedan ejercer la acción penal pública lo que se está haciendo es “...consagrar una especie de derecho constitucional autónomo a la pretensión, que no es sino el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de los ofendidos por el delito...” agregando que “...lo anterior podría resumirse como el derecho a activar el proceso”¹⁵ en este mismo sentido TAVOLARI luego de efectuar una clasificación de los derechos de la víctima reconoce a la querrela como el medio más efectivo de ejercer el derecho de intervención.¹⁶

Pero además de las críticas relativas a la compatibilidad del Querellante con el nuevo sistema, sin dudas la más tradicional de las críticas doctrinales en relación a la presencia del Querellante en el ejercicio de la acción penal pública es aquella que sostiene que se produce una especie de privatización del conflicto penal (conflicto en el que como ya dijimos en materia de acción penal

¹¹ Castro, J., “La víctima y el querellante en la reforma procesal penal” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, tomo XXV, año 2004, p.137.

¹² Cfr. Benítez, J., “La suspensión del cómputo de prescripción de la acción penal pública en el código procesal penal”, en *Revista Procesal Penal*, N°41, Editorial LexisNexis, año 2005, p.17.

¹³ Cfr. Horvitz, M. I., y López Masle, J., Ob.cit., p.281.

¹⁴ Rojas, S., y Contreras, L., “Las acciones civiles en el Código Procesal Penal”, en *La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal*, Ministerio Público, Editorial Fallos del Mes, 2003, p.242.

¹⁵ Piedrabuena, G., “La Constitución y los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal chileno”, en *La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal*, Ministerio Público, Editorial Fallos del mes, 2003, p.33.

¹⁶ Cfr. Tavolari, R., *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos.*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p.306.

pública existe un interés público comprometido, es decir, las razones que determinaron el ingreso de este conflicto al ámbito del derecho penal obedecen a razones preventivas generales).¹⁷ En esta línea argumentativa ARMENTA señala que la utilización de esta figura “...desnaturaliza las finalidades propias de un proceso penal al obedecer a intereses particulares de venganza, políticos o personales.”¹⁸ Pero esta crítica también ha tenido su respuesta señalándose que la figura de la víctima vengativa en realidad es un prejuicio que no se encuentra demostrado, y que incluso, las investigaciones empíricas que se han realizado demuestran que lo que la víctima persigue en realidad es la reparación, reparación que puede incluso cumplir funciones de retribución.¹⁹

Habiendo expuesto tanto la discusión parlamentaria como algunos argumentos doctrinales a favor y en contra sobre el tema de la inclusión del querellante como titular de la acción penal pública, a continuación señalaremos que, a nuestro juicio, las principales razones que tuvo en cuenta el legislador al incluirlo fueron las siguientes:

1° Por una razón que obedece a mantener una tradición jurídica nacional²⁰. No debemos olvidar que nuestro antiguo Código de Procedimiento Penal, vigente desde 1906, otorgaba una titularidad amplia para deducir querrela en virtud del artículo 15 de dicho código, por lo tanto, habiendo tenido el citado cuerpo legal casi un siglo de vigencia, junto con él se mantuvieron las instituciones jurídicas que ese cuerpo normativo consagraba, en este caso el querellante.

2° La segunda razón la deduzco de la propia discusión parlamentaria es que se aprecia una evidente desconfianza en el funcionamiento de una institución que nace en el marco de la nueva justicia penal, hablo del Ministerio Público y en base a esto es que no se otorga el monopolio en el ejercicio de la acción penal pública a este órgano. Esto último nos motiva a citar al autor español PEDRAZ cuando refiriéndose a la participación popular en la persecución criminal sostiene que “...subyace la creencia en que el sistema de acusación por el órgano público institucionalizado será insuficiente y/o no objetivo para perseguir con todos los medios esas infracciones...que la participación ciudadana permitirá una aplicación histórica, es decir de acuerdo con la sensibilidad social del momento, lo que sugiere que fiscal y juez están a espaldas de la realidad y/o que lo está la ley por la que han de regirse.”²¹ Esta última cita es pertinente traerla a nuestra discusión porque a mi entender lo que nuestro legislador tuvo fue esta creencia de la que habla PEDRAZ de la eventual insuficiencia del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción penal pública.

¹⁷ Cfr. Horvitz, M.I. y López Masle, J., ob. cit., p.290.

¹⁸ Cfr. Armenta, T., “La reforma del Proceso Penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal” en http://www.esmp.sp.gov.br/publicacoes/revista_2.pdf (2001)

¹⁹ Horvitz, M.I. y López Masle, J., ob. cit. p. 291.

²⁰ Benítez, J., op.cit. p.17.

²¹ Pedraz, E., “Participación popular en la Justicia Penal”, en *Revista de Derecho*, Vol. 10, Universidad Austral de Chile, 1999, pp.67-93.

3° Finalmente los legisladores estimaron que la posibilidad de ejercer alternativamente la acción penal pública viene a ser “...una concreción de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3° del artículo 19 de la Constitución, teniendo en cuenta que claramente el Fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpaado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción, en términos que, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, puedan accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal.”²² Lo anterior nos demuestra que el legislador al regular al Querellante lo situó en el marco del otorgamiento de derechos a la víctima, lo cual queda confirmado de la lectura del artículo 109 del Código que establece los derechos de la víctima entre los cuales se encuentra en la letra b) de dicha norma el derecho a presentar querrela.

2.2. Concepto de querellante a nivel legal y doctrinal. Titularidad.

Situados en nuestra realidad jurídica, nuestro Código Procesal Penal no nos entrega un concepto de querellante, limitándose a señalar quienes pueden interponer querrela, cuestión que se refiere a su titularidad, aspecto que veremos enseguida.

Al no encontrarse el concepto de este sujeto procesal, recurriremos a su sentido natural y obvio, de acuerdo al concepto que nos entrega el diccionario de la Real Academia Española, para el cual la palabra Querellador viene a significar “*Que se querrela.*” Y para la palabra Querrela el mismo texto nos dice que es “*Acusación ante juez o tribunal competente, con que se ejecuta en forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito*”

En doctrina citando a NUÑEZ diremos que es querellante “*el particular que siendo la víctima del delito, por sí o por medio de su representante legal o su heredero testamentario, en caso de incapacidad, promueve la acción penal con el objeto de constituirse en parte acusadora en el procedimiento criminal*”.²³ Este concepto entregado por NUÑEZ está claramente tomando en cuenta la titularidad de la querrela, por lo cual habría que complementarlo con el Querellante servicio público del inciso 3° del artículo 111 del Código, incorporado con la reforma del año 2005. Mientras para HORVITZ y LÓPEZ MASLE “*Querellante es la víctima, su representante legal o su heredero testamentario, así como las personas que se individualizan en el artículo 111 incisos 2° y 3° CPP, que al interponer querrela en el procedimiento penal y mientras ella se encuentre vigente tienen los derechos y facultades que la ley procesal penal les acuerda*”.²⁴ En doctrina comparada encontramos el concepto dado por MAIER quien señala “*Se denomina entre*

²²1° Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, citado por Maturana, C., ob. cit. p. 90.

²³ Núñez, J.C., *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p.229.

²⁴ Horvitz, M.I. y López Masle, J., ob. cit. p.304.

nosotros Querellante a la persona que, además del Ministerio Público Fiscal, está autorizada por la ley a perseguir penalmente en un procedimiento penal” agregando que “...existen, sin embargo, otras formas de nombrarlo: *acusador particular, para diferenciarlo del acusador privado, según intervenga en un procedimiento por delito perseguible de oficio o por delito de acción privada.*”²⁵ Esta última afirmación de MAIER, al referirse al “acusador privado”, que podríamos homologarla a nuestra legislación al Querellante en delitos de acción penal privada, que se regula en nuestro actual Código en el procedimiento establecido en los artículos 400 y siguientes denominado “Procedimiento por delito de acción privada”, procedimiento en el cual como señala HORVITZ y LÓPEZ MASLE el Querellante “*Es acusador exclusivo y excluyente...*”.²⁶ Como señalan estos mismos autores las acciones penales privadas se vinculan más bien a delitos de escasa gravedad o en que el daño o afectación al bien jurídico es insignificante, por lo que la persecución penal a esos delitos se deja entregada al titular de dichos bienes jurídicos²⁷ no generándose por ende, mayor discusión en este punto.

2.2.1 Titularidad de la querrela.

El artículo 111 de nuestro Código señala quienes pueden interponer querrela y en base a dicha norma podemos distinguir 2 tipos de Querellante: en primer lugar, el *Querellante persona particular* que comprende los 2 primeros incisos del artículo 111, vale decir la víctima, su representante legal o su heredero testamentario y cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de los hechos punibles allí descritos y, en segundo lugar, *el Querellante servicio público* que es la situación descrita en el inciso tercero, el cual señala que “*Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes*”.

