

LAS SALIDAS ALTERNATIVAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Jaime Retamal Herrera*

1. INTRODUCCIÓN

Teniendo en consideración la particular relevancia otorgada a las denominadas “salidas alternativas” dentro de la operatoria del nuevo sistema procesal penal, tanto por el discurso del Poder Ejecutivo como por la dogmática nacional, resulta provechoso analizar la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios contenidos en el nuevo Código Procesal Penal, a la luz de los fundamentos dogmáticos señalados para su instauración, de tal forma de reparar y reflexionar si en la concreción normativa de las instituciones se logró dar cumplimiento a dichos principios o fundamentos, ya sea en la versión original del proyecto, como con los cambios introducidos por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados que se tradujeron en el texto definitivo del actual código. Asimismo, resulta oportuno analizar y comentar los criterios sustentados por el Ministerio Público en estas materias, expresados en las correspondientes Instrucciones de la Fiscalía Nacional.

* JAIME RETAMAL HERRERA. Abogado del Consejo de Defensa del Estado. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional Andrés Bello.

2. PRESUPUESTOS TEÓRICOS¹

En el contexto de este análisis, se parte del presupuesto y se hacen propias las conocidas y reiteradas críticas al actual sistema procesal penal como ineficiente en sus aspectos de protección de derechos y de sanción de delitos. Se estima además como valioso el consenso existente en diferentes áreas y sectores de la comunidad jurídica nacional, en lo referente a la necesidad de superar la crisis del sistema penal, en la exigencia de aspirar a un procedimiento penal moderno que crea, aplique y respete al debido proceso, y conjuntamente logre un grado de eficiencia en combate a la criminalidad.

Se comparte lo sostenido por otros autores, en el sentido de que no tan sólo a nivel de la comunidad nacional, sino también a un nivel del Poder Ejecutivo existe un grado mayor o menor de desconocimiento de fundamentos, significado e implicaciones de un modelo procesal garantista, y en tal contexto se actúa con un doble estándar, ya que, por una parte, se proclama como principio fundamental la garantía del debido proceso y los demás derechos fundamentales, y por otra, al tomar decisiones de política criminal muy concretas se actúa con criterios peligrosistas o poco garantistas.

Concordamos también lo ya sostenido en otros lugares de que la reforma procesal penal plantea un desafío enorme a la comunidad jurídica nacional, en el sentido de elaborar un discurso teórico coherente con los valores básicos que inspiran al estado de derecho, y que imponen un desafío a la comunidad nacional en su contexto más amplio, como ciudadanía o civilidad, y como ente que reclama del Estado "justicia", en el sentido de adaptar también a dicha comunidad al cambio de sentido del nuevo sistema y lograr paulatinamente desarraigar profundas convicciones que se entremezclan con resabios del sistema inquisitivo y con concepciones superadas del derecho penal, v. gr.: la profunda y arraigada creencia de la colectividad y confianza en el poder intimidatorio de las penas, el palpar en la realidad la absoluta y total vigencia de las garantías para los "delinquentes" en el orden procesal, penitenciario o de aplicación del poder penal, y la eliminación de la equivalencia psicológica entre pena y privación de libertad, por señalar algunas.

¹ Este trabajo se adscribe a los presupuestos teóricos planteados en "Las Salidas Alternativas en el Proyecto de Reforma Procesal Penal (o al menos lo que queda de ellas)", Mauricio Duce. *Cuaderno de Análisis Jurídico* N° 39, 1998, pp. 233 a 245.

Es sabido que resulta concordante con lo anterior el potenciar la alternatividad que crea el nuevo sistema, y lograr asentar en la comunidad nacional que la suspensión condicional y los acuerdos reparatorios no significan una renuncia del poder penal o del *ius puniendi*, sino una respuesta estatal diferente al fenómeno delictivo. Este aspecto en relación con la ciudadanía cada día se presenta como más necesario atendido que naturalmente un cambio tan sustancial naturalmente provoca recelos, y que, además, toda reforma requiere también de un consenso fundamental a nivel de los gobernados o usuarios del sistema. Esencial también para penetrar en la referida conciencia colectiva de la población es señalar que uno de los pilares del sistema procesal penal no es sancionar por sancionar, sino que lo clave es proteger bienes jurídicos de la forma más eficiente.

En el sentido antes indicado, la insistencia en la aceptación social de la alternatividad es urgente, atendido que la búsqueda de la verdad histórica propia de los sistemas inquisitivos se identifica en forma mucho más cercana con el modelo de justicia acostumbrado por la ciudadanía de nuestro país, la cual no ve en el proceso penal una forma de solucionar conflictos entre dos partes, sino una forma de acceder a una justicia objetiva, aceptable por toda la comunidad, casi infalible. En este sentido para el ciudadano medio resulta natural y casi obvio transar en materias de orden civil como los créditos personales, pero el rol de los tribunales en la persecución penal no se aviene con claudicar en el impulso de llegar hasta el final en la sanción de los culpables, aunque se muera en el intento. La comunidad nacional aparece como un interés claro en conflicto en los procesos penales de cierta envergadura.

