



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DOCUMENTO DE TRABAJO Nº 25

**LA VÍCTIMA EN LAS AUDIENCIAS DE SUSTITUCIÓN Y REMISIÓN DE
LA CONDENA DE ADOLESCENTES. ALGUNAS CUESTIONES
PROBLEMÁTICAS EN RELACIÓN CON SU NOTIFICACIÓN Y
PARTICIPACIÓN**

Prof. Dr. RAÚL NÚÑEZ OJEDA
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

NOVIEMBRE DE 2011

**Consultas sobre este documento:
udpj@dpp.cl**

**Unidad de Defensa Penal Juvenil
DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA**

LA VÍCTIMA EN LA AUDIENCIAS DE SUSTITUCIÓN Y REMISIÓN DE LA CONDENA DE ADOLESCENTES. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN RELACIÓN CON SU NOTIFICACIÓN Y PARTICIPACIÓN

Prof. Dr. RAÚL NÚÑEZ OJEDA
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

1.- Introducción

Se ha servido la Defensoría Penal Pública en consultar mi opinión en relación a la regulación en Chile de la participación de la víctima en la institución de la sustitución y remisión de la condena en el marco de la Ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones de la ley penal. Para tal efecto, se estudiará el concepto de ofendido, perjudicado y víctima por el delito en el sistema procesal nacional, el concepto y naturaleza de la ejecución penal, la institución de la sustitución y remisión de la condena regulada en Derecho español, la sustitución y la remisión de la condena regulada en los artículos 53 a 55 de la Ley 20.084, la posición del ofendido (víctima) en el proceso penal de adultos y adolescentes, y finalmente, los problemas relativos a la participación de la víctima en la audiencia de sustitución y remisión de condena.

2.- El concepto de ofendido, de perjudicado y de víctima del delito

Si acudimos al texto actualmente vigente del Código Procesal Penal, éste no ofrece un concepto de ofendido^{1 2}. Así las cosas, es necesario dar un paso más en la investigación y fijar con claridad los conceptos de ofendido y perjudicado, para luego abordar el de víctima del delito.

Para ANTOLISEI³, un hecho ilícito es siempre un hecho nocivo. Este hecho nocivo puede ser designado con el nombre de daño, expresión usualmente empleada. Sin embargo, si bien esta expresión no es incorrecta, es preferible utilizar palabras distintas para significar cosas diversas. Por esto es conveniente distinguir entre *ofensa* y *daño*. La *ofensa* es la

¹ Un caso similar ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. En efecto, el hoy derogado, por la LO. 5/1995, artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal disponía: “se entiende por ofendido aquel a quien directamente dañe o perjudique el delito”.

Entre las leyes procesales penales de otros Estados europeos se puede encontrar una definición legal del término ofendido por el delito en el artículo 68.1 a) del *Código de Processal Penal* Portugués de 1987, que señala: “(..) os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, (..)”.

² Es común que en algunas legislaciones se use como sinónimos las expresiones ofendido y perjudicado por el delito. Un ejemplo lo encontramos en los arts. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en que se hace una utilización indistinta de ambos términos.

³ ANTOLISEI, FRANCESCO, *L'offesa e il danno nel reato*, 1930, citado por: GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Bosch, Barcelona, 1951, págs. 258 y ss.

lesión o puesta en peligro de un interés jurídicamente protegido que constituye la esencia del hecho mismo. El *daño* no es un mal ínsito en el delito, o sea la ofensa, sino aquel particular perjuicio representado por las consecuencias nocivas del hecho mismo.

Por tanto, la distinción entre ofendido y perjudicado queda fijada en los siguientes términos: *ofendido* (o sujeto pasivo del delito⁴) es el titular o portador del interés jurídicamente protegido cuya ofensa (lesión o puesta en peligro) constituye la esencia del delito⁵; *perjudicado* es el titular de la esfera en que inciden directamente las consecuencias nocivas del hecho ilícito, el titular de intereses extrapenales patrimoniales y/o no patrimoniales.

Hay autores que distinguen también entre: ofendido (sujeto pasivo) genérico o mediato y ofendido (sujeto pasivo) específico o inmediato. Desde esta perspectiva, sujeto pasivo genérico –para todo delito–, sería el Estado en cuanto éste asume la defensa de los bienes jurídicos aun cuando sean de titularidad individual⁶.

Siguiendo la delimitación de conceptos y términos, cabe distinguir conceptualmente el ofendido por el delito del sujeto pasivo de la acción y del objeto material del delito. El primero se refiere a la persona sobre la que recae la acción típica. El segundo, esto es el objeto material del delito, es la persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción, por lo que también es designado como “objeto de la acción”⁷. Un ejemplo ilustrará la diferencia: engañando a un dependiente de una joyería, alguien se hace entregar por él

⁴ En la dogmática penal se utiliza el término “sujeto pasivo del delito”, por todos ver: BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Manual de Derecho Penal. Parte general* (4º ed.), PPU, Barcelona, 1994, pág. 297; CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español* (5º ed.), vol. II, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 71; COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal. Parte general* (4º ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 331; LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, pág. 316, MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general* (5º ed.), PPU, Barcelona, 1998, pág. 198; y, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general* (2º ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 279.

⁵ Para Califano (CALIFANO, ENRICO, *La condotta del soggetto passivo*, Giuffrè, Milano, 1969, pág. 24) el sujeto pasivo será la persona o personas titulares del interés tutelado que se ha atacado o puesto en peligro. Otra definición de ofendido partiendo desde la perspectiva de los bienes jurídicos es la elaborada por V. Liszt (LISZT, FRANZ VON, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, trad. L. Jiménez de Azúa, Reus, Madrid, 1914-1929, pág. 464) que define al ofendido por el delito como “(..) la persona a quien pertenece el bien jurídico atacado inmediatamente por el hecho punible”; en este mismo sentido se pronuncia Tranchina (FRANCHINA, G. (con SIRACUSANO, D.; GALITI, A.; y ZAPPALÀ E.), *Diritto Processuale Penale* (2º ed.), vol. I, Giuffrè, Milano, 1996, pág. 205) para quien el ofendido es: “(..) il titolare del bene giuridico la cui lesione o la cui messa in pericolo costituisce l'essenza della condotta penalmente illecita”.

⁶ MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1999, pág. 15.

⁷ Distinción que en la dogmática penal sustentan la mayoría de los autores, por todos ver: BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pág. 297; CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español*, vol. II, op. cit., pág. 71; COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pág. 331; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pág. 199; y, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pág. 279.

unas joyas con las que desaparece⁸. En este caso, el ofendido es el propietario de la joyería, el sujeto pasivo de la acción es el dependiente de la misma y la cosa hurtada (las joyas) el objeto material del delito.

Normalmente, el ofendido coincide con el perjudicado, pero puede ocurrir que el perjuicio trascienda a un tercero, dada la mayor amplitud de la noción de perjudicado⁹. Pues, ésta comprende toda persona que haya sufrido un perjuicio material o moral por la comisión del delito aunque no sea el titular del interés jurídicamente lesionado o puesto en peligro por el delito. El Código Penal español parece distinguir con claridad las dos nociones al disponer en el artículo 113: “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”.

Finalmente, cabe preguntarse si el concepto de víctima comprende tanto el de ofendido y el de perjudicado o sólo el primero de ellos. Una parte de la dogmática¹⁰ identifica el concepto de víctima con el de ofendido por el delito¹¹. Para un segundo grupo de autores¹², el concepto de víctima engloba tanto el de ofendido como el de perjudicado por el delito. También existiría un tercer grupo de autores para los cuales el concepto de ofendido (sujeto pasivo) sería más amplio que el concepto de víctima¹³.

⁸ Ejemplo tomado de: MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pág. 198.

⁹ El ofendido no coincide con el perjudicado en casos como el homicidio, donde el ofendido es quien pierde a vida, como titular de tal bien jurídico, siendo considerados perjudicados aquellos familiares que vivían de su trabajo o resultan lesionados en sus efectos. Otros ejemplos son los que nos proporcionan los profesores chilenos Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, t. II, Trotta, Madrid, 1999, págs. 50 y 51) al señalar que si alguien hurta a un niño el bolso de su madre, estando éste asegurado, el ofendido por el delito será la madre y el perjudicado será la entidad aseguradora; una segunda hipótesis nos propone el profesor italiano Lozzi (LOZZI, GILBERTO, *Lezioni di procedura penale* (2ª ed.), Giappichelli, Torino, 1995, págs. 102 y 103): “Se Tizio guidando in modo imprudente investe una automobile guidata da Caio e di proprietà di Sempronio ed in tal modo cagiona lesioni a Caio e danni all’auto di Sempronio, si avrà un danneggiato (Caio) che è nel contempo persona offesa del reato di lesioni ed un danneggiato (Sempronio) che non è persona offesa del reato”.

¹⁰ Ver a modo indicativo: GIARDA, ANGELO, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1971, págs. 3 y ss; FROSALI, RAUL A., “Soggetto passivo del reato”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XXVII, UTET, Torino, 1970, págs. 816 y ss; y, QUERALT, JOAN J. “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos”, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin* (ed. JM. SILVA SÁNCHEZ), JM. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 156 y ss.