2.2.1.1 Situación del Querellante servicio público con el nuevo artículo 111 inciso 3°.

Este inciso tercero fue incorporado por la reforma al Código Procesal Penal a través de la ley 20074 publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2005. Este inciso tercero vino a reemplazar al original que prescribía “Asimismo, podrá deducir querrela cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la región, respecto de delitos cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto”. Bajo la vigencia de este inciso tercero y final se plantearon dudas acerca de si lo dispuesto por la norma habilitaba a los servicios públicos para presentar querrela sobre delitos que a juicio de tales órganos afectar en intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto, o bien se requería de norma

²⁵ Maier, J., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Tomo II, Buenos Aires, 2004, p.680.

²⁶ Horvitz, M.I. y López Masle, J., ob. cit. p.308.

²⁷ *Ibid.*

expresa que habilitara a los servicios públicos a presentar querrela.²⁸ Estas dudas interpretativas dieron lugar a jurisprudencias contradictorias sobre este punto, en algunos casos las querrelas presentadas por servicios públicos fueron declaradas inadmisibles basándose dichos fallos en los artículos 6 y 7 de la Constitución ya que los órganos públicos sólo pueden actuar válidamente si hay norma expresa que los faculte para sostener la acción penal, siendo insuficiente la personalidad jurídica invocada, pero en otros fallos las querrelas de los servicios públicos fueron declaradas admisibles.²⁹ Además el tema fue tratado en diversos oficios instructivos del Fiscal Nacional, entre los años 2000 y 2004, oficios que siempre mantuvieron el criterio de que no tenían los fiscales la facultad de oponerse a la intervención de los órganos estatales como querellantes producto de la dificultad interpretativa del precepto y de la ausencia de recursos para impugnar una eventual oposición. Pero el nuevo inciso tercero y final, anteriormente citado, viene a solucionar esta controversia, ya que de acuerdo a la modificación introducida e incorporada en forma unánime en el segundo trámite constitucional en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado sólo pueden querellarse los órganos o servicios públicos que gocen de personalidad jurídica, estando por lo tanto capacitados para actuar en juicio, y que estén expresamente facultados en sus leyes orgánicas respectivas para constituirse en querellantes en ciertas materias, es decir que se les haya encomendado dentro de sus funciones el poder ejercer acciones penales.³⁰ Con lo cual queda claro que la intención del legislador es restringir la titularidad de la querrela ya que con la vigencia del artículo 111 inciso tercero original, en principio ningún órgano o servicio se veía en principio excluido a presentar querrela bajo la amplia causal de que se afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto. En la tramitación de esta enmienda, el Senador Espina explicó que “...la actual redacción de este inciso es muy amplia y que la acción penal sólo debe ser ejercida por el Ministerio Público, por la víctima y, en casos excepcionales, por un organismo público si su propia ley lo faculta en tal sentido.” En la propia historia legislativa de la ley 20074 se señala que la finalidad perseguida con la reforma fue restringir la titularidad de la acción penal sólo al Ministerio Público, la víctima, y en casos excepcionales a un organismo público si la propia ley lo faculta en tal sentido, se sostuvo que lo contrario implicaría abrir la posibilidad a acciones populares, que servirían solo como estrategias comunicacionales de grupos políticos que en nada ayudan al desenvolvimiento del procedimiento criminal.³¹ En este mismo sentido, se señaló que “permitir querrelas populares es actuar como si el Ministerio no existiera. Si los organismos técnicos tienen aportes que hacer en el proceso deben asumir el papel de coadyuvantes de la labor del Ministerio Público, pero no deben actuar como querellantes”³². Confirmando esta idea el propio Fiscal Nacional acotó que la expresión “intereses sociales relevantes” era poco clara y

²⁸ Cfr. Ministerio Público. Fiscalía Nacional, *Reforma Procesal Penal. Oficios del Fiscal Nacional. Modificaciones al proceso penal ley 20074*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p.32.

²⁹ *Ibid.* p.33.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.* p.34.

³² *Ibid.* p. 36.

que debía ser eliminada.³³ Queda claro luego de esta enmienda que no existe en nuestro país la acción popular en delitos de acción penal pública, cuestión discutida durante la vigencia del hoy derogado inciso tercero del artículo 111.

2.3. Principales derechos del Querellante.

En conformidad al artículo 112 del CPP una vez presentada la Querrela, mientras el fiscal no declare cerrada la investigación, y admitida a tramitación el querellante podrá hacer uso de los derechos que le confiere el artículo 261 del mismo cuerpo legal, esto es:³⁴

- Dispone de la facultad de acusar en forma independiente.
- Adherir a la acusación formulada por el Ministerio Público.

En ambos casos debe presentar un escrito y de acuerdo al contenido de esa acusación, esta será una nueva acusación del querellante o una mera adhesión a la acusación fiscal.³⁵ Ahora, para determinar cuando estamos ante una nueva acusación debemos encontrarnos ante una de estas situaciones:

a) Plantear una calificación jurídica distinta a la formulada por el Fiscal, ahora, no debemos olvidar que aunque pueda plantear una calificación jurídica diferente no puede apartarse de los hechos por los cuales se investiga y que fueron objeto de la formalización de la investigación, cumpliendo así con el *principio de congruencia*.

b) Puede plantear que el acusado tuvo una forma de participación en el delito distinta a la planteada por el acusador fiscal, como señala CAROCCA esto se traducirá a que en la práctica el querellante planteará que al acusado al que se le imputa por parte del fiscal la calidad de cómplice o encubridor en realidad le corresponde una forma de participación más grave, es decir, como autor o cómplice.

- Puede además y siempre por escrito, manifestar los defectos formales que presente el escrito de acusación solicitando que dichos defectos sean corregidos.

- En nuestro derecho el Querellante cuenta además con la facultad de forzar la acusación de conformidad al artículo 258 del Código Procesal Penal, es decir, que el querellante puede oponerse ante la solicitud del fiscal de sobreseer, y de esa manera seguir adelante con el

³³ Íbid.

³⁴ Vid. Carocca y otros., *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000, pp.193 y ss.

³⁵ Íbid.

procedimiento a pesar de la voluntad del fiscal del Ministerio Público de no perseverar en él de acuerdo al artículo 248 letra c) del citado cuerpo legal, todo esto con la decisión conforme del Juez de Garantía, quien también podría no dar lugar a la solicitud del Querellante y decretar el sobreseimiento correspondiente (art.258 inciso 3°).

- Puede ofrecer pruebas tanto cuando adhiere a la acusación fiscal, como, y con mayor razón, cuando formula acusación independiente del fiscal, debiendo cumplir con los mismos requisitos formales que el fiscal en la presentación de sus pruebas.³⁶

- Finalmente, podrá también el querellante particular deducir demanda civil, aunque también puede reservarla para el juicio ordinario de carácter civil, de acuerdo a las normas generales de este tipo de responsabilidad.³⁷

2.4. Clases de Querellante. Sistema Chileno.

De acuerdo a la forma en como este sujeto procesal interviene en el proceso penal y siguiendo a BINDER en derecho comparado se suelen distinguir 3 clases de participación del Querellante en el proceso penal: El Querellante conjunto adhesivo, el Querellante conjunto autónomo y el Querellante privado³⁸, veamos en qué consiste cada una de estas formas de participación.

- a) El Querellante conjunto adhesivo: Es aquel que solo puede adherir a la acusación fiscal, siendo su intervención siempre accesoria a la del Ministerio Público estando vedada toda posibilidad de actuación autónoma en el proceso. De este modo si el fiscal no acusa o no interpone recursos contra la sentencia al Querellante adhesivo le está vedado hacerlo, es decir solo es un colaborador y una forma de control externo hacia el Ministerio Público.³⁹
- b) El Querellante conjunto autónomo: en este caso el Querellante tiene atribuciones similares a las del Ministerio Público y las ejerce de modo paralelo y con autonomía, esto trae como consecuencia que el Querellante puede acusar aunque el fiscal no lo haga.
- c) El Querellante Privado: Es aquel que interviene en los delitos de acción penal privada, situación regulada en nuestro derecho en los artículos 400 y siguientes del código procesal penal. En este caso es el Querellante el que tiene a su cargo la persecución penal ya que en este procedimiento no interviene el Ministerio Público.

³⁶ Íbid. p. 195

³⁷ Íbid.

³⁸ Cfr. Binder, A., citado por Horvitz y López Masle, J., ob. cit. pp. 305 y ss.

³⁹ Íbid.

Ahora corresponde preguntarse cuál modelo de Querellante sigue nuestra legislación en materia de acción penal pública, ¿es un Querellante adhesivo o autónomo?

