

**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**  
**ESCUELA DE DERECHO**

***SUSPENSION CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO.***  
***FUNDAMENTOS Y LÍMITES.***

*Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias*  
*Jurídicas y Sociales*

***Alumno: Alejandra Seguel González***  
***Profesor Guía: Claudio Meneses Pacheco***

***VALPARAÍSO, CHILE***  
***2005.***

# INDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>8</b>
<b>CONCEPTO DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO .....</b>	<b>8</b>
1. DEFINICIÓN .....	8
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN .....	8
3. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. ....	9
3.1. <i>Principio de Legalidad.</i> .....	10
3.1.1. Fundamentos.....	10
3.1.2. Selectividad arbitraria. ....	11
3.2. <i>Principio de Oportunidad.</i> .....	13
3.2.1. Modelos de Oportunidad .....	14
3.2.2. Argumentos a favor .....	19
3.2.3 Críticas .....	27
4. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y OTRAS INSTITUCIONES PROCESALES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA PROCESAL PENAL. ....	32
4.1 <i>Mecanismos de Selección de Casos en etapas tempranas de la investigación.</i> .....	32
4.1.1 Facultad de No Iniciar Investigación.....	33
4.1.2 Archivo Provisional.....	34
4.1.3 Principio de Oportunidad en Sentido Estricto .....	35
4.2 <i>Los Acuerdos Reparatorios</i> .....	37
4.2.1 Requisitos de Procedencia. ....	39
4.2.2 Tramitación .....	40
4.2.3 Efectos.....	42
4.2 <i>La Suspensión de la Ejecución o Imposición de la Pena</i> .....	43
5. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONDICIONES Y DE LA INSTITUCIÓN .....	45
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>49</b>
<b>ANTECEDENTES DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO. ....</b>	<b>49</b>
1. FUNDAMENTOS PARA LA INTRODUCCIÓN DE LA SUSPENSIÓN EN EL PROCESO PENAL. ....	49
2. SISTEMAS DE SUSPENSIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. ....	52
2.1 <i>La institución de la “Diversión”</i> .....	53
2.1.1. <i>Diversión</i> en Estados Unidos de Norteamérica. ....	54
2.1.2. <i>Diversión</i> en algunos ordenamientos europeos. ....	56
2.1.3. <i>Diversión</i> en algunos países de Latinoamérica. ....	58
2.2 <i>La institución de la “Probation”</i> .....	61
2.2.1 <i>Probation</i> en el sistema inglés.....	64
2.2.2. <i>La Probation</i> en los Estados Unidos de Norteamérica. ....	67

2.2.3. <i>Probation</i> en Argentina y otros países americanos.....	71
3. LA SUSPENSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.....	73
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>81</b>
<b>LA DINÁMICA PROCESAL DE LA INSTITUCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO.....</b>	<b>81</b>
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	81
2. INTERROGANTES QUE PLANTEA LA LEY Y LA APLICACIÓN DE LA SALIDA ALTERNATIVA.....	83
2.1 <i>Delitos en los que resulta procedente la solicitud de la Suspensión Condicional del Procedimiento.....</i>	<i>83</i>
2.2 <i>Facultades del Juez de Garantía respecto de la aprobación de la salida alternativa.....</i>	<i>88</i>
2.3 <i>Condiciones establecidas por el art. 238 del Código Procesal Penal.....</i>	<i>90</i>
2.4 <i>Papel de la Víctima dentro de la Institución.....</i>	<i>94</i>
2.5 <i>Revocación de la Suspensión Condicional del Procedimiento.....</i>	<i>97</i>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>101</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>109</b>
<b>ABREVIATURAS UTILIZADAS.....</b>	<b>114</b>

## Introducción

Para iniciar este trabajo resulta inevitable referirse al proceso de la reforma procesal penal que ha tenido lugar en nuestro país en los últimos años y que recientemente ha terminado de implementarse, hacer mención de sus principales motivaciones y que sin lugar a duda son determinantes al momento de introducir ciertas figuras novedosas en el proceso penal como es la Suspensión Condicional del Procedimiento, materia de esta memoria de grado.

Podemos decir que la reforma chilena forma parte de un “movimiento regional” de reforma, ya que desde mediados de la década de los ochentas se pudo observar en la mayoría de los Estados Latinoamericanos importantes esfuerzos para transformar sus sistemas de administración de justicia, reemplazando el modelo procesal penal de corte inquisitivo, por uno de carácter acusatorio. Como consecuencia de dicho esfuerzo se implementó un nuevo sistema procesal penal en países como Argentina (1992), Colombia (1992), Costa Rica (1998), El Salvador (1998) y Guatemala (1994), entre otros<sup>1</sup>.

En Chile, como también ocurrió en la mayoría de los países latinoamericanos, la reforma procesal penal coincidió con el proceso de la recuperación de la democracia, transición que imponía como desafío para los gobiernos democráticos la reconstrucción y estabilización de las estructuras institucionales para hacerlas compatibles con los nuevos valores. De ahí que la reforma de la justicia criminal fuera considerada fundamental, ya que un sistema judicial correcto y eficiente era un requisito *sine qua non* del Estado Democrático de Derecho.

Otro factor importante en la introducción de la reforma y que tiene estrecha relación con lo anteriormente señalado, se refiere a la revalorización y protección de los derechos humanos. El sistema procesal penal chileno existente hasta antes de la reforma era absolutamente poco consecuente con el tratamiento constitucional dado a los derechos humanos (las garantías individuales se encontraban protegidas por la Carta Fundamental y además estaban reconocidas en los tratados internacionales ratificados por Chile), por lo tanto y tal como lo señaló el Presidente de la República de la época en el mensaje que acompañó al proyecto de ley del nuevo Código Procesal Penal “...no se trata sólo de satisfacer las exigencias del debido proceso, llevándose así a término el desarrollo del

---

<sup>1</sup> En todos esos países sus reformas han incluido manifestaciones del principio de oportunidad mediante figuras similares a las introducidas en la reforma procesal penal chilena.

*Estado constitucional. Todavía esa reforma resulta exigida por la idea y el principio de los derechos humanos que fundan al sistema político y que constituyen, como es sabido, uno de los compromisos más delicados del Estado ante la comunidad internacional. Se ha dicho, con razón, que los sistemas de enjuiciamiento criminal son los más elocuentes indicadores del grado de respeto por los derechos de las personas que existe en un ordenamiento estatal o, dicho de otro modo, que el autoritarismo se revela en la forma en que los poderes públicos encaran el reproche a las conductas desviadas...<sup>2</sup>*

Además de lo ya señalado debemos agregar ambiente en que se gestó y desarrolló el proceso de la reforma un fenómeno social que tampoco era exclusivo de nuestro país y que consistía (y consiste todavía) en una creciente percepción negativa sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales. Era y aún es común escuchar *que la justicia no es para todos* (no existe igualdad ante la ley), *que los procesos son excesivamente largos, que los funcionarios son corruptos*. Dicha percepción negativa se vio incrementada por una incipiente preocupación de la opinión pública por la seguridad ciudadana, preocupación que al parecer ha ido en aumento. Todo ello fomentó que varias organizaciones de la sociedad civil se movilaran para lograr una transformación en la justicia criminal que significara un aumento en la eficiencia de la persecución y castigo de los delitos.

Como podemos ver fueron muy variadas las motivaciones para la implementación de la reforma, la que finalmente terminó siendo la confluencia de un conjunto de diversos intereses. Así es como, entre los grupos que la promovieron, hay quienes ven en el nuevo proceso penal la forma de racionalización y modernización de la persecución penal que conllevaría a que aumenten las posibilidades de que los delitos sean esclarecidos y los culpables castigados. Otros en cambio han apoyado la reforma buscando el respeto por las garantías individuales, el control en la actividad policial y en definitiva reducir las expresiones más violentas y abusivas del sistema<sup>3</sup>.

La nueva justicia penal significó una reforma estructural del sistema, en el cual cumple un rol fundamental y trascendente el Ministerio Público, quien tiene a su cargo la investigación en el proceso penal. Esta labor de investigación es realizada en forma exclusiva por dicho organismo, quien tiene la obligación de perseguir todos los hechos que revistan caracteres de delito de acción pública una

---

<sup>2</sup> Existen muchos otros factores que influyen en la introducción de la reforma procesal penal, pero he querido hacer hincapié en estos dos primeros tópicos, porque me parece que siempre deberán estar presentes en el análisis y la valoración del funcionamiento del nuevo proceso penal.

<sup>3</sup> Ambas posiciones serán protagonistas en los debates que surjan al momento de discutir la introducción de nuevas instituciones en el proceso penal.

vez que tome conocimiento de ellos, sin posibilidad de suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de dicha persecución.

Si bien el nuevo Código Procesal Penal ha establecido como regla para la persecución penal el principio de legalidad, también ha establecido excepciones introduciendo criterios de oportunidad y uno de esos casos lo constituye la figura de la suspensión condicional del procedimiento.

En primer lugar y luego de hacer una breve referencia a la suspensión condicional del procedimiento en cuanto a su definición y requisitos, corresponderá analizar los fundamentos para su introducción y para ello será indispensable estudiar el principio de la persecución penal que es su fundamento: el principio de oportunidad (y por lo mismo su antítesis: el de legalidad). Del análisis de dichos principios se podrán apreciar los criterios tomados en cuenta para la adopción de esta institución y cómo ello se relaciona con el cumplimiento de los fines del derecho penal.

Luego se hará una breve comparación con otras figuras y especialmente con la otra salida alternativa regulada por la ley procesal penal, los acuerdos reparatorios.

Para finalizar el acápite, se realizará una referencia sobre la naturaleza jurídica de las condiciones que debe cumplir el imputado respecto de quien se ha aprobado una suspensión condicional del procedimiento, para luego llegar al análisis de la naturaleza de la propia institución.

En el segundo capítulo estudiaremos dos instituciones del derecho comparado en las que sin duda alguna encuentra sus antecedentes la suspensión condicional del procedimiento: la *diversion* y la *probation*, el funcionamiento de ellas en sus respectivos ordenamientos de origen y cómo dichas figuras se han trasladado y tenido aplicación en los diferentes ordenamientos del mundo y también el ordenamiento jurídico nacional.

Por último el tercer capítulo de este trabajo tiene por objeto, teniendo como base la dinámica procesal de la suspensión condicional en Chile, visualizar los principales problemas o situaciones de conflicto que resultan de la aplicación de esta salida alternativa y la solución que debería darse si nos basamos en los fundamentos y criterios que se tuvieron en cuenta para su inclusión en el proceso penal chileno.

El trabajo a presentar pretende mostrar a la Suspensión Condicional del Procedimiento como una manifestación del principio de oportunidad que resulta necesaria y beneficiosa para el proceso penal, siempre y cuando su utilización no descuide el respeto de las garantías individuales frente al poder punitivo estatal,

puesto que constituye una diversificación de la forma de enfrentar un hecho ilícito que, cumpliendo con los fines perseguidos por el derecho penal, resulta menos gravosa para el imputado y que además puede significar una satisfacción directa para la víctima.

No se trata de hacer aparecer a esta salida alternativa como la panacea frente al delito, pero sí es importante destacar los beneficios o ventajas que representa, sin dejar de lado los problemas de fondo existentes en el derecho material.

# Capítulo I

## Concepto de Suspensión Condicional del Procedimiento

### 1. Definición

*“La Suspensión Condicional del Procedimiento es un mecanismo procesal que permite a los fiscales del ministerio público, con el acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez, que permiten suponer que el imputado no volverá a ser imputado de un delito”.<sup>4</sup>*

Esta institución es una manifestación de la necesidad de introducción de nuevas formas de resolución de los conflictos penales que presenta ventajas para todos los intervinientes en el proceso penal. El Código Procesal Penal la denomina, junto a los acuerdos reparatorios, salida alternativa, alternatividad que está dada porque se trata de una respuesta estatal diferente a la entregada tradicionalmente por el sistema penal, esto es, *“el proceso y la aplicación de una pena como consecuencia de éste con la connotación fuertemente punitiva que hoy tienen ambas”.<sup>5</sup>*

### 2. Ámbito de Aplicación

La Suspensión Condicional del Procedimiento permite resolver de una forma alternativa aquellos casos que, en general, consisten en la imputación de delitos que no representan un atentado grave para el interés público respecto de quienes no han sido condenados con anterioridad.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> HORVITZ, M. Inés, *“Derecho procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 552

<sup>5</sup> DUCE, Mauricio *“Salidas Alternativas y la reforma procesal penal chilena”* en *“La reforma de la justicia penal”*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, UDP.

<sup>6</sup> HORVITZ, M. Inés, ob.cit., p. 553.

En el artículo 237 del Código Procesal Penal se han establecido expresamente los requisitos para que pueda tener aplicación esta salida alternativa:

- a) Si la pena que pudiera imponerse al imputado, en caso de dictarse sentencia condenatoria, no exceda de tres años de privación de libertad; y
- b) Si el imputado no hubiera sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

Si nos encontramos ante un caso en que el hecho y el imputado reúnan dichas características entonces el fiscal y el imputado podrán acordar esta salida alternativa, la que luego deberá ser aprobada por el juez de garantía en una audiencia oral en la cual deberá estar presente el defensor del imputado como requisito de validez de la misma.<sup>7</sup>

Aprobada la suspensión condicional del procedimiento por el juez de garantía, éste deberá fijar la o las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por un plazo no inferior a un año y no superior a tres. Si transcurre el plazo que el tribunal hubiere fijado sin que la suspensión hubiera sido revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal de oficio o a petición de parte decretar el sobreseimiento definitivo.

En esta ocasión no se realizará un estudio exhaustivo del articulado del código en esta materia, lo que si se hará es un pequeño análisis de las situaciones conflictivas que resultan de la aplicación de esta salida alternativa, pero ello será objeto de estudio del tercer capítulo de este trabajo.

### ***3. La Suspensión Condicional del Procedimiento como manifestación del Principio de Oportunidad.***

En materia de persecución penal, en Chile rige el principio de Legalidad, que consiste en que el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio.

Así como el ordenamiento chileno establece la legalidad como regla, también ha dejado abierta la posibilidad de introducir, a través de la ley,

---

<sup>7</sup> El juez de garantía deberá pronunciarse en alguna de las siguientes audiencias: 1) la de formalización de la investigación; 2) una fijada especialmente para discutir la suspensión; o 3) en la de preparación del juicio oral. Ahora bien, en cuanto a las facultades que tiene el juez de garantía para aprobar la salida, ello será analizado en el capítulo tercero de este trabajo.

excepciones a dicho principio (introducción de criterios de oportunidad). Una de esas excepciones está constituida por la suspensión condicional del procedimiento que constituye una manifestación del principio de oportunidad en su acepción más restringida.

Las consideraciones tomadas en cuenta para incluir esta figura en el proceso penal chileno son de diversa índole y todas ellas relacionadas con los fundamentos invocados para la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal, por ello a continuación pasaremos a estudiar este principio como también el de legalidad, de manera de tener una visión general de ambos, tanto en cuanto a las defensas como a las críticas que se les formulan.

### **3.1. Principio de Legalidad.**

Como consecuencia de la oficialidad que rige en la persecución penal, esto es, que los delitos pueden y deben ser perseguidos de oficio por el Estado, sin consideración a la voluntad del ofendido ni de ninguna otra persona, se ha estimado necesario imponer a los órganos encargados de dicha actividad, como principio (de legalidad), el deber de promover la persecución penal ante la noticia de un hecho punible (principio de promoción necesaria), sin que pueda suspenderse, interrumpirse o hacerse cesar, sino en la forma prevista en la ley procesal (principio de irrevocabilidad).

Es así como el Código Procesal Penal Chileno consagra dicho principio en su Art. 166 inciso 2º en los siguientes términos: *“Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”*.

#### **3.1.1. Fundamentos**

En cuanto a la justificación para la vigencia del principio de legalidad, se ha dicho que deriva de las teorías absolutas de la pena que legitiman el castigo como una retribución al hecho ilícito y que era de aplicación necesaria en ciertos casos concretos, prohibiéndose todo fin utilitario con la pena. Sin embargo este principio pierde todo su sustento ideológico con el rechazo, al menos parcial, de las teorías absolutas o retributivas de la pena y la irrupción masiva de las teorías de

prevención general y especial, que ven en la utilidad la legitimidad y fundamento de la pena, regla que justifica al principio opuesto: el de oportunidad.<sup>8</sup>

Actualmente podemos decir que el principio de legalidad ha mantenido su vigencia fundándose en las ideas de democracia y de Estado de Derecho. Principalmente tiene su origen en el principio de legalidad del Estado de Derecho, entendido como la sujeción de los órganos estatales a la ley, por lo tanto en su aplicación al Derecho Penal, será la vinculación a la ley de los órganos del Estado que intervienen en el proceso penal: Judicatura, Ministerio Público, Policía, de manera que el referido principio en el Derecho Procesal Penal significará que las autoridades de persecución penal están obligadas a aplicar el Derecho Penal correctamente y sin excepción, lo que constituiría una garantía de los ciudadanos frente al poder penal estatal, ya que sería la ley y no los órganos de la persecución penal quien determinaría cuando una persona debe ser sometida o no a una pena (respetándose la igualdad ante la ley). El principio de legalidad impone al Estado la obligación de perseguir por igual todos los delitos que se cometan, sin permitirle seleccionar entre de ellos.<sup>9</sup>

El principio de legalidad contribuye, como también el proceso penal, a hacer efectivo el derecho material, pero ello en la medida que exista una verdadera obligación de acusar.

### 3.1.2. Selectividad arbitraria.

No obstante regir el principio de legalidad, en la práctica encontramos que no todos los hechos punibles son perseguidos penalmente. A este respecto la criminología contemporánea ha descrito a los sistemas de justicia criminal como sistemas fundamentalmente selectivos, ya sea porque dicha selectividad se da a nivel práctico (selección informal), o bien en sus definiciones normativas<sup>10</sup>.

Los criterios de selectividad son establecidos por dos tipos de procesos fundamentales. El primero de ellos consiste en la falta de información de los órganos de persecución que deja de lado una gran cantidad de hechos punibles realmente sucedidos dando lugar a la "cifra negra de delitos"<sup>11</sup>, la cual es muy difícil de establecer, ya que existen variaciones en los distintos países y en los diferentes tipos de delitos. Así por ejemplo, en los delitos contra la propiedad no

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus, "*Derecho Procesal Penal*", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

<sup>9</sup> LOPEZ, Julián, "*Derecho procesal Penal Chileno*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 47.

<sup>10</sup> DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, "*Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*", Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales., Santiago, 2002, p. 175.

<sup>11</sup> La cifra negra está constituida por la diferencia entre los delitos cometidos con los que efectivamente son conocidos por el sistema de justicia criminal .

violentos la cifra negra suele ser mucho más alta que la ocurrida en delitos más graves como los homicidios. Más allá de las diferencias, los estudios empíricos indican que la cifra negra siempre constituye un número de casos significativo<sup>12</sup>. La criminología moderna ha investigado las causas por las que se produciría este fenómeno y ha concluido que ello se debería, en algunos casos, al desconocimiento de la victimización que muchas víctimas tendrían, es decir, ellas no saben que han sido objeto de un delito y por lo tanto no están en condiciones de denunciarlo. Otra causa sería la desconfianza que tiene la víctima de recurrir al sistema de justicia criminal, esto porque consideran que ir al sistema sólo les generará un conjunto de trámites y actuaciones que probablemente les resultarán más costos que los daños producidos por el delito, o que finalmente no obtendrán resultados recurriendo al sistema judicial, y frente a ello prefieren dejarlo en una situación de impunidad. Por último se señala como causa adicional, aquella vinculada al hecho de que, en ocasiones, la víctima encuentra caminos de solución de su caso distintos o anteriores al sistema de justicia criminal, los que resultan más satisfactorios y efectivos (por ejemplo, por vía de las compensaciones que realizan las compañías de seguros), por lo tanto no tienen interés en iniciar una persecución penal formal.

El segundo de estos procesos consiste en la selección interna de los diversos segmentos del sistema. En primer lugar la policía constituye una de las instancias donde se realiza mayor selección de casos en todos los sistemas de justicia criminal. En Estados Unidos esto fue puesto en evidencia a partir de una serie de estudios empíricos que se realizaron en la década de los cincuenta del siglo pasado<sup>13</sup>. Con una intervención posterior a la de la policía, los fiscales del Ministerio Público también tienen un importante rol en la selección de los casos. Por último nos encontramos con la selección que realizan los propios jueces. En el caso del antiguo sistema inquisitivo chileno, este fenómeno podía observarse en forma indirecta si se analizaban las causales de término de los casos iniciados ante los tribunales, las que indicaban que, excluidas las causas de la Ley de Alcoholes, cerca del 70% de los casos eran terminados por la causal

---

<sup>12</sup> DUCE y RIEGO, ob.cit. p. 176.

<sup>13</sup> DUCE y RIEGO, ob.cit. p. 178. Los autores señalan que en el caso de Chile no existen antecedentes empíricos finos que permitan tener una imagen clara de la selección que realiza la policía en los distintos tipos de casos. No obstante ello, señalan un estudio realizado el año 1993 por la Corporación de Promoción Universitaria y el Departamento de Sociología de la Universidad Católica de Santiago que si bien no estuvo orientado a medir dicha selectividad, ni los mecanismos de selección que la policía utiliza, arrojó cifras interesantes. De acuerdo a dicho estudio, las personas entrevistadas señalaron que en un 26,3% de los casos en que habían concurrido a un cuartel policial a presentar una denuncia la policía no las había registrado. Además, un 30,5% de las personas encuestadas declararon que, no obstante haber sido registrada su denuncia, ella no había pasado a un tribunal del crimen o de policía local.

“sobreseimiento temporal” y un 20% por “otros motivos”, porcentaje tras el cual se escondían ciertas prácticas a través de las cuales se realizaba un selección de casos, como ocurre por ejemplo con los “partes de mesón”<sup>14</sup>.

La selectividad que se observa en las diversas etapas de la persecución penal (policía, Ministerio Público, tribunales) tiene lugar frente a la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles o de dedicar las mismas fuerzas a todos ellos, y esto en virtud de criterios más bien informales por ejemplo: la estimación de mayor o menor daño social, según la apreciación de los órganos de persecución; el cálculo económico en virtud de la efectividad de la persecución penal; la persona del autor (los ya condenados o reincidentes, los disidentes, las capas más necesitadas de la población). Por lo tanto una cosa es la afirmación dogmática del principio de legalidad y otra muy diferente su aplicación práctica<sup>15</sup>, porque en definitiva y contrariando los mismos principios que lo fundamentan, acentúa la concentración de la persecución penal en las capas sociales más bajas, que son las más desprotegidas.

Si bien este fenómeno no se ve como inadecuado a los fines de la aplicación del poder penal estatal, no permite conducir dichos criterios selectivos según metas políticas claras, referentes a la aplicación práctica del poder penal estatal, fijados por los órganos del Estado responsables de establecer su política criminal y aplicados por las magistraturas que tienen a su cargo la actuación de ese poder penal, órganos que además responderán política y jurídicamente por la tarea que cumplen. De ahí la necesidad del reconocimiento del principio de oportunidad y su regulación jurídica, porque se produce la paradoja que el principio (de legalidad) que se fundamenta teóricamente en el principio de igualdad resulta creador de profundas desigualdades en su aplicación práctica.

### **3.2. Principio de Oportunidad.**

El principio de oportunidad es aquel en cuya virtud el Ministerio Público, ante la noticia de un hecho punible o, incluso, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar,

---

<sup>14</sup> A través de este mecanismo los tribunales no registraban el ingreso del parte en la medida que la víctima no concurría a ratificar su denuncia ante el tribunal.

<sup>15</sup> MAIER, Julio, *“Derecho Procesal penal. Fundamentos”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 833.

suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político criminales.<sup>16</sup>

ROXIN lo ha definido en su obra *Derecho procesal penal* como el principio que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aún cuando las investigaciones conduzcan, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible.

### 3.2.1. Modelos de Oportunidad

Existen dos modelos generales de aplicación de criterios de oportunidad, en uno de ellos la oportunidad es la regla y en el otro la excepción.

a) **Modelo de Discrecionalidad Absoluta** en el cual **la oportunidad es la regla**, el principio rector de la persecución penal, ya que los organismos encargados de promoverla están facultados para decidir si llevar adelante o no la misma. El paradigma de este modelo está constituido por el Derecho anglosajón trasladado a Estados Unidos de Norteamérica<sup>17</sup>, donde se desconoce el principio de legalidad entregándose el poder de selección al Ministerio Público (también a la policía que interactúa con él en la persecución penal), quien gobierna el proceso penal y su forma concreta, a través de herramientas que le permiten variar la naturaleza del procedimiento para abreviarlo y que no se limitan solamente a la posibilidad de desistir libremente de la acusación. La discrecionalidad cubre los más diversos aspectos de la persecución penal: el fiscal tiene mucha libertad para decidir si inicia o no una investigación; es libre también para decidir si va a perseguir formalmente o no un caso; puede decidir entregar inmunidad a un imputado a cambio de alguna contraprestación; también tiene amplios poderes para negociar cargos con el imputado; y por último puede negociar la pena que va a solicitar a los jueces.

El principal mecanismo a través del cual se practica la discrecionalidad es el *plea bargaining*, práctica generalizada consistente en la facultad de los fiscales para realizar negociaciones o concesiones con el objetivo de obtener admisión de

---

<sup>16</sup> LOPEZ, Julián, citando a Julio Maier "*Derecho Procesal Penal Argentino*".

<sup>17</sup> En ese sentido y en virtud de apreciaciones hechas por Alberto Bovino en "*La persecución penal pública en el derecho anglosajón*", *Pena y Estado* N° 2, Buenos Aires, 1997, se ha indicado que podría ser una equivocación llamarlo caso paradigmático, ya que la extensión que presenta la discrecionalidad de los fiscales en dicho país lo transforma en un caso único. No obstante lo anterior, estudios realizados al sistema de justicia criminal de Japón indica que en dicho país los alcances de la discrecionalidad que poseen los fiscales sería incluso superior a la de sus colegas norteamericanos. En DUCE y RIEGO, ob.cit. p.182.

responsabilidad por parte del imputado<sup>18</sup>, en definitiva es una verdadera negociación de la acción penal, mediante la cual el fiscal puede acordar con el imputado condiciones más favorables para este último (por ejemplo, una reducción en los cargos), a cambio de una declaración de culpabilidad. Este mecanismo se sustenta en el rol que cumple la confesión, *guilty plea*, en el sistema de justicia criminal norteamericano, en el cual, a diferencia de los sistemas de tradición europeo continental en que la confesión sólo permite acreditar la participación, es causal suficiente para condenar a una persona, saltándose cualquier etapa del proceso. De esta manera logra cumplir con su función de persecución penal eficazmente, con los recursos personales y materiales de la administración de justicia.<sup>19</sup>

El sistema de *plea bargaining* ha sido fuertemente criticado. En la raíz de todas las críticas formuladas está la frustración de la racionalidad del castigo, de lo que derivan otros deméritos. Se cuestiona la pérdida de proporción en el castigo y la falta de aplicación de principios fijados en la ley penal, de modo que la condena y la gravedad de ella están determinadas por factores muy alejados de criterios penológicos previamente conformados, tales como la acumulación de asuntos en el ministerio público, la agresividad negocial del defensor, o su relación con el primero.

Como resultado de este sistema se producen una serie de consecuencias que claramente atentan con los principios básicos de toda persecución penal, entre otras<sup>20</sup>: la disparidad de condenas entre quienes son enjuiciados por el trámite de *guilty plea* y quienes acceden al proceso; la penalización del ejercicio de los derechos constitucionales del acusado, ya que quien exige la prosecución del juicio obtendrá una pena mayor a que si se declarara culpable; inducción de inocentes a autoinculparse<sup>21</sup>; y el tratamiento discriminatorio de delincuentes con igual responsabilidad criminal.

---

<sup>18</sup> DUCE y RIEGO, ob.cit. p. 186.

<sup>19</sup> MAIER, Julio, “*Derecho Procesal Penal. Fundamentos*”, p. 836.

<sup>20</sup> CABEZUDO Rodríguez, Nicolás, en “*El Ministerio Público y la Justicia Negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*”, Editorial Comares, Granada, 1996, profundiza en el análisis de estas críticas que han sido tomadas de su obra.

<sup>21</sup> Como señala Cabezudo, el problema en este punto es determinar hasta donde el *plea bargaining system* actúa coercitivamente sobre los acusados y en que medida las normas que operan en este ámbito lo protegen. Porque el ministerio público mientras menos certeza tiene de obtener la condena del acusado, más irresistibles serán las concesiones que ofrezca, entonces ¿esa propuesta podría llegar a un límite tal que anule la voluntad del presunto inocente? Ello dependerá de las características de cada imputado. Por otra parte, en cuanto al papel que cumplen las garantías procesales que concede el sistema en orden a una adecuada defensa de los presuntamente inocentes, el grado de competencia del abogado se ve cuestionado, y por lo tanto no sería garantía suficiente, porque existen graves tentaciones para que éste actúe en contra de su cliente, primero por economizar tiempo y esfuerzos, como también por el interés de mantener buenas relaciones con el ministerio público.

Como crítica final se señala que este sistema produce el menosprecio público hacia la justicia (tanto de parte de la sociedad como del delincuente) y el incumplimiento de los fines de la ley penal. Esto último porque el *plea bargaining* ha reducido el efecto preventivo de las leyes penales al restarles credibilidad, que dimana del hecho que el acusado no será tratado con la severidad que se merece, y respeto, porque el *plea bargaining* enseña a los delincuentes que jueces y abogados pueden ignorar la ley cuando sea conveniente para ellos hacerlo<sup>22</sup>.

Este sistema de negociación también ha sido muy criticado por las consecuencias prácticas que tiene en el sistema de justicia criminal. Es así como estudios empíricos han demostrado que en Estados Unidos entre el 90 y 95% de los casos son resueltos a través del *plea bargaining*, y no por vía de la realización de juicio de jurados (lo que significaría la aplicación de penas sin juicio), institución que constituye la piedra angular de la definición constitucional del proceso penal en ese país. También se señala que, como consecuencia de lo anterior, Estados Unidos es uno de los países del mundo occidental con la más alta tasa de presos y condenados dentro de cada cien mil habitantes, ya que el *plea bargaining* ha creado un mecanismo de aplicación de penas tan ejecutivo que ha potenciado una política criminal extremadamente represiva, en desmedro de los derechos de los imputados. Algunos autores incluso han realizado un paralelo entre el *plea bargaining* y la tortura, señalando que el primero constituiría una forma moderna y sofisticada de tortura<sup>23</sup>, fundamentalmente por la presión psicológica a la que se ven sometidos los imputados, ya que son amenazados con penas mucho más altas en el caso de su no aceptación, de manera que para evitar ese riesgo optarán por la aplicación de una condena rápida aunque sean inocentes.

Dicha concentración de poderes en el ministerio público, al contrario de lo que podría imaginarse, no le han sido conferidos expresamente, sino que proviene de un comportamiento tolerante de los tribunales y las legislaturas, basado en la necesidad de la selección frente a los innumerables casos que ingresan al sistema<sup>24</sup>. Dichas facultades no se encuentran sujetas prácticamente a ningún control, a ningún límite positivo, ya que no existe mecanismo alguno que obligue a los fiscales a llevar adelante una persecución penal lo que ha originado críticas al respecto y también en cuanto a la nula participación de la víctima en el procedimiento. La decisión de no acusar, por ejemplo, es irrecurrible; el intento de

---

<sup>22</sup> CABEZUDO, ob.cit. p.274.

<sup>23</sup> En RIEGO y DUCE, ob.cit. p. 188.