¹¹ En palabras de Antolisei (ANTOLISEI, FRANCESCO [CON L. CONTI]), *Manuale di Diritto Penale. Parte generale* (14ª ed.), Giuffrè, Milano, 1997, pág. 184) “Per soggetto passivo si intende la persona offesa dal reato: in altre parole, la vittima del reato”. En el mismo sentido, a modo indicativo: CHIAVARIO, MARIO, *Appunti sul processo penale*, Giappichelli, Torino, 2000, pág. 178; y, CORRERA, MICHELE M. y RIPONTI, DANILO, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*, CEDAM, Padova, 1990, págs. 1 y 2.

¹² Entre otros: FONDAROLI, DÉsirÉE, *Illicito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999, págs. 51 y 52; LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 160; y, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “Innovaciones técnico-prácticas de la Victimología en el Derecho Penal”, *Victimología*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, pág. 77.

¹³ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (CON LARRAURI PIJOAN, ELENA), *Victimología: Presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, PPU, Barcelona, 1993, págs. 17 y ss.

En nuestra opinión, frente a un concepto abstracto y general, resultaría preferible un concepto pragmático de víctima. Así, víctima es la persona que, en cada caso concreto, resulta afectada por el hecho punible en la esfera de sus intereses jurídicamente protegidos¹⁴.

Ésta parece ser la idea sobre la que se elaboró el concepto de víctimas contenido en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de la Justicia en relación con las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder*¹⁵. De acuerdo a la misma, son víctimas de delitos: “Las personas que, individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente”. Por otro lado, cabe destacar que recientemente el Consejo de la Unión Europea, en su Decisión Marco de 15 de marzo del 2001, relativa al *estatuto de la víctima en el proceso penal*¹⁶, en su artículo 1, define a la víctima como: “la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado Miembro”.

Tales definiciones ponen de manifiesto la dificultad al elaborar un concepto abstracto de víctima sin tener en cuenta, en cada caso concreto, el titular del interés o bien jurídicamente protegido por la norma penal. Por tanto, es necesario considerar como víctimas a toda persona o conjunto de personas a las que el delito cause un daño o un perjuicio¹⁷.

El presente trabajo utilizará preferentemente los conceptos de ofendido y perjudicado por el delito sobre el concepto de víctima. Pues, a nuestro parecer, aquellas expresiones conllevan ciertas ventajas metodológicas¹⁸. La primera ventaja es permitir una mayor precisión conceptual. Efectivamente, el concepto de víctima, como se analizó en el párrafo

¹⁴ En el mismo sentido: WEIGEND, THOMAS, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, págs. 414 y ss.

¹⁵ El «Center for International Crime Prevention» dependiente de Naciones Unidas a elaborado un documento que desarrolla las ideas contenidas en Declaración sobre Principios Básicos de la Justicia en relación con las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder: *Handbook on Justice for Victims. On the use and application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime an Abuse of Power*, New York, 1999.

¹⁶ DOCE L 82, 22.03.2001, págs. 1 y ss.

¹⁷ En el mismo sentido: ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA, “Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección (I)”, *RDProc*, 1995, pág. 419; PÉREZ GIL, JULIO, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, pág. 349; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, “La tutela de la víctima en el proceso penal”, *Justicia*, 1995, págs. 27 y 28; SOLÉ RIERA, JAUME, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 21; y, BONET ESTEVA, MARGARITA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 128 y 129.

¹⁸ En éste sentido: TRANCHINA, GIOVANNI, “La vittima del reato nel sistema penale italiano”, *Dalla parte della vittima* (Dir. GULOTTA y VAGAGGINI), Giuffrè, Milano, 1980, pág. 319.

anterior, comprende tanto al ofendido como al perjudicado, haciendo imposible una distinción entre ambos conceptos¹⁹.

Una segunda ventaja consiste en permitir una mayor coherencia discursiva, por cuanto el concepto de víctima se encuentra más vinculado a la victimología que a la dogmática procesal penal²⁰. En consecuencia, su utilización puede comportar la introducción de consideraciones ajenas a la ciencia procesal penal, susceptibles de generar algunas distorsiones en el momento de emplearla para analizar conceptos básicos de aquella ciencia²¹.

¹⁹ Además, la noción de víctima tiene un problema adicional. Como apunta Albrecht (ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Kriminologie*, CH. Beck, München, 1999, pág. 387), mirado con distancia, éste se nos presenta como un concepto opalescente de la justicia criminal. Opalescente, en el sentido que el concepto de víctima dependerá, en gran medida, de la perspectiva del observador. Así las cosas, podemos encontrar: 1) la víctima que primero es neutralizada normativamente para luego ser redescubierta; 2) la víctima presentada por los medios de comunicación que atrae el interés político, especialmente en los tiempos de elecciones; 3) la víctima que comienza a ser objeto de estudios científicos y el punto de partida de la crítica criminológica del significado y función de la justicia criminal; 4) la víctima quien constituye un elemento de la infracción criminal necesario para la aplicación de la justicia criminal; y, 5) la víctima invisible y potencial que se siente expuesta a los incontrolables peligros de la era moderna.

²⁰ Para la dogmática germana la distinción entre *Opfer* (víctima) y *Verletzter* (ofendido), en el sentido antes señalado puede verse en: RIESS, PETER, “Der Strafprozeß unde der Verletzten –eine Zwischenbilanz”, *JURA*, 1987, págs. 218 y ss. En todo caso, en Alemania la expresión *Opfer* (víctima) es propia de la criminología mientras que la ciencia procesal trabaja con la expresión *Verletzter* (ofendido) y la doctrina civil con la denominación *Geschädigter* (perjudicado).

En Italia Giarda (GIARDA, ANGELO, “La vittima del reato nel sistema del processo penale italiano: Lineamenti”, *Dalla parte della vittima* (dir. GULOTTA y VAGAGGINI), op. cit., pág. 331) señala: “La locuzione “vittima del reato” non appartiene propriamente al linguaggio tecnico-giuridico, ma a quello, di più recente conio, di una branca della criminologia che, sulla scorta delle analoghe espressioni francesi, inglesi e tedesche soprattutto, prende appunto il nome di «vittimologia»”.

²¹ La Victimología o estudio sobre la víctima, tanto en su papel activo o pasivo en el surgimiento y producción del delito como posteriormente en la resolución del conflicto provocado por el delito, surge primero como una parte de la Criminología. Pero actualmente tiende a una autonomía completa respecto de aquella, por más que continúe habiendo algunas voces que defiendan su ubicación dentro de la Criminología. Sobre Victimología, excluyendo aquellos trabajos referidos a la posición de la víctima en el proceso penal que serán citados más adelante en los epígrafes correspondientes, se puede consultar a título indicativo: ARTZ, GUNTHER, “Victimologie und Strafrecht”, *MschKrim*, 1984, págs. 105 y ss.; BERISTAN, ANTONIO, *Nueva criminología desde el Derecho Penal y la victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; id, *Victimología. Nueve palabras claves*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, JM. Bosch, Barcelona, 1998; DRAPKIN, J, “El Derecho de las Víctimas”, *ADPCP*, 1980, págs. 367 y ss.; FIZZOLA, GINA, *Victimes et vitimologie*, PUF, Paris, 1995; GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; id, *Tratado de criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; GULOTTA, G., *La Vittima*, Giuffrè, Milano, 1976; HASSEMER, RAIMUND, *Schutzbedürftigkeit des Opfer und Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981; HASSEMER, WINFRIED, “Consideraciones sobre la víctima del delito”, trad. R. Cantero, *ADPCP*, 1990, págs. 241 y ss.; id, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (2ª ed.), CH. Beck, München, 1990, págs. 67 y ss.; HENTING, HANS VON, *The criminal and his victims*, Yale University Press, New Haven, 1948; HERRERA MORENO, MYRIAM, *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996; HILLEMKAMP, THOMAS, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Otto Schwart, Göttingen, 1981; LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; MAWBY, R.I. y WALKLATE S., *Critical Victimology*, Sage

El Código Procesal Penal chileno en su artículo 108 define de forma tautológica el concepto de víctima, ya que señala: “que considerará víctima al ofendido por el delito”, pero, como se señaló anteriormente, no define el concepto de ofendido. Con todo, de la lectura del inciso segundo del mismo artículo²² queda claro que el Legislador utiliza el concepto de ofendido por el delito en los términos defendidos en este trabajo. En efecto, esta es la única conclusión que se puede derivar de que, a falta del ofendido por delito²³, este será sustituido por un perjudicado por el ilícito²⁴ de acuerdo a un orden de prelación que la propia ley establece. Así las cosas, en Chile el concepto de víctima por el delito se corresponde con el de ofendido por el delito (o sus sustitutos procesales a falta de aquel).