Creemos que se trata de un Querellante Mixto, ya que por un lado claramente se le permite adherir a la acusación fiscal, pero no podemos sostener que estamos pura y simplemente ante un Querellante adhesivo, esto porque se permite a este sujeto procesal forzar la acusación si el fiscal no lo hace. Pero tampoco podríamos decir que estamos ante un Querellante autónomo, en primer lugar porque la acusación del Querellante presupone la del fiscal, en segundo lugar, porque esta facultad que se le da al Querellante en virtud del artículo 258 del Código Procesal Penal no es absoluta ya que depende de la decisión final del Juez de Garantía y, por último, porque claramente el Querellante no cuenta en nuestro sistema con atribuciones similares a las del Ministerio Público.

2.5 Situación del Querellante en el Derecho Comparado. Caso español, alemán y argentino.

2.5.1. España.

En el ordenamiento procesal penal español la legitimación ordinaria para acusar recae en el Ministerio Fiscal, en efecto, siguiendo a PÉREZ GIL es este órgano *“la institución especializada orgánica y funcionalmente encargada de su materialización a la práctica”*⁴⁰, así lo establece el artículo 124.1 de la Constitución española, donde se le confiere al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, así como la de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

Pero en el derecho español, la acusación fiscal puede coexistir con 2 acusaciones: La acusación particular, regulada en el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que le va a corresponder al ofendido por el delito de que se trate. Pero además y siguiendo a ARMENTA la peculiaridad del caso español en materia de ejercicio de la acción penal pública se centra en la existencia de la acción popular donde se atribuye el ejercicio de la acción penal no solo al Ministerio Fiscal y a la víctima ofendida por el delito, sino además según el artículo 270 de la LEC, *“...a todo ciudadano español que la ejercite de acuerdo a las prescripciones de la ley”*⁴¹, con lo cual diremos que el único límite para el ejercicio de la acción popular está dado por el hecho de ser ciudadano español. Los extranjeros pueden eventualmente ejercer la acusación *“...por los delitos cometidos contra su persona o bienes,*

⁴⁰ Pérez Gil, ob.cit. p.346.

⁴¹ Cfr. Armenta, T., “La reforma del Proceso Penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal” e n http://www.esmp.sp.gov.br/publicacoes/revista_2.pdf (2001).

o las personas o bienes de sus representados”, y tal ejercicio se realizará previo depósito de una fianza de acuerdo al artículo 280, a menos que se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 281 inciso 2º, esto es exención según tratados internacionales o por aplicación del principio de reciprocidad.⁴²

Como podemos observar, en España la titularidad de la acción penal es muy amplia, ya que además de la acusación fiscal y del ofendido por el delito, cualquier ciudadano español no ofendido puede ejercer la acción penal. En la doctrina española se señala que los principales argumentos de quienes son partidarios de la existencia de la acción popular en el proceso penal se basan en una cierta desconfianza al uso exclusivo de la acción oficial y porque ven en la acción popular un instrumento democratizador que acerca la administración de justicia a los ciudadanos. Sin embargo, los críticos de esta institución señalan que su uso indiscriminado desnaturaliza las finalidades propias de un proceso penal al obedecer a intereses particulares de venganza, políticos o personales.⁴³

2.5.2 Alemania.

En el derecho alemán tradicionalmente se ha considerado a la acusación como una función estatal ligada indisolublemente a la aplicación del *ius puniendi*, por lo tanto, prevalece en Alemania la idea de la monopolización de la acusación por parte del Ministerio Fiscal. Se ha considerado tradicionalmente en aquél país superfluo la acusación por particulares y que una supuesta desconfianza en el Ministerio Fiscal resulta injustificada, ya que la sujeción de este órgano al principio de legalidad operaría como suficiente garantía.⁴⁴

Sin embargo, y a pesar de todas estas opiniones, estaba presente la idea de encontrar un método de control privado de la actividad monopolizadora acusatoria del Estado. Es así como existen hoy en el derecho alemán 2 formas en las cuales son sujetos privados los que intervienen en la actividad acusatoria:

En primer lugar, el “*Procedimiento para compeler al ejercicio de la acusación*” regulado en los artículos 172 al 177 del código alemán, y que básicamente consiste en un procedimiento en el cual los particulares agraviados pueden recurrir a un órgano jurisdiccional para que compela al Fiscal, aún en contra de su opinión, a ejercer sus facultades de persecución. Ahora bien, este procedimiento no constituye una acusación propiamente tal,

⁴² Pérez Gil, J, ob. cit. pp. 364-365

⁴³ Armenta, T. ob.cit.

⁴⁴ Pérez Gil, J., ob. cit. pp.164-165

lo que se le permite a los particulares agraviados es solamente a instar a que el Ministerio Fiscal acuse.⁴⁵

En segundo lugar, la segunda forma de intervención de los particulares en la acusación en el derecho alemán la constituye la *Coacusación* o *Acción adhesiva* en donde se pretende dar al ofendido la posibilidad de intervenir en el procedimiento para su desagravio, para ejercer control sobre la función de la fiscalía así como para salvaguardar sus demás derechos.⁴⁶ A través de esta vía se dota a los agraviados por determinados delitos el derecho a personarse en el proceso, formular las preguntas que estime pertinentes, instar a la realización de pruebas e incluso puede presentar recursos independientemente del Ministerio Fiscal.⁴⁷ Su intervención se desarrolla solo en el juicio oral y defiende exclusivamente un interés personal, por lo que no está obligado al principio de objetividad como ocurre con el Ministerio Fiscal.⁴⁸

2.5.3. Argentina.

En el derecho argentino debemos previamente señalar, que su estructura jurídica es diferente a los casos ya estudiados, ya que en este país rige actualmente el Código Procesal Penal de la Nación del año 1991 pero además, rigen diversas leyes procesales penales en cada una de las provincias argentinas.

El Código Procesal Penal argentino de 1991, señala en su artículo 5 que *“La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.”* Es decir y al igual que en nuestra legislación, en principio, el órgano llamado por ley para ejercer la acción penal pública es el Ministerio Fiscal. Pero en Argentina, también se contempla la figura del Querellante particular, en efecto, el Capítulo IV del código argentino regula específicamente al querellante particular. Es así, que el artículo 82 del citado cuerpo legal señala *“Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este código se establezcan.”* En los delitos de persecución penal oficial, el querellante, se desempeña como acusador, siguiendo a MAIER *“...al lado de la fiscalía o en conjunto con ella, pero autónomamente.”*⁴⁹ En la legislación argentina el querellante puede acusar

⁴⁵ Pedraz, E., “Participación popular en la Justicia Penal”, en *Revista de Derecho*, Vol. 10, Universidad Austral de Chile, 1999, pp.69.

⁴⁶ Roxin, C., Ob. cit. p.533.

⁴⁷ Cfr. Pedraz, ob.cit.p.70.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Maier, J., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Tomo II, Buenos Aires, 2004, p. 686.

autónomamente, es decir, sin depender de la acción que decida realizar el Ministerio Público al finalizar la etapa de investigación, esto significa que si ambos acusan, requiriendo la elevación de la causa a juicio y las pretensiones no coinciden en cuanto a los elementos que lo integran, ambas acusaciones serán, eventualmente, objeto del juicio y el acusado deberá defenderse de ambas hipótesis.⁵⁰ Pero esta autonomía es solo parcial, ya que, aunque el objeto de las acusaciones sea diferente, la sola voluntad del ofendido (constituido en querellante) no puede provocar un juicio público, es decir, precisa de la fiscalía para seguir subsistiendo, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento procesal con la ya nombrada institución del forzamiento de la acusación.

Ahora, en los ordenamientos procesales provinciales la situación de la regulación de l querellante en delitos de acción pública ha experimentado un cambio: A comienzos del siglo XX la tendencia de los diversos códigos argentinos era excluir al querellante en este tipo de delitos para desterrar del proceso penal la *venganza privada*. Esto se observa en códigos como el de las provincias de San Luis del año 1908, de la provincia de Buenos Aires de 1915 y de la provincia de Córdoba de 1939, que excluyen a acusador particular del régimen de persecución penal pública, permitiéndole su participación en el procedimiento penal solo por la vía de el ejercicio de la acción civil.⁵¹ Sin embargo la tendencia de los códigos actuales, incluido el ya estudiado CPP de la Nación de 1991, es a incorporar a la figura del querellante particular en los delitos de acción pública, tal es el caso de los códigos de la provincia de Córdoba del año 1991, que en su artículo 7 y 91 y siguientes regula al querellante, el de la provincia de Tucumán del mismo año, que en su artículo 7 y siguientes también contempla la figura del acusador particular⁵², y más recientemente el código de la provincia de Santa Fe del año 2007 contempla en su artículo 16 la figura del querellante, cuando señala “*La preparación y el ejercicio de la acción penal pública estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, quien podrá actuar de oficio siempre que no dependiera de instancia privada. Podrá sin embargo estar a cargo del querellante, en los términos de este Código.*”

Resulta destacable la tendencia observada en el Derecho argentino, en orden a integrar dentro del proceso al acusador particular, lo cual da un giro en relación a lo ocurrido a comienzos del siglo XX en los códigos argentinos que en general excluían de su regulación al querellante particular.