<sup>24</sup> GUARIGLIA, Fabricio, citando a Abraham Goldstein "La Discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos", en "El Ministerio Público en el Proceso Penal" Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p.90 y ss.

una víctima de instar al ministerio público a ejercer la acción mediante el llamado *writ of mandamus*<sup>25</sup>, fue rechazado por la Corte Suprema, la cual sostuvo que la decisión sobre la pertinencia de la acusación estaba completamente sujeta a la discrecionalidad del fiscal<sup>26</sup>.

Los únicos límites en el ejercicio de facultades discrecionales de los fiscales son de carácter negativos, o sea, están destinados a poner término o impedir que se lleve adelante una investigación que el fiscal ha decidido iniciar. Estos límites se regulan a través de tres instituciones. La primera de ellas tiene por objeto realizar un control de un mínimo de seriedad del caso investigado por el fiscal, que se lleva a cabo por la revisión que hace de él el Gran Jurado (*Grand Jury*) o un juez en una audiencia denominada Audiencia Preliminar (*Preliminary Hearing*).

La segunda institución es la Persecución Selectiva (*Selective Prosecution*), mecanismo fundado en la Enmienda Catorce de la Constitución de los Estados Unidos, que consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de derechos, y cuyo objetivo es impedir que se lleven adelante investigaciones cuando la persona afectada pueda demostrar que la persecución penal se basa en una decisión discriminatoria del fiscal (razones de género, de sexo, de edad, etc.)

Por último también constituye un medio de control negativo la Persecución Penal Vindictiva o por Venganza (*Vindictive Prosecution*), que se fundamenta en la Quinta Enmienda de la Constitución que consagra el debido proceso legal, y por medio de la cual se permite a una persona que es objeto de una persecución penal, paralizar la investigación cuando pueda probar que ella ha sido llevada adelante por el fiscal por motivos de venganza, es decir, para castigar a quien ha ejercido en forma legítima sus derechos constitucionales o legales.<sup>27</sup>

b) **Modelo de oportunidad restringida o como excepción.** Es el que rige en países en los cuales la regla es la legalidad, pues su Derecho proviene de los países centrales de Europa continental (Alemania, España, Italia, Francia), en los cuales, por una parte se consolidó la Inquisición, y por otra, tuvo mayor desarrollo la filosofía especulativa, contraria al utilitarismo y sentido común inglés. Es el modelo adoptado por la mayoría de los países de la región que han emprendido reformas similares a la chilena desde mediados de los años ochenta. En dichos ordenamientos, no obstante regir el principio de legalidad, se ha visto la necesidad

---

<sup>25</sup> Orden librada por un tribunal competente a un oficial público a los efectos de que éste realice un acto que es su deber cumplir (nota de los traductores en Goldstein, ob.cit. p.15).

<sup>26</sup> GUARIGLIA, Fabricio, "*Facultades discrecionales del Ministerio Público e Investigación Preparatoria: El Principio de Oportunidad*", en "*El Ministerio Público en el Proceso Penal*" Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p.90 y ss.

<sup>27</sup> DUCE y RIEGO, ob.cit. p. 185.

de introducir el principio de oportunidad a través de excepciones establecidas en la ley, ya que con ello se ha pretendido que la selectividad propia del sistema se dé en condiciones más igualitarias, transparentes y sujeta a una mayor posibilidad de control, evitando así los problemas descritos en el modelo de discrecionalidad absoluta. Ahora bien la extensión a las excepciones al principio de legalidad suele variar en los distintos países.

Así por ejemplo, la Ordenanza Procesal Penal Alemana regula los casos en que el Ministerio Fiscal puede prescindir de la persecución de los delitos, distinguiendo cuatro grupos de supuestos:

- a) Casos en que la reprochabilidad es escasa
- b) Existencia de un interés en la persecución que puede verse satisfecho mediante una serie de mandatos y condiciones en lugar del cumplimiento de una pena ( supuesto que más se asemeja con las suspensión condicional del procedimiento regulada en Chile);
- c) Presencia de un interés contrapuesto al de la persecución de mayor peso que éste; y
- d) Delitos de acción privada en los que el ministerio fiscal ejercitará la acción pública por entender existente un interés público en la persecución. <sup>28</sup>

Las facultades del Ministerio Público en el ordenamiento alemán, al aplicar el principio de oportunidad, consisten en renunciar a la persecución penal no promoviendo la acción correspondiente, o bien si ya se hubiera ejercido, en el desistimiento de ella y en su archivo. Como vemos opciones muchísimo más limitadas a las del modelo norteamericano.

En cuanto al control jurisdiccional, podríamos decir que, como regla general, el ejercicio de la oportunidad está sujeto a la aprobación judicial. Sin embargo existen algunos supuestos, como la prescindencia de la persecución por existencia de intereses de índole política o casos de reprochabilidad escasa, en que no se requiere de la conformidad del tribunal, los cuales no están exentos de críticas.

En el caso de nuestro Código Procesal Penal, el Art. 170 regula el principio de oportunidad, permitiendo a los fiscales del Ministerio Público no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiera gravemente el interés público y el delito no tuviere asignada como pena mínima una que excediera de presidio o reclusión menores en su

---

<sup>28</sup> Un estudio detallado de los supuestos del principio de oportunidad en la legislación alemana por ARMENTA DEU, Teresa, en *"Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España"*, PPU, Barcelona, 1991.

grado mínimo y siempre que no se tratara de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (Art. 170).

Ahora bien, aunque no se utilice la expresión *principio de oportunidad*, no cabe duda que la *Suspensión Condicional del Procedimiento*<sup>29</sup> regulada en el párrafo 6º título I del Libro II del CPP, ya que en ella el ministerio público puede suspender o en definitiva hacer cesar la persecución penal cuando se cumplen ciertos requisitos establecidos en la ley y existe la aprobación del juez de garantía, lo que en definitiva constituirá una solución al conflicto, que genera el delito, diferente al proceso y la pena aplicable que resulta del primero.

Como señalamos anteriormente al referirnos al principio de legalidad, él se encuentra expresamente consagrado en el ordenamiento, constituyendo la regla general en materia de persecución penal, por lo que podemos afirmar que el modelo de oportunidad en el derecho chileno se acerca al sistema alemán.

### 3.2.2. Argumentos a favor

Algunos de los fundamentos que se han esgrimido para justificar la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal y que por lo tanto también resultan aplicables para defender la instauración de la suspensión condicional del procedimiento en él, son los siguientes:

#### a) Racionalización de la selectividad.

Como anteriormente señalamos existe una selectividad inherente a todo sistema penal, pero principalmente de tipo informal o irracional que en definitiva se traduce en desigualdad. Es por ello que el principio de oportunidad o, más precisamente, la regulación jurídica de los criterios de selección sería, como lo ha señalado MAIER, un instrumento eficiente del principio de igualdad, al corregir el efecto selectivo clasista del sistema que, apegado al principio de legalidad, no atiende a la selectividad real existente. Además contribuiría a la transparencia del sistema y de la forma y efectos con que opera la selección, transparencia que llevaría al control jurídico y político de ella y a fijar la responsabilidad de los órganos y funcionarios competentes para decidirlos.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Hay autores que incluyen como una manifestación del principio de oportunidad a la otra salida alternativa regulada por el código, los acuerdos reparatorios, sin embargo esto sólo es posible si se entiende a este principio en una acepción muy amplia.

<sup>30</sup> MAIER, Julio, "*Derecho Procesal Penal*", p. 841.

b) Descongestión del sistema judicial, economía de tiempo y recursos para el Ministerio Público.

La selectividad presente en los sistemas de persecución penal tiene su origen en la imposibilidad material de los mismos, derivada de la existencia de recursos humanos y económicos limitados, de investigar y sancionar todos los delitos que se cometen. Es por ello que se ha hecho necesaria la introducción de expresiones del principio de oportunidad que signifiquen una economía de tiempo y de recursos para el Ministerio Público, principal órgano de la persecución penal. Es así como la introducción de las salidas alternativas reguladas por el Código Procesal Penal fue considerada, tanto desde la perspectiva del posible funcionamiento del sistema como de su viabilidad económica, parte central del nuevo diseño procesal. De ello dan cuenta estudios complementarios elaborados por la Fundación Paz Ciudadana.<sup>31</sup>

En busca de esta eficiencia se han entregado facultades a los fiscales para no llevar a adelante persecuciones penales, de manera de descongestionar el sistema y permitir que se focalice el trabajo en áreas en donde su actuación resulta indispensable.

Un caso típico en que se aplica el criterio de eficiencia es el de inculpación de un sujeto por parte de otro que ha participado o intervenido con él en el delito (delación compensada); otro sería el caso de arrepentimiento activo, en el cual personas que han iniciado la comisión de un delito, luego realizan conductas positivas para evitar la comisión de éste o que produzca resultados más graves de los que podría producir sin su intervención (ejemplo de esto es el artículo 153 e) de la Ordenanza Procesal Alemana, referido a ciertos delitos cometidos en contra de la seguridad del Estado); también se agregan ciertos casos en que se autoriza a los fiscales a poner término a la persecución penal cuando no existe suficiente prueba para llevarla (como ocurre con el archivo provisional regulado en el artículo 167 del Código Procesal Penal chileno).

---

<sup>31</sup> El primero de dichos estudios consistió en la elaboración de un modelo de simulación computacional cuyo objeto era simular el funcionamiento concreto del sistema propuesto en el proyecto presentado al Parlamento. Los resultados de la simulación indicaron que cercadle 5% del total de casos ingresados debieran ser resueltos por vía de la suspensión condicional del procedimiento y cerca del 2% por vía de acuerdos reparatorios. Otro estudio complementario es el de análisis costo-beneficio de la reforma, que evaluó desde el punto de vista económico y de la rentabilidad social para el país de las principales instituciones del nuevo sistema propuesto, en comparación con el antiguo sistema, en lo que respecta a la suspensión condicional concluyó que su funcionamiento, representaría un ahorro de US\$ 55,8 millones por concepto de recursos fiscales destinados a la operación del sistema de justicia criminal y un ahorro de US\$ 9,7 millones por concepto de recursos del fisco que debieran destinarse a gastos penitenciarios en caso de no haberse utilizado esta institución. Junto con ello el país ganaría adicionalmente US\$ 14,4 millones derivados del aumento de la productividad por recursos liberados por la utilización de la medida ( días de libertad valorizados al ingreso mínimo) RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio, en *“Introducción al nuevo sistema procesal penal”*, Santiago, 2002, p. 300 y ss.

c) Evitación de los efectos nocivos inherentes al proceso criminal y la eventual imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad en la sentencia definitiva.

La pena estatal, principalmente la privativa de libertad, importa una limitación para un miembro de la sociedad en cuanto a su posibilidad de ser un agente útil para ella, y por el contrario significa una estigmatización del mismo, que no sólo lo afectan a él, sino que a su núcleo familiar, laboral, y en definitiva a la sociedad en su conjunto que mantendrá en su seno personas sin una oportunidad de integración. Estos mismos efectos negativos se producen respecto de quienes son objeto de una persecución penal y de las restricciones a sus derechos que ella implica (principalmente el caso de la prisión preventiva).

Es así como nace la necesidad de introducir, en base al principio de oportunidad, salidas al sistema que tengan lugar con anterioridad a la pena o a cualquier medida cuya consecuencia sea la estigmatización de las personas a quienes se les imputa un delito, salidas que permitirán una mejor reinserción de ellas a la comunidad.

Se suma a lo anterior la reconocida ineficacia de las penas cortas de privación de libertad.

d) Descriminalización.

La aplicación de este principio, además, podría ser un instrumento eficaz para el cumplimiento de una meta fundamental: la *descriminalización* de hechos punibles, para evitar la aplicación del poder penal allí donde otros métodos puedan alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación, y en la contribución a la eficacia del Derecho Penal en aquellas áreas o aquellos hechos en los que resulta indispensable su intervención como método de control social.

Para cumplir con este objetivo se regula la posibilidad de que los fiscales puedan abandonar la persecución penal cuando se encuentren ante casos conocidos como de adecuación social de la conducta. Se trata de hechos que si bien pueden aparecer como conductas tipificadas en una figura penal, en el fondo no satisfacen a esa descripción penal atendido el contexto histórico en que se dan, por lo tanto se entrega al Ministerio Público la facultad para no llevar adelante su persecución penal.

Otra posibilidad es permitir a los fiscales no llevar adelante la persecución en casos de insignificancia del hecho. En este caso nos encontramos con

conductas que en estricto rigor corresponden a un tipo penal específico, pero que por la insignificancia de los bienes jurídicos afectados o su escasa relevancia social, se autoriza al Ministerio Público abandonar la persecución.

Una tercera situación en que tiene lugar la descriminalización, es en los casos de mínima culpabilidad. En ellos existe un mínimo reproche a la persona del imputado, ya sea porque tuvo una contribución menor en el desarrollo del delito o bien participó en una etapa muy preliminar del mismo, por lo tanto, más allá de la gravedad que en concreto hubiera podido tener el delito, no se justifica que exista una persecución penal en su contra.

Por último también se utiliza el criterio de descriminalización, en los casos de retribución natural, es decir, en aquellos casos en que el imputado ha sufrido un daño extremadamente alto como consecuencia de la comisión del delito, lo que hace que la persecución penal no cumpla ningún rol o por lo menos no se justifique del todo. Un ejemplo de ello lo encontramos en los casos del conductor negligente, que choca su automóvil produciendo la muerte de un ser querido, pareciera ser que la sola muerte es una sanción suficiente en su contra y que la intervención del sistema de justicia criminal sería innecesario.<sup>32</sup>

#### e) Satisfacción o Priorización de Intereses.

La priorización de intereses también constituye un argumento a favor de la aplicación del principio de oportunidad, ya que *“permitiría poner término a la persecución penal en situaciones en las que el sistema ha encontrado una solución más óptima para el caso, la que consiste en un nivel mayor de satisfacción de los intereses, ya sea de la víctima o de la sociedad”*.<sup>33</sup>

La introducción del principio de oportunidad y como consecuencia la de las salidas alternativas al proceso penal resulta conveniente a los intereses de la sociedad en la medida que ellas ofrecen una mejor y más diversificada clases de respuestas a los conflictos sociales más graves (penales) que las tradicionales dadas por el sistema penal y que consisten en la pura intervención represiva del Estado, ya que ellas en definitiva conllevarán a un nivel mayor de solución de los conflictos y a un mayor bienestar social.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Respecto de los casos de descriminalización DUCE y RIEGO, ob.cit. p. 191 y ss.

<sup>33</sup> RIEGO y DUCE, ob.cit. p. 194.

<sup>34</sup> ob.cit. p. 293 y ss. A este respecto los autores señalan que la respuesta tradicional del sistema penal es de carácter eminentemente punitiva, por lo tanto el sistema penal solo ofrece una respuesta violenta a lo que ha sido una situación de violencia social. En consecuencia, el resultado de su intervención, lejos de producir un ámbito de solución del conflicto a todos sus titulares, víctima, victimario y sociedad, lo que se realiza es una redefinición del mismo, que en la mejor de las hipótesis, puede ser más legítima o más pacífica para una sociedad. Agregan que lo anterior

La aplicación del principio de oportunidad también ha tenido como antecedente modelos teóricos que proponen la reorientación del derecho penal (y consecuentemente del derecho procesal penal) a la satisfacción de los intereses de la víctima, razón por la cual a continuación nos referiremos especialmente a este tema y a la reparación en materia penal.

Con el surgimiento del Derecho penal moderno, nos encontramos ante un derecho de carácter eminentemente estatal, que se caracteriza por la expropiación del conflicto penal que realiza el mismo Estado al sumir el monopolio de la persecución penal y transformar a ésta en una actividad pública. La reparación desapareció de ese sistema y quedó solo como objeto de la disputa de intereses privados, el Derecho Penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al *statu quo ante*, o la reparación del daño, entre sus fines y tareas y “*el Derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad*”<sup>35</sup>.

Frente a ello ha surgido en las últimas décadas<sup>36</sup> un movimiento importante que ha centrado su estudio en la víctima del delito, considerándola como uno de los fines principales del sistema penal y como un actor central del mismo. Este movimiento, que cada vez tiene mayor influencia ha señalado la necesidad de establecer mecanismos sustantivos y procesales que den la posibilidad de satisfacer real y concretamente los intereses de la víctima dentro del proceso penal<sup>37</sup>.

Ahora bien, la víctima, como tema del debate penal actual, ha sido puesta en escena por diferentes ideologías que la miran desde diversas perspectivas, entre ellas encontramos a la victimología, que se ha constituido como rama

---

lleva a concluir que la respuesta del sistema penal tradicional resulta inútil para la solución de los conflictos sociales en un conjunto importante de casos en los que esa redefinición no resulta ni más legítima ni más pacífica.

A propósito de las hipótesis en las cuales el sistema puede resultar inútil para resolver un caso, se remiten a la obra de Alberto Binder “*Límites y Posibilidades de Simplificación del Proceso*” en Justicia Penal y Estado de Derecho, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, en la que se señalan las siguientes hipótesis: “a) porque la redefinición del conflicto se ha producido de una modo más violento; b) porque en esa redefinición la víctima no ha jugado ningún papel, es decir, no se ha satisfecho ninguno de sus reclamos; c) porque la idea o sentimiento de justicia de la sociedad no ha tenido ninguna confirmación; d) porque ningún interés estatal ha sido beneficiado; e) porque tampoco ha sido fortalecida la idea del Estado de Derecho y las garantías que le son inherentes”.

<sup>35</sup> MAIER, Julio, “*Derecho Procesal Penal*”, Vol. II *Sujetos Procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 583.

<sup>36</sup> Si bien es correcto que se trata de un tema de moda en política criminal y de la dogmática penal, no puede decirse que la víctima esté por primera vez en un plano sobresaliente de la reflexión penal, ya estuvo allí, en los orígenes del sistema penal, cuando reinaban la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal. MAIER, Julio, “*Derecho Procesal Penal*”, Vol. II *Sujetos Procesales*, p. 582.

<sup>37</sup> RIEGO Y DUCE, ob.cit. p. 295

independiente del derecho penal; escuelas que procuran cierta despenalización, la solución de casos penales por medio de instrumentos culturalmente no penales; y hasta los abolicionistas, para quienes sin embargo no se trata de ingresar la reparación al derecho penal, sino de reemplazar a la pena y al derecho penal por otras soluciones pacíficas para el conflicto entre las que se encontraría la reparación.

En todo caso, es necesario señalar que el papel de la víctima no es un problema exclusivo del derecho procesal penal, como tampoco del derecho pena material. “*Se trata de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que, para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas, pone a su disposición el derecho procesal penal*”<sup>38</sup>.

La discusión principal en el derecho penal se vincula con la *reparación integral* del daño sufrido por la víctima; la posibilidad de ser integrada como uno de los fines de la pena, junto a los otros fines reconocidos o dentro de ellos; el ingreso al catálogo de reacciones del derecho material, independientemente como reemplazo o sustituto de las penas tradicionales, privación de libertad y multa, en el marco de cierta despenalización, o como privilegio que aminora la reacción establecida, ya dentro del ámbito de determinación de la pena o en el área de las posibilidades de remisión, total o parcial, de la pena.

El tema en el derecho procesal penal se refiere a la *participación que se da al ofendido en el procedimiento penal*. Se trata de mejorar su posición cuando informa como testigo del hecho punible que lo tiene a él como protagonista; crearle cierta coraza de protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa; de reconocerle la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial conjuntamente con el ministerio público o adhiriéndose a su persecución, se trata también de ampliar el ámbito de los delitos que puede perseguir autónomamente; de mejorar su posición como actor civil dentro del procedimiento penal, y finalmente de la creación de ciertos institutos procesales (acuerdos reparatorios y suspensión condicional del procedimiento) que privilegien la reparación a él debida, antes que la reacción penal, al menos para los delitos de menor gravedad<sup>39</sup>.

La orientación del derecho penal a la satisfacción de la víctima del delito está directamente relacionada al tema de la reparación penal.

---

<sup>38</sup> MAIER, Julio, “Derecho Procesal Penal”, Vol. II Sujetos Procesales., p. 586.

<sup>39</sup> MAIER, Julio, ob.cit. p. 587.

A este respecto, algunos proponen la privatización del derecho penal, las propuestas en este sentido son escasas y de diferente extensión. Por una parte encontramos a los abolicionistas que pretender reemplazar al derecho penal totalmente como forma de solución de los conflictos sociales, señalando a la reparación como algo totalmente distinto a la reacción penal. Otros menos radicales, colocan cierta clase de delitos o penas fuera de acción cuando se logra la composición entre autor y víctima, y sobreviene la reparación, es decir, se propone la despenalización de ciertos comportamientos. Ambas posiciones tienen en común que colocan a la reparación delante de la pena.

Se les critica principalmente por dos razones, en primer lugar porque la solución privada de los conflictos sociales (delitos), deja un *plus* de injusto sin remediar, precisamente aquel que determinó su ingreso específico al campo del derecho penal y de la persecución penal pública. La segunda objeción que se formula se refiere al peligro de regresar al imperio de los poderosos, que justamente fue unas de las causas justas de la irrupción del derecho penal autoritario.

En el extremo de la posición anterior hay quienes propugnan la oficialización o “publicización” de la reparación civil, es decir constituir a la reparación en una pena o sanción del derecho penal, incluyéndola dentro del catálogo sancionatorio del derecho penal. Sin embargo si la reparación se convierte en una pena, sería necesario concederle el carácter de una intervención coactiva estatal y ello privaría a la reparación de su principal característica y mayor ventaja: la composición entre víctima y autor. Quizá el problema mayor sea que se crea otro mecanismo de control social del que antes el Estado no disponía<sup>40</sup>.

La cuestión es resolver<sup>41</sup> si en la reparación penal prevalece el aspecto de “reconocimiento de la norma” (reconciliación con el Derecho) o el de reestablecimiento del *statu quo* patrimonial (reparación del daño).

Para responder esa interrogante hay que tener presente que la reparación a la víctima, tal como se plantea en la moderna discusión jurídico penal, tiene poco ver conceptualmente con la reparación civil del daño. La reparación civil tiene como fundamento el daño y no la configuración de la conducta, es transmisible *mortis causa* y es asegurable<sup>42</sup>. El planteamiento civilista se centra en el resultado

---

<sup>40</sup> MAIER, Julio, “Derecho Procesal Penal”, Vol. II Sujetos Procesales., p. 595.

<sup>41</sup> En este punto seguimos la posición del profesor Jesús María Silva Sánchez en “*Perspectivas sobre la Política Criminal Moderna. Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación*”, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 1998.

<sup>42</sup> SILVA SÁNCHEZ, ob.cit., citando a Pantaleón Prieto.

de efectiva reparación: pleno reestablecimiento del *statu quo* patrimonial. En materia penal en cambio la reparación supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica, para lo cual son tan apropiadas las prestaciones monetarias como los regalos, la disculpas, los encuentros de reconciliación, la prestación de servicios e incluso las contribuciones de dinero a fondos de compensación de víctimas. Lo decisivo en la reparación penal es el acto personal de restablecimiento del Derecho vulnerado, que es inherente al voluntario esfuerzo reparatorio, con relativa independencia de su concreto contenido material; lo que importa es el esfuerzo reparador, en cuanto en el mismo se expresen elementos de resocialización y reconocimiento de la vigencia de la norma.

Así las cosas la reparación penal a la víctima debe insertarse en un contexto preventivo, por mucho que adicionalmente y en los casos en que la haya, tenga efectos satisfactivos morales o materiales para la víctima.

Por ello puede decirse que la reparación no constituye un nuevo fin del derecho penal, sino que se trata de una tercera vía, que junto a las penas y medidas, contribuye al cumplimiento de los fines clásicos del derecho penal, principalmente preventivos. Desde el punto de vista preventivo general positivo o de integración, la reparación (o más bien la voluntad del autor de reparar y su cumplimiento en la medida de la posible) puede liberar, total o parcialmente, la necesidad de pena, o bien reemplazaría a la pena o la aminoraría, en aquellos casos en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, fuera suficiente para satisfacer la reacción del sentimiento jurídico general frente al delito y para dar por terminado el conflicto entre el autor y la generalidad, por la quiebra del orden jurídico.

Desde el punto de vista preventivo especial, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinsertarse en la comunidad, teniendo como ventaja frente al tratamiento que es limitada por definición, no consiste en la internalización de un modelo ni la sumisión a él, y frente a la privación de libertad, que no conlleva un etiquetamiento ni deterioro social.

La reparación así concebida se limita a delitos de poca gravedad, porque solo en esos casos en que la colectividad se sienta menos lesionada por un determinado hecho, será más fácil que su confianza se vea restablecida por la reparación o intento de reparación a la víctima del delito, así como con la reafirmación simbólica de la norma vulnerada.

Ahora bien, los defensores de la reparación penal así entendida, no propugnan la mera despenalización de los ilícitos para los que proponen la reparación-sanción como consecuencia jurídico penal exclusiva, ello porque la reparación está contribuyendo a cumplir con el fin de pacificación social del derecho penal, la despenalización en cambio será posible en aquellos delitos de mucha menor gravedad, respecto de los cuales la pacificación social no requiere intervención penal alguna.

A propósito de la reparación como fundamento para la introducción del principio de oportunidad en el nuevo proceso penal, podemos decir que respecto de la Suspensión Condicional del Procedimiento, ella, aún cuando es considerada, no es determinante, porque si bien una de las condiciones que podrían imponerse al imputado para la aprobación de dicha salida alternativa consiste en *“pagar una suma de determinada suma, a título de indemnización de perjuicios a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago”*, no constituye un requisito de la misma, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con la suspensión del juicio a prueba de la legislación argentina o con la suspensión condicional de la OPP Alemana.

Una cosa diferente sucede con la otra salida alternativa regulada por la ley procesal penal: los acuerdos reparatorios, en los que como su propio nombre lo indica, lo fundamental es la conciliación entre autor y víctima, la reparación (que puede ser algo diferente de las prestaciones pecuniarias) que realice el imputado de los daños causados por la comisión de ciertos delitos.

### 3.2.3 Críticas

A pesar de ello no son pocos los que han criticado la implementación de este principio en la persecución penal, fundándose en los argumentos siguientes:<sup>43</sup>

#### a) Infracción al Principio de Igualdad y al de Legalidad Penal.

En primer término se ha dicho que el principio de oportunidad atentaría contra el principio de igualdad, ya que es el órgano a cargo de la instrucción y no la ley, quien finalmente determina la persecución de un hecho tipificado como delito y la imposición de la pena que le corresponde, de manera que las personas quedarían sometidas al poder estatal, ya que el Ministerio Público daría diferentes aplicaciones a una misma norma. Ello además tiene una percepción negativa en la comunidad.

---

<sup>43</sup> Entre ellos, ARMENTA DEU, Teresa, en *“Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España”*, PPU, Barcelona, 1991.

Además existe una infracción al principio de Legalidad Penal en su formulación más genuina, en cuanto impide prever al ciudadano las consecuencias de su delito (ello principalmente en el caso en que se impongan condiciones o mandatos).

b) Violación del principio de Separación de Poderes.

Por otra parte se ha argumentado que este principio entra en conflicto con el principio de la separación de poderes, ya que en definitiva se está entregando al órgano encargado de la persecución penal, atribuciones que son propias de los órganos jurisdiccionales: la decisión en cuanto a la persecución penal de un hecho, crítica que se formula especialmente para los casos en que el órgano jurisdiccional no da su conformidad para la aplicación del principio.

c) Debilitación de la capacidad preventiva del derecho penal material.

El derecho penal material no sólo determina los límites de la punibilidad sino que además cumple evidentes funciones preventivas, que requieren imprescindiblemente que sus normas tengan la posibilidad de realizarse en el proceso penal, ahora bien, la aplicación utilitaria y oportunista de las mismas, a la larga las debilita, particularmente en el caso de aquellas que resultan más perjudicadas por la selección.<sup>44</sup>

d) Violación a la presunción de inocencia.

Esta situación se daría en aquellos casos en que se imponen condiciones o mandatos, ya que ello estaría implicando una sospecha de “suficiente culpabilidad”.

e) Desvalorización y deslegitimación de la inmediatez y la publicidad de la vista oral.

En efecto, el principio de publicidad en el proceso penal resulta excluido por la aplicación de la oportunidad.

Algunos señalan que si bien el principio de legalidad se mantiene formalmente, hace un tiempo que el derecho procesal penal ha dado entrada a un

---

<sup>44</sup> SOTO, Miguel, “*Ministerio Público y Política Criminal*”, en *El Ministerio Público*, Editorial Conosur, Santiago, 1995, p. 226.

nuevo principio que ya no puede ser considerado como una simple excepción, sino que puede considerarse como un verdadero principio autónomo que va junto o incluso por encima del principio de legalidad. *“Resulta que el abolicionismo que se creía muerto y enterrado, ha resucitado con ropaje moderno (suspensión de un proceso penal por motivos de conveniencia), sobre lo que ya se había referido BIRKMEYER en 1910 diciendo: si la posibilidad de disponer de la acción punitiva es acogida en la ley, ésta terminará por convertirse en verdugo de sí misma”*.<sup>45</sup>

La idea de que el principio de legalidad es correcto en la teoría, cede cada vez más ante la opinión de que no sirve en la práctica, entendiéndose que es más útil y conveniente el principio de oportunidad, ya que significa una celeridad en el proceso penal y una descarga en el trabajo de los órganos de la administración de justicia.

Sin embargo, en opinión de algunos, lo correcto es volver al principio de legalidad, porque si él conduce a un “colapso en la administración de justicia”, no es porque sea una teoría equivocada, ni porque no tenga capacidad funcional. Lo que realmente ocurre es que existen errores en el Derecho Material, por lo tanto para que vuelva a regir el principio de legalidad con éxito es absolutamente necesario que el Derecho penal en su conjunto se reduzca al denominado “Derecho Penal Nuclear”, de acuerdo a la idea de última *ratio*.

Asertivamente Pott ha señalado: *“la aplicación del instituto de la oportunidad a la persecución penal explica la incesante extensión del Derecho Penal a toda forma imaginable de conducta socialmente enojosa, porque gracias a él, el Estado ya no tiene por qué cumplir lo que promete”*.<sup>46</sup>

Nos encontramos entonces frente a un problema en el derecho material, que requiere una breve mirada, para lo cual nos basaremos en un artículo del profesor Winfried Hassemer.

En términos generales Hassemer plantea que actualmente estamos frente a un Derecho Penal Moderno que se caracteriza por específicos ámbitos en que se realiza, específicas funciones e instrumentos, pero también por específicos problemas y costos. Este derecho se ha alejado del centro ideal del “derecho penal clásico” que está formado por las ideas de certeza y subsidiariedad, que lo consideran como un medio violento de represión, pero a la vez como instrumento de garantía de la libertad ciudadana y además como *ultima ratio* para la solución

---

<sup>45</sup> POTT, Christine, *“La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario y el sobreseimiento”*, en *La insostenible situación del derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Editoriales Comares, Granada, 1998.

<sup>46</sup> POTT, ob.cit.

de problemas sociales. “Este derecho penal moderno ha llegado a un punto que se ha convertido en anacrónico y contraproducente, las tendencias que seguía están agotadas y la modernización que representaba amenaza con invertirse”.<sup>47</sup>

Este autor señala que el *derecho penal moderno* se caracteriza principalmente, en primer lugar porque la protección de los bienes jurídicos se ha transformado en un mandato para penalizar, en lugar de ser una prohibición condicionada de penalización, favoreciendo de esa manera las opciones criminalizadoras en materia legislativa, que obligan a recurrir a la amenaza penal. Por otra parte existe una exacerbación de la idea de prevención (especial y general), y de orientación hacia las consecuencias, que margina de la política jurídico penal los principios de igualdad y de retribución justa del delito, lo que vemos cuando se pretende que el derecho penal sea una instrumento de pedagogía social. Y por último al derecho penal ya no se le considera como *ultima ratio*, sino como la primera o única solución de los problemas sociales.