3.- La ejecución penal

La función judicial no se agota en juzgar, es decir, en resolver el asunto sometido a su conocimiento, sino que comprende también la de ejecutar lo juzgado (art. 76 CPE). Esta facultad de ejecución constituye simultáneamente un deber impuesto a los propios

Publications, London, 1994; NEUMAN, ELÍAS, *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984; id, *Victimología y control social*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994; PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, “Aproximación a la Victimología. Su justificación frente a la Criminología”, *CPC*, 1988, págs. 93 y ss.; id, *Proyecciones penales de las víctimas: excesos dogmáticos ante deficiencias prácticas*, Generalitat de València, Valencia, 1989; id, “Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 13, 1991, págs. 45 y ss.; RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, *Victimología. Estudio de la víctima*, Porrúa, Ciudad de México, 1989; SHAPLAND, JOANNA; WILLMORE, JON y DUFF, PETER, *Victims in the Criminal Justice System*, Gower, Aldershot, 1985; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría del delito?. Introducción al debate sobre la victimo-dogmática”, *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro homenaje al profesor Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, págs. 633 y ss.; id, “Innovaciones técnico prácticas de la victimología en el Derecho Penal”, “La victimo-dogmática en el Derecho extranjero”, “La victomo-dogmática en Derecho español”, “La víctima en el futuro de la dogmática”, BERISTAIN/DE LA CUESTA (dir.), *Victimología*, 1990, págs. 75 y ss., 105 y ss., 195 y ss., 229 y ss., TAMARIT SUMALIA, JOSEP, *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998; y, WRIGHT, MARTIN, *Justice for Victims and offenders*, Open University Press, Philadelphia, 1991.

²² Artículo 108 Código Procesal Penal. Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge y a los hijos;
- b) a los ascendientes;
- c) al conviviente;
- d) a los hermanos, y
- e) al adoptado o adoptante.

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

²³ El titular del bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro constituye la esencia de la conducta penalmente ilícita.

²⁴ Es el titular de la esfera en que inciden directamente las consecuencias nocivas del hecho ilícito, el titular de intereses extrapenales patrimoniales y/o no patrimoniales.

Magistrados y Jueces, quienes podrán exigir a los demás poderes públicos su colaboración²⁵.

La garantía constitucional de la tutela judicial efectiva consiste en el derecho a obtener la efectiva tutela de los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, que en nuestro país se encontraría comprendida en la institución de debido proceso²⁶ (art. 19 N°3 CPE). En otras palabras, el objetivo perseguido por esta garantía es que el juicio cumpla el fin para el que fue previsto, es decir que sea eficaz. Pues, esta garantía presenta dos dimensiones, a saber: una negativa y otra positiva. La dimensión negativa persigue la prohibición de la indefensión²⁷. La dimensión positiva pretende que el juicio sea eficaz²⁸. Así las cosas, una de las consecuencias lógicas de esta garantía constitucional en su vertiente positiva es precisamente asegurar la ejecución de las sentencias judiciales²⁹.

Con todo, la garantía judicial de la tutela efectiva exige, no sólo el cumplimiento de la sentencia, sino también la existencia de un control jurisdiccional sobre la fase de ejecución³⁰. En este sentido, MORENO CATENA³¹ define la ejecución penal como la actividad ordenada y fiscalizada por los propios órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución³².

²⁵ En este sentido, resulta destacable que el constituyente español haya reforzado este aspecto en el texto constitucional al señalar en su artículo 118: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

²⁶ Para un análisis del principio del debido proceso consultar monográficamente, entre otros: ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, *El principio del proceso debido*, JM. Bosch, Barcelona, 1995, VALLESPIN PÉREZ, DAVID, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, y, COMOLGLIO, LUIGI PAOLO, *Ética e técnica del “giusto proceso”*, Giappichelli, Torino, 2004. Para una visión nacional sobre el mismo ver los trabajos de: BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “El debido proceso civil”, *La constitucionalización de Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 251 y ss.; y, TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “El proceso civil chileno. Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la Jurisdicción, de cara a la reforma”, *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 44 y ss.

²⁷ Para un estudio en profundidad sobre el concepto de indefensión confrontar por todos: CAROCCA PÉREZ, ALEX, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 142 y ss.

²⁸ Para un estudio más extenso confrontar con: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español. Sexta lectura constitucional*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 68 y ss.

²⁹ La sentencia del Tribunal Constitucional español 92/1998 de 27 de abril señala que la ejecución de sentencias –configurada legalmente como realización de la resolución judicial en sus propios términos (art. 18 LOPJ)- no sólo forma parte integrante del derecho a la tutela efectiva que al artículo 24 de la Constitución reconoce, sino que es también un principio esencial de ordenamiento jurídico español, el cual implica, desde luego, el derecho a un adecuado cumplimiento de lo declarado en la sentencia. En términos similares se manifiesta la sentencia del Tribunal Constitucional 40/2000, de 14 de febrero.

³⁰ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, op. cit., pág. 307.

³¹ MORENO CATENA, VÍCTOR (CON GIMENO SENDRA, VICENTE Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN), *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1999, pág. 794.

³² Para Herce Quemada (HERCE QUEMADA, VICENTE (CON GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1987, pág. 312) la ejecución penal está constituida “por el conjunto de actos necesarios para la realización de la sanción contenida en una sentencia de condena”. Por otro lado, Hinojosa Segovia (HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL, (CON OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA; ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA; MUERZA ESPARZA, JULIO; y, TOMÉ

La sentencia firme penal constituye el título ejecutivo que da lugar al cumplimiento coactivo de lo resuelto. Pues contiene la declaración de voluntad irrevocable de un órgano jurisdiccional en aras a conseguir que una persona sea sometida a una pena. En todo caso, debe ser una sentencia firme condenatoria. En contraposición, la sentencia absolutoria, salvo la absolución por inimputabilidad y las resoluciones que decretan sobreseimiento definitivo del enjuiciamiento criminal, no dan lugar a actividades de ejecución en sentido estricto³³.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la ejecución penal, la doctrina ha planteado una discusión, respecto a las penas de prisión, cuyo cumplimiento se desarrolla en largos períodos de tiempo exige unos establecimientos especiales y plantea unas necesidades concretas respecto al personal encargado de preservar su funcionamiento y su seguridad³⁴. Estas funciones han sido atribuidas a un sector específico de la Administración Pública, Gendarmería de Chile. Atendiendo a todas estas consideraciones, es posible distinguir tres posiciones sobre la naturaleza jurídica de la ejecución penal, a saber: Jurisdiccional, administrativa y mixta³⁵.

Para nosotros, siguiendo a NAVARRO VILLANUEVA³⁶ el problema de la naturaleza jurídica de la ejecución de las penas privativas de libertad debe ser analizado realizando una distinción previa entre ejecución del título y ejecución de la pena³⁷. En primer lugar, la ejecución del

GARCÍA, JOSÉ), *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pág. 760, id, "Ejecución de la sentencia penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 16) señala que por ejecución penal debe entenderse "el conjunto de actos atribuidos a los órganos del Estado, facultados legalmente para ello, que tienden a dar cumplimiento, dentro de los límites establecidos por la ley y los reglamentos, a los pronunciamientos contenidos en el fallo o parte dispositiva de las resoluciones judiciales ejecutables recaídas en un proceso penal. Cuando se trate de la ejecución de penas privativas de libertad se deberá tener en cuenta que estas están orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados".

³³ Moreno Catena (MORENO CATENA, VÍCTOR (CON GIMENO SENDRA, VICENTE Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN), *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 799) señala que estas sentencias absolutorias y autos de sobreseimiento, no dan lugar a actividades de ejecución propiamente dichas, produciendo únicamente el efecto de levantar y dejar sin vigencia las medidas cautelares personales y reales adoptadas durante todo el procedimiento penal, volviendo las cosas a su ser y estado anterior a la apertura del mismo (salvo que se trate de cosas que no sean de libre comercio), sin perjuicio de la posible responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

³⁴ GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS (CON MONTERO AROCA, JUAN; MONTÓN REDONDO, ALBERTO; y, BARONA VILAR, SILVIA), *Derecho Jurisdiccional. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 409 y 410.

³⁵ Sobre este tema confrontar extensamente por todos: GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 71 y ss.; NAVARRO VILLANUEVA, CARMEN, *La ejecución de la pena privativa de libertad: suspensión y modificación del título ejecutivo*, tesis doctoral (inérita), Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1999, págs. 71 y ss.; y, PEITEADO MARISCAL, PILAR, *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, págs. 51 y ss.

³⁶ NAVARRO VILLANUEVA, CARMEN, *La ejecución de la pena privativa de libertad: suspensión y modificación del título ejecutivo*, op. cit., págs. 110 y ss.

³⁷ Esta distinción es compatible con la realizada por Gómez Orbaneja (GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1947, pág. 57) al distinguir entre ejecución de la sentencia penal y ejecución de la pena o cumplimiento de la condena.

título tiene pleno carácter procesal y jurisdiccional y está integrada por diversas actuaciones dirigidas a promover la ejecución material de la pena, la suspensión o la modificación del título ejecutivo y la extinción de la propia ejecución. En segundo lugar, la ejecución de la pena tiene una naturaleza predominantemente administrativa, aunque sometida a control jurisdiccional y cuyo objetivo viene constituido por el cumplimiento de la pena en sentido estricto.

Sin embargo, cabe matizar que en el plano de los principios la ejecución penal tiene naturaleza jurisdiccional. Esta afirmación es inferida del artículo 76 de la Constitución Política del Estado. En virtud de este artículo, la Constitución opta claramente por el modelo jurisdiccional³⁸, al atribuir la ejecución de resoluciones judiciales a los Tribunales de Justicia³⁹. Esta declaración debería traer un cambio en esta materia, tradicionalmente entregada a la Administración Penitenciaria⁴⁰.