⁵⁰ Cfr. Maier, J., ob cit. p.688

⁵¹ *Ibid.* p. 656

⁵² *Ibid.*, p.687.

3. CAPÍTULO SEGUNDO: Análisis jurisprudencial sobre la participación del Querellante en el marco del juicio oral.

3.1 Aspectos generales.

Si observamos la estructura del nuevo proceso penal observaremos que, y tal como lo señala el mensaje del código Procesal Penal, *la etapa central* del nuevo proceso es el juicio oral; aunque no es menos cierto que esta etapa está reservada para aquellos casos que presenten una mayor penalidad aplicable, considerando los mecanismos de oportunidad y selectividad que contempla la nueva legislación así como las salidas alternativas, que en síntesis lo que buscan es descongestionar el sistema para así centrarse en las causas más graves, donde realmente exista un interés público comprometido, interés este último que es plenamente concordante con la finalidad de la acción penal pública.

En este sentido, y habiendo dejado claro que la discusión sobre la presencia del Querellante se plantea en el ejercicio de la *acción penal pública*, nos parece interesante analizar su participación en el juicio oral. Para ello analizaremos un conjunto de sentencias en esta etapa procesal en las que estuvo presente el querellante durante los años 2005 y 2006 en las comunas de Valdivia, Osorno y Puerto Montt. Sobre este punto creemos que haber analizado 2 años en 3 comunas de más de 100.000 habitantes nos puede dar una tendencia acerca del verdadero rol que está cumpliendo el Querellante en el nuevo proceso penal.

Nuestro análisis se dividirá en 2 partes: En primer lugar, realizaremos un análisis cuantitativo de las resoluciones donde extraeremos los siguientes elementos:

- Relación porcentual entre el número total de causas con aquellas en las que el querellante particular estuvo presente.
- Porcentaje de fallos en donde el querellante fue un servicio público, donde pondremos atención en su participación en orden a saber cuales son los servicios públicos que más se presentan como querellantes.
- El tipo de delitos en que mayormente se presenta el querellante.
- Porcentaje de causas en las que el querellante adhiere simplemente a la acusación fiscal, ya sea adhiriendo completamente o simplemente solicitando mayor pena, aquellos casos en los que plantea una calificación jurídica o una forma de participación distinta, así como los juicios en donde el querellante se presente habiendo forzado la acusación, es decir sin la presencia del Ministerio Público, en virtud del derecho que se le otorga en el artículo 258 del CPP.

-También mostraremos el porcentaje de causas en donde el querellante, habiendo solicitado algo distinto al Ministerio Público, obtiene acogida en sus peticiones ya sea porque la calificación jurídica planteada es aceptada por el tribunal en su sentencia o porque obtiene mayor pena que la solicitada por fiscalía.

Finalmente realizaremos un análisis de aquellas causas que nos parecieron más destacables en cada una de las comunas realizando un breve comentario de ellas, identificándolas según la comuna y según su número de RIT.

3.2 Análisis Jurisprudencial.

3.2.1 Análisis cuantitativo.

Entre los años 2005 y 2006, entre las 3 comunas, se llevaron a cabo 468 juicios orales⁵³, presentándose el querellante en 67 de esos juicios, lo cual representa un 14.31% en el total de causas. Nuestro análisis se centrará, entonces en estos 67 fallos.

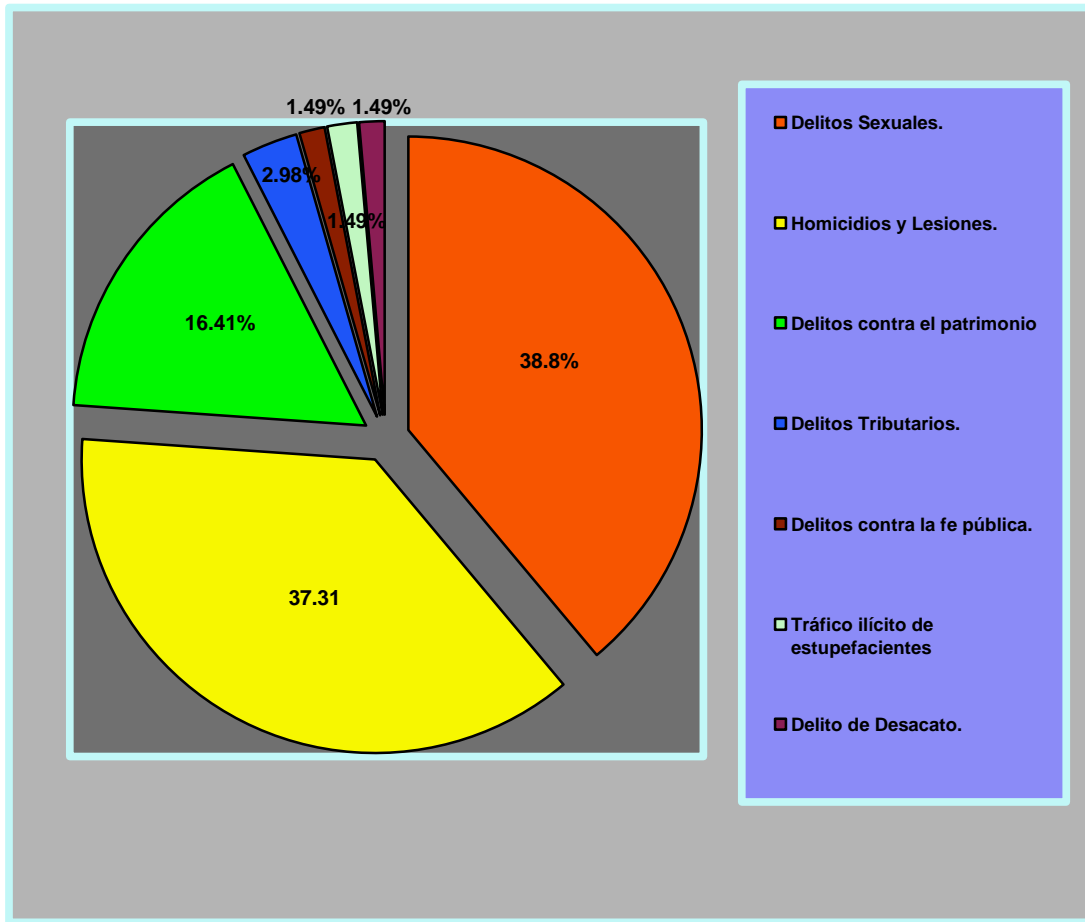
De estos 67 fallos donde existió querellante, en 31 de ellos el Querellante fue un servicio público, lo cual representa un 44.77 %, mientras que en 36 estuvo presente un abogado particular, lo cual representa un 55.23% del total de fallos con querellante⁵⁴. Vale la pena destacar que de los 30 fallos en donde es un servicio público el querellante, en 20 de ellos es el SENAME quien ejerce la acción penal, en 9 se presenta un abogado de la Gobernación Provincial, y en 2 de ellos es el Servicio de Impuestos Internos el querellante.

En cuanto a los delitos en los cuales mayormente se presenta el querellante, en 26 de ellos se trata de delitos sexuales, lo que representa un 38.8% del total de fallos con querellante, en 25 se trata de delitos contra la vida o integridad física, entiéndase por ellos homicidios o lesiones, lo que representa un 37.31% de los fallos analizados, en 11 causas se trata de delitos contra el patrimonio, de aquellos que la doctrina llama *pluriofensivos* ya que afectan o ponen en peligro la seguridad de las personas, como son robos con fuerza en lugar habitado, o robos con violencia o intimidación en las personas, estas causas representan un porcentaje de 16.41% de los fallos analizados mientras que en los restantes 5 fallos (7.46%) encontramos 2 delitos tributarios (2,98%), un delito contra la fe pública (1.49%), un delito de tráfico ilícito de estupefacientes (1.49%) y un delito de desacato (1.49%).

⁵³ Nos parece interesante señalar que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la comuna de Osorno comenzó a funcionar el día 1 de septiembre del año 2005, siendo conocidas y falladas las causas de esa comuna en la comuna de Valdivia.

⁵⁴ En 2 causas se presentaron conjuntamente un abogado representando a un servicio público y abogados querellantes particulares.

Gráfico N°1: Porcentaje de tipos de delitos en donde se presenta el querellante.