En cuanto a los sectores específicos del moderno derecho penal, Hassemer señala que podemos observar una gran proliferación de la legislación penal especial, que ha significado una ampliación de los marcos penales y la creación de nuevos tipos penales en ámbitos como el medio ambiente, economía, drogas y todo lo referente a la criminalidad organizada. Todo ello va acompañado de reformas en el proceso penal, especialmente en lo que dice relación con la aceleración y facilitación del procedimiento y de la investigación, que va a desembocar en la eliminación de algunas garantías específicas del Estado de Derecho por considerarlas un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas.

En cuanto a los instrumentos utilizados por este derecho para argumentar su capacidad de intervención, encontramos la protección de bienes jurídicos universales, formulados además de manera vaga (vgr. salud pública) y la técnica de los *delitos de peligro abstracto* (porte de arma blanca). Ésta última amplía de manera significativa el ámbito de aplicación del derecho penal, ya que se prescinde del perjuicio y de la demostración de la causalidad, ahora sólo basta con probar la realización de la acción inculpada, cuyos peligros no tiene que ser verificados por el juez. Ello deriva en una disminución de las posibilidades de defensa y de los presupuestos y limitaciones del castigo, y por último de las directrices que el legislador debe dar al juez para la interpretación de los tipos delictivos.

---

<sup>47</sup> HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el Derecho Penal*. En “Viejo y Nuevo Derecho Penal”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Dadas dichas características, el derecho penal dejaría de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de las libertades de los ciudadanos, transformándose en el instrumento de una política de seguridad que en lugar de dar una respuesta adecuada al delito y una retribución justa del mismo, pone el acento en la prevención del delito futuro.

La expansión del derecho penal a áreas como el medio ambiente, las drogas o la economía, ha tenido como resultado que en la práctica las leyes no funcionan como debieran y además su aplicación produce consecuencias injustas y arbitrarias, lo que estaría demostrando que el Derecho Penal se está utilizando en sectores que no son los suyos y cumpliendo funciones que no le corresponden.

Al problema antes mencionado se suman costos y que como adelantamos inciden principalmente en las tradicionales garantías del Estado de Derecho, ya que el moderno derecho penal al pretender ser lo suficientemente flexible y omnicompreensivo, deja de lado principios que podrían resultar ser un obstáculo para su eficiencia (mandato de certeza, principio de legalidad, de igualdad, etc.)

A criterio del autor, el mayor problema de este derecho es la distancia entre su real capacidad y las expectativas de solución que genera, que llevan a que se busquen nuevas vías principalmente de carácter procesal para aumentar su capacidad. Entonces como un proceso penal con todas las garantías cuesta tiempo y dinero, empiezan a nacer los “acuerdos” entre acusación y defensa como forma de solución de conflictos (que vendrían siendo las salidas alternativas de nuestro ordenamiento).

Concluye el autor, *“un derecho procesal penal con todas las garantías de un Estado de Derecho, sólo es posible en la medida que el derecho penal material se base en los mismos principios: de legalidad, concentración en bienes jurídicos precisos y limitado a funciones que pueda cumplir”*.

En definitiva lo que se critica es que la aplicación de la oportunidad es sólo una solución obligada frente a la expansión del Derecho Penal.

Entendiendo los beneficios de la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal, autores nacionales como María Inés Horvitz y Miguel Soto se manifiestan favorablemente a su implementación, pero sin olvidar las críticas que se formulan en su contra, especialmente en lo que relativo al respeto de los principios y garantías propias de un Estado Democrático de Derecho. En atención a lo anterior, Horvitz señala que debe hacerse una revisión crítica de los fundamentos de la criminalización de ciertos hechos por parte del legislador, para verificar si subsisten los presupuestos de merecimiento de pena. El principio de

oportunidad sólo excepcionalmente puede cumplir funciones político-criminales de importancia, operando en el caso concreto en base a criterios preventivos que hagan innecesaria su persecución penal. Agrega la autora que dichos criterios debieran estar determinados de modo general y objetivo en la ley, para respetar el principio de igualdad al momento de aplicarlos.<sup>48</sup> Miguel Soto en su artículo “Ministerio Público y Política Criminal” señala que la oportunidad debe estar sujeta a la aprobación del Juez de Garantía, a la aprobación del afectado y a una fundamentación expresa y previa del Ministerio Público.<sup>49</sup>

#### **4. La Suspensión Condicional del Procedimiento y Otras Instituciones Procesales introducidas por la Reforma Procesal Penal.**

Este acápite tiene por objetivo hacer un breve análisis de diversas figuras presentes en el actual proceso penal y de la mayor o menor relación que ellas tienen con la Suspensión Condicional del Procedimiento, como expresión de la introducción del principio de oportunidad al proceso penal.

##### **4.1 Mecanismos de Selección de Casos en etapas tempranas de la investigación.**

Los fiscales del Ministerio Público, en las primeras etapas de la investigación, esto es, una vez que han tomado conocimiento de un hecho que reviste caracteres de delito cuentan con ciertos mecanismos de descongestión de casos, que en definitiva les permiten, haciendo uso de su discrecionalidad, avocarse a aquellos que consideren de mayor relevancia y que presenten mayores expectativas de éxito en cuanto a su investigación. Estas instituciones constituyen excepciones al principio de legalidad y que corresponden a mecanismos de selección en el sistema, pero que sin embargo no pueden ser calificadas como Salidas Alternativas. Ello porque si bien dichas facultades comparten con estas últimas la característica de representar un ahorro de

---

<sup>48</sup> HORVITZ, M. Inés, “Derecho procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 452.

<sup>49</sup> SOTO, Miguel, “Ministerio Público y Política Criminal”, en *El Ministerio Público*, Editorial Conosur, Santiago, 1995, p. 228.

recursos para el sistema, no llegan a configurar un tipo de respuesta del sistema de alta calidad ni muy diferente a la tradicional, como lo son las salidas alternativas.<sup>50</sup>

Los mecanismos a los que nos estamos refiriendo son: el archivo provisional y el principio de oportunidad en sentido estricto.

#### 4.1.1 Facultad de No Iniciar Investigación

Esta facultad consagrada en el Art. 168 del Código Procesal Penal, ha sido señalada como uno de los mecanismos de selección de casos con los que cuentan los fiscales del Ministerio Público. Ahora bien, esta facultad no obstante generar efectos y cumplir con objetivos similares, no podría calificarse como un mecanismo de selección propiamente tal por cuanto ella no constituye una excepción al principio de legalidad, ya que este último obliga a perseguir aquellos hechos que sean constitutivos de delitos, pero en este caso no nace dicha obligación por cuanto no nos encontramos en presencia de un delito.

En virtud de ella los fiscales del Ministerio Público pueden, siempre que no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, abstenerse de toda investigación cuando los hechos contenidos en la denuncia no sean constitutivos de delito o cuando los datos y antecedentes suministrados permitieran establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. La decisión siempre deberá ser fundada y contar con la aprobación del juez de garantía.

Como forma de control frente a la posibilidad de que esta facultad sea utilizada en forma arbitraria o fundamentada en apreciaciones erróneas, la ley concede a la víctima el derecho para recurrir ante el juez de garantía competente, ante quien deberá interponer la querrela respectiva, que si es declarada admisible, implicará la obligación del fiscal de continuar con el procedimiento<sup>51</sup>.

La norma se refiere a supuestos evidentes y manifiestos, en los que solo basten los antecedentes relatados en la denuncia para decidir no iniciar la investigación. No obstante lo anterior, existen casos en que resultará necesario una mínima actividad investigativa, lo cual no obstará a que nos encontremos en la hipótesis de la referida norma. Debe entenderse de esa manera por cuanto el

---

<sup>50</sup> DUCE y RIEGO, ob.cit. p. 195 y ss. Los autores señalan que implican solo la manifestación transparente de una decisión acerca de la imposibilidad de hacerse cargo de ciertos casos, lo que no significa que el sistema no pueda entregar otras respuestas para el tipo de problemas que se le presentan.

<sup>51</sup> Esta misma forma de control la encontramos a propósito de la facultad de archivo provisional.

fundamento del precepto es excluir del sistema lo antes posible aquellos casos en que el Estado carece de fundamento para hacer actuar el *ius puniendi*, generando una selectividad oportuna y racional que determine, además, un importante ahorro de recursos<sup>52</sup>. Si no fuera de esta forma significaría entender el sistema de una manera extremadamente formal y burocrática, que obligaría a dar pasos innecesarios y que no fueron previstos originalmente al redactar este tipo de normas.

#### 4.1.2 Archivo Provisional

Este mecanismo de selección de casos es una importante excepción al principio de legalidad que consiste en la facultad otorgada a los fiscales del Ministerio Público de archivar provisionalmente aquellas denuncias o querellas cuando, realizadas las primeras indagaciones, en ellas no aparecieran antecedentes o datos que les permitieran continuar con una investigación con perspectivas de éxito.

A través de esta facultad se autoriza a los fiscales a elegir, de entre todas las denuncias que llegan al sistema, aquellas que ofrecen posibilidades para conducir una investigación productiva y de esa manera orientar sus propios recursos y los de los órganos que les prestan auxilio hacia esos casos, introduciéndose criterios de racionalidad en su actividad. Ahora bien como esta facultad tiene como objetivo el ahorro de recursos para el sistema, lo ideal es que sea ejercida por los fiscales en los momentos iniciales de la investigación y siempre que el juez de garantía no haya intervenido en el procedimiento.

En cuanto al tipo de causas respecto de las cuales se puede ejercer esta facultad, la ley nada dice al respecto, pero corresponde a delitos de mediana y baja gravedad y que, además, no sean muy complejos desde el punto de vista de su investigación. En todo caso es el Fiscal Nacional quien, a través de instrucciones, determina los delitos e hipótesis de aplicación.<sup>53</sup>

A diferencia de lo que ocurre con la facultad de no iniciar la investigación, el archivo provisional produce una suspensión temporal en la persecución penal, la que podrá reanudarse en la medida que se detecten nuevos antecedentes que permitan proyectar una investigación con cierto éxito, y siempre que la acción penal no se encuentre prescrita.

---

<sup>52</sup> HORVITZ, ob.cit. p. 486.

<sup>53</sup> Ello lo encontramos en el INSTRUCTIVO N° 75 que fija texto sustitutivo del instructivo N° 42 sobre Archivo Provisional y Facultad par no iniciar investigación.

Respecto del control que existe en el ejercicio de esta facultad, además del derecho de la víctima para provocar la intervención del juez de garantía, ella también puede solicitar al Ministerio Público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación, pudiendo reclamar ante las autoridades superiores del mismo en caso de denegación de su solicitud<sup>54</sup>. Por último encontramos un control de carácter interno, que consiste en la exigencia de someter la decisión del fiscal a la aprobación del fiscal regional, cuando la facultad se ejerza respecto de delitos que merezcan pena aflictiva.

#### 4.1.3 Principio de Oportunidad en Sentido Estricto

Otra excepción al principio de legalidad y una importante manifestación de discrecionalidad en el ejercicio de la persecución penal lo constituye el Principio de Oportunidad en sentido estricto, consagrado en el Art. 170 del Código Procesal Penal. Este consiste en la facultad que tienen los fiscales de no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trate de un hecho que reviste caracteres de delito, pero que no compromete gravemente el interés público. Es decir, si bien existe un hecho que formalmente se enmarca en la definición de un tipo penal, las circunstancias en que se produce el caso hacen que, desde un punto de vista del interés social involucrado o la mínima gravedad del injusto, resulte poco conveniente seguir el camino del proceso<sup>55</sup>.

Como el criterio del interés público puede resultar un tanto ambiguo, el Código ha establecido límites para el uso de esta facultad: no puede ejercerse respecto de delitos que tengan una pena mínima asignada por ley superior a la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo o; cuando se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, cualquiera sea la pena que la ley asigne a ese delito.

Si se considera la cantidad de delitos a los que resulta aplicable el principio de oportunidad en sentido estricto, la expresión de discrecionalidad es más bien limitada. A ello además se debe agregar que *“el Código establece un procedimiento más complejo y mecanismos de control más intensos para su ejercicio, lo que tiende a restringir más su uso”*<sup>56</sup>. Lo anterior tiene su explicación

---

<sup>54</sup> artículo 167 inciso final Código Procesal Penal.

<sup>55</sup> DUCE y RIEGO, en *“Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”*, sostienen que en cambio se posibilita que puedan operar otros mecanismos sociales de solución de conflictos que resulten menos gravosos o bien que opere cierta tolerancia social respecto de ciertos hechos sin mayor significación.

<sup>56</sup> DUCE Y RIEGO, ob.cit. p. 208.

en que esta facultad, tanto para la víctima como para la opinión pública, resulta mucho más fuerte que las anteriores, ya que en definitiva produce la extinción de la acción penal, sin perjuicio de dejar abierta la posibilidad de perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias que correspondan, ello porque el uso de la facultad no afecta la naturaleza antijurídica del hecho sino solo su perseguibilidad penal.

De igual forma que en la facultad de no iniciar la investigación y en el archivo provisional, el ejercicio del principio de oportunidad exige que el fiscal dicte una resolución motivada explicando las razones que justifiquen su decisión. Además esa resolución debe ser comunicada al juez de de garantía, quien a su vez la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

La ley, a este respecto, establece dos tipos de controles: uno judicial y otro administrativo. El control judicial consiste en que, dentro de los 10 días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez puede, de oficio o a petición de parte, dejarla sin efecto:

- a) Si estima que el fiscal se ha excedido de sus atribuciones sólo en cuanto a los límites formales impuestos al criterio material de mínima gravedad del delito (porque no puede controlar el mérito de la decisión del fiscal); o
- b) Cuando la víctima manifieste de cualquier modo su interés en el inicio o continuación de la persecución penal.

Es ambos casos la resolución del juez obliga al fiscal a continuar con la persecución penal.

El control administrativo tiene lugar cuando, vencido el plazo de 10 días para el control judicial o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes deciden, dentro de un nuevo plazo de 10 días, reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades superiores del Ministerio Público, a quien corresponderá verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales y normas dictadas por el servicio y si así no fuera se revocará su decisión y se continuará con la persecución penal.

En definitiva esta facultad debe ser ejercida por los fiscales de acuerdo a los criterios generales que sean fijados por el Ministerio Público conforme a determinados lineamientos político-criminales. La idea es que el principio de oportunidad sea ejercido en términos igualitarios para las mismas categorías de delitos y de una manera que sea socialmente útil para el adecuado funcionamiento del sistema de justicia criminal.

## 4.2 Los Acuerdos Reparatorios

*“Los Acuerdos Reparatorios son una institución procesal que consiste principalmente en un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal”<sup>57</sup>.*

Los Acuerdos Reparatorios junto con la Suspensión Condicional del Procedimiento constituyen las llamadas Salidas Alternativas en el actual proceso penal.

Ambas figuras tienen en común el hecho ser respuestas diferentes a la entregada tradicionalmente por el sistema penal (proceso y aplicación de una pena), constituyéndose en nuevas formas de solución de los conflictos penales que permiten superar los efectos negativos de la utilización del proceso penal (especialmente las penas privativas de libertad).

Si bien ambos institutos tienen fundamentos comunes para su introducción en el procedimiento penal e incluso el Código Procesal Penal las ha regulado conjuntamente dándoles normas comunes, es preciso señalar una importante diferencia.

En los Acuerdos Reparatorios no encontramos una expresión del principio de oportunidad en su sentido más estricto, es decir, *aquel en cuya virtud el Ministerio Público, ante la noticia de un hecho punible o, incluso, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político criminales*, ya que en ellos no es el fiscal quien tiene en sus manos la decisión de poner fin a la persecución penal, sino que ello dependerá de un acuerdo exclusivo ente autor y víctima del delito, quedando en última instancia supeditado ese acuerdo a la decisión del juez de garantía.

Solo si entendiéramos por principio de oportunidad todas las formas de poner término a la persecución penal y finalmente de extinguir la acción penal, entonces podríamos incluir a los acuerdos reparatorios como una expresión suya.

Los Acuerdos Reparatorios constituyen una novedad no solamente en nuestro sistema procesal penal, sino también en relación con otros ordenamientos procesales penales que han servido de orientación para la reforma chilena. Así

---

<sup>57</sup> Concepto formulado por la profesora Horvitz en su obra *Derecho Procesal Penal chileno*.

por ejemplo ni la legislación procesal penal argentina ni la Ordenanza Procesal Penal alemana contemplan mecanismos similares a dichos acuerdos, ello seguramente se debe a que en dichos países la suspensión condicional del procedimiento (o el equivalente de dicha figura) exige como requisito la reparación de la víctima, quedando suspensión y acuerdos reparatorios unidos en una sola institución.

La introducción de esta salida alternativa, encuentra su fundamento político criminal principalmente en la necesidad de protección y promoción de los intereses de la víctima dentro del sistema penal. Anteriormente se señalaron diferentes criterios o argumentos para la introducción del principio de oportunidad y como consecuencia, de las salidas alternativas. Así, en el caso de los acuerdos reparatorios se podría decir que su móvil preferente es el de la satisfacción de los intereses de la víctima, lo que constituye una importante diferencia con la suspensión condicional del procedimiento, que si bien también puede lograr ese objetivo, prioriza otros criterios de oportunidad.

Se ha dicho que ella *“constituye una ampliación de formas ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico de privatización de la persecución penal, pero a casos en que tradicionalmente ha predominado el planteamiento de la existencia de un interés público comprometido que impediría la disponibilidad por las partes de la acción penal”*<sup>58</sup>

Hasta antes de la reforma, la reparación de la víctima no tenía a nivel normativo un efecto relevante, sino que sólo era considerada como una causal de atenuación de la posible pena a imponer (Art. 11 N° 7 Código Penal). Con la introducción de este tipo de salida alternativa, la reparación pasaría a ser una vía para el cumplimiento de los fines del *ius puniendi* estatal sujeta a la condición de que no perjudique, sino que coopere con los fines de la pena, y de que no provoque una nueva expropiación de los derechos de las víctimas en la resolución del conflicto<sup>59</sup>.

Ahora bien se ha formulado una importante crítica a esta salida alternativa, que señala que los poderosos económicamente siempre tendrán acceso a ella, quedando reservado, una vez más, el sistema penal para los más vulnerables social y económicamente.

---

<sup>58</sup> HORVITZ, ob.cit., p. 569.

<sup>59</sup> En esta materia nos remitiremos a lo expuesto sobre la reparación penal en el punto 3.2.2 letra e) de este mismo capítulo.

#### 4.2.1 Requisitos de Procedencia.

Para la procedencia de los acuerdos reparatorios se requiere la concurrencia de dos elementos, en primer lugar la existencia de un acuerdo de reparación entre imputado y víctima y en segundo lugar, que ese acuerdo recaiga sobre una determinada categoría de delitos.

##### a) Acuerdo entre imputado y víctima.

Al igual que en la suspensión condicional del procedimiento, el acuerdo de voluntades prestado voluntariamente es un requisito para su validez, claro que en este caso se requiere solo de la voluntad del imputado y de la víctima, quienes deben prestar su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. En la Suspensión Condicional del Procedimiento, en cambio, se requiere de la voluntad del fiscal del Ministerio Público, razón por la cual podemos sostener que los acuerdos reparatorios no constituyen una manifestación del principio de oportunidad en su sentido más estricto.

Este acuerdo de voluntades consiste en que *“el imputado repare o esté dispuesto a reparar los daños sufridos por la víctima como producto del delito cometido en su contra y que esta última acepte o esté dispuesta a aceptar el ofrecimiento reparatorio del imputado como suficiente para darse por satisfecha”*<sup>60</sup>

Ahora bien, la concurrencia de voluntad del imputado, no significa por parte de él reconocimiento de culpabilidad o de los hechos que motivan la persecución, por lo tanto y al igual como sucede con la suspensión condicional del procedimiento, en el caso que fracasara la salida alternativa, en el juicio oral no podrán ser invocados ni darse lectura a los antecedentes relacionados con ella.<sup>61</sup>

En cuanto al contenido mismo del acuerdo, este consiste en la reparación de los daños producidos por el delito y aunque en la práctica dicha reparación la mayoría de las veces consista en una contraprestación de carácter económico a favor de la víctima, se debe tener presente que esta salida alternativa se encuentra abierta a otro tipo de acuerdos, como por ejemplo la realización de determinadas acciones a favor de la víctima, la omisión de otras o bien simplemente una petición de disculpas. La única condición es que el acuerdo sea lícito y que, por supuesto, satisfaga las pretensiones reparatorias de la víctima. El hecho de que la reparación se extienda a otras formas diferentes de la puramente

---

<sup>60</sup> DUCE y RIEGO, ob.cit. p. 325.

<sup>61</sup> Artículo 335 Código Procesal Penal.

económica, vendría a controvertir la crítica formulada contra esta salida alternativa, en cuanto a que ella favorecería sólo a los más poderosos económicamente y además es coherente con la postura que diferencia entre reparación penal y civil, y que sitúa a la primera en un contexto preventivo (general y especial), ya que lo determinante será el esfuerzo reparador, en cuanto en el mismo se expresen elementos de resocialización y reconocimiento de la vigencia de la norma, y no el resultado de efectiva reparación.

#### b) Categoría de Delitos

La ley establece restricciones en cuanto a la clase de delitos respecto de los cuales puede acordarse esta salida alternativa, esto tiene su fundamento en que el legislador ha considerado que existen casos en que la reparación dejaría sin resolver un *plus* de injusto que no corresponde al sólo interés privado<sup>62</sup>.

Por lo tanto sólo tendrá validez un acuerdo reparatorio si este recae sobre alguna de las siguientes categorías de delitos:

1. aquellos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial;
2. las lesiones menos graves; y
3. los delitos culposos.

#### 4.2.2 Tramitación

La iniciativa para obtener el acuerdo reparatorio puede provenir tanto del imputado como de la víctima, quienes solicitarán al juez de garantía la aprobación del mismo. No obsta a lo anterior que pueda ser el mismo fiscal quien oficie de mediador entre las partes cuando estime conveniente la medida o que incluso promueva el acuerdo<sup>63</sup>. Algunos autores opinan que la negociación debería involucrar en todo caso al fiscal, ya que él podría oponerse al acuerdo reparatorio argumentando que no concurre alguno de los presupuestos legales o bien que existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal<sup>64</sup>, lo que parece lógico si se tiene en cuenta que es a él a quien la ley encarga exclusivamente la dirección de la persecución penal.

---

<sup>62</sup> HORVITZ, ob.cit. p. 570.

<sup>63</sup> Ello en virtud de la norma introducida al Art. 6 del Código Procesal Penal por la Ley 19.789, que expresa lo siguiente: "El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima".

<sup>64</sup> HORVITZ, ob.cit., p.573.

Una vez redactado el acuerdo, como ocurre con la suspensión condicional del procedimiento, éste debe ser aprobado por el juez de garantía para que produzca sus efectos, lo que ocurrirá en alguna de las audiencias señaladas por el Art. 245 del Código Procesal Penal, que son las mismas señaladas para la Suspensión Condicional del Procedimiento. A diferencia de esta última, la ley no exige la presencia del defensor en dicha audiencia como requisito para su validez, ni tampoco la del fiscal (ello sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que le correspondan por su inasistencia).

El juez de garantía podrá rechazar la solicitud del acuerdo reparatorio, de oficio o a petición de parte, en alguna de las siguientes hipótesis:

1. Cuando el acuerdo versare sobre hechos diversos a las categorías de delitos permitidos;
2. Cuando considerara que el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no hubiera sido prestado libremente; o
3. Si existiera un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Respecto de esta última hipótesis el Código ha señalado que *“se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular”*<sup>65 66</sup>

En cuanto al rol del Ministerio Público en esta salida alternativa, podemos señalar que no resulta fundamental como lo es en la suspensión condicional del procedimiento, motivo por el que insistimos en que los acuerdos reparatorios no corresponden al principio de oportunidad. Si bien en la práctica el fiscal incluso podría promover estos acuerdos, como ya se indicó, la posibilidad de intervención que la ley da al fiscal en el procedimiento será en la audiencia en que se apruebe el acuerdo, (pero que incluso podría llevarse a efecto en su ausencia) en la cual podrá argumentar que no procede el mismo ya sea por el delito de que se trate, porque no ha existido plena libertad de una de las partes o bien porque considera que existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. No obstante todo ello, la opinión del fiscal no es vinculante para el juez, ya que igualmente podría aprobar el acuerdo. Esta situación sin duda que podría

---

<sup>65</sup> parte final Art. 241 CPP.

<sup>66</sup> El legislador no exige necesariamente la existencia de condenas previas, con lo que incluso acuerdos reparatorios anteriores o suspensiones condicionales otorgadas en ocasiones anteriores al imputado podrían ser consideradas para estos efectos, lo que pondría en cuestión la vigencia de la presunción de inocencia, ya que se impediría acceder a los acuerdos en base a hechos que no han sido formalmente probados y por los cuales el imputado no ha sido condenado culpable en un juicio previo. Como no existe claridad acerca del alcance de esta fórmula legal, será el juez quien debe determinar cuándo existe un interés público prevalente.

considerarse como una contradicción del Código ya que, si bien la ley ha establecido que es el Ministerio Público el único responsable de la persecución penal, en este caso se está poniendo término a ella sin su autorización.

Para explicar esta aparente contradicción se ha dicho que la función que cumplen los acuerdos reparatorios de satisfacción concreta de los intereses de la víctima, se encuentra elevada a uno de los fines principales del proceso penal, siendo de igual importancia que las demás finalidades. Sin embargo, con el objeto de evitar confusión entre las funciones jurisdiccionales y persecutorias, pareciera ser más adecuado que el juez actuara tomando en cuenta la posición del fiscal, tanto como para aprobar como para rechazar un acuerdo reparatorio.

#### 4.2.3 Efectos

Se distinguen tres clases de efectos en los acuerdos reparatorios: penales, civiles y subjetivos.

En materia *penal*, una vez aprobado el acuerdo se produce la extinción de la acción penal derivada del hecho materia del acuerdo y el juez deberá decretar el sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa. De manera que la sola aprobación del acuerdo por parte del juez de garantía, constituye una forma de extinción de la responsabilidad penal<sup>67</sup>

Respecto de los efectos *civiles*, el Código señala que una vez ejecutoriada la resolución que aprueba el acuerdo reparatorio, se puede solicitar su cumplimiento ante el juez de garantía de acuerdo a las normas de cumplimiento incidental de las sentencias de los Art. 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil<sup>68</sup>. Agrega el Art. 243 del Código Procesal Penal en su inciso segundo, que el acuerdo reparatorio no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

Por último la ley se refiere a los efectos *subjetivos*, señalando que si en la causa existiera una pluralidad de imputados o de víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

---

<sup>67</sup> Este sería un caso de extinción de la responsabilidad penal por el *perdón del ofendido*. POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ, “Lecciones de Derecho Penal Chileno” Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

<sup>68</sup> El hecho de no tener que concurrir a la jurisdicción civil es muy ventajosa para la víctima, ya que de lo contrario debería iniciar un nuevo procedimiento judicial con toda la carga económica y personal que ello implica.

## 4.2 La Suspensión de la Ejecución o Imposición de la Pena

Esta figura no es totalmente novedosa en el procedimiento penal chileno. Su antecedente inmediato se encuentra en el artículo 564 del antiguo Código de Procedimiento Penal, a propósito del procedimiento de faltas.

En el antiguo sistema para que tuviera lugar la suspensión de la pena se requería que al inculpado se le condenara por faltas (en cualquier clase de procedimiento). En segundo lugar era necesario que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente, como nada decía la ley, se entendía que incluía la condenación por faltas, crímenes simples delitos. Y por último debían existir antecedentes favorables, y como nada decía tampoco el Código, el juez era libre para valorarlos.

En definitiva, la suspensión de la pena era una facultad discrecional para el juez.

En cuanto a los efectos de esta figura, ellos consistían en que la pena no se imponía, quedando en suspenso. El término por el cual se suspendía la pena lo determinaba el juez, estableciendo el legislador un plazo máximo de tres años (no fijaba un mínimo).

Cumplido el plazo de suspensión sin que el inculpado cometiera otro ilícito, la pena quedaba sin aplicación, lo que equivalía en la práctica a tenerla por cumplida.

La ley no establecía si la condena era eliminada, al parecer ello no era así, ya que si dentro del plazo de suspensión el inculpado reincidía, el fallo que se dictaba en el segundo proceso lo condenaba a cumplir la pena suspendida y la que correspondía al nuevo ilícito cometido.

El nuevo Código Procesal Penal regula la *suspensión de la imposición de la condena* en su art. 398 entre las normas del procedimiento simplificado. Por lo tanto esta institución sólo tendrá lugar tratándose de faltas y simples delitos, en que el fiscal requiera una pena no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo, y cuyo conocimiento y fallo no esté sometido a las normas sobre procedimiento abreviado.

Es necesario además que se haya dictado sentencia condenatoria en contra del imputado, es decir que el juicio esté completo y haya un juicio de culpabilidad, lo que constituye la gran diferencia con la suspensión condicional del procedimiento, porque en este caso lo que se suspende no es el procedimiento, sino que la pena y sus efectos.

Por último, la ley agrega que deben concurrir antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado. Para ello habrá que tener en cuenta si la pena es necesaria en razón de los fines preventivo generales y especiales que le son propios.

Respecto de los antecedentes favorables, en la práctica se toman en cuenta antecedentes personales del imputado (como la falta de antecedentes penales o reprochable conducta anterior; la conducta que el sujeto haya tenido con posterioridad al hecho; el nivel educacional o de formación profesional) y también relativos al hecho (como el disvalor de la conducta; las consecuencias del hecho para la víctima; o la cuantía de lo hurtado).

Como consecuencia de la decisión judicial, la pena impuesta por la sentencia es suspendida por un periodo de seis meses. Si transcurre dicho plazo sin que el imputado hubiere sido objeto de un nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal debe dejar sin efecto la sentencia y dictar el sobreseimiento definitivo de la causa.

Esta figura, ciertamente, no tiene mayores similitudes con la suspensión condicional del procedimiento, ya que cuando tiene lugar la suspensión de la imposición de la condena, ya se ha tramitado completamente el juicio (sólo el procedimiento simplificado) y ha terminado por sentencia ejecutoria, por lo tanto no cumple con los objetivos propuestos para la implementación de la salida alternativa mencionada, que precisamente buscan el descongestionamiento de los tribunales en la etapa de la investigación y evitar los efectos negativos que suponen para una persona el ser objeto de una investigación y de una condena, en términos de etiquetamiento social.

Ahora bien, tal vez el punto que podría acercar ambas instituciones, consiste en los resultados que ellas producen. En efecto, ambas son una forma de extinción de la responsabilidad penal por el *perdón oficial*<sup>69</sup>. En ambos casos la consecuencia del cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para cada una de ellos, será el sobreseimiento definitivo de la causa, sin que quede registrado ningún antecedente del imputado.

---

<sup>69</sup> POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ, “*Lecciones de Derecho Penal Chileno*” Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

## **5. Naturaleza Jurídica de las Condiciones y de la Institución**

El juez de garantía, una vez que ha verificado que se cumplen los presupuestos del Art. 237, así como el hecho que el imputado haya prestado su consentimiento en forma libre y voluntaria, decretará la suspensión condicional del procedimiento debiendo fijar la o las condiciones que el imputado deberá cumplir dentro de un plazo que no podrá ser inferior al año ni superior a 3 años.