La actividad procesal ejecutiva, tanto civil como penal, depende de un presupuesto de procesabilidad básico, la existencia de un título ejecutivo. Pero es precisamente en el proceso penal donde esta exigencia cobra un mayor rigor. Efectivamente, el enjuiciamiento punitivo busca esclarecer la responsabilidad penal de una persona por su participación en determinados hechos, que presuntamente revisten caracteres de delito y que deberán ser probados durante el juicio oral. Una vez los hechos han quedado suficientemente acreditados, es decir, tanto el hecho punible como la participación de determinada persona en los mismos, se dictará la sentencia donde la pena quedará fijada. La propia naturaleza de las penas a aplicar por la sentencia (incluida la privación del

³⁸ En Alemania, el sistema de ejecución penal se encuentra en manos del Ministerio Público. El § 451 Strafprozeßordnung dispone: “[Vollstreckungsbehörden] (1) Die Strafvollstreckung erfolgt durch die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde auf Grund einer von dem Urkundsbamten der Geschäftsstelle zu erteilenden, mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen, beglaubigten Abschrift der Urteilsformel. (2) Den Amtsanwälten steht die Strafvollstreckung nur insoweit zu, als die Landesjustizverwaltung sie ihnen übertragen hat. (3) Die Staatsanwaltschaft, die Vollstreckungsbehörde ist, nimmt auch gegenüber der Strafvollstreckungskammer bei einem anderen Landgericht die staatsanwaltschaftlichen Aufgaben wahr. Sie kann ihre Aufgaben der für dieses Gericht zuständigen Staatsanwaltschaft übertragen, wenn dies im Interesse des Verurteilten geboten erscheint und die Staatsanwaltschaft am Ort der Strafvollstreckungskammer zustimmt”.

En general, sobre la ejecución penal en Alemania consultar los manuales de: PETERS, KARL, *Strafprozeß* (4^o ed.), CF. Müller, Heidelberg, 1985, págs. 693 y ss.; y, ROXIN, CLAUDIUS, *Strafverfahrensrecht*, CH. Beck, München, 1997, págs. 470 y ss. Sobre la *Strafvollzugsgesetz* (Ley de ejecución penal) consultar, entre otros: CALLIERS, ROLF-PETER y MÜLLER-DIETZ, HEINZ, *Strafvollzugsgesetz* (7^o ed.), CH. Beck, München, 1998; KAISER, GÜNTHER; KERNER, HANS-JÜRGEN; y, SCHÖCH, HEINZ, *Strafvollzug: Ein Studienbuch* (4^o ed.), CF. Müller, Heidelberg, 1992; y, WALTER, MICHAEL, *Strafvollzug* (2^o ed.), Boorber, Stuttgart, 1999.

³⁹ En el mismo sentido: SOLÉ RIERA, JAUME, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, JM. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 195.

⁴⁰ Efectivamente, lo anterior llevó en España a la creación del Juez de Vigilancia Penitenciaria responde a la voluntad de operar una progresiva judicialización de la ejecución penal (NAVARRO VILLANUEVA, CARMEN, *La ejecución de la pena privativa de libertad: suspensión y modificación del título ejecutivo*, op. cit., pág. 126).

derecho a la libertad personal) dota claramente al título ejecutivo de una extraordinaria importancia para ejecución penal^{41 42}.

4.- La institución de la sustitución y de la remisión definitiva de la pena en Derecho español

La pena es la consecuencia jurídica más antigua del delito y más importante tanto cuantitativa como cualitativamente, aún en nuestros días⁴³. Hasta tal punto esto es cierto que el enjuiciamiento criminal ha sido estructurado, desde antaño, como medio para la aplicación de las mismas. Con todo, no se debe olvidar la existencia de corrientes de pensamiento críticas frente a la hegemonía de la pena como reacción única o principal frente al ilícito dentro de la dogmática penal. En este sentido han actuado, entre otras, las corrientes abolicionistas⁴⁴.

⁴¹ NAVARRO VILLANUEVA, CARMEN, *La ejecución de la pena privativa de libertad: suspensión y modificación del título ejecutivo*, op. cit., pág. 11.

⁴² Con todo, desde la perspectiva de la víctima, no debe olvidarse que la ejecución penal debe satisfacer el doble objeto del proceso punitivo. Así las cosas, la fase de ejecución del proceso penal debe perseguir, por una parte, el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad y, por la otra, reparar las consecuencias económicas perjudiciales el delito. En ambas tareas, desde una perspectiva político-criminal, está comprometido en su satisfacción un interés público (GIMENO SENDRA, VICENTE (CON MORENO CATENA, VÍCTOR y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN), *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 35.; HELLMANN, UWE, *Strafprozeßrecht*, Springer, Berlin, 1998, pág. 4; y, SOLÉ RIERA, JAUME, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 202).

Por otra parte, la preocupación de hacer efectiva la responsabilidad civil *ex delicto* ha llevado a la Fiscalía General del Estado español a dictar la Instrucción 1/1992, de 15 de enero, sobre "Tramitación de las piezas de responsabilidad civil" en la que se señala: "La protección de la víctima del delito no se agota con la sanción penal al delincuente, sino que debe lograr su satisfacción reparándose todos los efectos del delito. El ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal, salvo excepciones, debe tener en el proceso penal eficacia suficiente para no convertirse en un nuevo alarde burocrático carente de sentido. Por eso es necesario llamar ahora la atención de los fiscales sobre la necesidad de iniciar y sustanciar, desde el momento procesal oportuno, según el tipo de proceso de que se trate, las llamadas piezas de responsabilidad civil y de adoptar, con carácter urgente, las medidas cautelares de protección económico-social de la víctima. (...) Es la única forma de que se de debido cumplimiento al Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución española y a que se de un paso más en nuestro país en la protección a la víctima del delito".

⁴³ La teoría de la pena normalmente distingue entre fundamentos y fines, y legitimación de la pena. Sobre este punto consultar ampliamente en: PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en el fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986, págs. 215 y ss.

⁴⁴ Entre las más recientes propuestas cabe destacar la del profesor Lüderssen (LÜDERSSEN, KLAUS, *Abschaffen des Strafsens?*, op. cit., págs. 259 y ss.) quien ha desarrollado un complejo sistema para la abolición del Derecho Penal. La primera línea argumentativa va dirigida contra la institución de la pena privativa de libertad, si bien, finalmente, pretende la total sustitución la institución de la pena estatal por un conjunto de medidas civiles y administrativas. Para una visión crítica de las teorías abolicionistas consultar el trabajo del profesor SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, JM. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 18 y ss.

Como alternativa a la pena de privación de libertad se recoge en el derecho español la posibilidad de sustituir la pena impuesta por otra distinta que se ejecuta inmediatamente⁴⁵. La sustitución de la pena está prevista para la prisión y el arresto de fin de semana y se regula en los artículos 88 y ss. del Código Penal español. La sustitución puede producirse en la misma sentencia o posteriormente, en auto motivado, pero antes de iniciarse la ejecución de la pena inicialmente impuesta, lo que debe entenderse aplicable a todos los supuestos de sustitución de la pena de prisión, puesto que no existen razones para acordar la sustitución de arresto de fin de semana en un momento procesal diferente⁴⁶.

Por otra parte, el Código Penal español regula la llamada suspensión de la ejecución, una de las formas más antiguas para evitar el cumplimiento de las penas privativas de libertad de corta duración (inferior a dos años)⁴⁷. En el derecho comparado, hay dos sistemas, el de la “probation”, propio del derecho anglosajón y el belga-francés o “sursis”. El primer sistema somete al sujeto a observación y al cumplimiento de ciertas tareas. El segundo basta con el transcurso de un determinado plazo⁴⁸.

El sistema recogido por el Código Penal español es una mezcla de ambos. Consiste fundamentalmente en suspender la ejecución de la pena privativa de libertad durante un plazo de dos a cinco años. Pasado dicho plazo sin que el sujeto haya delinquido nuevamente y cumplidas las reglas de conducta fijadas por el juez o Tribunal, en el caso de pena de prisión, éste acordará la remisión de la pena y la cancelación de los antecedentes penales (arts. 80 a 87 CP). El Código Penal español fija un trámite de audiencia a las «partes» para dejar en suspenso el cumplimiento de las penas privativas de libertad (arts. 80.2, 81 y 87.1 CP)⁴⁹.

Por otro lado, en Derecho Penal de adolescente español de manera similar a lo que sucede en el proceso penal de adultos, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores regula la posibilidad que se otorga al juez de acordar la finalización de la medida antes de que se haya cumplido en su totalidad o de sustituirla por otra por tiempo igual o inferior al que reste de cumplimiento de la medida.

⁴⁵ Sobre el tema ver, entre otros: MOLINA BLÁSQUEZ, MARÍA CONCEPCIÓN, *Aplicación de la pena*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 72 y ss.; SERRANO PASCUAL, MARIANO, *Las formas sustitutivas de la prisión en Derecho Penal español*, Trivium, Madrid, 1999, págs. 368 y ss.; y, GRACIA MARTÍN, LUIS y ALASTUEY DOBÓN, M. CARMEN (con BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 318 y ss.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 586.

⁴⁷ El antecedente más inmediato de la suspensión de la condena ha sido la Ley de Condena Condicional, de 17 de marzo de 1908, derogada hoy por el Código Penal.