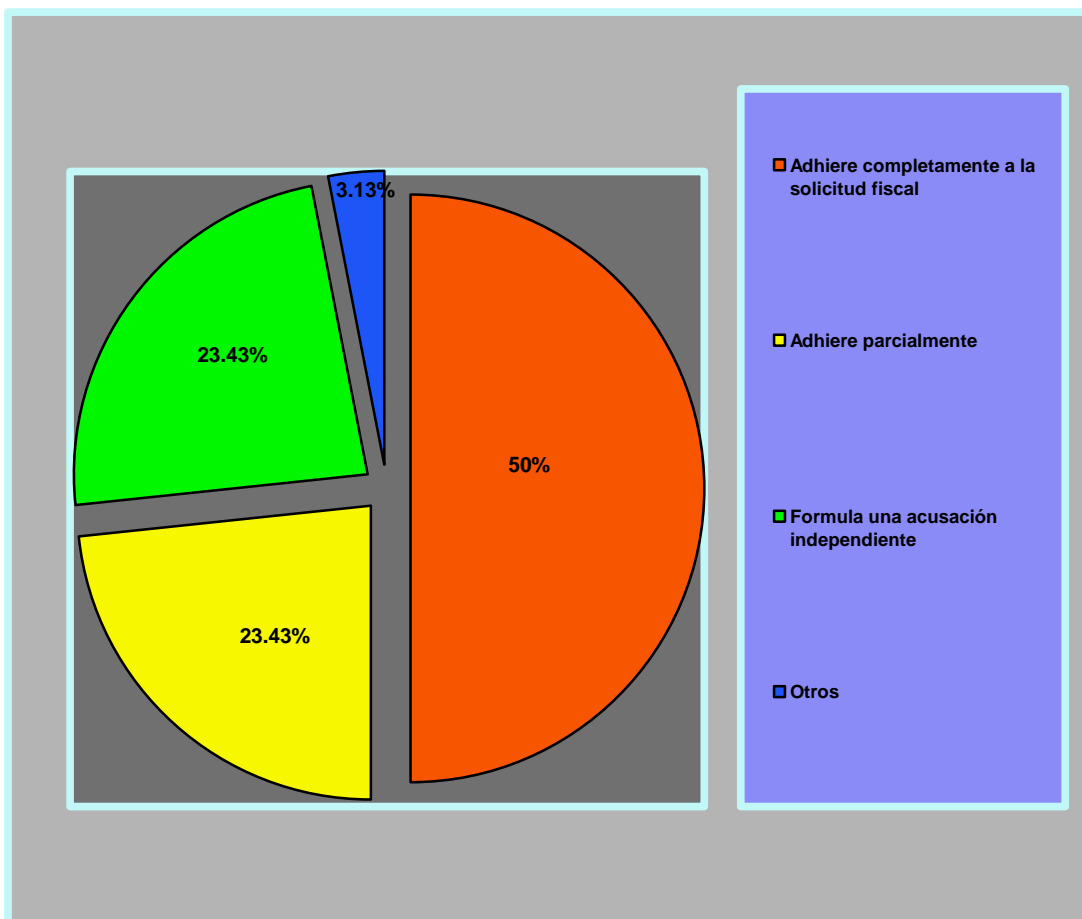


Del total de 67 fallos analizados, en 64 de ellos, vale decir el 95.52% la acusación es sostenida tanto por el Ministerio Público como por el querellante, mientras que solo en 3 vale decir el 4.48% se presenta el querellante sin el Ministerio Público, vale decir habiendo forzado la acusación en virtud del artículo 258 del CPP.

Ahora en cuanto al contenido de las acusaciones debemos señalar que del total de fallos en donde estuvo presente el querellante conjuntamente con la Fiscalía (64 fallos) en 47 de ellos, vale decir en un 73.43% el querellante adhirió a la acusación fiscal ya sea total o parcialmente. Entendemos por adhesión a la acusación fiscal a aquella acusación particular que coincide tanto en la calificación jurídica como en la forma de participación de él o los acusados por el delito que se trate. Esta adhesión será total cuando todas las peticiones en el ejercicio de la acción penal sean totalmente coincidentes (esto incluye la solicitud concreta de pena), y será parcial cuando la acusación solo presente una solicitud mayor de pena pero coincidiendo con los 2 criterios anteriormente señalados.

De esta manera, en el desglose de los fallos en los que el querellante adhiere, en 32 de ellos adhiere totalmente a la acusación fiscal, lo que representa un 50% de los 64 fallos en donde se presentaron conjuntamente querellante y fiscalía, en 15 de ellos adhiere parcialmente, vale decir un 23.43%. En tan solo 15 causas el querellante plantea una acusación particular independiente, vale decir plantea una calificación jurídica distinta de los hechos u otra forma de participación, lo que nos da un porcentaje de 23.43%. Las restantes 2 causas que representan el 3.13% no las agruparemos ni en las adhesiones ni en las acusaciones particulares, ya que en ambos casos se presentaron en un mismo juicio los 2 tipos de querellantes vale decir, uno abogado particular y el otro servicio público; valga destacar que en estos 2 casos ocurrió lo mismo: el abogado querellante particular presentó una acusación particular independiente y el servicio público adhirió a la acusación fiscal completamente.

Gráfico N°2: Porcentajes relativos al contenido de las acusaciones del querellante.



En cuanto al número y porcentaje de sentencias condenatorias y absolutorias de los fallos en análisis en 56 de ellos el fallo resultó condenatorio, lo cual representa un 83.58% mientras que 11 de ellos fueron absolutorios, cifra que equivale a un 16.42%.

En relación al resultado de las peticiones formuladas por el querellante, nos parece necesario destacar que en este análisis centraremos nuestra atención en las causas en las que el querellante plantea algo distinto al Ministerio Público, vale decir, cuando adhiere solo parcialmente o cuando presenta una acusación independiente de la del acusador institucional y, finalmente, examinaremos el resultado de los juicios en aquellos casos en los que el querellante habiendo forzado la acusación, se presenta como único acusador en el juicio oral .

Como ya dijimos de las 64 causas en las que el querellante se presenta conjuntamente con el Ministerio Público, en 15 de ellas adhiere parcialmente, es decir, coincidiendo en la calificación jurídica como en el grado de participación, en lo único que se aparta es en la mayor penalidad solicitada en el caso concreto, de este grupo de 15 casos, 13 de ellos resultaron con sentencia condenatoria. Dentro de estas 13 causas condenatorias, en 11 de ellas la pena concreta aplicada por el tribunal es inferior incluso que la pena solicitada por el Fiscal, en uno de esos casos la pena aplicada por el tribunal es exacta a la solicitada por el Ministerio Público, pero obviamente menor a la solicitada por el querellante, y en tan sólo una de esas sentencias, el querellante obtiene mayor pena que la solicitada por el Ministerio Público, en la causa RIT 88-2005 de la comuna de Valdivia, causa en la que habiendo coincidido el querellante con el Ministerio Público en la calificación jurídica y en la participación, solicita mayor penalidad; mientras el Fiscal solicitó 12 años de presidio, el querellante solicitó 20 años, resolviendo el tribunal la aplicación de la pena de 15 años y un día. Este es el único fallo en el que el querellante logra obtener mayor pena que Fiscalía.

Ahora en las 15 causas en donde el Querellante plantea una acusación particular independiente, en 13 de ellas la sentencia resultó condenatoria, mientras en los restantes 2 fallos fue absolutoria. De las 13 sentencias condenatorias en 12 de ellas el querellante presentó una calificación jurídica distinta a la planteada por Fiscalía, y en una de ellas planteó una forma de participación distinta de los acusados en el hecho. En solo uno de los 13 casos el querellante obtiene parcialmente lo solicitado ante el Tribunal. En efecto en causa RIT 92-2006 de Valdivia, el Ministerio Público solicitó condena por homicidio simple contra los 2 acusados de esa causa, mientras el querellante solicitó condena para ambos por el delito de homicidio calificado. El tribunal aplicó respecto de uno de ellos condena por homicidio simple y al otro acusado condena por homicidio calificado, dando lugar, parcialmente, ya que solo a uno de los acusados aplicó la figura típica solicitada por el querellante . En las restantes causas no se dio lugar a lo solicitado por la parte querellante .⁵⁵

⁵⁵ Es interesante observar que entre las 12 causas en las que el querellante solicita una distinta calificación jurídica a la solicitada por Fiscalía, en 8 de esas causas, la diferencia entre ambas acusaciones, fiscal y particular, se centró en que mientras Fiscalía solicitaba la aplicación de homicidio simple, la parte querellante solicitó homicidio calificado., como vemos, en tan solo una de esas causas el tribunal concede parcialmente lo solicitado por el querellante.

Finalmente en las 3 causas en las cuales el querellante utilizó el mecanismo de Forzamiento de la acusación del artículo 258 del CPP (vale decir, habiendo el Fiscal tomado la decisión de no perseverar, el querellante decide continuar sosteniendo la acusación y comparece como único acusador en el juicio oral), el resultado de estos 3 fallos es idéntico: la sentencia resultó absolutoria.