Las presentes líneas parten de la base, además, de que los principales fundamentos esgrimidos para las salidas alternativas residen en la necesidad de racionalizar la persecución penal pública por la selectividad natural e inevitable de los sistemas penales; en la utilidad de prescindir de la respuesta penal respecto de personas con alta reinserción, y en la conveniencia de dar satisfacción de los intereses de la víctima. Sin perjuicio de ello, corroboramos que la introducción de salidas alternativas en nuestro país resulta indispensable para asegurar el carácter subsidiario del sistema penal y el principio de *ultima ratio* de la intervención punitiva del Estado².

² El análisis sobre los fundamentos de la instauración normativa es posible encontrarlo en "Las Salidas Alternativas y la Reforma Procesal Penal Chilena", publicado en el *Cuaderno de Análisis Jurídico* N° 38, La Reforma de la Justicia Penal, pp. 171 a 263.

Si tomamos en cuenta las estadísticas existentes referentes a la forma de terminación de los procesos penales en Chile, tenemos que concluir además que el sistema procesal penal chileno es estructuralmente incapaz de investigar todo delito y es altamente selectivo. Siendo reprochable, además, que la selectividad se maneje en forma oscura o al margen de mandatos legales.

3. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

Fundamentos

Se esgrimen generalmente como fundamentos de su introducción los siguientes: la necesidad de acelerar los procesos penales, la de contrarrestar el incremento de criminalidad leve y mediana, la necesidad de servir como un instrumento de *ultima ratio*, y subsecuentemente como un mecanismo de descarga del sistema penal. Se inscribe en esta línea también la idea de diversificar modos de solucionar conflictos y satisfacer los intereses concretos de la víctima.

Proyecto original

Como se sabe, los requisitos establecidos por el proyecto original eran fundamentalmente dos: a) que el imputado pudiera ser objeto de medida alternativa contemplada en la Ley 18.216; y b) el acuerdo entre fiscal e imputado.

La idea original de su instauración partía de la base de que su aplicación se extendería a delitos de escasa o mediana gravedad en que participaban sujetos que poseían un inexistente o bajo compromiso delictual.

El proyecto original hacía aplicable la suspensión condicional a imputados que pudieren ser objeto de una pena privativa de libertad igual o inferior al presidio o reclusión menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años).

Si bien no existen antecedentes sobre si el límite de cinco años debía apreciarse en abstracto o en concreto, siempre se estimó que estaba referido a la posible aplicación de una pena a ese caso concreto, fundamentalmente por dos razones: debido a que la Ley 18.216 se refiere a penas concretamente aplicadas, y porque nuestro

sistema procesal penal muestra graves desproporciones. La Ley 18.216 exige, además, dos requisitos adicionales: que debe tratarse de primerizos y que se trate de personas que no volverán a delinquir, porque tienen una baja prognosis de peligrosidad.

Sobre el particular y en relación a los fundamentos de su instauración, podemos indicar que este originario requisito se dirigía muy directamente a evitar la respuesta penal con personas con alta reinserción, y atendido su contenido manifiestamente dejaba de lado los intereses de la víctima, logrando en forma accesorias o consecuentes una racionalización de la persecución penal³.

En mi opinión, no aparecía adecuada la referencia originaria a la posibilidad de aplicación de una medida alternativa contemplada en la Ley 18.216, primeramente porque si bien el principio es el mismo, en cuanto a evitar el contacto penal de sujetos con alta reinserción, nos encontrábamos en supuestos con una radical diferencia. En los supuestos de la Ley 18.216 nos hallábamos con una responsabilidad penal determinada, con sujetos que al menos han tenido algún grado de estigmatización a través del proceso penal, lo que no ocurre con los sujetos que pueden ser objeto de la suspensión condicional del procedimiento. La referencia a normas adjetivas no se compadecía con una institución de esta relevancia, donde debió haberse acudido a los criterios rectores fundamentales, los cuales son la clave interpretativa de ellos. Por otro lado, la eventual reforma del sistema alternativo de cumplimiento de sentencias produciría un efecto directo por su dependencia respecto de la suspensión condicional, existiendo ya algunas críticas a su actual disposición normativa.