⁴⁸ Vid. GONZÁLEZ ZORRILLA, CARLOS, “Suspensión de la pena y «probation»”, *Penas alternativas a la prisión* (coord. J. CID./ E. LARRAURI), Bosch, Barcelona, 1997, págs. 61 y ss. Para consultar las recientes modificaciones del sistema de la “probation” anglosajón consultar por todos: ASHWORTH, ANDREW, *Sentencing and Criminal Justice* (3ª ed.), Butterworths, London, 2000, págs. 278 y ss.

⁴⁹ GRACIA MARTÍN, LUIS y ALASTUEY DOBÓN, M. CARMEN (con BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pág. 348.

La sustitución de las medidas nunca podrá ser por tiempo mayor al que resta de cumplimiento, ni por medidas más graves que las inicialmente acordadas⁵⁰.

El juez podrá acordar la sustitución o finalización de oficio a petición del Ministerio Fiscal (Ministerio Público) o del letrado del menor. Sin embargo en el sistema procesal español se da posibilidad también a la “Administración competente” de solicitarlo. Por otra parte, la ley dispone que deban ser oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o de reforma de menores⁵¹.

De forma similar a lo que sucede en el proceso penal de adultos, el artículo 40 de las Ley de Responsabilidad Penal de Menores contempla la posible suspensión de la ejecución del fallo por un plazo máximo de dos años, tratándose de menores a los que se les haya impuesto una medida cuya duración no sea superior a dos años. Si durante el tiempo de suspensión no se cumplieran las condiciones previas dicho precepto, el juez alzaría la suspensión y procedería a ejecutar el fallo⁵².

5.- Sustitución y la remisión de la condena en el Derecho Penal de adolescentes chileno

En el Párrafo 3º del Título III de la Ley de responsabilidad penal adolescente, se contempla la figura del juez de control de la ejecución, quien deberá resolver los conflictos de derecho que se susciten durante la ejecución de alguna de las sanciones contempladas en la ley.

Será competente el juez de garantía del lugar en que la sanción deba cumplirse, el que deberá verificar la legalidad de la ejecución, tomando las medidas pertinentes en caso de alguna violación a las garantías y derechos establecidas a favor del adolescentes, comprendidas en el artículo 49 principalmente, y resolverá, en su caso, lo que corresponda en materia de quebrantamiento y solicitudes de revisión de las sanciones, ya sea de sustitución de la condena o de la remisión de la misma en su caso.

Dentro de los casos en que esto es posible, cabe distinguir dos supuestos: Las decisiones que implican la posibilidad de mejorar la situación de un adolescente que está cumpliendo una sanción; y las decisiones que implican la posibilidad de empeorar su situación.

En el ejercicio de la competencia de ejecución de sanciones, la decisión jurisdiccional que se pronuncie durante la ejecución para resolver un conflicto de derechos debe fundarse

⁵⁰ ORNOSA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO, *Derecho penal de menores*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 406 y ss., y, VARGAS CABRERA, BARTOLOMÉ, *Ley de la responsabilidad penal de los menores (Dir. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro)*, Trivium, Madrid, 2001, págs. 445 y ss.

⁵¹ ORNOSA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO, *Derecho penal de menores*, op. cit., págs. 407 y 408.

⁵² TOMÉ GRACÍA, JOSÉ ANTONIO, *El procedimiento penal del menor*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 193 y ss.

en un proceso previo legalmente tramitado⁵³. En este contexto, el artículo 50 establece que las decisiones del juez de garantía durante la ejecución han de ser precedidas por una audiencia.

Así las cosas, dentro de las decisiones que implican la posibilidad de mejorar la situación del adolescente que está cumpliendo una sanción se encuentran las instituciones de la sustitución y la remisión de la condena reguladas en los artículos 53 a 55 de la Ley de responsabilidad penal adolescente.

A través de la institución de la sustitución de la condena, el juez podrá sustituir las sanciones previstas por la ley, por una menos gravosa, de oficio, a petición del condenado, o su defensor, en cuanto ello parezca más favorable a la integración social del adolescente y se hubiere iniciado su cumplimiento.

Para ello, deberá citar a una audiencia, a la que deberá acudir el condenado, su abogado, el Ministerio Público y un representante de la institución encargada de la ejecución de la sanción, y una vez examinados los antecedentes, oirá a los presentes y resolverá. A la audiencia podrán asistir los padres del adolescente o quienes lo tuvieren a su cargo antes de la privación de libertad, y la víctima o su representante. Finalmente, la resolución que se dicte sobre una solicitud de sustitución será apelable.

La sustitución condicional se encuentra regulada en el artículo 54 de la Ley de responsabilidad penal adolescente. La misma consiste en la facultad del tribunal de sustituir la condena en los casos de medidas privativas de libertad, puede ejercerse de manera condicional, dejando en suspenso la imposición efectiva del resto de la pena original (la pena sustituida) para el evento de que se incumpla la sanción sustitutiva.

Finalmente, la remisión se regula en el artículo 55 de la Ley de responsabilidad penal adolescente. Así las cosas, la remisión consiste en la facultad que permite al tribunal dar por terminada, anticipadamente, la ejecución de la sanción por haberse logrado los objetivos pretendidos con su imposición. En efecto, el tribunal de control de la ejecución tiene también la facultad de remitir el cumplimiento del saldo de condena cuando, en base a antecedentes calificados, considere que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición.

6.- Posición de la ofendido (víctima) en el proceso penal de adultos y adolescentes

La evolución desde la compensación hasta la pena pública generó la necesidad de elaborar un proceso penal ajustado a esta nueva concepción del enjuiciamiento punitivo. En otras palabras, si la transgresión jurídica de tipo criminal conlleva una reacción estatal, entonces

⁵³ Sobre la noción de debido proceso penal ver: FERRUA, PAOLO, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2005, *passim*; y, TORO JUSTINIANO, CONSTANZA, *El debido proceso penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009, *passim*.

los procedimientos de persecución y decisión deben proveerse de instrumentos efectivos de indagación y medidas coercitivas, distintas de aquéllas adecuadas simplemente para la pura resolución del litigio entre dos ciudadanos o la mera compensación del daño⁵⁴. El resultado de esta evolución significó un sacrificio del ofendido por el delito, quien fue alejado del proceso penal⁵⁵.

Por otra parte, la institución del querellante particular encuentra su fundamento, desde una óptica estrictamente procesal, en la necesidad de controlar el cumplimiento del principio de legalidad por parte del Ministerio Público⁵⁶. Además este sistema presenta una ventaja por sobre la acusación popular: como señala NEUMANN⁵⁷, el reconocimiento de legitimación a los ofendidos por el hecho punible para actuar el proceso penal evitaría la aparición de “acusaciones populares de pleitistas”.

Finalmente, si se quiere buscar el fundamento último de los derechos procesales “fuertes” del ofendido por el delito y de la figura del querellante particular, debemos necesariamente realizar un análisis de esta figura desde el prisma de la teoría de los fines de las penas.

Así las cosas, y tomando en consideración que el estudio de dichas teorías supera los márgenes de este trabajo, sólo nos limitaremos a exponer una de las teorías que explica el sentido y límite de la pena estatal⁵⁸: la teoría de la *prevención general positiva*. Esta

⁵⁴ ESER, ALBIN, “Una justicia penal «a la medida del ser humano». Visión de un sistema penal y procesal penal orientado al ser humano como individuo y ser social”, trad. JM. Landa, *RDPC*, núm. 1, 1998, pág. 141.

⁵⁵ Para un estudio sobre la evolución en la dogmática del concepto de bien jurídico ver: HASSEMER, WINFRIED, *Theorie und Sociologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre*, Europäischen, Frankfurt, 1980, págs. 25 y ss.

⁵⁶ En países como Estados Unidos de América donde el Ministerio Público tiene pleno dominio sobre el ejercicio de la acusación existe una tendencia a reconocer a las víctimas de los delitos la facultad de controlar la discrecionalidad con que se mueve el Fiscal. Sobre este aspecto confrontar, entre otros los trabajos del profesor: BELOOF, DOUGLAS E., “The Third model of Criminal Process: The Victim Participation Model”, *UTAH Law Review*, 1999, págs. 289 y ss.; y, id, *Victims in Criminal Procedure*, Carolina Academic Press, Durham, 1999, págs. 250 y ss.

En Alemania, una parte de la dogmática procesal penal del siglo XIX mantuvo posiciones proclives a que el ofendido por el hecho punible realizara una labor de fiscalización de la actividad del Ministerio Público, ya sea bajo la forma de acusación popular o como acusación adhesiva. Para un ejemplo de estas posiciones, consultar entre otros los trabajos de: OPPENHEIM, L., *Die Nebenklage des Deutschen Strafprozesses. Eine Studie*, op. cit., pág. 87; y, SUNDELIN, PAUL, *Die Staatssanwaltschaft in Deutschland*, Anclam, 1860, pág. 44. Si bien la Strafprozeßordnung alemana reconoce el monopolio acusatorio al Ministerio Público, la mayor parte de la doctrina germana considera que el *Klageerzwingungsverfahren* contribuye al aseguramiento y aplicación del principio de legalidad por parte del Fiscal; confrontar por todos: JANS, SIGRID, *Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens*, Peter Lang, Frankfurt, 1990, págs. 11 y 49.