Las condiciones puede imponer el juez serán una o más de las siguientes:

- a) Residir o no residir en un lugar determinado;
- b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;
- c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;
- d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación;
- e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago en cuotas o en un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el periodo de suspensión del procedimiento. Esta condición tiene una especial importancia, ya que permitirá obtener más fácilmente un acuerdo con la víctima que persigue primordialmente una reparación de contenido patrimonial. La capacidad económica es un factor determinante a considerar al momento de fijar la suma de dinero a pagar por el imputado, por eso es importante que tanto este último como la víctima concurren a la audiencia respectiva con los documentos necesarios para acreditar sus facultades o pretensiones económicas, para que así el juez pueda decidir inmediateamente;
- f) Acudir periódicamente al Ministerio Público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas, y;
- g) Fijar domicilio e informar al Ministerio Público de cualquier cambio del mismo.

La pregunta que surge entonces es ¿Qué naturaleza jurídica tienen estas condiciones? ¿Tienen o no un carácter coercitivo?

Para algunos las condiciones que se imponen a través de esta salida alternativa, tienen un carácter netamente sancionatorio, ya que se estaría restringiendo el derecho fundamental de la libertad personal entendida esta como libertad ambulatoria, y por lo tanto su naturaleza correspondería a la de una pena,

pero con una desventaja mayor aún, que es el hecho de no haberse tramitado un juicio con todas las garantías del debido proceso (no hay juicio oral) y finalmente sin que se haya dictado una sentencia condenatoria en contra de quien se imponen dichas condiciones, con lo que se vulnera además la presunción de inocencia.

Contestando a esta posición, podemos decir que si bien no hay duda alguna de que el cumplimiento de condiciones supone una restricción de derechos, es el propio imputado quien da su consentimiento para la aplicación de la salida y la imposición de mandatos. De manera que la voluntad prestada en forma libre, consciente e informada será su único fundamento de legitimación y el juez de garantía cumplirá un rol fundamental en su tarea de verificar que dichas condiciones tengan lugar en la respectiva audiencia.

Por otra parte el presupuesto de la pena es la culpabilidad y en la Suspensión Condicional del Procedimiento no queda establecida la culpabilidad del imputado. A este respecto existe uniformidad en la doctrina en cuanto a que el acuerdo prestado por el imputado no significa la aceptación de los hechos materia de la persecución penal ni menos reconocimiento de responsabilidad. Contrariamente a ello el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, modificando la fórmula original del proyecto del Ejecutivo, establecía que la aceptación de la Suspensión Condicional del Procedimiento importaba la aceptación de los hechos materia de la persecución penal y de los antecedentes de la instrucción por la sola disposición de la ley y su revocación implicaba, automáticamente, la resolución del caso de acuerdo al procedimiento abreviado en base a dichos hechos y antecedentes. Finalmente el Senado eliminó dicha enmienda, principalmente porque significaba un obstáculo que desincentivaría la utilización de la suspensión y porque se agregaban exigencias para la concesión de la salida alternativa que no decían relación con su naturaleza, fundamentos y fines político-criminales.

Como se señaló no hay culpabilidad, no hay una intención aflictiva, aun cuando como consecuencia puedan significar una restricción de los derechos del imputado. Sin embargo, si analizamos las condiciones establecidas en el Código, la mayoría de ellas parecieran tener por objeto que el sujeto no vuelva delinquir, y la reinserción social del individuo, es decir, estarían cumpliendo fines preventivo especiales<sup>70</sup>. Incluso existe un caso en que podríamos entender que se estarían

---

<sup>70</sup> La profesora Horvitz en su obra *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, señala que el juez de garantía debe fijar la o las condiciones que resultaren más apropiadas para remover los factores *“que incidieron en la comisión del delito”*, con lo cual se estaría claramente haciendo referencia a la prevención especial.

cumpliendo fines de prevención general que sería cuando se ha impuesto como condición la reparación, siempre que entendamos que en ella existe un reconocimiento de la norma infringida.

Si aceptamos que las condiciones impuestas por la Suspensión Condicional del Procedimiento no tienen la naturaleza jurídica de penas, pero que sin embargo cumplirían con fines preventivo-especiales y de reinserción social, podría encontrarse una similitud de ellas con las medidas de seguridad.

En efecto, respecto de estas últimas para que ellas tengan aplicación, basta con que el sujeto haya realizado un hecho típico y antijurídico, sin que el hecho de que el imputado sea o no culpable tenga alguna relevancia, culpabilidad que tampoco encontramos en las condiciones impuestas en la suspensión del procedimiento penal.

Sin embargo, así como el presupuesto de la pena es la culpabilidad, en las medidas de seguridad el presupuesto viene dado por la peligrosidad puesta de manifiesto en la comisión del hecho antijurídico por un sujeto inimputable (o semiimputable), y esto último no sería aplicable para la Suspensión Condicional del Procedimiento.

Por otra parte la aplicación de las medidas de seguridad exige la tramitación de un proceso judicial revestido de todas las garantías procesales propias de un Estado de Derecho, que implica la existencia de una sentencia firme dictada por el juez competente<sup>71</sup>, situación que es totalmente diversa tratándose de la Suspensión Condicional del Procedimiento.

En definitiva tampoco podría afirmarse que las condiciones impuestas por esta salida alternativa correspondan a medidas de seguridad.

De esta forma, pareciera ser que, los mandatos impuestos por el juez al aprobar la Suspensión Condicional del Procedimiento, no constituyen una consecuencia jurídica del delito, sino solo requisitos para que opere dicha institución procesal y para que finalmente se produzcan sus efectos.

Habiendo intentado responder a la pregunta sobre la naturaleza jurídica de las condiciones, ahora creemos que resulta necesario analizar la naturaleza jurídica de la institución misma.

La Suspensión Condicional del Procedimiento es una figura de naturaleza procesal, que tiene lugar dentro del procedimiento penal y que se encuentra en

---

<sup>71</sup> De acuerdo a la opinión dominante de la doctrina española, en *“Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español”*, Luis Gracia Martín (coordinador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

manos del órgano encargado de llevar a cabo la persecución penal pública de los delitos.

Como ya lo señalamos, esta salida alternativa constituye una expresión del principio de oportunidad en su sentido más estricto, y que ha sido introducido por el legislador en el procedimiento penal para la consecución de fines de naturaleza procesal tales como la descongestión del sistema de justicia, el ahorro de recursos y tiempo para el Ministerio Público, la racionalización de la selectividad y la satisfacción de los intereses de la víctima.

Ahora bien, no obstante todo lo recientemente indicado, es importante tener en cuenta que en los fundamentos del principio de oportunidad y, por ende, de la suspensión condicional, encontramos objetivos de carácter penal como la descriminalización, la evitación de los efectos nocivos de la persecución penal en el imputado (estigmatización, desocialización) y de las penas cortas privativas de libertad.

Por otra parte y tomando en consideración lo indicado respecto de las condiciones impuestas durante el periodo de suspensión, esta salida alternativa viene a cumplir finalidades de prevención especial (e incluso general en el caso que impusiera la reparación a la víctima como condición).

Por último no podemos olvidar que la suspensión condicional del procedimiento se ha configurado además como una nueva forma de extinción de la acción penal pública.

Es por todo ello que podemos decir que esta salida alternativa es una figura de naturaleza procesal, pero que en vista de las muchas y diversas finalidades y funciones que cumple, constituye también un instrumento de política criminal del Ministerio Público.

## Capítulo II

### Antecedentes de la Suspensión Condicional del Procedimiento en el Derecho Comparado.

#### **1. Fundamentos para la introducción de la Suspensión en el proceso penal.**

Las razones para la introducción de la suspensión del proceso penal en los ordenamientos jurídicos puede ser analizada desde dos puntos de vistas, desde el punto de vista procesal, que se expresa en la necesidad y beneficios de la aplicación del principio de oportunidad en la persecución penal y desde la perspectiva del derecho penal material, cuyo objetivo es la búsqueda de alternativas a las penas privativas de libertad.

Sin perjuicio de la distinción realizada existen figuras procesales que siendo una clara manifestación del principio de oportunidad en el proceso penal y que buscan la consecución de sus beneficios, ellas también están dirigidas a obtener objetivos político-criminales como la reducción de la aplicación de las penas privativas de libertad con todas las consecuencias perniciosas que conlleva.

**Desde la perspectiva del derecho procesal** esta materia podríamos analizarla a propósito de la Negociación dentro del proceso. La negociación ha surgido especialmente en aquellos sistemas en que el proceso penal se concibe como un ámbito de solución de conflictos, y no de búsqueda de la verdad material o de realización de la justicia. En todos ellos la “oferta de intercambio” del Estado (cooperación a cambio de indulgencia) constituye en definitiva, la esencia de todas las formas de acuerdo<sup>72</sup>. Dicha oferta, abierta o encubiertamente tiene por objeto lograr una mayor eficiencia de la justicia penal.

Dichos ordenamientos acogen, con mayor o menor fuerza, el principio acusatorio en el proceso penal, proceso que se caracteriza por estar dividido en dos fases: un procedimiento de averiguación o preliminar y un procedimiento

---

<sup>72</sup> HORVITZ, M. Inés “*Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal: tendencias del derecho comparado*”, Revista de Ciencias Penales, Instituto de Ciencias Penales, Tomo XL N° 2, Santiago, 1990-1993.

principal, vista oral o juicio en sentido estricto, regido por los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

De acuerdo a esa división del proceso, se pueden distinguir formas de arreglo o negociación que pueden llevarse a cabo con anterioridad al inicio del juicio oral (comunes en los sistemas continental-europeos, más cercanos a nuestra cultura jurídica) y arreglos que se producen durante el curso del procedimiento principal (predominantes en el ámbito angloamericano).

En los últimos años se ha observado que se ha trasladado el énfasis desde el procedimiento o vista principal al procedimiento preliminar, ello porque es en este último cuando el Ministerio Público prescinde del ejercicio de la acción penal o pone término al procedimiento en virtud del principio de oportunidad procesal, o en que la imposición de la sanción se efectúa a través de procedimientos abreviados sin oposición del inculpado o de la víctima, que son justamente los supuestos en que tienen relevancia los acuerdos o formas de arreglo consensual entre las partes que tienen lugar en el curso del proceso penal<sup>73</sup>.

Existen mayores posibilidades de negociación en los ordenamientos jurídicos en los que la formulación de la acusación, depende de la absoluta discrecionalidad de la autoridad acusadora. Esta libertad de discrecionalidad en la formulación de la acusación, aún cuando existan fundadas sospechas de que el imputado cometió el hecho punible, constituye el principio de oportunidad ya desarrollado en el primer capítulo de este trabajo. En todo caso en los países de tradición jurídica continental-europea (como el nuestro), la regla será que el principio de oportunidad coexista con el de legalidad, constituyendo sólo una excepción a éste último.

En los países en que se reconoce el principio de oportunidad se pueden encontrar dos fórmulas de poner término en forma consensual al procedimiento; en primer lugar están los casos en que el órgano acusador prescinde del ejercicio de la acción penal o pone término al procedimiento bajo ciertas condiciones o mandatos, y luego están los casos de transacción o sobreseimiento de la causa a cambio de prestaciones de carácter económico o patrimonial.

**Desde el punto de vista del derecho penal,** la introducción de la suspensión del proceso penal, viene a ser una reacción frente al proceso expansionista en el uso de la prisión, sobre la base de una política criminal reduccionista que parte de la premisa que el derecho penal (y en particular la pena de prisión) no es el instrumento principal para reducir o contener la criminalidad

---

<sup>73</sup> Ob.cit. p. 30.

sino que, al contrario, el mayor nivel de desarrollo social y de igualdad social de un país se demuestra por su capacidad de resolver los conflictos sociales con el menor uso de los instrumentos coactivos, como son los utilizados por el derecho penal<sup>74</sup>.

Ahora bien, junto a las políticas sociales para disminuir la criminalidad también se encuentran las que pretenden limitar la intervención penal, como la descriminalización, la despenalización, la descarceración y la limitación en la severidad de las penas de prisión.

De estos instrumentos el más reduccionista es la *descriminalización*, ya que consiste en dejar sin sanción determinada clase de ilícitos penales.

La *despenalización* en cambio, consiste en que determinada clase de injustos deje de ser tutelada por el derecho penal y pase a serlo mediante otros instrumentos, como el derecho civil o administrativo. El efecto reduccionista se producirá en este caso siempre que las sanciones que impongan estos nuevos instrumentos no supongan la privación de libertad.

Como tercer instrumento encontramos a la denominada *descarceración*, que consiste en que, dentro del derecho penal, una clase de delitos deja de ser sancionada mediante penas privativas de libertad y pasa a serlo mediante medidas alternativas a la prisión. En el ámbito del derecho comparado algunas de las alternativas más frecuentes son: *diversion* (consiste en que los órganos encargados de la persecución no procedan a denunciar o a acusar por el delito sin establecer condiciones o subordinándolo a determinadas exigencias); perdón o dispensa condicional y suspensión del fallo (consiste en que el juez no dicta la condena subordinadamente a que la persona no delinca durante un periodo de tiempo); amonestación (consiste en una reprobación oral que realiza el juez por el delito cometido); caución de conducta (obliga al ofensor a pagar una cantidad como garantía de que se comportará de una determinada manera); reparación (se trata de la obligación del autor del delito de compensar a la víctima); multa (obligación de pagar una suma de dinero); *probation* (consiste en que el condenado es asistido y supervisado durante un tiempo); *probation* intensiva (es igual a la anterior, con la diferencia que la persona sufre un control mucho mayor de sus actividades); trabajo al servicio de la comunidad (trabajar un determinado número de horas sin recibir retribución); inhabilitación (consiste en la privación del ejercicio de un derecho por un determinado lapso, por ejemplo, el ejercicio de una profesión o el acceso a cargos públicos); suspensión de la ejecución de la

---

<sup>74</sup> CID, José y LARRAURI, Elena, (citando a Rutherford) en *“Penas Alternativas a la prisión”*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 13.

condena (la condena, normalmente de prisión, no se ejecuta bajo la condición de que el condenado durante un determinado periodo de tiempo no delinca y ,en algunos casos, que además cumpla con determinadas reglas de conducta) ; arresto domiciliario (consiste en la obligación de permanecer en el domicilio por un determinado plazo, en algunos sistemas esta pena es controlada en forma electrónica).<sup>75</sup>

El último instrumento que se señala para llevar a cabo una política reduccionista es la *limitación en la severidad de las penas privativas de libertad*, lo que implica además de reducir la duración de las condenas de prisión, la implementación de mecanismos que permitan a la persona condenada vea acortada su estancia en ella, como son por ejemplo la remisión y la libertad condicional.

De todos los medios mencionados para reducir la prisión, el uso de las penas alternativas es el más utilizado, sin embargo no está exento de problemas y se ha discutido mucho sobre si ha conseguido dicho objetivo<sup>76</sup>.

## **2. Sistemas de Suspensión en el Derecho Comparado.**

La legislación comparada ha establecido diversas modalidades de sistemas de suspensión a prueba, teniendo todas ella en común que el proceso, en alguna de sus fases se suspende a prueba. Ahora bien, lo que los diferencia es justamente la etapa del procedimiento en que esa suspensión resulta admisible.

Algunos sistemas de suspensión del ejercicio de la acción penal funcionan desde el inicio del proceso (como caso chileno) y otros solo permiten la suspensión en una etapa avanzada (como es el supuesto de suspensión a prueba del pronunciamiento de la condena o de la fijación de pena en la sentencia declarativa de culpabilidad).

Hay también sistemas de suspensión a prueba que funcionan exclusivamente como formas de evitar el cumplimiento de la pena que se ha impuesto en una sentencia condenatoria.

---

<sup>75</sup> ob.cit. p. 15, la lista que señalan los autores no es exhaustiva y pretende proporcionar una definición aproximada de las diferentes alternativas existentes en los diversos sistemas penológicos.

<sup>76</sup> Un estudio detallado sobre el debate en cuanto a si las alternativas a la prisión han conseguido su reducción y sobre los modelos a seguir para obtener dicho objetivo, en CID y LARRAURI, "*Penas Alternativas a la prisión*", Bosch, Barcelona, 1997, p. 16 y ss.

A continuación pasaremos a examinar las dos principales formas de suspensión del proceso a prueba que han tenido lugar en el derecho comparado: *diversion* y *probation*<sup>77</sup>, las que han dado lugar a una serie de figuras y que han recibido distintas denominaciones en los diversos ordenamientos extranjeros. Estos dos modelos o sistemas como aquí serán descritos, no se dan puros, sino que cada ordenamiento le da sus propias características y por lo tanto para su análisis será necesario hacer referencia a ordenamientos específicos, como el inglés y el norteamericano, entre otros.

## 2.1 La institución de la “*Diversión*”

La *diversion* en su acepción más amplia describe a todas aquellas estrategias orientadas a apartar al autor de los sistemas formales de control social con el fin de evitar su estigmatización y por otro lado, contrarrestar el peligro de la excesiva criminalización de conductas o la previsión de sanciones desproporcionadas<sup>78</sup>.

De acuerdo a un concepto más restringido y conforme al cual se diferencia a esta figura de la *probation*, la *diversion* en el ámbito procesal consiste en la interrupción provisional del procedimiento penal, que realiza el Ministerio Público o el órgano encargado de la persecución penal, con anterioridad a la formulación de la acusación sujeta a la obligación de cumplir determinadas condiciones o mandatos para de esa forma eliminar el interés público involucrado en la persecución penal. Si el imputado cumple tales condiciones satisfactoriamente, surge un impedimento procesal definitivo que determina el sobreseimiento de la causa. Si, por el contrario, incumple los mandatos o condiciones impuestos se reanuda la persecución penal en su contra con el objetivo de determinar tanto la existencia del hecho, su antijuridicidad, así como la culpabilidad del imputado.

El contenido y forma de dichas prestaciones son variados, y van desde las medidas de tratamiento ambulante hasta la reparación de los daños ocasionados.

---

<sup>77</sup> Una clasificación diferente realiza JESCHECK en su obra “*Tratado de Derecho Penal. Parte general*”, quien se refiere a una sola institución, la Condena de Ejecución Condicional, la cual asumiría a su vez cuatro formas: la renuncia provisional de la acción pública, la *probation*, la *sursis* y la suspensión a prueba de las medidas de corrección y seguridad. Para dicho autor la condena condicional no sería pena *stricto sensu*, pero le asigna una finalidad de prevención general y especial y considera que ella, junto con la pena en sentido estricto y la medida, constituye la tercera columna sobre la que descansa la moderna política criminal. En DEVOTO, Eleonora, ob.cit. p.27.

<sup>78</sup> HORVITZ, María Inés, ob.cit. p. 31.

En cualquiera de los casos el consentimiento y colaboración del inculpaado es fundamental para la terminación exitosa del procedimiento.

En definitiva los elementos que diferenciarían a esta figura de la probation, consisten en que aquí estamos frente a la suspensión del proceso mismo y que no existe un reconocimiento de culpabilidad del imputado.

#### 2.1.1. *Diversión* en Estados Unidos de Norteamérica.

En los Estados Unidos de Norteamérica, la *diversión* surgió a finales de la década de los 60, con un amplio apoyo estatal y económico, al constituir una promesa de desviación de los casos del sistema de administración de justicia, sobrecargado de trabajo y también, porque proporcionaba una respuesta rehabilitadora efectiva, que pretendía ser no punitiva.

Los programas de *diversión* surgieron como una respuesta frente a la desconfianza que provocaban los mecanismos informales utilizados para descartar casos del sistema de administración de justicia penal (como ocurre en todos los sistemas procesales penales), y también como alternativa al fracaso de la justicia penal para afectar el comportamiento de quienes eran sometidos a ella<sup>79</sup>.

Un programa de *diversión* puede ser establecido por una ley, por disposición del tribunal o por una regulación administrativa, y si bien su aplicación no depende de la existencia de la ley, existen leyes que la regulan.

Cada programa de *diversión* puede presentar sus propias particularidades, pero existen ciertas características comunes a todos ellos. En primer lugar su objetivo central consiste en retirar cuanto antes el caso del sistema de justicia penal, evitando que el imputado continúe vinculado a un procedimiento penal en su contra o bien que ese procedimiento se inicie formalmente, a pesar de que ya se haya producido la intervención de algún órgano de la persecución penal.

Como segundo objetivo y luego que se ha evitado la intervención formal de la justicia penal, el programa busca proporcionar algún tipo de solución que permita manejar el caso. La solución típica consiste en el sometimiento a alguna especie de plan de tratamiento, de manera que se le reconoce una finalidad preventivo-especial tendiente a rehabilitar al individuo y como consecuencia, orientada a disminuir la actividad delictiva. Además los programas proveen de

---

<sup>79</sup> BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal en el Código Penal argentino y la diversión estadounidense*, en "Problemas del derecho procesal contemporáneo", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 193.

servicios sociales orientados a la atención de las necesidades reales de quienes han cometido un delito.

No cabe duda alguna que los programas de *diversion* se vieron influenciados por el desarrollo de las teorías criminológicas de los '60 y '70, que mostraban una desconfianza sobre la utilización de instituciones totales como la prisión. La desinstitucionalización, la descriminalización, y la *diversion* eran distintas posibilidades dentro de un contexto general de búsqueda de alternativas a la respuesta penal tradicional. A esa desconfianza se agregaba la consideración crítica de los efectos estigmatizantes y criminógenos sobre las personas que producía la intervención formal del sistema de justicia penal. Por último, como razón adicional para su implementación, se encontraba el bajo costo, en relación con el encierro carcelario.

*“La diversion en EE.UU. es una práctica de aplicación de tratamiento fuera del ámbito de la justicia penal, tendiente a lograr efectos rehabilitadores sobre quienes han cometido un delito, y al mismo tiempo, a producir un efecto reductor de la carga de trabajo de los órganos encargados de administrar justicia penal. Este sistema estaba dirigido exclusivamente al infractor, consecuentemente con las tendencias político-criminales de la época, ya que la víctima se encontraba excluida de la justicia penal y por ende no cumplía ningún papel en los programas de diversion”<sup>80</sup>.*

Mientras el movimiento cobraba fuerza, algunas voces de la comunidad académica cuestionaron las posibilidades de lograr los objetivos que se buscaban. Ya en el año '80 el movimiento empezó a perder su fuerza. Incluso a fines de los '70 se consideró que la experiencia había fracasado.

El fracaso de la *diversion* se debió a que no se lograron los objetivos propuestos. Por una parte, no se cumplieron las expectativas generadas en cuanto a la disminución de la carga de trabajo. Ello se debió a que gran parte de los casos que se derivaban de la justicia penal a los programas, eran casos que con anterioridad a la implementación de la *diversion* no eran efectivamente incluidos al sistema. Este efecto produjo dos consecuencias negativas: en primer lugar el costo de la implementación del programa dejó de ser menor al costo generado por la intervención de la justicia penal, ya que no la reemplazó sino que significó una intervención adicional; y luego, la aplicación de las medidas del programa a quienes eran incorporados a él aumentó considerablemente la cantidad de personas sometidas a alguna forma de control social institucionalizado.

---

<sup>80</sup> BOVINO, ob.cit. p. 197.

En cuanto al segundo objetivo, los efectos rehabilitadores también fueron cuestionados, ya que quienes tenían a su cargo la selección de los candidatos al programa, elegían personas que aún no participando en él, igualmente no reincidirían. Además estudios demostraron que no había una diferencia significativa en las cifras de reincidencia, respecto de quienes habían participado de los programas y quienes no.

Es importante hacer presente que el fracaso de la *diversion* en Estados Unidos está directamente relacionado con las características propias de su sistema procesal penal y por lo mismo, ello no significa que no tenga buenos resultados en otros ordenamientos jurídicos.

En efecto, en este mecanismo todos los esfuerzos están dirigidos a retirar el caso en las primeras etapas del procedimiento, sin embargo esas etapas no implican gran desgaste de la actividad procesal y son muy poco formalizadas (en el procedimiento de los EE.UU. la etapa más compleja es el juicio). Por otra parte, los fiscales del Ministerio Público, consecuentemente con la forma en que se ejerce la acción penal pública, seleccionan los casos de manera discrecional, sin existir criterios objetivos claros para determinar los casos que ingresarán al programa. En la práctica resulta que se utiliza para casos muy leves que de otra manera no ingresarían al sistema penal, por lo tanto no hay un impacto significativo sobre el cúmulo de casos que ingresan al sistema y se producen los demás efectos negativos que ya se señalaron anteriormente.

#### 2.1.2. *Diversion* en algunos ordenamientos europeos.

Por su parte, en **Alemania** la institución de la *diversion* se encuentra regulada fundamentalmente en el § 153 a) de la OPP, que contempla uno de los casos de aplicación del principio de oportunidad. Se trata de aquellos casos en que existiendo un interés público en la persecución, éste se puede ver satisfecho, en lugar de mediante el cumplimiento de una pena, a través de una serie de condiciones y mandatos<sup>81</sup>. El Ministerio Público condiciona el ejercicio de la acción penal pública al cumplimiento de las condiciones y mandatos que se enumeran taxativamente en el párrafo 1º del § 153 a) de la OPP, previo consentimiento del tribunal y del acusado. Si éste las cumple dentro del plazo prefijado se produce el agotamiento de la acción penal por el ilícito cometido. Del mismo modo, existe la posibilidad de sobreseer el procedimiento en las mismas condiciones señaladas

---

<sup>81</sup> Un estudio detallado de esta materia por ARMENTA DEU, Teresa, en "*Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*", PPU, Barcelona, 1991.

anteriormente, pero con posterioridad a la formulación de la acusación, dicha facultad corresponde al tribunal, con la aprobación del Ministerio Público y del acusado (§ 153 a) OPP)

Una forma especial de *diversion* es la renuncia a la persecución penal a cambio del pago de sumas de dinero por parte del imputado al Estado. Aunque se le conoce como un “convenio” entre la administración y el ciudadano, en general no admite la posibilidad de negociación. Este modelo se acoge en el derecho alemán en el § 153 a) apartado 1 N° 2 OPP, que se trata de caso en que se autoriza al Ministerio Público para prescindir de la persecución penal sujeta a la condición que el imputado pague una suma de dinero a favor de una institución de interés general o del Fisco<sup>82</sup>.

Esa forma de *diversion* también se puede encontrar en el derecho francés y holandés<sup>83</sup>.

En **Francia** no es posible la “transacción”, ya que se señala que el Ministerio Público defiende los intereses de la generalidad, circunstancia que le impediría transar con el inculpado. Sin embargo existe una excepción a ello, se trata de aquellos delitos en que entra en consideración la protección de bienes jurídicos supraindividuales o cuya víctima es el Fisco, como los delitos tributarios, aduaneros, forestales, etc. Como se estima que la pena sirve fundamentalmente al fin de indemnizar los perjuicios fiscales ocasionados, el Ministerio Público estaría autorizado para llegar a un acuerdo con el inculpado sobre las consecuencias jurídicas del hecho. Ante una “oferta” de transacción de la Administración, el inculpado debe efectuar la solicitud de transacción y confesar su culpabilidad. Si el inculpado cumple con el deber de pagar la suma acordada se extingue la acción pública, y como consecuencia el Ministerio Público, o el juez instructor en su caso, sobresee el caso o el tribunal sentenciador absuelve. En el caso contrario, la autoridad administrativa puede a su arbitrio, demandar la suma acordada a través de la ejecución forzada del inculpado o desistirse de la transacción y poner nuevamente en movimiento el procedimiento penal.

Una función similar desarrolla la transacción que ejerce la policía en los **Países Bajos**, en el ámbito de las infracciones del tránsito. El artículo 74 del Código Procesal Penal neerlandés autoriza a la policía para ofrecer una transacción a los infractores mayores de 16 años consistente en pagar una suma

---

<sup>82</sup> HORVITZ, ob.cit. p. 32 y ss.

<sup>83</sup> HORVITZ, ob.cit. p. 32 y ss.

de dinero determinada por ella misma y de esa forma se extingue el derecho a la persecución penal. Las fiscalías en esta materia han dictado minuciosas directrices sobre el importe de las transacciones así como sobre las circunstancias que excluyen la posibilidad de efectuarlas.

Existe otro tipo de transacciones que llevan a cabo las fiscalías, pero con un carácter diferente: en todos los delitos que tienen asignada una pena máxima de hasta 6 años de privación de libertad, el Ministerio Público puede ofrecer un “arreglo” al inculpado hasta antes de iniciarse el procedimiento principal y que consiste en concluir la persecución penal a cambio de pagar una suma de dinero (que no puede exceder el monto máximo de la pena de multa correspondiente), prestar una reparación al ofendido, o restituir la utilidad proveniente del delito, condiciones que pueden ser dispuestas separada o acumulativamente<sup>84</sup>. El inculpado siempre puede rechazar la oferta de transacción del Ministerio Público, caso en el cual este último tendrá la posibilidad de elegir entre el sobreseimiento del procedimiento o la formulación de la acusación. Por su parte el ofendido con el delito puede dirigirse contra la transacción que determinó el sobreseimiento de la causa a través del denominado “procedimiento de forzamiento de la acusación”. En ese caso, el Tribunal Supremo podría ordenar la continuación de la persecución penal, y por lo tanto la transacción debe dejarse sin efecto.

### 2.1.3. *Diversión* en algunos países de Latinoamérica.

En **Costa Rica**, la reforma procesal penal vigente desde enero de 1998 prevé en sus artículos 25 al 29 *la Suspensión del Procedimiento a Prueba*.

La institución se contempla para casos en que proceda la suspensión condicional de la pena, que el delito que se persiga no tenga una pena superior a los 3 años y que el imputado no se haya beneficiado del instituto en los 5 años anteriores<sup>85</sup>.

La solicitud de suspensión puede realizarse en cualquier momento del proceso, pero siempre antes de la apertura a juicio y además su aplicación supone que el imputado ha admitido los hechos que se le atribuyen y como condición para su procedencia deberá además incluir un plan de reparación del daño causado y un detalle de las obligaciones que estaría dispuesto a cumplir<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Artículos 74 y 74 b) del CPP neerlandés.

<sup>85</sup> QUESADA, Carlos, “*La Suspensión del Procedimiento a Prueba en Costa Rica*” en *Suspensión del Juicio a Prueba. Perspectivas y experiencias de la Probation en la Argentina y en el Mundo*, Lexis Nexos, Depalma, Buenos Aires, 2003.

<sup>86</sup> DEVOTO, Eleonora ob.cit. p. 52.

Por su parte en **Guatemala** fue reformado el Código Procesal en el año 1997, incluyéndose la figura denominada *Suspensión Condicional de la Persecución Penal*. Ella procede tratándose de delitos cuya pena máxima no excede de 5 años de prisión y en los delitos culposos en general.

En este modelo corresponde al Ministerio Público proponer la suspensión condicional de la persecución penal si a su criterio el imputado no revela peligrosidad, solicitud que puede hacerse desde el inicio del procedimiento (una vez recibida la declaración indagatoria) y además deben concurrir los requisitos para la suspensión condicional de la pena<sup>87</sup>.

El juez deberá ordenar la suspensión condicional si el imputado presta conformidad, admite la veracidad de los hechos que se le imputan y si juzga que el encausado ha reparado el daño causado o afianzado suficientemente la reparación<sup>88</sup>, pudiendo el juez imponer el deber de cumplir ciertas reglas de conducta durante el periodo de prueba. En dicho caso, si la persona respecto de quien se ha suspendido el proceso cumple las condiciones impuestas, y no comete otro delito dentro del periodo de prueba, el proceso penal tradicional ya no deberá llevarse a cabo<sup>89</sup>.

Como podemos ver el modelo es muy similar al existente en Costa Rica, ya que también consiste en una manifestación del principio de oportunidad, (la voluntad del Ministerio Público es determinante para la aplicación del instituto), y se da una gran importancia a los intereses de la víctima.