3.2.2. Breve comentario a lo observado en los fallos.

3.2.2.1. Sobre la participación de querellantes servicios públicos.

Como dijimos anteriormente el total de 67 juicios donde hubo querellante, en 31 de ellos el acusador fue un servicio público. De estos 30 fallos, en 19 adhiere completamente a la solicitud fiscal, y en 11 de ellos plantea algo distinto a lo solicitado por el Ministerio Público, no encontrando en ninguno de los 11 fallos acogida en sus peticiones. Parece interesante comentar que en 2 de los 30 fallos el querellante servicio público se presentó conjuntamente con un querellante abogado particular, uno de los casos se presentó en causa RIT 5 -2005 en la comuna de Osorno, en la cual el querellante servicio público fue la Gobernación Provincial, y el otro caso se presentó en causa RIT 38 -2005 de la comuna de Valdivia siendo también la Gobernación Provincial la parte querellante servicio público. En ambos casos ocurre algo similar: El querellante abogado particular plantea una acusación distinta al Ministerio Público y el querellante servicio público adhiere completamente a la solicitud fiscal. En ambas causas el Tribunal condena y acoge la solicitud del Ministerio Público (adherida por el querellante) tanto en la calificación jurídica solicitada como en el grado de participación. Llama la atención el alto número de fallos en los que el servicio público adhiere completamente a la acusación fiscal, lo cual creemos que en parte explica que la actual normativa del CPP, particularmente el artículo 111 inciso tercero, haya restringido la titularidad de las querellas a aquellos órganos y servicios públicos que estén expresamente facultados para querellarse en sus respectivas Leyes.

3.2.2.2. Forzamientos de la Acusación.

En nuestro análisis cuantitativo habíamos señalado que en 3 de las 67 causas el querellante sostuvo la acusación sin el Ministerio Público en virtud del artículo 258 del CPP. Estas 3 causas se presentaron en 2 de las 3 comunas analizadas: 2 casos se presentaron en la comuna de Valdivia y uno en Puerto Montt. En Valdivia, el primero de los casos se presentó el año 2005 en causa RIT 64-2005, en la cual 2 abogados particulares sostienen acusación contra 2 personas por el delito de uso malicioso de instrumentos públicos falsos del artículo 196 del Código Penal, solicitando la aplicación de la pena de 5 años de presidio menor en su grado

máximo, la segunda causa de Valdivia se presentó el año 2006 en causa RIT 19-2006, en la cual un abogado particular presenta acusación contra 3 personas por el delito de desacato previsto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, y sancionado en el artículo 262 del Código Penal, solicitando, el querellante para cada uno de los acusados la aplicación de la pena de 3 años de presidio menor en su grado medio. En ambas causas el resultado es el mismo: ambos querellantes no logran acreditar ni el hecho típico ni la participación de los acusados con lo cual en ambas causas todos los acusados resultan absueltos y ambos querellantes son condenados en costas. Finalmente, en la comuna de Puerto Montt se presentó una causa con un querellante forzando la acusación. En efecto, el año 2006, en causa RIT 50-2006 un abogado particular formula su pretensión penal contra un acusado como autor directo del delito de violación descrito y sancionado en el artículo 361 del Código Penal solicitando como pena en concreto 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo mas accesorias legales con costas. El resultado de esta causa es idéntico a las 2 causas recién expuestas de la comuna de Valdivia: no se logró acreditar la concurrencia de los elementos del tipo penal, el acusado resultó absuelto y la parte querellante condenada en costas.

De estas 3 causas nos llama la atención el idéntico desenlace, la absolución y la condena en costas al acusador particular en los 3 casos lo que nos parece indicativo de un tema de fondo sobre la institución del forzamiento de la acusación: cuál es la verdadera eficacia que puede tener la acción del querellante particular con esta facultad que la ley le otorga en el artículo 258 del CPP, teniendo en consideración la estructura de nuestro proceso penal, donde el órgano acusador fiscal, quien es el que cuenta con la exclusividad de la investigación y vela por el principio de legalidad y objetividad toma en un momento la decisión de sobreseer la causa, decisión que además debe ser ratificada por el Fiscal Regional que corresponda.

3.2.2.3. Sobre el ejercicio de acciones civiles.

El artículo 59 del CPP permite interponer las acciones civiles “...que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible.” Además, y complementando lo anterior, el artículo 349 del mismo cuerpo legal agrega que “Tanto en el caso de absolución como en el de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta.” Del total de fallos analizados, en 7 de ellos se dedujo acción civil indemnizatoria, de las cuales 2 se dedujeron en la comuna de Valdivia y 5 en Puerto Montt. Cabe señalar que de las 7 sentencias 5 de ellas fueron condenatorias y 2 absolutorias, y el resultado del ejercicio de las acciones civiles vino aparejada con la condena o absolución: en los 5 fallos condenatorios en los cuales se dedujo demanda civil, esta última fue acogida según los montos que el tribunal fijó prudencialmente. Y en las 2 sentencias absolutorias, no hubo pronunciamiento sobre la acción civil, ya que no se logró acreditar la

participación de los acusados en el hecho. Llama la atención que en 2 de las causas en que el querellante dedujo demanda civil (causa RIT 85-2005 y RIT 5-2006, ambas de la comuna de Puerto Montt) el acusador particular adhirió totalmente a la acusación de fiscalía, pero agregó la acción civil indemnizatoria.

El otro aspecto interesante en el análisis del ejercicio de las acciones civiles es que cada vez que la sentencia fue condenatoria y se dedujo demanda civil esta fue acogida por el tribunal.

4. CAPÍTULO TERCERO: Propuesta de *lege ferenda* sobre la regulación del Querellante en el nuevo proceso penal: Mantenimiento de la institución. Argumentos. Breve referencia sobre proyecto de Defensoría Penal de las víctimas.

4.1. Nuestra propuesta.

Luego de haber expuesto el marco conceptual, los distintos modelos observados en el derecho comparado y nuestro estudio jurisprudencial creemos que la figura del querellante particular debe mantenerse en nuestra legislación. Creemos que argumentos derivados de nuestra propia normativa y razones de política criminal hacen más conveniente que la figura del querellante siga vigente en nuestro derecho.

4.1.1. Argumentos normativos para mantener la figura del querellante en nuestro derecho.

a) Por el rol asignado al Ministerio Público en el proceso penal.

b) Para mantener el derecho a la acción a la víctima.

A continuación desarrollaré cada uno de estos argumentos:

a) Por el rol asignado al Ministerio Público en el proceso penal.

Como señala el artículo 83 de nuestra carta fundamental, a propósito del Ministerio Público que este órgano “...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”, complementa este principio el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público que señala “En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público

adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con este criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen.” De estos artículos se desprende uno de los principios orientadores de éste órgano constitucional que es el *principio de objetividad*.

Ahora, este principio si bien se encuentra regulado su contenido no ha sido precisado y la doctrina nacional tampoco entrega un significado uniforme sobre el mismo. Sin embargo, y siguiendo a RIEGO y DUCE el contenido del principio de objetividad se traduce en 3 manifestaciones:⁵⁶

1º El Ministerio público solo debe investigar y evaluar situaciones plausibles que ameriten ser revisadas, vale decir no está obligado a investigar todas y cada una de las situaciones de hecho que pueden excluir o atenuar la responsabilidad del imputado. Esta manifestación la denominan los autores *Deber de profesionalismo del Ministerio Público en la investigación*.

2º La segunda manifestación de este principio es que debe imponer *un deber de lealtad* del Ministerio Público para con la defensa, deber que se traduce, entre otros aspectos, en no esconder información disponible que puede favorecer a esta y en su deber de mostrar sus cartas de forma oportuna para que la defensa pueda prepararse adecuadamente .

3º Finalmente este principio debe imponer el deber de la Fiscalía de *actuar de buena fe* durante todo el desarrollo del procedimiento, lo que se traduce en que se deban respetar las reglas de un juego justo, debiendo siempre resguardar que se mantenga vigente la posibilidad de que la defensa pueda actuar eficazmente a favor de sus intereses.⁵⁷

En síntesis profesionalismo, lealtad y buena fe en el actuar dan contenido al principio de objetividad que deben observar los fiscales en el desempeño de sus funciones.

Pero además los fiscales tienen un deber constitucionalmente establecido en la parte final del inciso primero del artículo 83 que prescribe “*De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos*”; este deber de dar protección a las víctimas se encuentra consagrado como principio en el artículo 6º del CPP y se manifiesta siguiendo a HORVITZ y LÓPEZ en medidas concretas destinadas a dar protección a ella y su familia ante posibles amenazas, hostigamientos o atentados (art.78 a) CPP), en entregar información sobre sus derechos y sobre el curso del procedimiento (art.78

⁵⁶ Cfr. Duce, M., y Riego, C., *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, tomo I, pp.140-141.