⁵⁷ NEUMANN, ULFRID, “Die Stellung des Opfers im Strafrecht”, *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform* (Hrsg. W. HASSEMER), Peter Lang, Frankfurt, 1987, pág. 245.

⁵⁸ Para una exposición de las diversas teorías de la pena ver ampliamente en la dogmática española: BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios de Derecho Penal. Parte general* (4º ed.), Akal, Madrid, 1997, págs. 7 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Manual de Derecho Penal. Parte general* (4º ed.), PPU, Barcelona, 1994, págs. 71 y ss.; id, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, Trotta, Madrid, 1997, págs. 44 y ss.;

elección se funda en dos razones: la primera, en el hecho de ser una de las teorías que goza de un importante número de adeptos en la dogmática penal contemporánea⁵⁹; y la segunda, en que, entendemos, es la más idónea para explicar la función que cumple el ofendido por el delito y el acusador particular dentro del sistema de la justicia criminal⁶⁰.

Tomando como punto de partida la antigua sentencia de SÉNECA “*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*”⁶¹ que nos recuerda una idea central en esta materia, y por lo mismo de plena actualidad: sumar un mal a otro no es compatible con el concepto de Estado social y democrático de Derecho. En consecuencia, los Estados contemporáneos deben ajustar su actuación a criterios empíricos basados en los éxitos y los fracasos de sus políticas criminales, y esto los hace responsables tanto ante la víctima como ante el ciudadano⁶².

CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, op. cit., págs. 20 y ss.; COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal. Parte general* (4ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 30 y ss.; GARCIA-PABLOS, ANTONIO, *Derecho Penal. Introducción* (2ª ed.), Servicio de publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, págs. 118 y ss.; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general* (5ª ed.), PPU, Barcelona, 1998, págs. 45 y ss.; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (con GARCÍA ARÁN, MERCEDES), *Derecho Penal. Parte general* (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 47 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, JM. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 179 y ss.; y, ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, *Fundamentos de Derecho Penal* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 59 y ss.

Para la dogmática alemana una clasificación y exposición de las mismas se puede encontrar en los recientes manuales de Derecho Penal, ver especialmente: ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Kriminologie*, CH. Beck, München, 1999, págs. 48 y ss.; GROPP, WALTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (2ª ed.), Springer, Berlin, 2001, págs. 31 y ss.; HASSEMER, WINFRIED, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, op. cit., págs. 281 y ss.; JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte general*, trad. J. Cuello y J.L. Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 8 y ss.; JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS, *Lehrbuch des Strafrecht* (5ª ed.), Duncker & Humblot, Berlin, 1996, págs. 63 y ss.; KÖHLER, MICHAEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1997, págs. 37 y ss.; NAUCKE, WOLFGANG, *Strafrecht. Eine Einführung* (9ª ed.), Luchterhand, Neuwied, 2000, págs. 29 y ss.; y, ROXIN, CLAUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (3ª ed.), vol.I, CH. Beck, München, 1997, págs. 41 y ss.

⁵⁹ Así lo pone de manifiesto, entre otros: HASSEMER, WINFRIED, “Perspectivas del Derecho Penal futuro”, trad. E. Anarte, *RP*, 1998, pág. 38; JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS, *Lehrbuch des Strafrecht*, op. cit., pág. 64; y, ROXIN, CLAUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., pág. 49.

⁶⁰ Con todo, para un sector minoritario de la doctrina penal alemana (ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Kriminologie*, CH. Beck, München, 1999, pág. 391; y, SCHÜNEMANN, BERND, “Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell”, *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem* [Hrsg. SCHÜNEMANN/DUBBER], Carl Heymanns, Köln, 2000, págs. 1 y ss.), las únicas teorías sobre la pena que reconocen alguna función a la víctima son las teorías absolutas.

En las teorías absolutas de la pena, el sentido de la misma radica en la retribución, en la imposición de un mal por un mal cometido. En otras palabras, la pena es la consecuencia justa y necesaria del delito cometido. En este esquema el interés de la víctima y el interés del Estado coinciden, pero sólo porque la segunda coincide con la sed de venganza del primero (Estado).

⁶¹ “Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque”. De acuerdo a Grotius esta frase fue tomada por Séneca de la obra *Protágoras* de Platón (HASSEMER, WINFRIED, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, op. cit., pág. 282).

⁶² HASSEMER, WINFRIED, “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)”, trad. M. Díaz Pita, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 191.

La teoría de la *prevención general positiva* responde a este orden lógico, como explicación del sentido y límites de la pena estatal⁶³. Con todo, se nos plantea un problema: no es posible hablar de una teoría unitaria de la prevención general positiva, sino de una variedad de ellas⁶⁴. De ahí la necesidad de circunscribir el discurso de esta investigación a una sola de dichas variantes, premisa básica adoptada con el objeto de explicar el fundamento de los intervinientes víctima y querellante particular⁶⁵.

Uno de los autores defensores de esta teoría de la pena es HASSEMER⁶⁶. Su concepción particular de la *prevención general positiva* parte de la crítica a la teoría de la pena “tradicional” y a la ciencia jurídico-penal, denunciando el aislamiento de la dogmática penal y, en especial, la excesiva abstracción del debate en torno a los fines de las penas y su falta de base empírica. Con el objeto de superar estos problemas, el autor postula la orientación del Derecho Penal y de la pena a sus consecuencias, y su puesta en relación con la sociedad en la que se aplica.

Para HASSEMER⁶⁷, tanto la prevención-intimidación como la coacción psicológica y la resocialización no constituyen fines empíricamente alcanzables por el sistema penal. Según este autor, la función de la pena ha de consistir en la reacción estatal a hechos punibles. Al mismo tiempo, la pena importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, esto es, la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales.

⁶³ Para Herzog (HERZOG, FELIX, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Peter Lang, Frankfurt, 1987, págs. 50 y ss.) la doctrina de la prevención general positiva se aproxima a las teorías absolutas de la pena, dada su crítica a las nociones de intimidación y terapia; sin embargo, no parece que deje de ser una *teoría moderna*, ya que se orienta a los *output*, esto es a las consecuencias externas.

⁶⁴ Para un examen y crítica de ellas ver el trabajo de: PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, págs. 17 y ss. Para un estudio de las repercusiones de las distintas teorías de la prevención general positiva en el proceso penal ver el trabajo de: HAUSCHILD, JÖRN, *Die positive Generalprävention und das Strafverfahren*, Peter Lang, Frankfurt, 2000.

⁶⁵ Otro defensor a ultranza de la prevención general positiva es Jakobs (JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., págs. 8 y ss.). Para este autor la tarea del Derecho Penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contrato social. El contenido de la pena, por tanto, es el rechazo a la desautorización de la norma llevado a costa del que la ha quebrantado. La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido violadas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas. Esta confianza, sin embargo, no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes, ya que los destinatarios de la pena, en primera línea no son algunas personas consideradas como autores potenciales, sino que todas las personas tiene que saber lo que deben esperar en tales situaciones.

⁶⁶ HASSEMER, WINFRIED, “Generalprävention und Strafzumessung”, *Hauptprobleme der Generalprävention* (Hrsg. W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN y W. NAUCKE), Alfred Metzner, Frankfurt, 1977, págs. 29 y ss.; id., “Prevención en el Derecho Penal”, trad. J. Bustos, *Poder y Control*, núm. 0, págs. 93 y ss.; id., “Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico social”, trad. T. Castiñeira, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Servicio de Publicaciones Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982, págs. 132 y ss.; id., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, op. cit., págs. 281; y, HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 161 y ss.

⁶⁷ HASSEMER, WINFRIED, “Generalprävention und Strafzumessung”, *Hauptprobleme der Generalprävention*, op. cit., págs. 29 y ss.; id.; “Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico social”, op. cit., págs. 132 y ss.; id., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, op. cit., págs. 281

Pero un sistema penal orientado hacia las consecuencias debe necesariamente dirigir su mirada hacia la protección de la víctima. Esto supone incorporar un nuevo elemento normativo al concepto de pena: la rehabilitación de la persona lesionada; la reconstrucción de su dignidad personal; el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo e injusto y la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido víctima (y por tanto no es delincuente ni tampoco protagonista de un simple accidente)⁶⁸.

En definitiva, esta concepción parece coincidir con la posición de PRITTWITZ⁶⁹. Para este autor, entender que el sistema de justicia criminal victimiza nuevamente a quien ha sufrido el delito, junto a la constatación que el daño sufrido por la misma no finaliza cuando el sistema de justicia criminal pone fin al conflicto, justifica el interés legítimo de la víctima en la existencia de una reacción pública frente al delito⁷⁰. El elemento decisivo de esta reacción, sin embargo, no es el castigo, sino la declaración y determinación judicial sobre quien tiene la razón y quien está equivocado, y sobre quien es culpable y quien no debe sentirse culpable⁷¹.

Con todo, no se puede llegar al extremo contrario de, bajo la consigna de mejorar la posición del ofendido en el enjuiciamiento criminal, hacer “*tabula rasa*” con todas las garantías constitucionales que rodean al inculpado, alegando que impiden la completa satisfacción de los intereses penales y extrapenales del ofendido por el hecho punible⁷².

⁶⁸ HASSEMER, WINFRIED, “¿Por qué y con que fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)”, op. cit., pág. 198.