Finalmente, en **Argentina**, con la dictación de la Ley 24.316 que modificó el Código Penal<sup>90</sup>, se introdujo la figura de la *Suspensión del Juicio a Prueba*.

Probablemente, debido a la redacción de la norma incorporada al Código Penal, es que este instituto ha sido objeto de muchas discusiones, relativas a su denominación, casos en que resulta aplicable, momento desde y hasta el cual puede solicitarse, entre otros. En este trabajo adherimos a las tesis amplias relativas a su aplicación, principalmente teniendo en cuenta los objetivos fundamentales perseguidos con su aplicación, esto es, el descongestionamiento de los tribunales de justicia y la eliminación de la estigmatización que resulta de la imposición de una condena.

---

<sup>87</sup> RAMÍREZ, Luis y URBINA, Miguel Ángel, en *“Las Reformas Procesales en América Latina”* MAIER, AMBOS (coordinadores), Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 489 y ss.

<sup>88</sup> DEVOTO, Eleonora, ob.cit. p.52.

<sup>89</sup> VITALE, Gustavo, *“Suspensión del Proceso Penal a Prueba”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

<sup>90</sup> Dicha ley modificó además la institución de la condena condicional.

La figura ha sido denominada "Probation"<sup>91</sup>, sin embargo si se observan sus características, ella más bien se ajusta o corresponde a cualquier sistema de *diversion*<sup>92</sup>.

La Suspensión, de acuerdo a la tesis amplia, es aplicable a dos grupos de delitos<sup>93</sup>, el primero corresponde a aquellos cuya pena privativa de libertad prevista en la ley no excede a los tres años de cárcel, y el segundo está compuesto por aquellos respecto de los cuales se permite una condena condicional (aún cuando la pena prevista en la ley supere los tres años de prisión, aquí lo que importa es que la pena aplicable no supere ese límite de tiempo)<sup>94</sup>

Para que el imputado pueda solicitar la suspensión del proceso penal, en primer lugar debe tratarse de un delito de acción pública; además deberá realizar un ofrecimiento de reparación a la víctima; deberá hacer abandono a favor del Estado de los bienes presumiblemente decomisables; no puede tratarse de un funcionario público que haya participado, en ejercicio de sus funciones, en la ejecución de un delito que exija esa calidad de autor; el delito investigado no puede estar reprimido exclusivamente con pena de inhabilidad; y debe pagar el mínimo de la pena de multa exigido en la ley, cuando ella se aplica en forma conjunta o alternativa con la pena de prisión. Si se cumplen todos los requisitos legales para su procedencia, la suspensión del proceso a prueba constituye un derecho para el imputado y no una mera facultad judicial<sup>95</sup>.

El tribunal, una vez que dispone la suspensión, fijará un periodo de prueba entre uno y tres años, según la gravedad del delito, y además podrá establecer

---

<sup>91</sup> Esta denominación la encontramos en DE OLAZABAL, Julio, "*Suspensión del Proceso a Prueba*", quien opta por esta denominación al hacer hincapié en el sometimiento del imputado a prueba. También utiliza este concepto DEVOTO, Eleonora, en su obra "*Probation e Institutos Análogos*", en este caso la autora prefiere esta definición porque para ella la naturaleza jurídica de la institución corresponde a una medida alternativa a la pena, y por lo tanto, se correspondería con la *probation*. (p. 121 y ss)

<sup>92</sup> De esta opinión, VITALE, Gustavo, "*Suspensión del Proceso Penal a Prueba*", también BOVINO, Alberto, "*La Suspensión del Procedimiento en el Código Penal Argentino y la Diversion Estadounidense. Un Análisis comparativo*" en "*Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo*".

<sup>93</sup> La tesis restringida limita la procedencia de la institución solo al primer grupo, o a los delitos contravencionales.

<sup>94</sup> Una extensa argumentación a favor de la tesis amplia en VITALE, Gustavo, ob.cit. p. 65 y ss, donde también se hace la distinción entre "pena prevista en la ley" y "pena aplicable" (p.66). En este punto autores como DEVOTO señalan que si bien no existe ni en el Mensaje del poder Ejecutivo al Congreso, ni en los debates parlamentarios mención alguna a una doble posibilidad, ello no significa que la ley no lo admita, sobre todo si resulta necesaria su aplicación en forma amplia debido a razones de política criminal. Por otra parte, señala la autora, que en la práctica los Tribunales de Justicia han admitido la procedencia de la suspensión para casos de delitos graves cuando la condena pudiera dejarse en suspenso. Ob.cit. p. 131.

<sup>95</sup> VITALE señala además condiciones de admisibilidad propias de cada grupo de delitos. Ob.cit. p. 167 y ss.

una o más de las reglas de conducta señaladas en el art. 27 bis (que regula la condena condicional)<sup>96</sup>.

En cuanto al momento a partir del cual se puede solicitar la suspensión, de acuerdo a la tesis amplia será desde el comienzo de la instrucción y podrá hacerse hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza<sup>97</sup>.

Por último, la suspensión del proceso a prueba puede ser revocada a través de una decisión judicial, en los siguientes casos: 1) incumplimiento malicioso del compromiso de reparación de daño; 2) Incumplimiento injustificado, reiterado y persistente de las reglas de conducta impuestas; 3) Comisión de un nuevo delito en el periodo de prueba. Se ha entendido que esta decisión debe ser dispuesta en forma excepcional, cuando se han agotado las vías estatales para lograr el cumplimiento de las condiciones y siempre que se haya comprobado la voluntad irrevocable del imputado de no cumplir para ser sometido a juzgamiento, lo que sólo ocurrirá cuando no cumplió a pesar de haber tenido reales y concretas posibilidades para ello<sup>98</sup>.

## 2.2 La institución de la “*Probation*”

La *probation* es una institución de raigambre angloamericana de muy antigua data, que existió, en variadas formas, desde el siglo XIV.<sup>99</sup>

El término proviene del latín *provare*, y en nuestro ordenamiento se refiere al régimen o sistema de prueba. Por lo tanto, lo que define a esta institución es la imposición de determinadas condiciones cuyo cumplimiento subordina la no aplicación de prisión y posterior extinción de la pena.

---

<sup>96</sup> En este punto seguimos la postura de VITALE que señala que la imposición de las reglas de conducta es facultativo, ello de acuerdo a la propia redacción del art. 76 *ter* del Código Penal que señala: “..El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis”, Ahora por su parte este último artículo señala: “Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el tribunal podrá disponer que, durante el plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos...”

<sup>97</sup> VITALE, Gustavo, ob.cit. p. 206 y ss, argumentando a favor de esta tesis. También DEVOTO ob.cit. p. 140 y ss, aunque su postura es más cautelosa.

<sup>98</sup> VITALE, Gustavo, ob.cit. p. 271.

<sup>99</sup> “La doctrina señala un lejano antecedente en Inglaterra con la *recognizance*, garantía de buena conducta prevista en el estatuto de Enrique III en 1361. Siglos más tarde hizo su entrada en América, siendo un juez de Boston quien la aplicó por primera vez. Su influencia se extendió al Estado de Massachusetts donde en 1836 comenzó a implementarse la *recognizance*. Dicho Estado dictó la primera ley de *probation* en 1876”. DEVOTO, Eleonora, “*Probation e institutos análogos*”, Segunda Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 23.

En términos generales la *probation* es la suspensión de la aplicación de la pena más el tratamiento del imputado en libertad, sin perjuicio de que cuando se hace referencia a los sistemas de *probation* podamos distinguir algunas modalidades<sup>100</sup>.

La primera de ellas consiste en la paralización del proceso justo en el momento de su conclusión y en el instante previo al pronunciamiento de la sentencia, o bien, inmediatamente después de declarada la culpabilidad y antes de determinar la pena a aplicar (esto último en aquellos sistemas en que se distingue entre el juicio destinado a declarar o no la culpabilidad del imputado y aquel que tiene por objeto la individualización de la pena de las personas declaradas culpables). Esta modalidad de *probation* puede funcionar con o sin declaración de culpabilidad, pero siempre se evita la inscripción registral del antecedente penal<sup>101</sup>. En Inglaterra, previa constatación de la culpabilidad de un acusado, se producía un acuerdo entre él y el Estado<sup>102</sup>, mediante el cual este último prometía mantener en suspenso el pronunciamiento de una sentencia de prisión a cambio de que el primero cumpliera, por un tiempo determinado, con ciertas condiciones impuestas por la ley y el tribunal, sometiéndose durante dicho periodo al control de un oficial de *probation* (*officer-probationer*). Si la prueba se cumplía de manera satisfactoria, entonces se extinguía la acción penal sin registros respecto de su culpabilidad, si por el contrario, existía un incumplimiento de las condiciones y se revocaba la *probation*, continuaba el juicio hasta la dictación de la sentencia y la ejecución de la pena.

Otra modalidad de los sistemas de *probation* consiste en la suspensión a prueba de la etapa de ejecución de la pena, como un modo más de combatir los efectos nefastos de las penas privativas de libertad. Esta forma de *probation* se identifica con las medidas alternativas a las penas privativas de libertad y es el antecedente de la suspensión (de la ejecución) de la pena existente en muchos ordenamientos.

Por su parte en el sistema continental, basado en el modelo franco-belga de la *sursis*<sup>103</sup>, el juez o tribunal dicta la sentencia, la cual contendrá no sólo la declaración de culpabilidad, sino también la condena y la pena impuesta y lo que se deja en suspenso es la ejecución de dicha pena que normalmente es privativa

---

<sup>100</sup> VITALE, Gustavo, “*Suspensión de proceso penal a prueba*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 35 y ss.

<sup>101</sup> En Inglaterra se exige la declaración de culpabilidad, en cambio en Estados Unidos se aplica sin necesidad de esa declaración. VITALE, Gustavo, ob.cit. p.35. DEVOTO, Eleonora, ob.cit.24.

<sup>102</sup> Esto tenía lugar antes de la dictación de la *Criminal Justice Act* de 1991.

<sup>103</sup> Sistema en el que se basan los modelos de condena de ejecución condicional como los que existen en países de Europa continental (Alemania y España) y Latinoamérica.

de libertad. Si el imputado (condenado) no vuelve a delinquir durante el tiempo que se determine, la pena quedará remitida, aunque en principio subsistirá la anotación en el Registro de antecedentes correspondientes. No es frecuente en este tipo de sistema la imposición de reglas de conducta o condiciones diferentes a no volver a delinquir, pero en el caso que se dé esa posibilidad, ellas las fijará taxativamente la ley<sup>104</sup>.

Las mayores ventajas del sistema de *probation* anglosajón son la no sujeción del juez a límites rígidos en cuanto al límite de la pena de referencia que puede ser suspendida y la mayor flexibilidad en cuanto a la valoración de la evolución del sujeto durante el periodo de prueba y en particular la repercusión de la comisión de un nuevo delito. Por otra parte a diferencia de la *sursis*, la *probation* consiste en una medida activa que no deja al delincuente abandonado a sí mismo sino confiado al control de una persona adecuada, siendo una “institución de prevención especial”<sup>105</sup>.

Las desventajas del sistema, desde el punto de vista del principio de legalidad, la separación de poderes y la estricta sumisión de los jueces a la ley, son la indeterminación legal de la condiciones a imponer y el peso excesivo que puede tener en la valoración de la prueba la figura del oficial de *probation* situado fuera de los cauces del control judicial.

Cabe señalar que es en el Derecho angloamericano y, en menor medida, en los países escandinavos donde mayor difusión ha tenido la *probation*, considerada en su forma más típica. En el Derecho continental europeo ha tenido más aceptación la condena condicional, ello porque esta figura se adapta mejor a las concepciones tradicionales europeas en materia penal: responsabilidad, retribución, estricta adecuación al delito, inscripción en los registros penales, rigurosa adecuación al principio de legalidad y no separación entre la declaración de culpabilidad y fijación de la pena.

La *probation*, considerada en cualquiera de sus modalidades, actualmente ha alcanzado un reconocimiento universal y se ha desarrollado mayoritariamente a propósito de las medidas alternativas a las penas cortas de prisión, por lo tanto su previsión en las leyes es vista con muy buenos ojos. A modo de ejemplo, una resolución del Consejo Consultivo Económico y Social Europeo, a través del Comité de Problemas Criminales, recomienda a los Estados Miembros contemplar

---

<sup>104</sup> GONZÁLEZ, Carlos “*Suspensión de la pena y probation*”, p.62. en CID y LARRAURI, “*Penas Alternativas a la prisión*”, Bosch, Barcelona, 1997.

<sup>105</sup> DEVOTO, Eleonora, ob.cit. p. 24.

en sus legislaciones medidas que resulten sucedáneas o reemplazos eficientes de las penas cortas de prisión.

El movimiento mundial en el sentido de “deslegitimar” la ejecución penal por la prisión se vio reflejado en forma concreta en el V Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en 1975, y en el VI Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de 1980, en los que expresamente se recomendó “.....la desinstitucionalización de la pena de prisión y el uso de formas alternativas de ellas”. Tal proceso es realizable por varias vías, dentro de las que la *probation*, concebida en sus diferentes modalidades, es un adecuado ejemplo<sup>106</sup>.

Sin perjuicio de que en muchos países se utiliza el sistema de *probation* de acuerdo a las modalidades señaladas (ya sea como la *probation* genuina<sup>107</sup>, es decir, la mera declaración de culpabilidad sin pronunciamiento o ejecución de la pena, unida aquélla a la imposición de deberes especiales y al sometimiento del condenado a un *probation officer*, o bien como el sistema continental de *sursis*)<sup>108</sup>, la *probation* en ciertos ordenamientos ha pasado a constituir una forma más de sanción, como ocurre en Inglaterra y en los Estados Unidos.

### 2.2.1 *Probation* en el sistema inglés.

En Inglaterra la *probation*, a partir de la *Criminal Justice Act* de 1991, ha sufrido significativas modificaciones. Con anterioridad a ella la *probation*, también

---

<sup>106</sup> DEVOTO, Eleonora, ob.cit. p.28.

<sup>107</sup> Esta denominación corresponde a JESCHECK.

<sup>108</sup> Así por ejemplo:

1. En Bélgica, existen las instituciones de la suspensión del pronunciamiento de la sentencia y la suspensión de la ejecución de la condena, ambas formas de suspensión pueden ir acompañadas de obligaciones (suspensión probatoria).
2. Por su parte en Suiza, se regula la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, en casos de delitos sancionables con menos de 18 meses de privación de libertad y el periodo de prueba tiene la misma duración de la pena que queda en suspenso, en cuanto a las condiciones a cumplir, son las mismas establecidas para la libertad condicional.
3. En Alemania también se regula la suspensión de la ejecución de la pena (*sursis*), la *probation* genuina sólo existe y con carácter excepcional en el derecho de menores.
4. En Suecia encontramos además de la suspensión de la sentencia, la *probation*, que constituye la forma de sanción alternativa más común y consiste en que la persona se somete a una supervisión, que puede durar hasta un año. La mayoría de las veces dicha supervisión se asocia al cumplimiento de reglas de comportamiento durante el periodo de prueba o la realización de servicios de interés general, siempre contando con el acuerdo del penado.
5. Finalmente en España se contempla la remisión condicional del cumplimiento de la pena o suspensión de la ejecución de la pena, en casos de penas privativas de libertad cuya duración no exceda de 2 años, siempre que se trate de delincuentes no peligrosos, no reincidentes, y que hubieran satisfecho las responsabilidades civiles del delito.

denominada libertad vigilada o *supervision*<sup>109</sup>, funcionaba como una alternativa a la prisión. Era así como el sujeto declarado culpable se le suspendía el pronunciamiento de la pena privativa de libertad correspondiente, quedando sujeto a “*probation*” o periodo de prueba para comprobar la innecesariedad de la pena.

A partir de 1991 la *probation* pasa a ser una pena autónoma e independiente de las penas privativas de libertad que, no obstante, se condiciona al cumplimiento de determinadas obligaciones y queda sometida a la vigilancia y supervisión de un oficial de *probation*<sup>110</sup>. Ahora, en ese país, la *probation* se impone como una de las llamadas “condenas comunitarias”<sup>111</sup> y requiere para su imposición que el delito sea lo suficientemente grave como para imponer tal condena (porque de no ser así se debería dictar la dispensa de pena o la multa). De entre las sanciones comunitarias debe escogerse aquella que sea más idónea para el ofensor, atendida las circunstancias del caso, la naturaleza del delito y las características individuales del delincuente y requerirá de su consentimiento.

La *probation* puede aplicarse a los procesados a partir de los 16 años de edad, que hayan sido condenados por delitos a cuyo respecto la ley prevé una pena privativa de libertad no determinada temporalmente (como ocurre con la mayoría de los delitos). Por su parte, la calidad de reincidente no impide a los tribunales imponer la libertad vigilada.

Los objetivos pretendidos con este tipo de pena son principalmente asegurar la rehabilitación del delincuente; proteger al público del peligro de éste; y prevenir que el delincuente cometa futuros delitos. Los tribunales tiene un alto grado de discrecionalidad al momento de imponer la *probation*, pudiendo incluso hacer indicaciones adicionales a los presupuestos básicos de la libertad vigilada. Dicha discrecionalidad, sin embargo, está limitada por ciertas indicaciones de política criminal, señaladas a los tribunales para que ellos tomen la decisión más adecuada, que dicen relación con que el interés por la protección de la sociedad no exija una pena más severa y se justifique la imposición de la *probation*; que el

---

<sup>109</sup> Denominación usada por JUSTE, María Antonieta, MERTZ y otro, en “*Medidas Alternativas a la reclusión. La experiencia de Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra*”, Proyecto “Sistema de Ejecución de Penas para Chile” Ministerio de Justicia y Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 1998. y por DEVOTO, Eleonora, ob.cit. p.33.

<sup>110</sup> Respecto de las técnicas de supervisión, ellas varían fundamentalmente de acuerdo con la personalidad del oficial. Se pueden encontrar oficiales que se disponen a encontrar trabajo o un nuevo empleo para el probado, o a sugerir la forma de utilizar su tiempo libre; por otro lado existen oficiales preocupados por los valores y principios de sus supervisados, por su personalidad y carácter. Incluso en muchos casos, la supervisión es nominal, ello atendida la mayor cooperación del supervisado, lo que también influirá por cierto en la cercanía y profundidad del control que realice el oficial. DEVOTO, Eleonora, ob.cit. p.33 y 34.

<sup>111</sup> Las otras penas que se cumplen en comunidad o condenas comunitarias son: el servicio comunitario; la sanción mixta (*probation* y servicio comunitario); el toque de queda o *Curfew order*; y la asistencia obligatoria a centros. JUSTE, María Antonieta y otros, ob.cit. p. 23.

delincuente requiera de una asistencia continua y vigilada; y que el delincuente esté en condiciones de responder positivamente a los requerimientos que se le impondrán para el cumplimiento de la pena<sup>112</sup>. Una vez determinada la *probation*, la ley establece que los probados deberán ser informados sobre las condiciones o reglas de conducta impuestas (*requirements proposed*) y de las consecuencias de su incumplimiento.

La duración de la condena es de seis meses a tres años y, durante el periodo que el tribunal o juez determine, el condenado se encontrará bajo la supervisión, y vigilancia de un oficial de *probation*, debiendo asistir a los encuentros con él y, en su caso cumplir con las obligaciones específicas que se le hayan impuesto, tales como la residencia en un albergue de *probation*, la participación en determinadas actividades, o la obligación de someterse a tratamiento psiquiátrico o de deshabitación, entre otras.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones mencionadas, si éste fuera leve puede significar la imposición de una multa o de un trabajo en beneficio de la comunidad (en ambos casos manteniéndose la libertad vigilada) o la revocación de la *probation* e imposición de la pena originalmente asignada al delito. Si, en cambio, el incumplimiento fuera intencional y persistente, el tribunal puede revocar la *probation* y aplicar la pena de prisión. La comisión de un nuevo delito no se considera incumplimiento, pero permite la revocación de la condena de *probation* y la imposición de un nuevo castigo por el delito que cometió.

La *Criminal Justice Act* de 1991 fue precedida de un *Government White Paper*<sup>113</sup> (*Supervision and Punishment in the community*), en el que el Gobierno declaró por primera vez que la política sentencial debía ser una tema de especial preocupación. “En él se anuncia la intención gubernamental de introducir cambios relevantes “...in the punishment and supervision of offenders”. Se cita la frase en el idioma original porque ilustra claramente que la supervisión es en rigor a la pena, a la que además se aplica un objetivo retribucionista que queda robustecido con las modificaciones que se anuncian”<sup>114</sup>

Las ideas fundamentales que guían la reforma incluyen un reconocimiento de que la respuesta del ordenamiento en la comunidad requiere cuidado y control, y básicamente el desarrollo y previsión de nuevas formas de sentencia que puedan ser cumplidas en la comunidad, así como nuevos métodos de supervisión creíbles para las víctimas, las cortes y el público en general.

---

<sup>112</sup> JUSTE, María Antonieta y OTROS, ob.cit. p. 28.

<sup>113</sup> Los *Government White Papers* son documentos publicados por el gobierno mediante los cuales se da a conocer cambios que llevará a cabo. Usualmente, son la base de nuevas leyes.

<sup>114</sup> Ob.cit. p. 35.

Asimismo, la concepción de la reforma descansa en que la prisión está reservada a los crímenes más graves y sólo deberían ser impuestas cuando se teme seriamente por la seguridad de la comunidad.

### 2.2.2. La *Probation* en los Estados Unidos de Norteamérica.

Sin perjuicio de las legislaciones de enjuiciamiento de cada Estado, se señalan en EUA cuatro formas tradicionales de sanción que son: la privación de libertad (que comprende la prisión y *jail* o cárceles locales), la *probation*, las multas y (aunque no en todos los Estados) la pena de muerte.

Por su parte, las medidas penales alternativas, entendidas como aquellas sanciones que son cumplidas en la comunidad, en los EUA reciben el nombre de *community corrections* y reúnen una amplia gama de opciones: la *probation*, la libertad condicional (*parole*), el arresto domiciliario, el control electrónico y otras formas de sanción.

Un estudio del *Bureau of Justice Statistics*, publicado en 1997, ponía de relieve que de un número de 872.000 personas condenadas por tribunales americanos, el 29% de ellas lo fue a una pena de *probation* (3% autores de homicidio y 12% culpables de violación), el 26% a privación de libertad en centros locales de detención generalmente por periodos inferiores a un año, y al 45% a penas de prisión.

Esta medida tiene una larga tradición en los Estados Unidos. El primer oficial de *probation* reconocido oficialmente fue John Augustus (1784-1859), un zapatero de Boston que asistía a las sesiones de los tribunales de justicia para ofrecer a determinadas personas la posibilidad de ser acogidas por él en su propia casa, colocándolos bajo su supervisión y asistencia, como una alternativa al ingreso a prisión. Al comienzo sólo se ocupó de alcohólicos, pero a partir de 1857 también hizo el mismo ofrecimiento a menores para acabar dedicándose plenamente a esta labor. Augustus murió en 1859, habiendo obtenido a lo largo de su vida la libertad de más de 2.000 convictos<sup>115</sup>.

Posteriormente, en 1878, el Estado de Massachusetts aprobó un estatuto especial para la ciudad de Boston en el que se autorizaba por primera vez, la contratación de un oficial de *probation*. Posteriormente, en 1925 cuando ya había 48 Estados que disponían de oficiales de *probation*, se promulgó la *National*

---

<sup>115</sup> MARTÍN BARBERÁN, Jaime “La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos” p. 214, en Revista del Poder Judicial N° 58, Segundo trimestre 2000, Editor Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

*Probation Act* en la que se estableció que los jueces debían contar con estos oficiales e incluir la medida en el sistema de sanciones.

La *probation* o libertad vigilada puede ser decretada por el tribunal directamente como sentencia o bien, el juez podría imponer una sanción de prisión y suspender su ejecución sometiendo al sujeto a un programa de libertad vigilada<sup>116</sup>. En todo caso la imposición de dicha sentencia queda condicionada a la aceptación voluntaria del delincuente.

En definitiva la *probation* implica dejar en suspenso el ingreso en un centro penitenciario con el fin de conseguir cierto grado de control sobre los condenados mientras hacen uso de los servicios comunitarios para su tratamiento o inserción. En efecto, la imposición de la *probation* importa la supervisión del sujeto por un servicio de libertad vigilada, debiendo el condenado además cumplir con ciertas condiciones que le han sido impuestas en la sentencia<sup>117</sup>.

En cuanto a las condiciones de ejecución de la *probation*, éstas pueden ser de dos tipos<sup>118</sup>:

- de carácter general, como no cometer ningún delito, no estar en posesión de armas de fuego o de otro tipo, trabajar o participar en cursos de formación o de inserción laboral, satisfacer las obligaciones familiares que requieran los tribunales, permanecer en la jurisdicción del tribunal sentenciador, mantenerse bajo la supervisión de un oficial de *probation* designado a tal efecto y, en el supuesto de encontrarse en un programa especial, respetar las normas y reglamentación que se le indiquen, y;
- de carácter especial, como la entrega el permiso de conducir durante un tiempo determinado, no hacer uso ni estar en posesión de ningún tipo de drogas ni frecuentar los lugares en donde estas sustancias se usen o distribuyan, someterse a análisis de aliento, sangre u orina sin previo aviso, superar el *General Education Development Test* en un periodo de tiempo preestablecido, realizar un número determinado de horas en beneficio de la comunidad o reparar el daño causado a la víctima, someterse a inspecciones de los oficiales de *probation* sobre sus pertenencias, con objeto de comprobar si está en posesión de objetos robados, contrabando o drogas.

En el caso de incumplimiento de las condiciones impuestas, el oficial de *probation* debe poner los antecedentes en poder del tribunal, quien podrá revocar

---

<sup>116</sup> JUSTE, María Antonieta y OTROS, ob.cit. p.60.

<sup>117</sup> En la práctica la mayor parte de las sanciones que se aplican en la comunidad forman parte de la misma medida de probation en calidad de condición u obligación.

<sup>118</sup> Distinción realizada por MARTÍN BARBERÁN, Ob.cit. p. 248.

la medida e imponer una pena privativa de libertad conforme al delito inicialmente cometido. También es causal para la revocación la comisión de un nuevo delito.

Otra medida alternativa es la *parole*, esta medida consiste en ofrecer a los presos la posibilidad de una libertad anticipada<sup>119</sup>. A diferencia de la *probation*, que es decidida por una autoridad judicial, la *parole* (libertad condicional) la decide la autoridad administrativa: los *parole boards*.

En cuanto a los mecanismos para la concesión de la *parole*, ella variará según el Estado, pero existen dos modelos principales: la *discretionary parole*, en que la libertad condicional es otorgada por los *parole boards* como consecuencia del contenido de informes técnicos de evaluación; y *mandatory parole*, que constituye el mandamiento de libertad condicional, es regulado por decreto y concedido poco tiempo antes de finalizar el cumplimiento de la condena.

Mientras la *probation* es una sanción judicial, la *parole* es una estrategia de tratamiento y su objetivo primordial es poder devolver gradualmente a los presos a su vida social productiva.

Cuando se concede la *discretionary parole* se establecen condiciones de ejecución muy similares a las de la *probation*, teniendo importantes ventajas con respecto a las penas privativas de libertad, como las siguientes<sup>120</sup>:

- resultan más económicas, ya que la prisión tiene un costo 8 veces superior al de las medidas en libertad;
- Contribuyen a aumentar la ocupación de los condenados, ya que se hace extensiva a más personas y en mejor condiciones laborales que las de las prisiones;
- Los condenados que están en condiciones de trabajar pueden ser aptos para efectuar una restitución a la víctima (*court-order restitución*);
- Se reduce el riesgo de incrementar la socialización criminal característica de los establecimientos penitenciarios;
- Se incrementa el uso de servicios comunitarios de carácter terapéutico, sanitario, social, económico, educativo y cultural.

Lo más importante de estas medidas es que es la propia comunidad quien será testigo de la eficacia o no de estos programas y puede ser partícipe de ellos, contribuyendo a reducir el estigma de la cárcel y al ofrecimiento de alternativas de reinserción.

---

<sup>119</sup> "El *Criminal Law* define la *probation* como la acción asumida antes que la puerta de la prisión sea cerrada, mientras que la *parole* se refiere a la acción llevada a cabo *after the door has closed*. DEVOTO, Eleonora, ob.cit. p.36.

<sup>120</sup> MARTÍN BARBERÁN, ob.cit. p. 249.

La imposición de condiciones durante el periodo de ejecución, generalmente es más frecuente tratándose de la *probation* aplicada a delincuentes juveniles. En todo caso, será a los oficiales de *probation* y *parole* a quienes les corresponda proponer el programa más adecuado a las circunstancias y características sociales y personales de cada individuo.

Finalmente el principal problema al que se ven confrontados estos profesionales es el elevado número de casos que deben atender, lo que ha llevado a la existencia de prácticas tan absurdas como la *postcard probation*, que consiste en que el condenado informa periódicamente por correo a su oficial sobre su paradero y actividades<sup>121</sup>.

Además, existe toda una serie de sanciones que se encuentran entre la privación de libertad y la *probation*, y que más que sustituirlas, lo que hacen es cubrir el espacio existente entre ambas con formas innovadoras para asegurar una sanción rápida y segura, ellas se denominan *Intermediate Sanctions* o *Alternative Sentencing Strategies*. Las sanciones intermedias surgen ante el reclamo de la comunidad por sentencias de condena más severas que la *probation*, pero diferentes a la prisión, que es mucho más costosa y que además tiene escasos logros.

Entre ellas encontramos<sup>122</sup>:

1. Las *split sentences* que combinan un periodo corto de privación de libertad con un tiempo de *probation*.
2. Las *shock probation / shock parole*, también se trata de la combinación de un periodo corto de de prisión con una *probation* posterior, la diferencia está en que el condenado debe demostrar que está en condiciones de acceder a la *probation* y no tiene la seguridad de que el juez dé la correspondiente orden.
3. Las *shock incarceration*, inicialmente se empezaron a aplicar a delincuentes juveniles y consisten en un periodo breve de privación de libertad en un establecimiento en el que rigen normas y métodos de disciplina militar estrictos, con entrenamiento físico y trabajos constantes.
4. Las *mixed sentences*, requieren que el condenado pase los fines de semana en un centro de detención y se someta a *probation* durante los restantes día de la semana.

---

<sup>121</sup> A propósito de todas esas dificultades se señala que la única solución es el aumento de los recursos destinados a esta clase de medidas.

<sup>122</sup> Esta enumeración se encuentra en el trabajo ya señalado de MARTÍN BARBERÁN. Otra clasificación de sentencias intermedias en JUSTE, María Antonieta y OTROS, ob.cit. p. 70 y ss.

5. Las *community service orders*, ellas más que una sanción son el complemento de otras sanciones, siendo compatibles con casi todas las formas de *probation* y *parole*, salvo las que se basan en el arresto domiciliario.
6. La *intensive supervision*, es la forma más estricta de *probation* existente en los EUA. A modo de ejemplo, el programa de Georgia incluye un mínimo de cinco entrevistas semanales con el oficial, programación exhaustiva de las actividades a realizar diariamente, trabajo, controles y tests de drogas y alcohol sin previo aviso, 132 horas de servicio comunitario y comunicación autónoma al oficial de *probation* en caso de nuevas detenciones.
7. Las *home confinement*, son una forma de arresto domiciliario en la que se establece que el condenado sólo puede abandonar el domicilio para atender urgencias médicas, ir a su trabajo, o efectuar las compras indispensables del hogar. Son adecuadas para el caso de mujeres embarazadas, tercera edad, enfermos terminales y personas con problemas de salud mental. Dichos condenados deben además cumplir con ciertas condiciones. En determinados casos esta última medida puede ir acompañada de una orden de *electronic monitoring* (vigilancia electrónica), siendo el más común el brazalete que se lleva alrededor del tobillo y que solo puede ser quitado mediante un sistema de apertura especial.