⁵⁷ *Ibid.*

a) y c) del CPP, y también en la facilitación de su intervención en el procedimiento, de modo de evitar o disminuir al mínimo las molestias inherentes al proceso⁵⁸. La finalidad de estas medidas se traduce en evitar el nuevo desamparo e inseguridad que sufriría la víctima, esta vez no producto del delito sino del mal funcionamiento del sistema de justicia penal, lo que en doctrina se conoce como *victimización secundaria*.⁵⁹

Sin embargo, estos principios y deberes no implican que el Ministerio Público deba defender en juicio los intereses concretos de las víctimas de los delitos, sino más bien lo que provocan es limitar la función de este órgano constitucional de acuerdo a los principios y normas que lo regulan.

Confirma lo anterior la opinión del ex Fiscal Nacional PIEDRABUENA cuando advierte que luego de la entrada en vigencia de la reforma, referente a la actividad del fiscal frente a las víctimas, “*se han verificado prácticas que son contrarias al nuevo ordenamiento jurídico procesal*”⁶⁰, agregando que “*...en el recinto de las audiencias judiciales a las que asiste la víctima, se coloca ésta con el fiscal, simbolizando el carácter de representante de aquella...Esta incorrecta concepción contraría abiertamente el principio de objetividad que debe inspirar la acción de los fiscales. Si el fiscal fuera abogado de la víctima, no podría nunca actuar en contra de sus intereses subjetivos y debería limitarse a cumplir o interpretar las instrucciones que le imparta...por el contrario, si bien el fiscal tiene el deber de informar y proteger a la víctima, no es menos cierto que ésta es un interviniente autónomo, con sus propios y legítimos intereses. Así, el ofendido puede considerar que existe mérito para acusar y el fiscal no estimarlo así...*”.⁶¹

Todo lo anterior nos demuestra que la labor del fiscal en el nuevo proceso penal se encuentra enmarcada dentro de los márgenes del principio de legalidad y objetividad, y que el deber de protección que lleva adelante el Ministerio Público, a través de la División de atención a las Víctimas y Testigos solo se refiere a velar por la seguridad y tranquilidad de la víctima pero no a representar sus intereses en el juicio. Si bien es cierto, estos intereses pueden coincidir, no necesariamente esto va a ocurrir, debiendo entonces quedar a salvo el derecho de la víctima a contratar un abogado y constituirse en parte querellante.

b) Para mantener el derecho a la acción a la víctima.

⁵⁸ Cfr. Horvitz, M. I., y López Masle, J., ob.cit. pp. 148-149

⁵⁹ Íbid.

⁶⁰ Piedrabuena, G., ob.cit. p.41.

⁶¹ Íbid.

Desde el momento que se le reconoce en virtud del artículo 12 a la víctima como interviniente dentro del proceso penal con un conjunto de derechos, entre ellos, siguiendo a TAVOLARI *el derecho de intervención*, agregando que “*es lo cierto que el modo más efectivo de intervención es el que se materializa a través de la interposición de la correspondiente querrela*”⁶², se le debe reconocer su derecho a participar en el proceso al igual que a todos los demás intervinientes, esto derivado del derecho fundamental a la igualdad ante la justicia consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso primero de nuestra carta fundamental.

Por tanto, al ser interviniente, adquiere la calidad de tal, pudiendo ejercer sus derechos como ser oídos, a formular alegaciones y presentaciones en igualdad de condiciones frente a los operadores del sistema penal, todo ello con miras a influir en la resolución del conflicto.⁶³

Se agrega que la igualdad se manifiesta con mayor fuerza en la fase del juicio oral, en el cual se despliegan en forma dialéctica las posiciones de los intervinientes, con total sujeción a los principios y garantías que informan al sistema acusatorio.

Es en este contexto que, complementando el argumento sobre el rol que se le otorga al Ministerio Público en el proceso penal, la víctima debe contar con el derecho a ejercer la acción en igualdad de condiciones a fin de perseguir sus pretensiones que pueden diferenciarse de lo solicitado por la acusación fiscal.

4.1.2. Razones de política criminal para mantener la figura del querellante en el proceso penal: La posición de la víctima en el proceso penal y la influencia de la victimología.

Durante la vigencia del antiguo sistema inquisitivo, la víctima era la gran olvidada en el proceso penal y solo participaba como testigo, era vista solo como un instrumento dentro del procedimiento, lo cual obedece a la antigua concepción de que al transformarse el derecho penal en una función estatal, es el Estado quien resuelve de manera exclusiva el conflicto social originado con la comisión de un delito.

Tradicionalmente la preocupación de las ciencias penales se centró en la persona del infractor, en las causas de su conducta ilícita, e n la respuesta estatal al conflicto y finalmente en el juicio en el cual se determinaría su responsabilidad. La víctima quedaba por tanto relegada del conflicto penal.

⁶² Tavolari, R., ob. cit. p.306.

⁶³ Cfr. Piedrabuena, G. ob. cit. p.27.

Pero esta realidad se mantuvo hasta mediados del siglo XX donde autores como Henting y Mendelsohn comienzan a referirse a la victimología, contribuyendo notablemente al reconocimiento de la importancia de la víctima dentro del proceso penal.⁶⁴ Es así como estos autores centran su atención en aspectos como la interacción delincente -ofendido, la clasificación de las víctimas en diversos criterios, dándose inicio así al estudio científico de *la persona afectada por el delito*. Es así como esta disciplina comienza a preocuparse de dos aspectos centrales⁶⁵:

- a) El evitar la victimización secundaria, es decir la perturbación que el propio proceso generaba, además del sufrimiento ocasionado por el delito y,
- b) Llamar a atención sobre la escasa o inexistente posibilidad que tenían las víctimas de resolver el conflicto penal en el cual estaban involucradas .

Es así como a partir de mediados del siglo XX en Europa y en la década del 80 en América la influencia de los movimientos victimiológicos comienzan a ser notorios mediante la transformación de las estructuras judiciales, que van incorporando a las víctimas dentro de las estructuras procesales de cada país.⁶⁶

De esta manera comienza a afianzarse la idea de que si bien la solución del conflicto penal está en manos del Estado ello no impide integrar el interés del portador real del bien jurídico concretamente ofendido por la infracción⁶⁷, interés jurídico que incluso va más allá de la sola obtención de la condena en un determinado proceso ya que conduce a obtener una reparación suficiente y oportuna⁶⁸.

Nuestro país dio inicio, con la reforma procesal penal, a la incorporación de un conjunto de garantías inéditas en nuestro país, que entre otras cosas, incorporan a la víctima como un interviniente con un conjunto de derechos que puede ejercer aún cuando no se convierta en querellante, pero creemos que la institución del querellante le da al menos a la víctima la posibilidad de solicitar ante el tribunal sus peticiones concretas debidamente representadas por un letrado, lo cual responde a la tendencia observada mundialmente.

⁶⁴ Cfr. Plaza, G., “La protección de la víctima en el nuevo proceso penal”, en *Revista Procesal Penal*, 2005, N°29, p.11.

⁶⁵ Piedrabuena, G., ob. cit. pp.15-16

⁶⁶ Vid., Antony, C., “Los movimientos victimiológicos y su influencia en las reformas legales chilenas”, en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, N°2, Gendarmería de Chile, Santiago, mayo de 2001

⁶⁷ Maier, J., ob.cit. p.660

⁶⁸ *Ibid.* p. 661.

4.2. Breve referencia sobre el proyecto que crea la Defensoría Penal de las Víctimas.⁶⁹

En el mes de Noviembre del año 2007 comenzó el estudio para la creación de una Defensoría Penal de las víctimas de delitos graves que obligaría al Estado a proporcionar asistencia jurídica a las víctimas de delitos graves que no puedan costárselas por sí mismas.

Los delitos a cubrir serían el homicidio, parricidio, secuestro, sustracción de menores, delitos sexuales, robos con violencia e intimidación, lesiones graves y lesiones graves en violencia intrafamiliar.

Para el estudio de este proyecto se convocó a un panel de expertos en la Reforma Procesal Penal para analizar cuál es la forma técnicamente más conveniente en que se debiera materializar la Defensoría penal de las víctimas.

Creemos que este proyecto tiene directa relación con el tema que nos ocupa, ya que crear defensores para las víctimas no es otra cosa que otorgar querellantes gratuitos a las víctimas que requieran asesoría jurídica, lo cual, en caso de crearse conlucirá a aumentar la cantidad de causas en las cuales esté presente el acusador particular. Sobre este punto no observamos mayores objeciones porque desde el momento que se otorga el derecho a la víctima a ejercer la acción penal constituyéndose como querellante otorgándosele una serie de derechos, otorgarle la asesoría de un abogado no hace más que hacer operativo el derecho con el que la víctima cuenta para perseguir sus intereses concretos dentro del proceso penal.