⁶⁹ Ver ampliamente: PRITTWITZ, CORNELIUS, “Opferlose Straftheorien?”, *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem* (Hrsg. SHÜNEMANN/DUBBER), Carl Heymanns, Köln, 2000 págs. 51 y ss.; y, id, “Positive Generalprävention und «Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters?»”, *KritV Sonderheft Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2000, págs. 162 y ss.

⁷⁰ PRITTWITZ, CORNELIUS, “Opferlose Straftheorien?”, op. cit., págs. 72 y 73.

⁷¹ Incluso existen autores que llegan más lejos. Este es el caso de Reemtsma (REEMTSMA, JAN PHILIPP, *Das Rechts der Opfer auf Bestrafung des Täters als Problem*, 1998, citado por: PRITTWITZ, CORNELIUS, “Opferlose Straftheorien?”, op. cit., págs. 64 y ss.) la propia institución de la pena es un mecanismo de ayuda a la víctima del trauma generado por el delito. Efectivamente, si la sociedad no ha sido capaz de evitar a la víctima el trauma ocasionado por el hecho punible, a lo menos tendría una deuda con la víctima, que consistiría en el castigo del culpable. En cumplimiento de esta deuda, por lo demás, sólo la pena de prisión y la multa cumple la deseada función simbólica. Para este autor, la pena manifiesta la solidaridad del grupo social con la víctima. Para comentario crítico de esta posición consultar: LÜDERSSEN, KLAUS, “Opfer im Zwielflicht”, *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (Hrsg. T. WEIGEND y G. KÜPPER), Walter de Gruyter, Berlin, 1999, págs. 879 y ss.

⁷² En palabras de Hassemer (HASSEMER, WINFRIED, “Derecho Penal y Filosofía de Derecho”, trad. F. Muñoz Conde, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 31): “Las reformas que favorecen los intereses de las víctimas se hacen a costa del imputado y del Estado como detentador del monopolio del *ius puniendi*”. También se puede ver esta misma idea en: FLETCHER, GEORGE P., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Cónde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 76; HASSEMER, WINFRIED, “Consideraciones sobre la víctima del delito”, *ADPCP*, 1990, págs. 256 y ss.; y, HERZOG, FELIX, “Die Krise der geistigen und sozialen Grundlagen des reformierten Strafprozesses”, *Quo vadis, Strafprozeß?* (Hrsg. F. HERZOG), Nomos, Baden-Baden, 1998, pág. 21.

El objetivo último es obtener una participación más activa del ofendido por el delito en el proceso penal, pero no en detrimento del sistema de garantías constitucionales, durante tanto tiempo gestado en favor del inculcado por el hecho punible⁷³.

Finalmente, para el profesor KLAUS GÜNTHER⁷⁴ las víctimas tienen una razón legítima y racional para perseguir el castigo del culpable. En efecto, esta se encontraría en la necesidad de satisfacción o compensación por la humillación sufrida y por la violación de su integridad.

Para GÜNTHER⁷⁵, la idea de satisfacción individual es incompatible con la de castigo público. Con todo, existe una categoría de delitos en los cuales los intereses de las víctimas y del Estado confluyen. Nos referimos a los llamados “delitos nucleares” (es decir que forma parte del “núcleo duro del Derecho Penal). En efecto, en los delitos nucleares afectan a la víctima en su potencial para comunicarse con los demás y a la comunidad porque ésta es dependiente de la competencia comunicativa de sus miembros.

GÜNTHER⁷⁶ señala que todo delito que afecta a la integridad de las víctimas incluye siempre un acto simbólico-expresivo de humillación. La reacción pública contra el ofensor es la respuesta simbólico-expresiva a que tiene derecho la víctima. Con todo, la teoría del autor no justifica un tratamiento más duro del culpable, ya que la víctima lo que busca es una declaración pública en el sentido que: el agresor individual actuó ilegítimamente y es culpable. Además el proceso penal sería un foro donde contar su historia.

Así las cosas, para GÜNTHER⁷⁷ la víctima en los delitos nucleares tendría derecho al juicio oral⁷⁸, pero niega que tenga derecho al castigo del culpable. En efecto, la aplicación de la pena es un tema que le corresponde de manera exclusiva y excluyente al Estado.

⁷³ Para algunos autores latinoamericanos, se ha podido comprobar que la institución del querellante particular, por regla general, ha resultado muy útil dentro del enjuiciamiento punitivo, ya que mueve a la Justicia penal y le quita trabajo al Ministerio Fiscal que, normalmente, se encuentra saturado (BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1993, pág. 307).

⁷⁴ GÜNTHER, KLAUS, “Die symbolisch-expressive Bedeutung des Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70 Geb. (Hrsg. Prittwitz)*, Nomos, Baden-Baden, 2001, págs. 205 y ss.

⁷⁵ GÜNTHER, KLAUS, “Die symbolisch-expressive Bedeutung des Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, op. cit. págs. 211 y ss.

⁷⁶ GÜNTHER, KLAUS, “Die symbolisch-expressive Bedeutung des Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, op. cit., págs. 215 y ss.

⁷⁷ GÜNTHER, KLAUS, “Die symbolisch-expressive Bedeutung des Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, op. cit., págs. 215 y ss.

⁷⁸ La posición en comento se puede conectar con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación a las facultades de las víctimas y familiares de éstas, la Corte ha desarrollado también, lo que considera como un verdadero “derecho a la verdad”. Ello a partir de la conexión que hace de los artículos 8 y 25 con el artículo 1.1 de la CADH; “del artículo 1.1, se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos, obligación que, en las circunstancias del presente caso, se encuentra relacionada con los derechos a ser oído por los tribunales y a un recurso rápido y efectivo, que consagran los

7.- El problema de la falta de notificación de la víctima en la audiencia en que se pretende discutir la sustitución y la remisión de la condena en Derecho Penal de adolescente

El artículo 53 de la ley de responsabilidad penal del adolescente establece la facultad del juez de ejecución de sustituir la condena (pena) impuesta a un adolescente por una menos gravosa si ello es más favorable para su integración social. Por otra parte, el inciso segundo señala que la decisión se realizará en audiencia, existiendo participantes obligatorios y otros facultativos (su inasistencia no impide la audiencia). Entre éstos últimos se encuentra “la víctima o su representante”.

Así las cosas, cabe preguntarse: ¿qué función cumple o debe cumplir la víctima o su representante en la audiencia de sustitución de condena?, ¿qué consecuencia debe acarrear la falta de notificación a la víctima o su representante?, y, finalmente, ¿puede imponerse por los tribunales de ejecución al imputado o a su representante la obligación de proporcionar datos sobre la víctima?

Respecto de la primera pregunta, a saber: ¿qué función cumple o debe cumplir la víctima o su representante en la audiencia de sustitución de condena? La respuesta es negativa. Es decir, no cumple ni debe cumplir ningún papel relevante en la audiencia de sustitución de pena en el Derecho Penal de adolescente.

En efecto, como se señaló en el apartado anterior, la víctima tiene derecho al juicio oral (por los efectos comunicativos que este presenta dentro de los sistemas sociales) en los delitos que forman parte del núcleo duro del Derecho Penal. Pero, de ninguna manera tiene derecho al castigo del culpable con una determinada pena o sanción. La ejecución de las penas y las decisiones derivadas de esta actividad son competencia exclusiva y excluyente del Estado. En efecto, el Estado es el único titular del *ius puniendi* en las democracias constitucionales contemporáneas.

En el campo del Derecho Penal de adolescentes países como Alemania, que reconoce algún grado de participación al ofendido por el delito en el enjuiciamiento criminal de mayores, en su Ley de Tribunales de Menores (§ 80.1 y 3 JGG) excluye de forma expresa tanto la participación del *Privatkläger* por delitos privados como la del *Nebenkläger*⁷⁹. Con todo, permite la presencia del ofendido por el hecho punible en el juicio oral, pero sin

artículos 8 y 25 de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales, Párr. 225, 19 de Noviembre de 1999)

⁷⁹ Albrecht (ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Jugendstrafrecht* (3ª ed.), CH. Beck, München, 2000, pág. 373) reconoce que “en el procedimiento penal contra los menores los derechos de las víctimas están ampliamente restringidos”. En el mismo sentido BÖHM, ALEXANDER, *Einführung in das Jugendstrafrecht* (2ª ed.), CH. Beck, München, 1985, pág. 84. Acerca de la posibilidad de la participación de un acusador adhesivo en un proceso penal contra un menor y un adolescente ver el trabajo de: MITSCH, WOLFGANG, “Nebenklage im Strafverfahren gegen Jugendliche und Heranwachsende”, *GA*, 1998, págs. 159 y ss.

Una situación similar ocurre en el sistema procesal penal de Austria donde también se prohíbe la participación del *Privatankläger* y del *Subsidiarankläger* en el proceso penal de menores (§ 44.2 ÖJGG).

atribuirle ninguna facultad procesal y siempre con fines “educativos” para el menor (§ 48.2 JGG)⁸⁰.

Así las cosas, la decisión del Legislador de dar la posibilidad a la víctima o su representante de asistir a la audiencia deben ser entendidos, no solamente como facultativa, sino como completamente accidental. Basta con recordar que la víctima no es considerada como interviniente en la fase de ejecución de la condena como lo demuestra la sola lectura del artículo 466 del Código Procesal Penal⁸¹.