### 2.2.3. *Probation* en Argentina y otros países americanos.

En **Argentina** hasta la dictación de la Ley 24.316, con la finalidad de evitación de las penas cortas de prisión, existía la Condena de Ejecución Condicional, que correspondía al sistema franco-belga de la *sursis*<sup>123</sup>.

Dicha ley incorporó el artículo 27 bis al Código Penal, lo que significó agregar a la institución la obligación de cumplimiento de otras posibles condiciones, diferentes de la no comisión de un nuevo delito, cuando el órgano jurisdiccional lo estimase necesario para el cumplimiento de fines de prevención especial<sup>124</sup>.

La Condena Condicional procede en supuestos en que se fije una pena de prisión no superior a los tres años y además es necesario que el condenado no registre una condena computable a pena privativa de libertad, salvo que hayan

---

<sup>123</sup> DEVOTO, Eleonora, ob.cit. p. 57.

<sup>124</sup> El artículo dice: "...en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos".

transcurrido diez u ocho años desde la sentencia firme anterior hasta la fecha de comisión del nuevo delito<sup>125</sup>

Una vez decretada, comienza un periodo de prueba de cuatro años, durante los cuales el condenado estará obligado a no cometer nuevos delitos y a cumplir las reglas de conducta que el tribunal hubiere fijado, durante un plazo que se fijará entre dos y cuatro años.

Si durante esos cuatro años de prueba no comete un nuevo delito, la condena se tendrá por no pronunciada, pero permanecerá en el registro de antecedentes durante diez años, sólo para los efectos de evaluar la posibilidad de procedencia de una nueva condenación condicional. Si cometiera un nuevo delito, entonces deberá cumplir la pena por el nuevo delito y la que corresponda al anterior y que se había suspendido.

Si al condenado se le hubiere impuesto además el deber de cumplir con una o más reglas de conducta, y éste incumpliera alguna de ellas en forma persistente o reiterada, además de injustificada y maliciosa, el juzgador tendrá la facultad, ya no el deber, de revocar la condicionalidad<sup>126</sup>.

La Condena Condicional prevista en la legislación argentina, constituye una modalidad de la sentencia condenatoria. No se trata de la mera suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues lo que se somete a condición es el propio pronunciamiento de la condena y como consecuencia de ello se suspenderá también la ejecución de la pena. Esto significará que, cumplida la o las condiciones, la condena penal se extingue.

En el Código Penal de **Colombia** también se contempla la Condena de Ejecución Condicional.

Ella resulta aplicable a los delitos cuya pena sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, cuando la personalidad del autor, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan suponer al juez que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario.

El Código contempla también la facultad del juez de exigir el cumplimiento de las penas no privativas de libertad que considere convenientes y además, se impone el seguimiento de determinadas obligaciones con expresa mención de la sumisión a la vigilancia de las autoridades y la observación de buena conducta<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> VITALE, Gustavo, ob.cit. p. 332.

<sup>126</sup> VITALE es de la opinión de que la reforma introducida por la Ley 24.316, consagra un régimen penal más desventajoso para el condenado, pues la condena condicional pasa a ser más revocable de lo que era antes.

<sup>127</sup> DEVOTO, Eleonora, ob.cit. p. 49.

Si durante el periodo de prueba el condenado no comete un nuevo delito y cumple con las obligaciones impuestas, la condena queda extinguida previa resolución judicial que así lo determine<sup>128</sup>.

Por último en **Perú**, se contemplan dos figuras: la suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio.

La suspensión de la ejecución de la pena procede cuando la condena se refiera a una pena no mayor a los cuatro años y la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hicieren prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito. Además se establecen reglas de conducta aparentemente con el carácter de obligatorias, siendo interesante la norma que faculta al tribunal para imponer “los demás deberes que estime convenientes a la rehabilitación social del agente siempre que no atenten contra la dignidad del condenado”.

Por su parte la reserva del fallo condenatorio es posible en casos en que el delito esté sancionado con una pena privativa de libertad no mayor a tres años o con multa, o cuando la pena no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres o la pena no exceda de los dos años de inhabilitación<sup>129</sup>. Al disponerse la reserva, el juez impondrá reglas de conducta similares a las previstas para la suspensión de la ejecución de la pena.

Si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa un nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia, la condena se tendrá por no pronunciada<sup>130</sup>.

### **3. La Suspensión en el Ordenamiento Jurídico Chileno.**

En el ordenamiento jurídico nacional la suspensión del proceso fue adoptada inicialmente como consecuencia de las críticas formuladas en contra de las penas privativas de libertad de corta duración, constituyéndose como una fórmula de suspensión de ellas.

Si bien en la ley chilena se hicieron algunos intentos de introducir la suspensión condicional de la condena, prevaleció el sistema de la suspensión condicional de la pena, siguiendo el modelo franco-belga de la *sursis*.

---

<sup>128</sup> VITALE, Gustavo, ob.cit. p. 334.

<sup>129</sup> DEVOTO, ob.cit. p. 50.

<sup>130</sup> VITALE, Gustavo, ob.cit. p. 334.

En efecto, donde primeramente se introdujo esta figura fue en el Código de Procedimiento Penal, cuyo artículo 564 (art. 603 en la versión original de ese cuerpo legal) la consagró exclusivamente para las faltas<sup>131</sup>. Posteriormente, también fue recogida por el art. 24 de la Ley 6.827, de 28 de febrero de 1941, sobre Organización de los Juzgados de Policía Local, que actualmente se reproduce en el art. 25 de la Ley 15.231, de 8 de agosto de 1963, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local<sup>132</sup>.

Solamente con la dictación de la Ley 7.821, de 29 de agosto de 1944, sobre Remisión Condicional de la Pena (también denominada Condena Condicional), se amplió la institución a la generalidad de las penas privativas de libertad de corta duración. Luego, en 1972, la Ley 17.642 introdujo importantes modificaciones a esta normativa, especialmente en lo relativo a la gravedad de las penas cuya ejecución podía ser suspendida<sup>133</sup>. Por último, la Ley 18.216, de 14 de mayo de 1983, reformuló nuevamente la institución y además introdujo, otras dos medidas como “alternativas a las penas privativas (y restrictivas) de libertad”: la libertad vigilada y la reclusión nocturna.

Así las cosas, hasta la dictación de la Ley 18.216 nos encontrábamos con que en nuestro país se había adoptado la suspensión del procedimiento, en la fase de ejecución de la pena, a través de dos instituciones, la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada, ambas reguladas como medidas alternativas a las penas privativas de libertad.

Se realiza una distinción entre estas dos medidas y la otra regulada por dicha ley, la reclusión nocturna<sup>134</sup>. La remisión condicional de la pena y la libertad vigilada no constituyen penas autónomas diferentes de la prisión, sino que formas de suspensión condicional de la pena privativa de libertad, cuyo incumplimiento

---

<sup>131</sup> Esta figura fue analizada en el capítulo primero de este trabajo. (Capítulo I, 4.2) Actualmente esta norma está consagrada en el art. 398 del Código Procesal Penal, a propósito del procedimiento simplificado.

<sup>132</sup> CURY, Enrique, “*Derecho Penal. Parte General*”, Ediciones Universitarias Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 730.

<sup>133</sup> Originalmente el beneficio solo podía concederse respecto de penas cuya duración no pasara de un año, lo que se encontraba de acuerdo con los orígenes de la institución que tenía por finalidad evitar las consecuencias indeseables de las penas de corto tiempo. Sin embargo la ley 17.642 modifica este requisito ampliándolo a penas de hasta tres años de privación de libertad, lapso en el cual es posible emitir un diagnóstico de la personalidad del sujeto y someterlo a un tratamiento resocializador, por lo que parecía que la reforma estaba renunciando a la preocupación por la prevención especial. Sin embargo, lo que ocurría es que la preocupación sobre los efectos nocivos de las penas privativas de libertad se extendían ya no sólo a las de corta duración. Por otra parte, era evidente que el sistema carcelario chileno no brindaba reales oportunidades de rehabilitación al condenado. CURY, ob.cit. p. 731.

<sup>134</sup> La distinción entre *medidas relativas a la suspensión de la ejecución de pena privativa de libertad y las penas alternativas a la prisión propiamente tales* en POLITOFF y otros, “*Lecciones de Derecho Penal chileno*”, p. 539.

acarrea necesariamente la imposición de la pena primitivamente impuesta<sup>135</sup>. La reclusión nocturna en cambio, es una pena sustitutiva de una privativa de libertad, que implica una atenuación de las limitaciones a la libertad impuestas al condenado.

A continuación pasaremos a analizar a las dos instituciones existentes en Chile donde se encuentra consagrada la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

De acuerdo a la definición proporcionada por la Ley 18.216, la **Remisión Condicional de la Pena** consiste en la suspensión, por el tribunal que la impuso, de la ejecución de una pena privativa o restrictiva de libertad, y en la discreta observancia y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo.

Para la obtención de este beneficio se deben cumplir ciertos requisitos, que son los siguientes: 1) la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta por la sentencia no debe exceder de 3 años; 2) el imputado no debe haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; 3) que los antecedentes personales del imputado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que no volverá a delinquir,; y finalmente 4) que de las dos últimas circunstancias se deduzca que es innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena<sup>136</sup>.

Una vez concedida la medida por el tribunal en la sentencia, éste fijará un plazo de observación, cuya duración no puede ser inferior a la duración de la pena, con un mínimo de un año y máximo de tres, periodo en el cual el condenado debe además cumplir con una serie de condiciones u obligaciones<sup>137</sup>.

En el caso de quebrantamiento de algunas de las condiciones, el Centro de Reinserción Social deberá solicitar al tribunal que concedió la medida, su revocación. Si dicho tribunal revoca la remisión condicional (ya que es facultativa

---

<sup>135</sup> A este respecto también cabe hacer referencia a la distinción de estas medidas con la libertad condicional, siendo esta última un modo de cumplir en libertad, bajo determinadas condiciones y cumplidos ciertos requisitos, la pena privativa de libertad a la que ha sido condenado un sujeto por sentencia ejecutoriada.

<sup>136</sup> Esta última exigencia fue introducida por la Ley 18.216, y tiene por objeto distinguir aquellas situaciones en las cuales es aconsejable conceder directamente la remisión condicional de las que, por el contrario, recomendarían echar mano de otra medida alternativa.

<sup>137</sup> Las condiciones que debe cumplir en dicho plazo son: 1) Residir en un lugar determinado (el que podrá ser propuesto por el propio condenado); 2) Sujeción a un control administrativo, consistente en la obligación de asistir a la Sección de Tratamiento en el Medio Libre perteneciente a Gendarmería; 3) Ejercer , dentro del plazo y bajo las modalidades que determine dicha Sección, una profesión, empleo, arte, industria o comercio, si carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee la calidad de estudiante; y 4) La satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia (en caso de impedimento justificado, se puede prescindir de esta última exigencia).

dicha revocación), ordenará el cumplimiento total<sup>138</sup> de la pena o su conversión en reclusión nocturna, según fuere aconsejable.

Si, en cambio, durante el periodo de observación el beneficiado con la remisión condicional cometiera un nuevo crimen o simple delito<sup>139</sup>, la revocación se producirá por el solo ministerio de la ley y corresponderá al reo el cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta o bien, si procediere, el de una medida alternativa equivalente a toda su duración

Cumplido el tiempo de observación sin que la remisión condicional hubiera sido revocada, “*se tendrá por cumplida la pena privativa de libertad inicialmente impuesta*”<sup>140</sup>. Además ello le significará la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de las anotaciones prontuariales a que dio origen la sujeción a proceso y la condena (salvo las excepciones legales)<sup>141</sup>

Vistas las principales notas distintivas de la remisión condicional de la pena, podemos observar que ella calza con el modelo franco-belga de la *sursis*, en el cual se han agregado ciertas condiciones expresamente establecidas en la ley. Ahora bien, la principal condición para la concesión de la suspensión de la pena, continúa siendo el hecho que el condenado no cometa un nuevo crimen o simple delito durante el periodo de prueba, lo que demuestra que en esta medida existe un fuerte objetivo de prevención especial.

Por su parte, la **Libertad Vigilada**, en conformidad con lo señalado por el art. 14 de la Ley 18.216, “*consiste en someter al reo a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado*”.

La libertad vigilada es la medida que tiene un mayor desarrollo desde el punto de vista legal, existiendo un decreto, promulgado en el año 1992, que regula minuciosamente su funcionamiento técnico. Dicho decreto la ha definido desde un punto de vista técnico, señalando que es “*un proceso de reinserción social, que se ve orientado y facilitado por la intervención de un Delegado de Libertad Vigilada y que se centra en el desarrollo, por parte del usuario, de la autogestión de las*

---

<sup>138</sup> El hecho que se deba cumplir íntegramente la pena inicialmente impuesta se debe a que a diferencia de lo que ocurre con la libertad condicional, la remisión condicional de la pena no constituye una forma de ejecución de ella, sino solo la suspensión de su cumplimiento.

<sup>139</sup> Debe haberse pronunciado sentencia condenatoria firme en su contra.

<sup>140</sup> Art. 28 Ley 18.216.

<sup>141</sup> Art. 29 Ley 18.216.

*opciones de solución o modificación de su deterioro psicosocial, o de las consecuencias derivadas de la comisión del delito”<sup>142</sup>*

La principal característica, o nota definitoria de la libertad vigilada consiste en que el usuario<sup>143</sup>, durante el periodo de tiempo fijado por el tribunal, estará permanentemente vinculado a un delegado de libertad vigilada, con el cual deberá establecer, de común acuerdo, un programa de acciones y normas de conducta destinadas a lograr su reinserción social. El tratamiento en el medio libre al que queda sujeto el usuario ha sido definido legalmente como *“proceso sistemático de reinserción del condenado a su medio natural, mediante acciones de carácter individual, familiar y comunitario social, tendientes a eliminar o reducir el daño psicosocial que presente y, de esta forma, las causas que lo condujeron a la comisión del delito, disminuyendo así las posibilidades de reincidencia”<sup>144</sup>.*

Los requisitos que deben concurrir para que el tribunal pueda decretarla son: 1) que la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria sea superior a dos años y no exceda de cinco; 2) que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; y 3) que los antecedentes sociales y características de personalidad del imputado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan concluir que un tratamiento en libertad aparece como eficaz y necesario, en el caso específico para una efectiva adaptación y resocialización del beneficiado.

Una vez concedida la libertad vigilada el beneficiario verá suspendida la pena privativa o restrictiva de libertad a la que fue condenado, quedando sujeto a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado de libertad vigilada por un plazo que fijará el tribunal, el cual no será inferior a la duración de la pena impuesta, con un mínimo de tres años y un máximo de seis.

Además de cumplir con la obligación de sometimiento a la vigilancia del delegado y de cumplimiento de las normas de conducta que él le imparta, el

---

<sup>142</sup> Dicha definición debe interpretarse de acuerdo a la definición de los conceptos de “daño psicosocial” y “reinserción social” que contiene el propio decreto. El daño psicosocial es “un concepto que comprende las dificultades y deterioro que afectan al usuario y que resulta más aplicable a la población de escasos recursos que habita en medios urbanos”. La reinserción social “es un proceso que se refiere al cambio hacia una inserción positiva del usuario, es decir, dirigido hacia el desarrollo de sus potencialidades y manifestaciones de conducta, a las que se les atribuye una valoración social positiva. JUSTE, María Antonieta y OTROS, ob.cit. p. 148 y 183.

<sup>143</sup> Esta denominación es utilizada por el decreto que regula la medida, y que a nuestro entender pareciera ser la más adecuada.

<sup>144</sup> JUSTE, y OTROS ob.cit. p. 148.

beneficiado deberá cumplir con otras condiciones que le impondrá el tribunal y que se asemejen a las establecidas para la remisión condicional de la pena<sup>145</sup>.

El quebrantamiento de alguna de las condiciones impuestas por el tribunal o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justificada de las normas de conducta impartidas por el delegado faculta al tribunal para revocar la medida, caso en el cual el tribunal podrá disponer el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta o su conversión a reclusión nocturna. Si en cambio el beneficiado con ella, cometiere un nuevo delito durante el periodo de prueba la revocación se producirá por el solo ministerio de la ley y al igual como ocurre con la remisión condicional, el condenado deberá cumplir el total de la pena impuesta o, si procede, una medida alterativa equivalente a toda su duración.

Una vez examinada la regulación que se ha dado a esta institución, podría decirse que hasta cierto punto se ha constituido como una modalidad de remisión condicional, a la que se han incorporado elementos de la *probation* anglosajona, ello porque por una parte la libertad vigilada significa la suspensión de la ejecución de la pena (pero esta vez, y a diferencia de la remisión condicional, respecto de penas cuya duración es relativamente mayor), pero además importa la sujeción a un delegado de libertad vigilada, figura que coincide con el oficial de *probation* del sistema anglosajón, ya que no cumple solamente funciones de vigilancia, sino que también de apoyo para lograr la reinserción social del beneficiado por la medida<sup>146</sup>.

Finamente es importante hacer presente que la Remisión Condicional de la Pena es ampliamente utilizada, por sobre las demás medidas alternativas e incluso por sobre las mismas penas privativas de libertad. En efecto, en el año 1999, mientras los condenados que cumplían penas de prisión representaban

---

<sup>145</sup> Las condiciones son: 1) obligación de fijar su residencia en un lugar determinado, la que deberá corresponder a una ciudad donde preste sus funciones un delegado de libertad vigilada; 2) ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determine el delegado, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el reo carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calida de estudiante; 3) satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia (en este caso también se puede eximir de esta exigencia en casos de impedimento justificado) ; y 4) reparar, si procediere, en proporción racional de los daños causados por el delito.

<sup>146</sup> En el art. 20 de la Ley 18.216 se ha establecido la función del delegado en forma muy amplia, al señalar que los delegados están "encargados de vigilar, controlar, orientar y asistir a los condenados que hubieren obtenido este beneficio, a fin de evitar su reincidencia, protegerlos y lograr su readaptación e integración a la sociedad". Se señala que en la práctica ocurre que una proporción importante de delegados no se identifica con su papel controlador, ni con el contexto sancionatorio en que han de operar, y se limitan a realizar una función de orientación y educación, renunciando incluso al carácter coercitivo que imprimen las medidas alternativas (exigencia de asistencia a programas, cumplimiento de reglas de conducta, etc.) JUSTE, María Antonieta y OTROS, ob.cit. p. 156.

menos de 20% de la población atendida por Gendarmería, los beneficiarios de la remisión condicional de la pena alcanzaban al 56,4 %<sup>147</sup>.

Ahora bien, comparativamente la remisión condicional de la pena tiene una aplicación muchísimo mayor a la libertad vigilada. Esta realidad puede encontrar su explicación en el hecho de que si el juez se enfrenta a un fallo en que se ha condenado a un sujeto por una pena cuya duración supera los dos años y que no excede de tres, caso en que podrá otorgar ambas medidas, lo más probable es que prefiera la aplicación de una remisión condicional, institución que conlleva un costo a nivel administrativo mucho menor<sup>148</sup>.

Como mencionamos anteriormente, en nuestro ordenamiento, desde la aparición de la figura de la remisión condicional del procedimiento sólo se reguló la suspensión del proceso en la etapa de ejecución de la pena. Esta situación se mantuvo hasta el 16 de diciembre del año 2000, fecha de la entrada en vigencia del nuevo proceso penal en la cuarta y la novena regiones del país.

La reforma procesal penal introducida en nuestro país, significó entender el proceso de una manera absolutamente diferente hasta la entonces existente, en términos muy generales: la separación de las funciones de investigación y juzgamiento en órganos distintos, el reconocimiento de principios básicos hasta ese momento ignorados, la introducción de nuevas figuras procesales, entre muchísimos otros cambios.

Entre esas nuevas figuras procesales nos encontramos con la Suspensión Condicional del Procedimiento, incluida como una salida alternativa al proceso penal tradicional.

Como ya señalamos en este trabajo la Suspensión Condicional del Procedimiento es una manifestación del principio de oportunidad que ha sido incorporado en el proceso penal, claro que como una excepción al de legalidad.

Esta nueva figura procesal ha cambiado el panorama en materia de suspensión del proceso, ya que ella está considerada como una herramienta para ser utilizada por el Ministerio Público durante la etapa preliminar del procedimiento, antes de que comience el juicio propiamente tal (vista oral).

Es así como podemos observar que el nuevo proceso penal a través de esta novedosa institución, para nuestro ordenamiento, ha recepcionado el sistema de suspensión de la *diversion* entendida como la interrupción provisional del procedimiento penal, que realiza el Ministerio Público con anterioridad a la

---

<sup>147</sup> POLITOFF y otros, ob.cit. p. 540.

<sup>148</sup> Ello principalmente por la disponibilidad efectiva de delegados de libertad vigilada.

formulación de la acusación, sujeta a la obligación de cumplir determinadas condiciones o mandatos para de esa forma eliminar el interés público involucrado en la persecución penal. Si cumple tales condiciones satisfactoriamente, surge un impedimento procesal definitivo que determina el sobreseimiento de la causa. Si por el contrario, ellas no fueran cumplidas, entonces se deberá reanudar la persecución penal en su contra con el objetivo de determinar tanto la existencia del hecho, su antijuridicidad, así como la culpabilidad del imputado, esto último por cuanto la aceptación de la suspensión, no implica el reconocimiento de la culpabilidad ni tampoco la aceptación de los hechos materia de la investigación<sup>149</sup>.

La Suspensión Condicional del Procedimiento constituye una figura procesal, que ha sido incorporada en el proceso penal con el objeto de obtener ciertas finalidades perseguidas por el principio de oportunidad, como son la racionalización de la selectividad existente en todos los sistemas de persecución penal, el descongestionamiento del sistema judicial y el ahorro de tiempo y recursos para el Ministerio Público, fines que podrían calificarse como propiamente procesales. Sin embargo la Suspensión Condicional también se aplica en pos de obtener objetivos político criminales como son la descriminalización, la evitación de los efectos nocivos inherentes al proceso penal y la reducción de las penas privativas de libertad de corto tiempo, lo que resulta lógico si entendemos que esta institución es propia del Derecho Procesal Penal, el cual siempre deberá estar en concordancia con el derecho material.

---

<sup>149</sup> El no reconocimiento de culpabilidad diferencia a la Suspensión Condicional del Procedimiento que regula nuestro ordenamiento, de la Suspensión del Procedimiento a Prueba regulada en otros países latinoamericanos como Costa Rica.

## Capítulo III

### La Dinámica Procesal de la Institución en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno.

#### 1. Consideraciones Generales.

De acuerdo a la definición que ha señalado la profesora Horvitz en su obra *Derecho Procesal Penal Chileno*, la Suspensión Condicional del Procedimiento es un mecanismo procesal que le permite a los fiscales del Ministerio Público, con el acuerdo del imputado y la aprobación del juez de garantía, poner término en forma anticipada al procedimiento, siempre que se trate de casos que cumplan los requisitos establecidos por la ley y se satisfagan las condiciones fijadas por el juez.

Podemos afirmar entonces, tal como lo planteamos a lo largo de este trabajo, que la salida alternativa en estudio constituye un instrumento de carácter procesal, que además cumple fines de política criminal, cuya utilización está en manos del órgano a cargo de la persecución penal. Es el Ministerio Público y no otro partícipe del proceso penal quien posee este instrumento, y como consecuencia de ello, solo dicho órgano luego de analizar y determinar la procedencia y conveniencia de la salida, puede dar inicio a su implementación en el procedimiento de que se trate solicitando al juez de garantía la aprobación de la Suspensión Condicional, lo que sin embargo no obstará a que haya sido el propio imputado o su defensor quienes en primera instancia se lo hayan propuesto, caso en que se facilitará la tarea del fiscal, ya que contará desde un comienzo con la voluntad del imputado que es un requisito esencial para que sea concedida por el juez. Con esto queremos hacer hincapié en que la Suspensión Condicional debe ser aceptada por el fiscal, y que no constituye un derecho del imputado, a diferencia de lo que se ha señalado, por ejemplo, respecto de la suspensión del juicio a prueba del ordenamiento argentino.<sup>150 151</sup>

---

<sup>150</sup> Así aparece de manifiesto en el Oficio de la Fiscalía Nacional N° 404 (sobre Criterios de Actuación en las Suspensiones Condicionales del Procedimiento por Delitos Sexuales) *“la suspensión condicional del procedimiento no es obligatoria para el fiscal sino que facultativa...”*

<sup>151</sup> Hay quienes consideran que el propio juez de garantía podría manifestar a las partes la conveniencia o posibilidad de solicitarla (DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *“Introducción al nuevo*

A diferencia de lo que sucede en la normativa trasandina, y que genera muchas discusiones, la ley chilena se ha preocupado de establecer con exactitud la oportunidad para solicitar la suspensión condicional del procedimiento, sin dejar espacio a las divergencias al respecto<sup>152</sup>. Dicha oportunidad será toda la fase de investigación, desde la formalización de la investigación hasta su cierre, y posteriormente solo podrá pedirse en la audiencia de preparación del juicio oral (art. 245 Código Procesal Penal).

En relación a los requisitos que deben cumplirse para que resulte procedente la aplicación del instituto, en este capítulo nos detendremos a analizar los delitos respecto de los cuales la suspensión condicional no resulta aplicable y las orientaciones que en esta materia ha impartido la Fiscalía Nacional a través de instructivos y oficios.

También, como ya se señaló, la salida alternativa que estudiamos, una vez solicitada por el fiscal, necesita ser aprobada por el juez de garantía. A esta materia también dedicaremos algunas líneas más adelante, para dilucidar cuales son las facultades que le corresponden al órgano jurisdiccional en esta materia. ¿Puede revisar el mérito de la decisión del Ministerio Público?

Luego, una vez que el juez de garantía aprueba la suspensión, debe establecer las condiciones a las que deberá someterse el imputado por el plazo que determine, el que puede extenderse de uno a tres años, condiciones que son señaladas el art. 238 del Código Procesal Penal. En este capítulo también nos referiremos a ellas, especialmente al carácter taxativo o no taxativo de dicha norma legal.

Respecto de los sujetos u órganos que intervienen en este instituto procesal, como señalamos en un principio, el fiscal del Ministerio Público es una figura fundamental, ya que es quien debe asumir el rol activo planteando al juez la

---

*sistema procesal penal*", Santiago 2002, p. 318), sin embargo creemos que ello no se corresponde con las tareas y funciones que la ley procesal penal le ha encargado a dicho órgano. El instructivo general de la Fiscalía Nacional N° 36, sobre Criterios de Actuación e Instrucciones en materia de suspensión condicional del procedimiento, en el punto 1.3 relativo a la aprobación del juez de garantía, señala: "...esta solicitud es facultad exclusiva del fiscal".

<sup>152</sup> Sin perjuicio de ello, la Fiscalía Nacional en su Instructivo General N° 36, en su punto 2. relativo a la oportunidad para ser decretada, señalaba: "En términos generales, resultará prematuro y arriesgado plantearse la posibilidad de sugerir y proponer el acuerdo de suspensión condicional del procedimiento durante la audiencia de formalización.....Lo normal será, y así se instruye a los fiscales, para que la evaluación de la procedencia y conveniencia de esta salida alternativa se efectúe en tiempo muy cercano al cierre de la investigación, cuando se disponga de todos los elementos de juicio necesarios...". Dicha directiva de la Fiscalía Nacional sin embargo, se contradecía con uno de los objetivos considerados para la implementación de la suspensión condicional como es la economía de tiempo y recursos para el Ministerio Público. Posteriormente y en vista de la baja aplicación que estaba teniendo la salida alternativa, la Fiscalía modificó su criterio aconsejando que la solicitud se realizara desde la misma formalización de la investigación.

aprobación de la salida. El imputado, por su parte, también cumple un papel determinante, ya que su voluntad, más precisamente, su consentimiento libre e informado sobre la aplicación de la suspensión, es un requisito indispensable para su aprobación, más aún, sería un requisito indispensable de legitimidad<sup>153</sup>. Finalmente el juez de garantía también tiene un rol principal al aprobar o rechazar la salida y en el primer caso además determinar el periodo de suspensión y las condiciones a cumplir. En este acápite revisaremos entonces cuál es el papel que juega el querellante y la víctima en esta institución, la posición que ha adoptado el código en esta materia y la que ha nuestro juicio es la más adecuada.

Para terminar con el tercer capítulo se hará referencia a un tema de gran importancia dentro de la suspensión: la revocación de la suspensión condicional del procedimiento, especialmente al tema de las causales que provocan su término.

## ***2. Interrogantes que plantea la ley y la aplicación de la salida alternativa.***

### **2.1 Delitos en los que resulta procedente la solicitud de la Suspensión Condicional del Procedimiento.**

El artículo 237 del Código Procesal Penal en su inciso segundo señala los dos requisitos que deben concurrir para que la Suspensión Condicional del Procedimiento pueda decretarse. Uno dice relación con la persona del imputado y consiste en que éste no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. El otro, se refiere al tipo de delito perseguido, señalando que para que proceda la salida alternativa la pena que pudiera imponerse al imputado, en el

---

<sup>153</sup> En efecto la profesora HORVITZ, en su obra *“Derecho Procesal Penal Chileno”* ha señalado lo siguiente: *“...es una salida alternativa con evidente contenido aflictivo para el imputado, aunque mitigado con relación a la pena que hubiere podido corresponderle de ser declarado culpable tras el juicio oral. Además, en caso de revocación... significa una prolongación de los efectos negativos que produce el proceso penal. Siendo equivalente a una sanción de carácter punitivo, pero aplicable sin la existencia previa del debido proceso a una persona que debe ser presumida inocente, la verificación del consentimiento libre e informado por parte del imputado constituye un requisito indispensable de legitimidad de esta salida alternativa”*. P.558. Este sería además el fundamento para afirmar que el imputado una vez que ha prestado su consentimiento, puede retractarse de la salida alternativa, porque siempre tiene el derecho de exigir que se lleve a cabo el juicio oral.

evento de dictarse sentencia condenatoria, no debe exceder de tres años de privación de libertad. Al estudio de este último nos dedicaremos a continuación.

Existe consenso en la doctrina en cuanto a que la ley en este requisito se está refiriendo a la pena judicial o concreta, por lo que el fiscal podría proponer la suspensión respecto de aquellos imputados que, no obstante atribuírseles la comisión de un delito cuya pena en abstracto supere los tres años, cuenten con circunstancias atenuantes de responsabilidad penal que puedan comprobarse sin mayor dificultad en esta etapa, para lo que bastaría que dichas circunstancias fueran acreditadas de modo fidedigno y suficiente, por ejemplo, mediante certificado de antecedentes libre de anotaciones prontuariales, tratándose de la circunstancia prevista en el Art. 11 N° 6 del Código Penal.<sup>154</sup>

La adopción de la fórmula ocupada por el legislador encuentra su explicación en que nuestro sistema de penas muestra graves desproporciones, especialmente respecto de los delitos contra la propiedad, que harían que ciertos delitos de mediana gravedad no pudieran ser objeto de la salida alternativa si fuera considerada la pena abstracta, no obstante quedar claramente comprendidos dentro de los objetivos tenidos a la vista en el diseño de la institución<sup>155</sup>.