Sin embargo, las dudas que genera este proyecto son acerca de qué tipo de institución será la encargada de prestar asesoría jurídica a las víctimas y a qué delitos va a cubrir esta nueva institución⁷⁰. Si es una institución pública la duda es cómo esta nueva institución va a compatibilizar su funcionamiento con el acusador oficial que es el Ministerio Público a fin de no generar perturbaciones en el adecuado funcionamiento del proceso actual. A nuestro juicio crear un nuevo ente público de acusación crearía un grave desequilibrio entre acusadores y acusados, lo cual vulneraría gravemente el principio de igualdad de armas en el proceso. Lo segundo es qué delitos van a ser los que va a cubrir esta institución, ya que si el marco de delitos a cubrir es muy amplio se masificaría el número de querellantes lo que puede generar graves distorsiones en el funcionamiento del sistema ya que se pondrían siempre en duda la aplicación de los mecanismos de oportunidad y selectividad que el actual proceso penal contempla para hacer más eficiente el actual proceso.

⁶⁹ En este sentido Véase: http://www.minjusticia.cl/Comunicados/2007/nov/30_11_07.pdf

⁷⁰ Sobre este punto parece interesante destacar la fuerte crítica sobre la creación de un nuevo órgano público y las prevenciones sobre este proyecto que realizan autores como Mauricio Duce, Cristian Riego y Juan Enrique Vargas quienes forman parte de la comisión de expertos que actualmente estudia la creación de la Defensoría Penal de las Víctimas, más detalles véase “Víctimas y Sistema Penal”, en www.juanenriquevargas.cl/?p=545

5. CONCLUSIONES.

- La discusión parlamentaria sobre la regulación del querellante en delitos de acción penal pública en nuestro país trajo como resultado la consagración del querellante particular, por motivos que obedecen a continuar una tradición jurídica que proviene del antiguo sistema inquisitivo y por una evidente desconfianza en el funcionamiento del nuevo órgano acusador: el Ministerio Público.
- Luego de sucesivas reformas como la de la Ley 20074 la titularidad de la querrela se restringió en comparación con la norma originalmente aprobada: los servicios públicos solo pueden querrellarse si sus respectivas leyes orgánicas los autorizan expresamente lo que cercenó de nuestro sistema la posibilidad de la acción popular como la existente en el Derecho español, y que originalmente se regulaba en el artículo 111 inciso 3°.
- Si bien se le reconoce al querellante una serie de derechos dentro del proceso, la estructura del nuevo sistema procesal penal, con la existencia del Ministerio Público, hace que el ejercicio de muchos de esos derechos en la mayoría de los casos resulte inoperante, como por ejemplo la institución del forzamiento de la acusación, donde se demuestra la debilidad con la que el querellante llega al juicio oral sin el sustento y el apoyo del Ministerio Público.
- En derecho comparado se observa la tendencia de la regulación del querellante particular en el proceso penal. Es así que en países como Alemania que tradicionalmente monopolizaron el ejercicio de la acción penal pública hoy permiten la existencia de un coacusador que acompaña al Ministerio Fiscal, o en Argentina donde los recientes códigos provinciales han ido integrando al querellante en el ejercicio de la acción penal pública.
- Nuestro estudio jurisprudencial demostró el bajo porcentaje de juicios en los que el querellante plantea algo diferente al Ministerio Público, arrojando consecuentemente un alto número de adhesiones a las acusaciones formuladas por el acusador fiscal, situación que fue más clara aún en las acusaciones formuladas por los querellantes servicios públicos donde las adhesiones alcanzan un mayor porcentaje que en el caso de los querellantes abogados particulares; y en los casos en los que se presentaron conjuntamente en juicio abogados particulares con querellantes servicios públicos estos últimos siempre adhirieron.

- También nuestro estudio práctico demostró la poca acogida de los tribunales de juicio oral de las tres comunas analizadas a las peticiones del querellante cada vez que solicitó algo diferente al Ministerio Público, ya sea solicitando mayor penalidad o planteando una acusación independiente a la pretendida por el acusador fiscal, lo cual es un indicio de que en la estructura del nuevo proceso el rol del querellante es secundario al existir el acusador fiscal que cuenta con la exclusividad de la investigación y por ende, con todos los antecedentes para acusar fundadamente.
- Ahora bien, a pesar de la poca operatividad observada en la actuación del querellante en los fallos analizados, y de la fuerza del Ministerio Público en el actual sistema, de *lege ferenda* creemos que lo mas conveniente es que la institución debe mantenerse vigente en nuestro Derecho al menos para dar la opción a la víctima, representada por su abogado, de plantear sus peticiones y alegaciones en el tribunal a fin de perseguir *sus intereses concretos* que no necesariamente van a coincidir con los planteamientos que formule el Ministerio Público, órgano que debe representar los intereses de la sociedad y orientar su actuación entre otros por los principios de legalidad y objetividad tal como lo ordena la Constitución y lo reafirma su Ley Orgánica Constitucional.
- Desde mediados del siglo XX la aparición de la victimología ha ubicado en un primer plano el rol de la víctima dentro del proceso penal, y ha influido notoriamente en las reformas judiciales de diversos países, incluido el nuestro, posicionando a la víctima como un interviniente más con un catálogo de derechos, que buscan conseguir su protección, evitando la victimización secundaria y obtener su reparación.
- A pesar de proponer mantener la figura del querellante particular, creemos que hay que ser cautelosos en cuanto a crear un organismo público como una defensoría penal de las víctimas. Si bien nos parece correcto que en ciertos delitos las víctimas puedan contar con la asistencia jurídica que no pueden costearse por sí mismas, la creación de un nuevo órgano debe realizarse según criterios técnicos de manera tal de no alterar ni generar distorsiones en el correcto funcionamiento del sistema procesal en su conjunto. Sin embargo, observamos que nuestros parlamentarios más que guiarse por criterios técnicos, inician sus reformas legales fuertemente influenciados por grupos como los medios de comunicación, que si bien realizan una legítima labor no pueden aportar los elementos necesarios para resguardar el buen funcionamiento de las instituciones jurídicas; deseamos que este proyecto se estudie y se estructure de manera tal que sea compatible con nuestro sistema procesal penal.

6. BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Antony, C., “Los movimientos victimiológicos y su influencia en las reformas legales chilenas”, en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, N°2, Gendarmería de Chile, Santiago, mayo de 2001
- 2.- Armenta, T., “La reforma del Proceso Penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal” en http://www.esmp.sp.gov.br/publicacoes/revista_2.pdf (2001).
- 3.- Benítez, J., “La suspensión del cómputo de prescripción de la acción penal pública en el código procesal penal”, en *Revista Procesal Penal*, N°41, Editorial LexisNexis, año 2005.
- 4.- Binder, A., *Política Criminal, de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997
- 5.- Carocca y otros., *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000
- 6.- Castillo, I., “La reaparición de la Víctima en el nuevo proceso penal chileno y su relación con el Ministerio Público” en http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/ignacio_castillo.doc(2005)
- 7.- Castro, J., “La víctima y el querellante en la reforma procesal penal” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, tomo XXV, año 2004
- 8.- Castro, J., *Manual de Derecho Procesal Penal*, LexisNexis, 2006.
- 9.- Correa, J., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2005
- 10.- Del Río, C., y Rojas, F., *De la Reforma Procesal Penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1999
- 11.- Duce, M., “Principio de legalidad, selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal”, en www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/728/article-4081.html
- 12.- Duce, M., *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales
- 13.- Horvitz, M. I., y López Masle, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002

- 14.- Maier, J., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, dos tomos, Buenos Aires, 2004
- 15.- Maturana, C., et al., *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia sistematizada y concordancias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, tomos I y IV
- 16.- Ministerio Público. Fiscalía Nacional, *Reforma Procesal Penal. Oficios del Fiscal Nacional. Modificaciones al proceso penal ley 20074*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007
- 17.- Núñez, J.C., *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003
- 18.- Pedraz, E., “Participación popular en la Justicia Penal”, en *Revista de Derecho*, Vol. 10, Universidad Austral de Chile, 1999, pp.67-93.
- 19.- Pérez Gil, J., *La acusación popular*, Editorial Comares, Granada, 1998
- 20.- Piedrabuena, G., “La Constitución y los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal chileno”, en *La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal*, Ministerio Público, Editorial Fallos del mes, 2003
- 21.- Piedrabuena, G., “Rol del Ministerio Público en el Nuevo Proceso Penal” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, año 2003.
- 22.- Plaza, G., “La Protección de la víctima en el nuevo proceso penal”, en *Revista Procesal Penal*, N°29, Editorial LexisNexis, año 2005
- 23.- Rojas, S., y Contreras, L., “Las acciones civiles en el Código Procesal Penal”, en *La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal*, Ministerio Público, Editorial Fallos del Mes, 2003.
- 24.- Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- 25.- Tavolari, R., *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos.*, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 26.- www.minjusticia.cl/Comunicados/2007/nov/30_11_07.pdf
- 27.- www.juanenriquevargas.cl/?p=545