Finalmente, también vale la pena tener presente que el estatuto de la víctima del delito se agota en la fase declarativa del proceso penal (art. 109 CPP)⁸². En efecto, el estatuto de las víctimas no se ve modificado por lo dispuesto en el artículo 53 inciso 2, de la Ley de responsabilidad penal adolescente, toda vez que no representa un derecho para la misma. En realidad, es una facultad discrecional del órgano de adjudicación, quien al citar a la audiencia en que se discutirá sobre la sustitución de la condena, podrá incluir entre los destinatarios de la citación a la víctima o sus representantes.

En cuanto a la segunda interrogante, es decir, ¿qué consecuencia debe acarrear la falta de notificación a la víctima o su representante? La respuesta debe construirse sobre la base de precisar quién es el obligado a notificar a la víctima o su representante de la futura celebración de la audiencia de sustitución de condena.

⁸⁰ Para un análisis más profundo del Derecho Penal y Procesal Penal del menores alemán ver: ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Jugendstrafrecht*, op. cit.; BÖHM, ALEXANDER, *Einführung in das Jugendstrafrecht*, op. cit.; y, SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH y BEULKE, WERNER, *Jugendstrafrecht: eine systematische Darstellung* (13º ed.), W. Kohlhammer, Stuttgart, 1998. Para una visión panorámica sobre posición del ofendido por el hecho punible en la justicia penal de menores alemana consultar el reciente artículo de: RÖSSNER, DIETER, “Das Jugendkriminalrecht und das Opfer der Straftat”, *Das Jugendstrafrecht an der Wende zum 21. Jahrhundert* (Hrsg. D. DÖLLING), Walter de Gruyter, Berlin, 2001, págs. 165 y ss.

⁸¹ Artículo 466. Intervenientes. Durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo podrán intervenir ante el competente juez de garantía el ministerio público, el imputado y su defensor.

El condenado o el curador, en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare

⁸² Artículo 109. Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querrela;
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad.

Así, debemos concluir que el obligado en primer término a practicar la notificación es el propio Estado. En efecto, el Estado adjudicador (juez de ejecución) y el Estado persecutor (Ministerio Público) son los encargados de gestionar la notificación de la víctima o de su representante. Por tanto, al ser la víctima o su representante personas cuya concurrencia no constituye un requisito de validez de la audiencia, deberían ser citados a la misma por cualquier medio por el juez de ejecución. Normalmente, se debería efectuar la notificación a la víctima o su representante por carta certificada o por correo electrónico. Finalmente, el Ministerio Público es quien tiene la responsabilidad de gestionar la información a la víctima de acuerdo con lo señalado en el artículo 78 letra a) del Código Procesal Penal⁸³.

Respecto de la sanción por falta de notificación a la víctima o de su representante, no parece correcto que el juez de ejecución suspenda la audiencia de sustitución de pena. En efecto, como señalamos anteriormente, la falta de notificación de la víctima o de su representante tiene su origen en una actuación defectuosa del Estado representado por el órgano de adjudicación y del órgano persecutor. Así no parece de recibo que el condenado deba sufrir las consecuencias de la falta de diligencia del Estado adjudicado y del Estado persecutor.

En efecto, el condenado puede ver frustrada su posibilidad de mejorar su posición procesal por un error solo imputable al Estado. Es decir, el Estado adjudicador suspenderá la celebración de la audiencia en que discutiría la sustituir las sanciones previstas por la ley, por una menos gravosa, por una actuación defectuosa del mismo.

Además, no parece que la notificación a la víctima o a su representante sea una diligencia obligatoria. En efecto, parece ser una facultad que se entrega al juez de ejecución que mira al tipo de sanción sustitutiva que se pretende aplicar al condenado⁸⁴. Así las cosas, la notificación no es necesaria en la mayor parte de los casos.

⁸³ Artículo 78. Información y protección a las víctimas. Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.

Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:

- a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.
- b) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.
- c) Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.
- d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.

Si la víctima hubiere designado abogado, el ministerio público estará obligado a realizar también a su respecto las actividades señaladas en las letras a) y d) precedentes.

⁸⁴ Las penas del sistema de responsabilidad penal de adolescentes pueden agruparse conforme a dos criterios.

En lo relativo a la tercera pregunta, a saber: ¿puede imponerse por los tribunales de ejecución al imputado o a su representante la obligación de proporcionar datos sobre la víctima? También debe responderse de manera negativa esta pregunta.

Si bien es cierto que el Ministerio Público no es el abogado de la víctima, es precisamente el órgano persecutor quien tiene el deber de dar protección e información a las víctimas de los ilícitos. Así las cosas, el único obligado a brindar la información sobre la víctima y sus representantes al órgano adjudicador es precisamente el Ministerio Público.

Finalmente, es importante consignar que por expresa disposición del artículo 55 de la Ley de responsabilidad penal adolescente, que todo lo señalado respecto de la dinámica procesal de la sustitución de la condena es aplicable a la remisión de la misma.

8.- Conclusiones

1) El art. 53 de la ley de responsabilidad penal del adolescente establece la facultad del juez de ejecución de sustituir la condena (pena) impuesta a un adolescente por una menos gravosa si ello es más favorable para su integración social.

2) El inciso segundo del artículo 53 LRPA señala que la decisión se realizará en audiencia, existiendo participantes obligatorios y otros facultativos (su inasistencia no impide la audiencia). Entre éstos últimos se encuentra “la víctima o su representante”.

3) La víctima tiene derecho al juicio oral (por los efectos comunicativos que este presenta dentro de los sistemas sociales) en los delitos que forman parte del núcleo duro del Derecho Penal. Pero, de ninguna manera tiene derecho al castigo del culpable con una determinada pena o sanción. La ejecución de las penas y las decisiones derivadas de esta actividad son competencia exclusiva y excluyente del Estado. En efecto, el Estado es el único titular del *ius puniendi* en las democracias constitucionales contemporáneas.

4) La decisión del Legislador de dar la posibilidad a la víctima o su representante de asistir a la audiencia deben ser entendidos, no solamente como facultativa, sino como completamente accidental. Basta con recordar que la víctima no es considerada como interviniente en la fase de ejecución de la condena como lo demuestra la sola lectura del artículo 466 del Código Procesal Penal.

Atendiendo a la naturaleza de la sanción, la LRPA distingue entre penas privativas de libertad y penas no privativas de libertad. Se consideran penas privativas de libertad la internación en régimen cerrado y la internación en régimen semicerrado. El resto de las sanciones que prevé el sistema se consideran como penas no privativas de libertad.

La LRPA también distingue entre penas principales y accesorias. Son penas principales: la internación en régimen cerrado, la internación en régimen semicerrado, la libertad asistida especial, la libertad asistida, la prestación de servicios a la comunidad, la reparación del daño causado, la multa y la amonestación.

5) El estatuto de las víctimas en el enjuiciamiento criminal (art. 109 CPP) no se ve modificado por lo dispuesto en el artículo 53 inciso 2, de la Ley de responsabilidad penal adolescente, toda vez que no representa un derecho para la misma. En realidad, es una facultad discrecional del órgano de adjudicación, quien al citar a la audiencia en que se discutirá sobre la sustitución de la condena, podrá incluir entre los destinatarios de la citación a la víctima o sus representantes

6) Debemos concluir que el obligado en primer término a practicar la notificación es el propio Estado. En efecto, el Estado adjudicador (juez de ejecución) y el Estado persecutor (Ministerio Público) son los encargados de gestionar la notificación de la víctima o de su representante. Por tanto, al ser la víctima o su representante personas cuya concurrencia no constituye un requisito de validez de la audiencia, deberían ser citados a la misma por cualquier medio por el juez de ejecución. Normalmente, se debería efectuar la notificación a la víctima o su representante por carta certificada o por correo electrónico. Finalmente, el Ministerio Público es quien tiene la responsabilidad de gestionar la información a la víctima de acuerdo con lo señalado en el artículo 78 letra a) del Código Procesal Penal.

7) Respecto de la sanción por falta de notificación a la víctima o de su representante, no parece correcto que el juez de ejecución suspenda la audiencia de sustitución de pena. En efecto, como señalamos anteriormente, la falta de notificación de la víctima o de su representante tiene su origen en una actuación defectuosa del Estado representado por el órgano de adjudicación y del órgano persecutor. Así no parece de recibo que el condenado deba sufrir las consecuencias de la falta de diligencia del Estado adjudicador y del Estado persecutor.

8) Para este informante, no parece que la notificación a la víctima o a su representante sea una diligencia obligatoria. En efecto, parece ser una facultad que se entrega al juez de ejecución que mira al tipo de sanción sustitutiva que se pretende aplicar al condenado. Así las cosas, la notificación no es necesaria en la mayor parte de los casos.

9) Finalmente, es importante consignar que por expresa disposición del artículo 55 de la Ley de responsabilidad penal adolescente, que todo lo señalado respecto de la dinámica procesal de la sustitución de la condena es aplicable a la remisión de la misma

Esta es mi opinión, que cederá, como siempre, ante cualquier otra más autorizada.

Prof. Dr. **RAÚL NÚÑEZ OJEDA**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Santiago 30 de noviembre de 2011.