No obstante lo anterior la Fiscalía Nacional a través de su **Instructivo General N° 36 sobre Criterios de Actuación e Instrucciones en materia de Suspensión Condicional del Procedimiento**, de 15 de diciembre de 2000, redujo considerablemente el campo de aplicación de la suspensión condicional al establecer como criterio de actuación en esta materia que no se debía proponer la aplicación de la salida alternativa en los casos de delitos que tuvieran asignada pena abstracta de crimen. El instructivo agregaba que en dichos delitos si por aplicación de las rebajas de la pena (derivadas del grado de desarrollo, participación, circunstancias atenuantes) la pena probable a aplicar bajare a pena privativa de presidio menor, entonces sería preferible esperar al cierre de la investigación y negociar la pena a requerir para optar por el procedimiento abreviado. De manera que en definitiva la suspensión condicional sólo era recomendada para delitos que tuvieran asignadas por la ley, penas abstractas de simples delitos.

---

<sup>154</sup> HORVITZ, ob.cit. p. 556. Igualmente RIEGO y DUCE, en *“Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, p. 305. También se dejó constancia de ello en las discusiones parlamentarias de la Ley, en el Primer informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo referente al artículo 311.

<sup>155</sup> RIEGO y DUCE, ob.cit. p.306.

Sucede que en vista de la poca aplicación que estaba teniendo esta salida alternativa<sup>156</sup>, el Ministerio Público debió modificar el criterio antes establecido. Así fue como el **Oficio N° 163** de Abril del 2002 estableció que si se trataba de delitos que tuvieran asignada pena abstracta de crimen, pero en que la pena probable (concreta) para el imputado bajare a pena privativa de presidio menor, también como regla general, debería evaluarse la procedencia y conveniencia, según las particularidades del caso concreto, de plantear la procedencia de la suspensión condicional no siendo necesario esperar el cierre de la investigación.

Durante la tramitación parlamentaria, la Cámara de Diputados quiso incluir una **causal absoluta de improcedencia** tratándose de ciertos delitos considerados especialmente graves por los legisladores<sup>157</sup>. Si bien dicha causal no fue incluida, el Fiscal Nacional, a través de Oficios, ha establecido criterios de actuación para los fiscales en cuanto a la procedencia de la Suspensión Condicional del Procedimiento en algunos delitos, lo que en definitiva se ha traducido en la prohibición de solicitar dicha salida alternativa respecto de ciertos ilícitos. Así ocurre por ejemplo en el **Oficio de la Fiscalía Nacional N° 404** de 21 de agosto de 2003, que establece los criterios de actuación en las suspensiones condicionales del procedimiento por delitos sexuales.

En efecto, tratándose de dichos delitos el Fiscal Nacional instruyó a los fiscales en el sentido de que debían abstenerse de utilizar esta salida alternativa cuando se tratase de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, especialmente en aquellos casos en que la víctima sea menor de edad<sup>158</sup>, salvo casos excepcionalísimos. Además agregó que en casos de delitos de violación,

---

<sup>156</sup> Además de los criterios de la Fiscalía Nacional restringiendo la procedencia de la salida alternativa, la baja aplicación de ella durante los primeros quince meses de aplicación de la reforma procesal penal, era explicable también porque al tratarse de una institución nueva, tanto los fiscales como los jueces habían sido un poco conservadores para aplicarla y luego, por la falta de un organismo que controlara permanentemente las condiciones a cumplir por el imputado (organismo que todavía no existe).

<sup>157</sup> Era muy criticable, ya que si bien era posible pensar que muchos de esos delitos (aborto, homicidio, secuestro, violación, tráfico ilícito de estupefacientes, entre otros) no darían lugar a la suspensión condicional, sí era esperable que en un importante número de casos concretos se podría haber llegado al marco penal que autoriza su procedencia, como por ejemplo cuando se tuviera en ellos un grado de participación accesorio, una reprochabilidad disminuida o concurrieran dos o más atenuantes calificadas. RIEGO y DUCE, en *“Introducción al nuevo...”*, p. 307.

<sup>158</sup> En materia de menores el OFICIO N° 148 sobre la Situación de niños y adolescentes víctimas de delitos en la Reforma Procesal Penal, de 27 marzo de 2003, indicaba en su apartado número 29: *“el fiscal se abstendrá de solicitar la suspensión condicional del procedimiento en caso de delitos dolosos contra la vida, salud, integridad corporal, indemnidad sexual o libertad ambulatoria. Lo anterior, a menos de contar con informes, respaldados por la opinión de la Unidad (Regional de Atención a Víctimas y Testigos), que indiquen que continuar con el proceso significaría someter al niño, niña o adolescente a una victimización aún mayor que la que sufriría de no proseguirlo, o que la reparación obtenida a partir de las condiciones que se impongan en tal suspensión tenga, para la víctima, en efecto más positivo que la continuación del proceso”*. MINISTERIO PÚBLICO, *“Reforma Procesal Penal, Oficios del Fiscal Nacional, Materias Procesales Penales, 2001-2004”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 328 y ss.

nunca debe utilizarse este tipo de salida cualquiera sea el grado de ejecución en que se encuentre y sólo en situaciones absolutamente excepcionales (como si solo se tratara de tentativa o concurren muchas atenuantes y ninguna agravante) podrá utilizarse, pero antes deberá consultarse al Fiscal Regional.

El oficio continúa señalando que el fiscal también debe abstenerse de la suspensión condicional si se trata de delitos de estupro y abuso sexual, casos en los cuales deberá seguir adelante con el proceso, optando por el juicio oral o el procedimiento abreviado, según las circunstancias del caso.

La única situación en que se aceptaría (y solo muy excepcionalmente) optar por esta salida alternativa, es el caso en que la víctima se encuentre muy victimizada y sólo se cuente con su declaración como medio de prueba, sabiéndose con certeza, a través de informes psicológicos, que la víctima no colaborará con el proceso porque se encuentra muy afectada. Solo en ese caso se recomienda entonces adoptar la suspensión condicional, en la última etapa de la audiencia de preparación del juicio oral, salvo que el fiscal estime que con anterioridad ya tiene reunidos los antecedentes necesarios para formarse un criterio definitivo en la materia. Además en estos casos excepcionales se deberá consultar previamente al Fiscal Regional<sup>159</sup>.

Otro ejemplo se encontraba respecto del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. El Oficio N° 482 sobre criterios generales de la Suspensión Condicional del Procedimiento y en especial respecto de las infracciones a la Ley 19.366, señala supuestos de delitos contemplados por dicha ley respecto de los cuales se instruye a los fiscales deben abstenerse de ejercer la facultad de proponer la Suspensión Condicional del Procedimiento. Pero este instructivo va incluso más allá, respecto del segundo requisito para la procedencia de esta salida alternativa (que el imputado no hubiera sido condenado anteriormente por crimen o simple delito), sugiere no dar aplicación a la suspensión cuando el imputado hubiere sido condenado por alguna de las faltas contempladas en la ley 19.366 o incluso cuando estuviera formalizado por cualquier otro delito.

Ahora bien, en relación a este requisito (referido a la pena aplicable) el Proyecto Original establecía que el fiscal podía solicitar la Suspensión Condicional del Procedimiento, cuando considerare que el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la Ley 18.216 al momento de la dictación de la sentencia. En la

---

<sup>159</sup> Para mayores detalles ver OFICIO N° 404 "Criterios de Actuación en las suspensiones condicionales del procedimiento por delitos sexuales", Santiago, 21 agosto de 2003.

Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado se mantuvo el requisito en esos términos, y existía consenso entre sus miembros de que esta salida alternativa reconocía sus antecedentes en la Ley 18.216 y que por lo mismo conllevaría los mismos beneficios que las medidas alternativas a la pena, especialmente en materia de disminución de la reincidencia y de la estigmatización social<sup>160</sup>. La suspensión condicional del procedimiento se entendía como una anticipación del tipo de solución que la sentencia probablemente otorgaría al caso cuando resultara aplicable alguna de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad vigentes.

Sin embargo dicha fórmula fue modificada por la actual, al aprobar el proyecto la Cámara de Diputados. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de dicha Cámara acordó no hacer referencia a las medidas alternativas contempladas en la Ley 18.216, en cambio introdujo un nuevo inciso segundo donde estableció de manera expresa los requisitos necesarios para decretar la suspensión condicional, reproduciendo con las adecuaciones pertinentes, las exigencias establecidas en la Ley 18.216 para la procedencia de la remisión condicional de la pena. De manera que ahora el límite de pena se redujo a tres años de privación de libertad.

Los profesores Horvitz y Bofill manifestaron su oposición a la regulación introducida por la Cámara de Diputados, ya que ella alteraba completamente la estructura y sentido de la salida alternativa, tanto porque se le restringía considerablemente, cuanto porque se incluían exigencias que no se avenían en lo absoluto con su naturaleza<sup>161</sup>.

Señalaban, comentando el texto del proyecto de Código Procesal Penal aprobado por la Cámara baja, que *“si el programa público criminal de la legislación positiva chilena se encuentra en la ley 18.216, de acuerdo a la cual concurren distintas hipótesis en las cuales una persona condenada a una pena privativa o restrictiva de libertad no debe cumplirla efectivamente, sino en los términos de la*

---

<sup>160</sup> El profesor Orlando Pobrete, decano de la Universidad de Los Andes, señalaba en el Anexo 1er Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia,: *“...se trata de evitar el daño que produce una condena, porque entendemos que hay unanimidad en que las penas privativas de libertad y las restrictivas de libertad estigmatizan a la persona, las aíslan y las más de las veces les permiten perfeccionar su actividad delictual. Por eso debe proceder la suspensión en todos aquellos casos en que se aplican las instituciones que persiguen no cumplir efectivamente esas penas”*. MATURANA Miquel, Cristian (Coordinador), *Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias* (Vol. 4), Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003. p. 283.

<sup>161</sup> Ello haciendo referencia al requisito *“que los antecedentes personales del imputado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que no volverá a delinquir”*, y al hecho que de que el acuerdo al que llegan el ministerio público y el imputado para solicitar la suspensión condicional del procedimiento, importaría la aceptación de los hechos materia de la persecución penal y de los antecedentes de la instrucción que la fundaren. Todo lo que finalmente no fue incorporado a la norma.

*misma ley, con mucha mayor razón, tratándose de un presunto inocente, las hipótesis de la suspensión condicional deben ser más amplias y no más restringidas que las de dicha ley 18.216 que se refiere a sujetos condenados”<sup>162</sup> .*

No resulta comprensible que la Suspensión Condicional del Procedimiento como instrumento de política criminal que es, no se encuentre en concordancia con la ley que contiene el programa público criminal de la legislación positiva chilena, menos aún que las directrices impartidas por el órgano que tiene a su cargo dicha herramienta no digan ninguna relación con la citada normativa legal.

Si observamos las posiciones que en la materia ha adoptado la Fiscalía Nacional, más que una clara política criminal detrás de los criterios impartidos, creemos que existe una adecuación a los requerimientos de la opinión pública en materia de seguridad ciudadana<sup>163</sup>. Ello resulta evidente, de la sola lectura del Oficio N° 404 sobre Criterios de Actuación en las Suspensiones Condicionales del Procedimiento por Delitos Sexuales, en el cual se indica lo que sigue: “...este Fiscal Nacional ha resuelto modificar los criterios de actuación para solicitar y acordar la suspensión condicional del procedimiento tratándose de los delitos sexuales tratados en los artículos 361, 362, 363, 366, 366 bis y 366 ter del Código Penal... Para adoptar esta resolución se ha tomado en consideración algunas situaciones que han provocado conmoción pública y cuestionamiento de la reforma procesal penal y en que los fiscales han acordado con el imputado y los defensores suspensiones condicionales del procedimiento en los casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad...”

## **2.2 Facultades del Juez de Garantía respecto de la aprobación de la salida alternativa.**

Como se señaló anteriormente, es al juez de garantía a quien corresponde pronunciarse aprobando o rechazando la solicitud de Suspensión Condicional del Procedimiento realizada por el fiscal del Ministerio Público.

No existe discusión alguna en relación a que el juez de garantía, para aprobar la suspensión, debe cumplir la tarea de controlar la concurrencia de los dos requisitos señalados por el artículo 237 inciso segundo para la procedencia de

<sup>162</sup> MATURANA Miquel, Cristian (Coordinador), ob.cit., p. 286.

<sup>163</sup> La misma explicación debemos dar a que esta salida alternativa en un principio solo se recomendará para los delitos que tenían asignada por ley una pena abstracta de simple delitos.

la suspensión condicional, es decir, verificar que la solicitud de suspensión se realiza respecto de un imputado que no hubiera sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y que la pena que pudiera imponérsele, en caso de dictarse sentencia condenatoria, no exceda de tres años de privación de libertad. Pero además, y de acuerdo al rol fundamental que le ha entregado la ley dentro del proceso penal<sup>164</sup>, el juez de garantía deberá verificar que el acuerdo del imputado haya sido prestado en forma libre y voluntaria, sin que haya sido objeto de presiones indebidas por parte del fiscal, la víctima, el querellante o incluso, por parte de su propio defensor.

Así las cosas, si se verifica la existencia de todos los requisitos ya señalados entonces el juez debe aprobar la suspensión condicional solicitada. Sin embargo surge la siguiente cuestión, ¿puede el juez ir más allá del simple examen formal? ¿Tiene facultad para revisar el mérito de la decisión del fiscal? En definitiva ¿el juez de garantía puede rechazar dicha solicitud aun cuando se cumplan los requisitos del inciso 2º letras a) y b) del Art. 237 y el imputado hubiera prestado su consentimiento libre y voluntariamente?

La verdad es que el Código Procesal Penal Nada ha dicho al respecto.

El **Instructivo General del Ministerio Público Nº 36**, en el punto 1.3 sobre la aprobación del Juez de Garantía, señala que *éste debe ponderar tanto los aspectos de forma como de mérito de la proposición que se le haga, desde el instante que se encuentra facultado para aprobarla o rechazarla y para requerir al ministerio público los antecedentes que estime necesarios para resolver y porque por otro lado, no existe ningún elemento de texto que permita suponer que esa actuación se encuentra limitada a la constatación de las exigencias formales, aunque no se haya dicho expresamente como en el caso de los acuerdos reparatorios, por cuanto para la limitación de las facultades del juez, en una materia en que le corresponde “resolver”, que es la atribución más propia del ejercicio de la jurisdicción, se requiere de un texto manifiesto que la restrinja*. El instructivo fundamenta además dicha posición en el hecho que contra la resolución del juez de garantía, puede interponerse el recurso de apelación por el Ministerio Público, el querellante y por el imputado, lo que no tendría ningún sentido si el control sólo se limitara a los aspectos formales.

En sentido contrario se ha señalado que para responder a tal interrogante se debe ir al contexto general de la reforma procesal penal, en la cual el titular y único responsable de la persecución penal pública es el fiscal del Ministerio

---

<sup>164</sup> “Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal” art. 14 inciso 2º letra a) del Código Orgánico de Tribunales.

Público<sup>165</sup>. Por lo tanto el juez sólo estaría llamado a realizar un control de legalidad, lo que además está en concordancia con el rol de dicho órgano jurisdiccional en el proceso penal.

Por otra parte, cuando el instructivo general N° 36 hace referencia a la regulación de los acuerdos reparatorios donde, según dicho documento, se habría restringido la función del juez a la sola constatación de exigencias formales, la Fiscalía parece haber olvidado que en el artículo 241 inciso tercero del Código Procesal Penal no solo se ha limitado dicha constatación a aspectos de forma, sino que también se ha incluido el control de una exigencia que claramente nada tiene que ver con los aspectos formales: *la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal*. Lo cierto es que de acuerdo a la ley, y existiendo consenso en la doctrina en esta materia, el ejercicio y sustento de la acción penal pública corresponde al fiscal del Ministerio Público, y al juez de garantía se le han entregado facultades de fiscalizador de la legalidad de las actuaciones del procedimiento y de garante de los derechos de los intervinientes en el proceso, por lo tanto si dicho artículo que regula la procedencia de los acuerdos reparatorios (art. 241 CPP) tuvo que señalar expresamente que el juez de garantía de oficio podía negar su aprobación a dicha salida cuando existiera un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, ello fue así porque la promoción y la continuación de la acción penal es una función propia y exclusiva del fiscal del Ministerio Público.

### **2.3 Condiciones establecidas por el art. 238 del Código Procesal Penal.**

El juez de garantía, una vez que ha decretado la Suspensión Condicional del Procedimiento, le corresponderá fijar la o las condiciones que el imputado deberá cumplir dentro de un plazo que no podrá ser inferior al año ni superior a 3 años<sup>166</sup>.

Tales condiciones se encuentran enumeradas en el Art. 238 del Código Procesal Penal, y son las siguientes:

- a) Residir o no residir en un lugar determinado<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> RIEGO y DUCE, ob.cit. p.311.

<sup>166</sup> Art. 237 inc. 5° CPP.

<sup>167</sup> A través del INSTRUCTIVO N° 61 el Fiscal Nacional ha establecido que el juez de garantía no puede imponer la expulsión de una persona del territorio de la República, en aplicación de la condición contenida en la letra a) del art. 238, ni tampoco puede el fiscal solicitarla. Ver

- b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas
- c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza
- d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación
- e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago en cuotas o en un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el periodo de suspensión del procedimiento<sup>168 169</sup>.
- f) Acudir periódicamente al Ministerio Público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas, y
- g) Fijar domicilio e informar al Ministerio Público de cualquier cambio del mismo.

El fiscal, en su solicitud de suspensión condicional, puede proponer al juez (siempre ocurrirá así) la imposición de una o más de tales condiciones, fundamentando en todo caso su requerimiento. Normalmente dichas condiciones serán las que fueron acordadas con el imputado y por lo mismo, aquellas con las que ya se cuenta con el requisito de voluntariedad de acceder a la suspensión.

Sin perjuicio de que el fiscal realice dicha proposición, es al Juez de Garantía a quien corresponde fijar la o las condiciones. Para ello deberá tomar en cuenta dentro de ellas cuales resultaren más apropiadas para remover los factores que incidieron en la comisión del delito, sin dejar de ponderar los intereses en conflicto<sup>170</sup>. Para eso puede considerar la opinión de todos los intervinientes, apartándose de ella cuando las condiciones impuestas sean excesivas o desproporcionadas en relación al delito que se investiga o cuando sean de difícil cumplimiento. Si bien el juez debe escuchar la opinión de todos los intervinientes, lo más adecuado pareciera ser que no se apartara de las condiciones que le ha

---

MINISTERIO PÚBLICO, *“Reforma Procesal Penal”* Vol. 3, instrucciones generales 51 – 75, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

<sup>168</sup> *“Esta condición tiene una especial importancia, ya que permitirá obtener más fácilmente un acuerdo con la víctima que persigue primordialmente una reparación de contenido patrimonial. La capacidad económica es un factor determinante a considerar al momento de fijar la suma de dinero a pagar por el imputado, por eso es importante que tanto este último como la víctima concurren a la audiencia respectiva con los documentos necesarios para acreditar sus facultades o pretensiones económicas, para que así el juez pueda decidir inmediatamente”*, HORVITZ, ob.cit. p. 561.

<sup>169</sup> En este punto podemos observar una importante diferencia de la legislación chilena con la existente en países como Argentina, Costa Rica y Guatemala, en los cuales el ofrecimiento del imputado de reparar los daños causados a la víctima constituye un requisito central para la procedencia de la suspensión del procedimiento a prueba, en cambio en nuestro ordenamiento solo consiste en una más de las condiciones que el juez puede imponer al imputado.

<sup>170</sup> HORVITZ, ob.cit. p. 561

propuesto la fiscalía, ya que ella es la que mejor conocimiento tiene del caso y de las necesidades o situación específica del imputado.

Ahora bien, sea que acoja o no la proposición del fiscal respecto de las condiciones, el juez no puede fijar otras condiciones diferentes a las señaladas en el artículo 238, ya que conforme a la redacción del texto legal, debemos entender que la norma tiene carácter taxativo <sup>171</sup>.

El mismo Instructivo General N° 36 ha señalado que las condiciones establecidas en dicho artículo son taxativas, y que *“no corresponde aplicar una medida distinta de las mencionadas en esa disposición, aún cuando pudiere ser de una menor intensidad que las señaladas en la ley”*. El instructivo fundamenta esta posición en el hecho que algunas de esas condiciones constituyen limitaciones o restricciones a la libertad del imputado, como las de las letras a) y b), por lo tanto se encuentran afectas a la norma constitucional del artículo 19 N° 7 y al artículo 5 del Código Procesal Penal, que ordena su interpretación restringida.

Sin embargo existe una posibilidad de que se establezca una condición que no se encuentra en el listado del Código Procesal Penal. Se trata del caso en que se decrete la Suspensión Condicional del Procedimiento respecto de los delitos de desempeño en estado de ebriedad. La Ley N° 19.806, Adecuación del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal, publicada el 31 de mayo de 2002, agregó a la ley de Alcoholes un nuevo artículo 122 bis letra d), el cual dispone que decretada la suspensión condicional respecto de tales delitos, *el juez podrá imponer, además de cualquiera de las condiciones contempladas en el artículo 238 de dicho Código, la suspensión de la licencia para conducir por un plazo no menor de seis meses ni superior a un año*<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> Por el contrario la misma Fiscalía Nacional en la regulación sobre la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento respecto de ciertos delitos, ha restringido las condiciones. Es así como en el oficio N° 404 sobre Criterios de Actuación en las Suspensiones Condicionales del Procedimiento por delitos sexuales se estableció que *“en los casos en que excepcionalmente se haga uso de este mecanismo de solución alternativa, nunca deberá estipularse como condición para que se decrete la suspensión del procedimiento el pago de una suma de dinero esto es, la condición establecida en la letra e) del artículo 238 del Código Procesal Penal, porque ello equivale para la ciudadanía a la compra de la acción penal y un verdadero acuerdo reparatorio que en estas materias no está permitido”*. La misma directiva podemos encontrar en el oficio de la Fiscalía Nacional N° 482 sobre Criterios generales de la suspensión condicional del procedimiento y en especial respecto de las infracciones a la Ley 19.366.

<sup>172</sup> En este caso ha sido la ley quien ha agregado una condición para la suspensión condicional, pero también existen casos en que el propio fiscal al proponer la salida alternativa ha solicitado se imponga una condición que no se encuentra en el listado del art. 238 y el juez ha aprobado la salida en esos términos. Un caso como el que señalamos tuvo lugar en una audiencia de control de medidas cautelares en la ciudad de Temuco con fecha 24 de abril de 2001, en la que la fiscalía propuso la suspensión condicional y en ella se establecía como condición que el imputado obtuviera su cédula de identidad (que nunca había sacado) para así poder inscribirse en el servicio militar en calidad de voluntario. El juez le hizo presente al fiscal que la condición no estaba contemplada en el referido artículo, pero éste argumentó que con la defensa la entendían incluida dentro de la letra d) de la norma (*“tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación”*). Finalmente la suspensión fue aprobada por el

Por lo tanto el carácter de taxativo de dicho artículo, es cuestionable, ya que alguna otra ley podría introducir nuevas condiciones para permitir la procedencia de ciertos delitos.

Cualquiera sea la condición o condiciones que se impongan al imputado, ellas van a significar una restricción de sus derechos, por eso que es fundamental que dichas limitaciones estén fijadas por la ley y no queden al entero arbitrio del juez de garantía. Sin embargo, si partimos de la base que la voluntad del imputado es el requisito de legitimidad indispensable en esta institución (si no fuera así las condiciones constituirían penas anticipadas infringiéndose la presunción de inocencia y el debido proceso), podríamos aceptar la **existencia de una cláusula amplia o abierta** que permitiera al juez imponer una o más condiciones diferentes de las señaladas en el Código (con la limitación de que ellas no atenten contra la dignidad del imputado), cuando así lo ameritaren las circunstancias particulares del caso, ello por cuanto el imputado siempre tendrá la posibilidad de retractarse del acuerdo prestado y exigir la continuación del procedimiento y la realización del juicio oral, si considerare que las condiciones son muy exigentes o muy restrictivas de sus derechos. Para ello, eso sí, sería necesario que de incluirse una cláusula amplia, se explicitara por la ley la posibilidad del imputado de retractarse de su acuerdo, porque actualmente la Fiscalía Nacional a través del Instructivo General N° 36 ha señalado que no una vez fijada las condiciones y el tiempo por el cual deben ser cumplidas, el imputado no puede retractarse de su consentimiento<sup>173</sup>.

Finalmente en relación al tema de las condiciones que debe cumplir el imputado, existe la posibilidad para el juez de **modificar una o más de las condiciones** durante el periodo de observación, para lo cual será necesario convocar a una audiencia en la cual deberá oír a todos los intervinientes que concurran a ella<sup>174</sup>. La norma no señala quien está facultado para pedir la modificación, por lo que el Instructivo General N° 36 ha señalado que pueden realizar dicha solicitud el fiscal, el imputado, la víctima y el querellante, pero que

---

juez quien fijó entre las condiciones a cumplir la de la letra d) del art. 238 del CPP inscribiéndose en forma voluntaria el Servicio Militar y dentro de esa misma letra que en el plazo de un mes debía obtener la cédula de identidad y debiendo acreditar esta circunstancia ante la Fiscalía local de Temuco. ABUTER, Alejandro, *“Jurisprudencia de la Reforma Procesal Penal”*, Lexis Nexis, Santiago, 2004, p.202 y ss.

<sup>173</sup> Contrarios a la posición de la Fiscalía en el Instructivo N° 36 y partidarios de la retractación del imputado, RIEGO y DUCE, ob.cit. p. 310. HORVITZ, ob.cit. p. 562.

<sup>174</sup> *“Durante el periodo de suspensión y oyendo en una audiencia a todos los intervinientes que concurrieren a ella, el juez podrá modificar una o más de las condiciones impuestas”*. Art. 238 inciso final CPP.

no cabría que la modificación se realizara de oficio *“porque el tenor de la ley no lo autoriza, y porque, naturalmente, carecería de la información necesaria para ello”*.

Lo que pretende la norma en definitiva es dar flexibilidad a esta salida alternativa, de manera que sea posible ir adecuando en el camino las condiciones que pueden transformarse en excesivamente laxas o en imposibles de ser cumplidas razonablemente con el tiempo. La situación más común que puede darse es aquella en que el imputado se vea imposibilitado de cumplir total o parcialmente una o más de las condiciones fijadas, caso en el cual deberá concurrir al Ministerio Público para comunicárselo y de esa forma solicitar en forma conjunta al juez de garantía que las condiciones sean modificadas. El objetivo de la norma en este caso será que no se constituya una causal de revocación de la suspensión. En todo caso, se debe tener presente que si no se produjera un acuerdo entre defensa y fiscalía en cuanto a las nuevas condiciones, el imputado siempre tendrá el derecho de retractarse de la suspensión del procedimiento y solicitar la continuación del procedimiento ordinario.

#### **2.4 Papel de la Víctima dentro de la Institución.**

A diferencia de la Suspensión del Proceso a Prueba regulada en otros países latinoamericanos como Argentina, Costa Rica, Paraguay y Guatemala, en el modelo chileno la víctima no tiene un rol trascendental, ya que la satisfacción de sus intereses (la reparación de los daños causados por el delito) no ha sido regulada como requisito de procedencia de la salida alternativa, sino que es solo una condición más que puede imponer el juez de garantía. La institución que en nuestro nuevo sistema recoge preponderantemente los intereses de la víctima es la de los Acuerdos Reparatorios<sup>175</sup>, la Suspensión Condicional del Procedimiento ha sido establecida en cambio como una herramienta propia del Ministerio Público que busca en forma preferente objetivos distintos, sin perjuicio que además pueda significar una satisfacción de los intereses de la víctima cuando se impone la condición de indemnización de los perjuicios que se le han causado.

A continuación pasaremos a señalar las formas de participación que la ley le ha dado a la víctima y al querellante en esta salida alternativa.

En primer lugar el artículo 109 del Código Procesal Penal referido a los derechos de la víctima señala en su letra d) que la víctima tiene el derecho de *“ser*

---

<sup>175</sup> RIEGO y DUCE, ob.cit. p. 322.

*oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiera o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada*<sup>176</sup>. Por su parte el fiscal tendrá la obligación de escucharla (art. 78 inciso 2 letra d) ) y puede ser que lo que tenga que decir la víctima respecto de la suspensión sea tomado en cuenta por el fiscal (quien podría decidir no solicitar la salida o bien proponer determinadas condiciones al imputado), pero en estricto rigor la opinión de la víctima no es vinculante para el fiscal, quien como titular del ejercicio de la acción penal pública es el único que puede decidir la conveniencia o no de la continuación del proceso.

Por otra parte el inciso cuarto del art. 237 del Código Procesal Penal establece que si la víctima cuando actúa como querellante asistiera a la audiencia en que se discute la solicitud de suspensión condicional, deberá ser oída por el tribunal. Ahora bien, el tribunal en dicha audiencia va a escuchar y tomar en cuenta la opinión de todos los intervinientes, también la del querellante, pero ella tampoco será vinculante para el juez de garantía quien es libre para imponer las condiciones que considere más adecuadas a las circunstancias del caso.

El texto del Código Procesal Penal originalmente aprobado por el Senado y luego por la Cámara de Diputados disponía que, en todo caso, el tribunal debía oír a la víctima y al querellante antes de resolver la suspensión. Sin embargo dicha disposición no fue incluida porque se consideró que se podría paralizar el procedimiento en caso de que no comparecieran. Por ello es que actualmente y de acuerdo a lo que ha prescrito la Fiscalía Nacional a través de su Instructivo General N° 36, la presencia de la víctima o del querellante no es un requisito de validez de la respectiva audiencia, pero sí será necesario que sean citados a la misma.

Ahora bien, si la opinión de la víctima o del querellante no son determinantes ni para el fiscal, ni para el juez de garantía, pareciera no tener mucho sentido que la ley le haya concedido al querellante la posibilidad de apelar contra la resolución que dicte dicho tribunal (incluso la Fiscalía Nacional ha señalado en su Instructivo N° 36 que también podría apelar la víctima). Entonces, ¿cuál es el sentido del recurso? ¿Mediante la apelación se estaría permitiendo a la víctima o al querellante discutir el mérito de la salida alternativa, o bien, reclamar respecto de las condiciones que fueron impuestas al imputado, o sólo que exija la revisión de los presupuestos formales para su procedencia?

Las dos primeras posibilidades nos parecen inaceptables, primeramente porque no tendría ninguna coherencia con lo ya señalado en cuanto a que la

---

<sup>176</sup> El instructivo general N° 36 señala que la oportunidad para escuchar a la víctima puede ser: antes de que se pide la suspensión; una vez pedida antes que resuelva el juez; o en la misma audiencia en que se trate el tema, si es que asistiere a ella.

opinión de víctima y querellante no es vinculante y luego porque es el Ministerio Público, y sólo él, a quien corresponde la persecución penal pública de los delitos, su ejercicio y la decisión de perseverar en ella, esto en los casos que la ley lo ha permitido (cuando se han introducido criterios de oportunidad). Por ello que concordamos con la opinión que los profesores Horvitz y Bofill manifestaron en la minuta de Comentarios al texto del proyecto de Código Procesal Penal aprobado por la Cámara de Diputados, sobre la posibilidad de apelación que se daba al querellante “que se viere perjudicado por la procedencia de la suspensión del procedimiento”<sup>177</sup>. Al respecto señalaron: *“Este derecho del querellante supone una confusión conceptual sobre las tareas del querellante en un sistema tendencialmente acusatorio, como el que se propone. El interés público es representado por el Ministerio Público y si éste ha acordado la suspensión condicional del procedimiento bajo ciertas condiciones, ello ha sido previa ponderación, precisamente, de las prioridades en la persecución penal que, anualmente y de conformidad a la Ley Orgánica del Ministerio Público, este organismo deberá autoimponerse. La víctima no representa el interés público, a diferencia de lo que puede ocurrir en el sistema procesal penal hoy vigente, en el que la acción pública le abre la puerta para actuar, a falta de otro acusador. La insatisfacción de la víctima en sus intereses particulares es algo que, o bien debe solucionarse por la vía de la imposición de una condición consistente, precisamente, en la indemnización, o bien por la prosecución de la vía civil. Sin embargo, la opinión contraria del querellante respecto de la procedencia de la suspensión del procedimiento no puede afectar el programa de política criminal establecido por la legislación y por los organismos creados por la ley al efecto”*<sup>178</sup>

Finalmente, la única justificación que podría darse al hecho que el querellante (y la víctima si seguimos el criterio del Instructivo N° 36) pueda apelar, es que la ley ha querido darle un medio para verificar la concurrencia de los requisitos que ha señalado la ley para la procedencia de la salida alternativa.

---

<sup>177</sup> Si bien el texto definitivo del Código no está redactado en esos términos, el comentario realizado por dichos académicos también puede hacerse extensivo a la norma contenida en el art. 237 inciso sexto del CPP. que concede la apelación al querellante sin agregar nada más.

<sup>178</sup>MATURANA Miquel, Cristian (Coordinador), ob.cit., p. 299.

## 2.5 Revocación de la Suspensión Condicional del Procedimiento

Si durante el periodo de suspensión fijado por el juez el imputado da cumplimiento a las condiciones que le fueron impuestas, se producirá la extinción de la acción penal y por consiguiente el término del proceso respectivo.

Por el contrario, si el imputado incumpliere sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas o bien, fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos diferentes, el juez podrá revocar la salida alternativa, lo que significará la continuación del proceso de acuerdo a las normas generales<sup>179</sup>.

Se ha señalado que la revocación no sería una situación injusta ni de perjuicio para el imputado, ya que ella solamente significa *“devolver el caso originalmente suspendido a la situación normal, es decir, la determinación o no de responsabilidad del imputado en un juicio oral, público y contradictorio, con todas las garantías del debido proceso”*<sup>180</sup>. Si bien, es cierto que el imputado tendrá derecho al juicio oral con todas sus garantías, no debemos perder de vista que las condiciones que se fijaron al aprobarse la suspensión, y que el imputado cumplió hasta que tuvo lugar la revocación, aunque no tengan el carácter de penas, constituyen una restricción de sus derechos y, por lo tanto, en el caso que se deje sin efecto la salida alternativa se producirá una prolongación de los efectos negativos del proceso penal, prolongación que estará dada porque deberá seguirse el procedimiento completo en su contra, con todas las cargas que ello significa, eventualmente podría decretarse una medida cautelar personal en su contra y finalmente en el caso de dictarse sentencia condenatoria, deberá cumplir con la pena impuesta en su totalidad sin tomar en cuenta las condiciones que hubiera cumplido durante el periodo de suspensión. Por otra parte si se revoca la suspensión condicional ya no podrán cumplirse los fines buscados por ella tales como, evitar la estigmatización del imputado por la dictación de una condena. Por eso consideramos de gran importancia que el juez de garantía pondere las causales al tomar una decisión sobre la revocación de la suspensión.

---

<sup>179</sup> El texto del proyecto propuesto por el Ejecutivo también establecía que el procedimiento debía continuar de acuerdo a las reglas generales. Sin embargo, en la Cámara de Diputados se aprobó una enmienda al mismo que establecía que de producirse la revocación de la suspensión, el caso debía fallarse en conformidad al procedimiento abreviado, ello como consecuencia de la exigencia que había introducido la misma Cámara de que el imputado reconociera los hechos materia de la investigación para poder acceder a la suspensión condicional del procedimiento, la que también fue eliminada.

<sup>180</sup> Así lo han señalado RIEGO y DUCE, ob.cit. p. 321.

El artículo 239 del Código Procesal Penal ha establecido dos causales de revocación, y en el caso de que cualquiera de ellas tuviere lugar el fiscal o la víctima deberán solicitar al juez de garantía la revocación de la salida alternativa<sup>181</sup>, quien deberá convocar a una audiencia para su discusión.

La primera causal consiste en que el imputado sea objeto de una nueva formalización de la investigación por un hecho diferente al que fue materia del acuerdo de suspensión.

El Instructivo 36 señala que se trata de una causal objetiva, que la ley no ha hecho ninguna distinción acerca de la gravedad de los hechos por los cuales se formaliza la nueva investigación, como tampoco sobre el grado de participación del imputado, por lo tanto el fiscal debe intervenir siempre solicitando la revocación, sin efectuar ninguna ponderación.

Ahora bien, la sola nueva formalización no produce de pleno derecho la revocación de la suspensión, sino que será necesario su declaración judicial, y si al fiscal no le correspondía ponderar los hechos por los cuales se realizó la formalización, creemos que es el juez de garantía a quien le corresponderá valorar la suficiencia y mérito de esta actuación administrativa.

De acuerdo al tenor literal y a los términos imperativos de la norma que señala que una vez solicitada la revocación, *“el juez, a petición del fiscal o la víctima, revocará la suspensión condicional del procedimiento...”*, pareciera que el juez no puede entrar a valorar el mérito de la nueva formalización, y solo bastaría que constatará que ella se efectuó. Sin embargo, el hecho que la resolución que resuelve la revocación sea apelable hace presumir que la tarea del juez va más allá de la comprobación de la existencia de un hecho.

Además de la circunstancia que dicha resolución sea apelable, se puede afirmar que el juez debe ponderar el mérito de la nueva formalización antes de resolver la solicitud de revocación, porque *“la formalización de la investigación es un acto unilateral del ministerio público y tiene, por regla general, una función exclusivamente garantista; sin embargo, este es un supuesto excepcional en que*

---

<sup>181</sup> La revocación no puede ser decretada de oficio por el juez. Así lo ha señalado la Fiscalía Nacional a través de su Instructivo General N° 36, basándose en el texto expreso del art. 239 del CPP. Además, se debe tener en cuenta que el proyecto original le concedía al juez la facultad para revocar de oficio y ello fue eliminado por el Senado. En ese entonces la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en su segundo informe señaló: *“(La Comisión) prefirió establecer que la revocación debe producirse a petición del fiscal, de la víctima o del querellante, y no de oficio, sobre todo considerando que en el artículo anterior se le encomendó al fiscal el control del cumplimiento de las condiciones impuestas al imputado”*.

*su planteamiento arbitrario o infundado puede causar un gravamen irreparable al imputado*<sup>182</sup>.

Debemos tener en consideración además que la decisión del fiscal de formalizar la investigación puede ser adoptada por diferentes motivos y en una fase muy temprana del procedimiento, sin que todavía se cuente con los elementos probatorios necesarios para justificar de un modo suficiente la existencia del delito y la participación del imputado en él<sup>183</sup>. Por lo mismo la ley le ha concedido a este último el derecho de reclamar ante las autoridades del Ministerio Público por una formalización arbitraria<sup>184</sup>, recurso que será de vital importancia en este caso de revocación.

La segunda causal de revocación consiste en el incumplimiento de las condiciones. El art. 239 del Código se refiere al caso en que el imputado, injustificadamente, no da cumplimiento a las condiciones en forma reiterada o no da cumplimiento gravemente a ellas. Es decir, según lo que prescrito por la ley y de acuerdo lo que se señala en Instructivo General N° 36 de la Fiscalía Nacional, no es necesaria la concurrencia copulativa de dichos requisitos, por lo que un solo incumplimiento calificado como grave podría dar lugar a la revocación.

A ese respecto coincidimos con la opinión de la profesora Horvitz quien señala que debería haberse mantenido la causal tal como existía en el texto original del Ejecutivo que exigía que dichos requisitos concurrieran copulativamente, ello porque a su parecer el incumplimiento de las condiciones no tiene una entidad de disvalor equiparable a la imputación de un nuevo delito. Por lo tanto, sólo hipótesis muy graves y copulativas de incumplimiento podrían alcanzar un nivel análogo de gravedad.

Respecto de esta causal también será necesario, para que se produzca la revocación de la suspensión, que el fiscal del ministerio público o bien la víctima la soliciten, poniendo en conocimiento del juez de garantía los presupuestos fácticos que la constituyen, de manera que sea declarada judicialmente.

Es importante hacer mención por último a la norma contenida en el artículo 335 del Código Procesal Penal, que tiene por objeto asegurar la imparcialidad del tribunal del juicio oral en lo penal y a evitar que la Suspensión Condicional del

---

<sup>182</sup> HORVITZ, ob.cit. p. 564.

<sup>183</sup> HORVITZ, ob.cit. p. 564.

<sup>184</sup> El art. 232 inciso final prescribe: *“El imputado podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público, según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considerare que ésta hubiere sido arbitraria”*.

Procedimiento sea utilizada para obtener la condena del imputado en caso de revocación de la misma. Dicha norma establece que no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una Suspensión Condicional del Procedimiento. Si ello llegara a ocurrir, se podrá plantear en la audiencia la correspondiente objeción y además la prohibición de valoración de dicho antecedente como medio de prueba<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> HORVITZ, ob.cit. p. 567.

## Conclusiones

En este trabajo hemos querido adentrarnos en el estudio de una figura absolutamente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, introducida en el marco de la reforma procesal penal, ya vigente en la totalidad del país: la Suspensión Condicional del Procedimiento.

A través de las tres partes que conforman esta memoria se ha pretendido principalmente, analizar y entender la esencia misma de la institución, los fundamentos para su introducción en el nuevo proceso penal, las instituciones que le han servido de antecedente, de manera de poder, en base a esas argumentaciones, sugerir el modo en que ella debe operar o bien criticar la aplicación que se ha dado de esta institución.

En el primer capítulo se realizó una breve referencia a la Suspensión Condicional del Procedimiento, a su definición y ámbito de aplicación. Con él no se ha pretendido realizar un estudio detallado en relación a la normativa que lo rige, sino que se ha querido ir más allá de eso, llegando a los fundamentos de la institución para determinar en definitiva la justificación de su introducción en el procedimiento penal, los objetivos que se buscan con ella, y por último intentar dar una respuesta en cuanto a su naturaleza jurídica.

Hemos afirmado en primer lugar que la Suspensión Condicional del Procedimiento conforma una manifestación del principio de oportunidad en su sentido más restringido, principio que fue incluido en el nuevo proceso penal a través de excepciones establecidas por la ley respecto del principio de legalidad, que constituye la regla en materia de persecución penal (modelo de oportunidad restringida). Es así como el nuevo Código ha regulado el principio de oportunidad propiamente tal (o en sentido estricto) en su artículo 170 y también a través de la figura del archivo provisional.

Ahora bien, aunque el Código no lo señale expresamente, el principio de oportunidad también se manifiesta en una de las salidas alternativas: la Suspensión Condicional del Procedimiento. A este respecto queremos enfatizar que sólo la suspensión condicional, y no los acuerdos repertorios, constituyen una expresión del principio de oportunidad, ello porque sólo en la primera de estas salidas es el fiscal del Ministerio Público quien tiene en sus manos la decisión de continuar o no con la persecución penal. En los acuerdos reparatorios en cambio,

dicha decisión se encuentra entregada a la víctima y al imputado, y en última instancia al juez de garantía. Nos encontramos con que, si bien el fiscal incluso podría promover estos acuerdos, su papel es esta figura es absolutamente insignificante, porque la audiencia en que se discute la aprobación de esta salida alternativa podría llevarse a cabo sin su presencia y en el caso de asistir, su opinión en relación a la procedencia del acuerdo no es vinculante para el juez de garantía.

En cuanto a los fundamentos que se han tenido en vista para introducir esta figura en el procedimiento penal, hemos hecho aplicable los señalados para la implementación del principio de oportunidad.

A este respecto podemos señalar que la Suspensión Condicional del Procedimiento encuentra su justificación en la persecución de una serie de objetivos. Dichos objetivos son tanto de carácter procesal, como de derecho material o penales.

Creemos que esta salida alternativa pretende, en primer lugar, racionalizar la selectividad inherente a todo sistema de persecución penal. La aplicación de la suspensión condicional supone reconocer que el principio de legalidad no atiende a esa selectividad informal (que se traduce en desigualdad) y que resulta necesaria su regulación. Por otra parte también, esa selectividad tiene su origen en el hecho que los sistemas penales no cuentan con los recursos (materiales y humanos) suficientes para investigar y sancionar todos los delitos cometidos. Por eso es que esta salida alternativa también significará un ahorro de tiempo y recursos para que el Ministerio Público pueda concentrar sus esfuerzos en aquellos ilícitos de mayor gravedad. Estos dos objetivos vendrían a ser de carácter procesal y son los que primeramente se tienen en vista.

Luego, tal vez como consecuencia de lo anterior, pero no por ello con una importancia menor, la suspensión condicional implicará la obtención de otros objetivos o metas que son de carácter penal, como la descriminalización y la evitación de los efectos nocivos inherentes al proceso penal y la imposición de una pena privativa de libertad.

Finalmente, mencionamos como justificación la satisfacción de los intereses de la víctima y nos extendimos para referirnos a la reparación en materia penal. A propósito de esta materia, debemos señalar que la Suspensión Condicional del Procedimiento no es la institución que la ley ha contemplado para la satisfacción de los intereses de la víctima y por lo tanto no es un objetivo primordial o preferente de la figura, no obstante lo cual pueda igualmente tener lugar en el caso en que se imponga como condición el pago de una determinada suma, a

título de indemnización de perjuicios, a la víctima. Lo importante a tener en cuenta es que la procedencia de la salida alternativa será decidida por el fiscal en base a una serie de motivaciones político criminales, entre las cuales la reparación a la víctima no es preferente. Por el contrario, en los acuerdos reparatorios, la satisfacción de los intereses de esta última es el objetivo fundamental y se eleva a nivel de un principio fundamental del proceso penal, incluso por sobre la facultad del Ministerio Público de decidir la continuación de la persecución penal.

No son pocas las críticas que se han formulado a la institución de la Suspensión Condicional del Procedimiento. Algunas directamente a la figura, otras referidas a la introducción del principio de oportunidad en la persecución penal.

Se ha dicho en su contra que el principio de oportunidad, atenta contra una serie de principios del proceso penal (el principio de igualdad y legalidad penal, el principio de separación de poderes, la presunción de inocencia) y que provoca una debilitación de la capacidad preventiva del derecho penal.

Sin lugar a dudas la crítica más importante que se realiza, señala que el desprestigio del principio de legalidad, en cuanto a que no tiene capacidad funcional y de que no sirve en la práctica, solo es una consecuencia de los errores que se han dado en el Derecho Penal, y que la vigencia y aplicación del principio de oportunidad es solo la solución obligada frente a la expansión del derecho penal.

Se señala que nos encontramos frente a un Derecho Penal Moderno que se caracteriza por una exacerbación de la idea de prevención (especial y general), y de orientación hacia las consecuencias, que margina de la política jurídico penal los principios de igualdad y de retribución justa del delito, lo que vemos cuando se pretende que el derecho penal sea un instrumento de pedagogía social. Por otra parte al derecho penal ya no se le considera como *ultima ratio*, sino como la primera o única solución de los problemas sociales. Además, ha aumentado su capacidad de intervención, y como consecuencia de ello, entre otras, se ha producido una proliferación de la legislación penal especial, lo que ha significado que se introduzcan reformas en el derecho procesal penal especialmente en lo que dice relación con la aceleración y facilitación del procedimiento y de la investigación, que desemboca en la eliminación de algunas garantías específicas del Estado de Derecho (mandato de certeza, principio de legalidad, de igualdad etc.) que serían un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas y para la eficiencia que se le exige.

El mayor problema de este derecho penal tan extendido, según esta posición, es la distancia entre su real capacidad y las expectativas de solución

que genera, que llevan a que se busquen nuevas vías principalmente de carácter procesal para aumentar su capacidad. Pues entonces como un proceso penal con todas las garantías cuesta tiempo y dinero, empiezan a nacer los “acuerdos” entre acusación y defensa como forma de solución de conflictos (que vendrían siendo las salidas alternativas de nuestro ordenamiento).

Los críticos en definitiva proponen que debería volverse al principio de legalidad y para ello sería necesario que el derecho penal se redujera al derecho penal nuclear.

No cabe duda alguna que es una realidad todo lo que se señala respecto de la expansión del derecho penal y que obviamente eso ha influido en que el principio de legalidad no pueda ser eficiente en la práctica. Por eso creemos, tal como lo señaló la profesora Horvitz, que resulta muy importante que se realice una revisión crítica de los fundamentos de la criminalización de ciertos hechos por parte del legislador, para verificar si subsisten los presupuestos de merecimiento de pena. Es decir, es necesario hacer un esfuerzo para que el derecho penal se vea reducido a las conductas socialmente más graves y respecto de las cuales no exista otra reacción más adecuada que el *ius puniendi* estatal.

Ahora bien, por ahora (y quizá siempre, porque es muy difícil que nos encontremos algún día con un derecho penal nuclear propiamente tal) la aplicación del principio de oportunidad, específicamente de la Suspensión Condicional del Procedimiento, nos parece adecuada y necesaria para el cumplimiento de los fines que se ha propuesto y a los que ya hemos hecho mención. Por lo tanto, lo que se debe pretender ahora es que en su aplicación, se respeten de la mejor forma los principios y garantías fundamentales del proceso penal y de un Estado Democrático de Derecho. Para ello será necesario por una parte, que el Ministerio Público fije sus criterios en esta materia de forma general y de acuerdo a una política criminal global, para que así se cumpla, ente otros, con el principio de igualdad, y por otro lado, también es de mucha importancia el control que pueda efectuar el juez de garantía en relación a la aceptación libre y espontánea del imputado, y que el fiscal del Ministerio Público justifique que ella constituye la salida más adecuada, porque no debemos olvidar que la Suspensión Condicional del Procedimiento significa una carga para el imputado y podrían existir casos en que sería posible la aplicación de institutos procesales menos aflictivos, como sería la aplicación del principio de oportunidad (Art. 170 CPP).

Terminando con el capítulo primero, nos referimos a la naturaleza jurídica de las condiciones o mandatos que debe cumplir el imputado respecto de quien se ha aprobado una suspensión condicional.

A este respecto afirmamos que ellas no tendrían el carácter de penas, ello porque es el propio imputado quien ha manifestado su consentimiento a la aplicación de la salida y de las condiciones correlativas, voluntad que por lo tanto será requisito fundamental de legitimidad de la suspensión y que tendrá por consecuencia que el imputado siempre podrá retractarse de ella. Además no puede entenderse que dichas condiciones tengan un carácter coercitivo, porque el presupuesto de la pena es la culpabilidad y en la suspensión condicional no queda de ninguna manera establecida la culpabilidad del imputado, quien ni siquiera debe reconocer o aceptar los hechos materia de la persecución penal.

A continuación ante la interrogante de si las condiciones tendrían el carácter de medidas de seguridad, concluimos que ello no era posible porque, no obstante cumplir fines de carácter preventivo especiales y no requerir un reconocimiento de culpabilidad, no podía aplicarse el presupuesto de peligrosidad y además no existía una condena firme producto de un juicio tramitado de acuerdo a todas las garantías de un debido proceso (principalmente realización del juicio oral).

Por último afirmamos que las condiciones impuestas por la aprobación de esta salida alternativa, no constituyen una consecuencia jurídica del delito, sino solo requisitos establecidos por la ley para que dicha institución opere y pueda producir los efectos previstos por ella, principalmente la extinción de la acción penal.

Finalmente, y teniendo a la vista lo anteriormente expuesto sobre las condiciones, nos avocamos a determinar la naturaleza jurídica de la institución misma. En relación a ello afirmamos que se trata de una figura de carácter procesal. Se trata de un instrumento entregado al órgano que tiene a su cargo la persecución penal, para la consecución de objetivos preferentemente procesales, pero también de carácter penal.

Creemos, de todas formas, que resulta un poco forzado tener que encasillar a esta figura como procesal o penal, porque en definitiva cumple muy diferentes objetivos y funciones, incluso constituye una nueva forma de extinción de la acción penal y no podemos dejar de tener en cuenta que el derecho penal y el procesal penal, no pueden convivir en forma aislada el uno del otro.

En la segunda parte de este trabajo, quisimos dar una mirada a los orígenes de la Suspensión Condicional del Procedimiento, para de esa manera poder afirmar con mayores y mejores fundamentos la naturaleza jurídica de dicha salida alternativa en nuestro ordenamiento.

Del estudio de las dos formas de suspensión del proceso que analizamos: *diversion* y *probation*, pudimos concluir que la suspensión condicional corresponde a la primera de ellas y que antes de la vigencia del nuevo código procesal penal, si bien en nuestro ordenamiento ya se encontraba consagrada la suspensión del proceso, solo se trataba de formas de *probation*, ello a través de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad: la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada.

*Diversion* y *probation* son formas de suspensión del proceso, pero con importantes diferencias. Una de ellas la encontramos en el momento en que se produce la suspensión del proceso, la *diversion* tiene lugar en la etapa preliminar del juicio y está entregada al órgano que tenga a su cargo la persecución penal, en la *probation* en cambio la suspensión del proceso tiene lugar al final del juicio, al momento de dictarse la sentencia o bien de la ejecución de la pena, por otra parte la *diversion* no implica declaración de culpabilidad, la que siempre estará presente en la *probation*.

Con ello queremos hacer presente que ambas instituciones y por lo mismo, tanto la Suspensión Condicional del Procedimiento como las Medidas Alternativas a las penas privativas de libertad de la ley 18.216, cumplen con objetivos diferentes, la primera tendrá objetivos preferentemente procesales y la segunda de carácter penal, no obstante lo cual la Suspensión Condicional del Procedimiento pueda también cumplir objetivos penales.

Que la suspensión condicional sea un instrumento útil para la consecución de fines penales, no la hace perder su naturaleza procesal, porque lo determinante en ella es que logra el cumplimiento de objetivos procesales y ello se encuentra entregado a la discrecionalidad del órgano público encargado de promover y sustentar la persecución penal (manifestación del principio de oportunidad), todo lo cual la diferencia de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad.

Finalmente en la última parte de este trabajo más que realizar un análisis detallado de las normas que regulan la Suspensión Condicional del Procedimiento, se quisieron destacar ciertas interrogantes que se plantean en la aplicación de la misma y además dar una posible respuesta a ellas en conformidad a los principios y argumentos que fueron desarrollados en los capítulos anteriores relativos a la justificación de la introducción de esta salida alternativa en el proceso penal chileno.

Luego de haber revisado algunas materias respecto de las cuales surgen dudas, pudimos observar que en la aplicación de la suspensión condicional tienen

una gran importancia los criterios de actuación que haya fijado la Fiscalía Nacional a través de las instrucciones generales y oficios. A este respecto podemos señalar que si bien la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público expresamente le ha encargado al Fiscal Nacional fijar los criterios de actuación de dicha entidad, los criterios que se establezcan serán para dar cumplimiento de los objetivos fijados en la Constitución y en las leyes, y es en este punto donde podemos criticar las posiciones adoptadas por el Fiscal Nacional en varias de las materias que revisamos, ya que se han interpretado las normas legales o bien fijado criterios sobre la persecución penal que no dicen relación con los objetivos que se han tenido en cuenta en la implementación de la reforma procesal penal, y tampoco pareciera existir una política criminal clara y definida, ya que los criterios de actuación se han modificado en base a las exigencias de seguridad ciudadana que realiza la opinión pública.

Como señalamos al inicio de ese trabajo las motivaciones que se tuvieron en cuenta para la implementación de la reforma procesal fueron muchas y diversas. Así, para algunos era la solución para racionalizar y modernizar la persecución penal y lograr de esa manera que los procesos penales fueran más expeditos y los culpables castigados más rápidamente, para otros en cambio significaba el reconocimiento en la ley procesal de las garantías individuales protegidas por la Constitución Política y que habían sido completamente olvidadas en el sistema inquisitivo que hasta entonces imperaba.

Lo cierto es que ambas posturas fueron recepcionadas en el sistema penal y en las instituciones que se crearon. En efecto, tratándose de la suspensión condicional tenemos que por una parte se ha buscado con su introducción el ahorro de recursos y tiempo para el Ministerio Público, de manera de poder dedicar sus esfuerzos a la persecución de los delitos de mayor gravedad para dar sanción a los responsables, pero además con esta institución se ha pretendido racionalizar o regular la selección inherente a todo sistema penal que constituye un atentado contra el principio de igualdad y por otra parte también se ha querido evitar los efectos nocivos, en términos de etiquetamiento social y de desocialización, que significan para una persona el que se siga un proceso en su contra y la imposición de una pena privativa de libertad que seguramente será de corto tiempo.

La Suspensión Condicional del Procedimiento debe ser considerada como una manifestación de la diversificación de las formas para enfrentar el delito que

resultan menos gravosas para el imputado, pero que sin embargo cumple con los fines del derecho penal, incluso en la medida que su utilización puede significar la satisfacción de los intereses de la víctima.

Esta salida alternativa la entendemos como una expresión del principio de oportunidad en la persecución penal, por lo tanto se trata de una herramienta que ha sido entregada al Ministerio Público y que puede ser utilizada por éste como parte integrante de la política criminal pública, que en un Estado Democrático de Derecho debe procurar superar la desigual distribución del control penal existente (lo que puede lograrse en parte si se regula la selectividad propia del sistema penal por la introducción de criterios de oportunidad) y permitir el ingreso de nuevas formas de reacción frente a los conflictos sociales más graves que signifiquen un menor nivel de coactividad sobre las personas.

## Bibliografía.

AUED, Roberto Rubén y JULIANO, Mario Alberto, *“La Probation y otros institutos del Derecho Penal”*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.

BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento en el código penal argentino y la diversión estadounidense. Un análisis comparativo*, en *“Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

BRUZZONE, Gustavo A., *“Fiscales y política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral” en El Ministerio Público en el Proceso Penal.*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

CAROCCA PEREZ, Alex, DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián y otros, *“Nuevo Proceso Penal”*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2000.

CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás, *“El Ministerio Público y la Justicia Negociada en los Estados Unidos de Norteamérica”*, Editorial Comares, Granada, 1996.

CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena (coordinadores), *“Penas Sustitutivas a la Prisión”*, Bosch, Barcelona, 1997.

CORREA S., Jorge y JIMENEZ, María Angélica, *“Sistema Judicial y Pobreza. Estudio sobre el acceso a la justicia en Argentina, Chile, Perú y Venezuela”*. Cuadernos de análisis jurídico de la Escuela de Derecho de la U. Diego Portales, serie de seminarios, número 35.

CURY URZÚA, Enrique, *“Derecho Penal. Parte General”*, Ediciones Universitarias Católica de Chile, Santiago, 2005.

DAVID, Pedro R., FELLOWES, Brian y otros, *“Suspensión del Juicio a Prueba. Perspectivas y Experiencias de la Probation en la Argentina y en el Mundo”*, Lexis Nexos, Depalma, Buenos Aires, 2003.

DE OLAZÁBAL, Julio, *“Suspensión del Proceso a Prueba”*, Editorial de Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994.

DEVOTO, Eleonora A., *“Probation e institutos análogos”*, Segunda Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *“El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana”*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 19 de mayo 2004.

DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO R., Cristián, *“Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2002.

GRACIA MARTIN, Luis, BOLDOVA P., Miguel Ángel, ALASTUEY, M. Carmen, *“Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente, *“Lecciones de Derecho Procesal Penal”*, Colex, Madrid, 2003.

GOMES, Luis Flavio, *“Suspensao Condicional do Processo Penal”*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1995.

GONZÁLEZ GARCÍA, Hernán, *“Análisis Jurídico de la Ley 18.216”*, en Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Pena, Nº 16 (julio/diciembre 1991), Gendarmería de Chile, Santiago, p.131 y ss.

GUARIGLIA, Fabricio O., *“Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad” en El Ministerio Público en el Proceso Penal.*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

HASSEMER, Windfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, “Viejo y Nuevo Derecho Penal”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián, *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

- *“Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal: tendencias del derecho”*. Revista de Ciencias Penales, Instituto de Ciencias Penales, Santiago, Tomo XL Número 2, 1990-1993.

JUSTE, María Antonieta, MERTZ, Catalina y MERY, Rafael, *“Medidas Alternativas a la reclusión. La experiencia de Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra”*, Proyecto “Sistema de Ejecución de Penas para Chile” Ministerio de Justicia y Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 1998.

MINISTERIO PÚBLICO, *“Reforma Procesal Penal, Instrucciones Generales N° 26 a 50, noviembre 2000- febrero 2001”*, Editorial Jurídica de Chile.

- *“Reforma Procesal Penal”*, Volumen 3, instrucciones generales 51 – 75, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

- *“Reforma Procesal Penal. Oficios del Fiscal Nacional, Materias Procesales Penales. 2001-2004”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

MAIER, Julio B.J., *“Derecho Procesal Penal”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

- *“Las Reformas Procesales Penales en América Latina”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

MARTÍN BARBERÁN, Jaime, *“La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos”* en Revista del Poder Judicial N° 58, segundo trimestre 2000, Editor Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MATURANA MIQUEL, Cristián (coordinador), *Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias* (Vol. 1-5), Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *“Derecho Penal. Parte General”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

OFICIOS E INSTRUCTIVOS DEL MINISTERIO PÚBLICO:

- INSTRUCTIVO GENERAL N° 36, Sobre Criterios de Actuación e Instrucciones en Materia de Suspensión Condicional del Procedimiento, Santiago, diciembre 15 de 2000.

- INSTRUCTIVO N° 62 Sobre Salidas Alternativas en los Delitos de Desempeño de un Conductor en Estado de Ebriedad, Santiago, diciembre 14 de 2000.

- INSTRUCTIVO N° 61 Sobre Expulsión y Suspensión Condicional del Procedimiento, Santiago, Mayo 25 de 2001.

- OFICIO N° 163 / Precisa Criterios de Actuación e Instrucciones en Materia de Suspensión Condicional del Procedimiento, Santiago, abril 12 de 2002. (ANT.: Instructivo General N° 36 de 15.12.00)
- OFICIO N° 270, Modifica Instructivo N° 62 en Materia de Suspensión Condicional del Procedimiento referida a delitos de manejo en estado de ebriedad. Santiago, junio 03 de 2002.
- OFICIO N° 404 /Criterios de Actuación en las Suspensiones Condicionales del Procedimiento por Delitos Sexuales, Santiago, agosto 21 de 2003.
- OFICIO N° 482, sobre Criterios Generales de la Suspensión Condicional del Procedimiento y en especial respecto de las infracciones a la Ley 19.366, Santiago octubre 13 de 2004.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *“Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General”* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

POTT, Christine, “La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario y el sobreseimiento”, *La insostenible situación del derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Editorial Comares, Granada, 1998.

RAMOS MENDEZ, Francisco, *“El Proceso Penal: Sexta lectura Constitucional”*, José María Bosch, Barcelona, 2000.

RONDINI FERNÁNDEZ – DÁVILA, Patricio, *“Procedencia de la Suspensión Condicional del Procedimiento en el Juicio Simplificado”*, Revista Procesal Penal, <http://bd.legal.cl>

ROXIN, Claus, *“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito.”*, Civitas, Madrid, 1997.

- *“Derecho Procesal Penal”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 200.

SÁEZ MARTIN, Jorge E., *“La Suspensión de la imposición de la pena”*, Revista Procesal Penal Número 14 octubre del 2003, Lexis Nexis, Santiago.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *“Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992.

SOTO PIÑEIRO, Miguel, *“Ministerio Público y política criminal”*, en *El Ministerio Público*, Editorial Conosur, Santiago, 1995.

VITALE, Gustavo L., *“Suspensión del Proceso Penal a Prueba”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

CÓDIGO Procesal Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

## Abreviaturas Utilizadas

Ob.cit.	obra citada
p.	página o páginas
UDP.	Universidad Diego Portales
Art.	Artículo
ss.	Siguientes
CPP.	Código Procesal Penal
Vol.	Volumen
OPP.	Ordenanza Procesal Penal
Vgr.	Verbigracia
Nº	número