La interpretación sostenida en base a la originaria regulación de la institución, en el sentido de que debía apreciarse el límite de cinco años en relación con su posible aplicación en el caso concreto, si bien parecía adecuada desde la perspectiva de sus consecuencias, presentaba, a mi juicio, algunas observaciones, primeramente debido a que fundamentar dicha posición en que la Ley 18.216 se refiere a

³ Este es un rasgo característico de nuestra regulación normativa, ya que en el Derecho costarricense, a diferencia de nuestro país, es requisito indispensable para la denominada suspensión del proceso a prueba que el imputado indemnice a la víctima, o al menos acuerde con ella un plan de reparación del daño causado. Cfr. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Julio Maier, Kai Ambos, Jan Woischnik, Editorial Ad Hoc, 2000, pág. 300.

penas concretas, aparecía como una única alternativa casi inevitable, dicha ley no podía sino hacer referencia a la pena en concreto aplicada, porque opera sobre la base de una sentencia definitiva ya dictada; en el caso en comento, se está operando sobre la base de una eventual sanción, por lo cual debiera existir un *plus*, un motivo adicional para apreciarla en concreto. Por otro lado, y muy efectivamente además, nuestro sistema de penas muestra graves desproporciones, y en este contexto aparece más que razonable obrar sobre la base de la pena en concreto a aplicarse, pero esto es un motivo o criterio interpretativo extraprocesal, que se dirige hacia una concepción del estado actual de nuestro sistema de penas, pretendiendo beneficiar al eventual imputado con la ampliación del marco de una salida alternativa, ante la disconformidad y dificultad de reforma del sistema de penas. Junto a lo anterior debe agregarse que el tema de la proporcionalidad de las penas puede aparecer como discutible al menos para algunos sectores, de tal forma que este argumento no se presente como algo objetivo y oponible a todo intérprete.

Mucho más eficiente y concordante con los fundamentos de la institución parece ser sostener que la apreciación de la pena en concreto está en directa vinculación con permitir que esta sea una válvula de escape del sistema, y que es concordante con el análisis de que ha de tratarse de personas con alta reinserción social, debiendo medirse esta con la pena en concreto a ser aplicada.

Lo inadecuado de haber hecho referencia a la Ley 18.216 se revelaba, además, en que se exigía como requisito adicional el carácter de primerizos, ya que efectivamente existen o pueden existir sujetos que contaban con una condena anterior y que, no obstante, tenían una alta probabilidad de reinserción social. La referencia a una norma objetiva resultaba en este caso limitante en comparación a la consagración de un criterio.

Es dable observar, además, una particular paradoja de esta salida alternativa, al haber quedado de manifiesto que las salidas alternativas constituyen también un instrumento de *ultima ratio* del sistema penal, resultaba paradójico que este particular instrumento hubiera recurrido a un criterio peligrósista para su aplicación, cual es el de que se trate de personas que no volverán a delinquir si se benefician con esta medida.

Texto definitivo

La reforma producida en el Congreso Nacional no hizo más que confirmar el criterio de apreciación del requisito de la pena en concreto, ya que la actual regulación del Código Procesal Penal, literalmente, hace referencia a una pena que pudiera imponerse que no exceda de tres años, denotando que al apreciarse la magnitud punitiva ha de realizarse una prognosis de la presumible pena que se impondrá, atendidos el marco penal, la clase de participación, el grado de desarrollo del delito y la eventual concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Conjuntamente con lo anterior, nuestro Congreso Nacional claramente optó por restringir el acceso a esta salida alternativa, bajo la sencilla fórmula de restringir los supuestos de penalidad aplicable, decisión político-criminal explicable bajo la mentalidad inquisitiva y represiva que inevitablemente perdura en sectores importantes de nuestra sociedad, pero claramente contraproducente desde la perspectiva de la selectividad natural de nuestro sistema procesal penal, que, como se sabe, sólo es capaz de investigar eficazmente una parte sustancialmente menor de los conflictos sometidos a su conocimiento, y también desde la perspectiva del cambio del paradigma de nuestro proceso penal, es decir, desde el tránsito de un proceso como búsqueda de la verdad a un sistema de solución de conflictos. La restricción impuesta por la norma finalmente vigente resulta aún más angustiante desde la perspectiva de las graves desproporciones que presenta nuestro sistema de penas, que aparece evidente de la comparación entre las magnitudes penales del homicidio simple, y algunas clases de robo, especialmente el robo con fuerza o por sorpresa, que en rigor y desde la perspectiva de derecho comparado no son más que simples hurtos agravados, pero que por marco penal ostentan similar amenaza penal que la conculcación efectiva de la vida humana independiente.

Sostengo entonces que, frente a lo contraproducente de la restricción de esta salida alternativa, teniendo en consideración sus fundamentos, y el rol de descarga que ocupa dentro del nuevo sistema procesal penal, tanto la Fiscalía como la defensa del imputado deberán hacer esfuerzos por encuadrar las circunstancias particulares del caso concreto, dentro de los límites de pena asignados para hacer procedente la suspensión condicional del procedimiento.

Resulta alentador que en este sentido haya sido interpretada la exigencia de penalidad también por el Ministerio Público a través de sus instructivos, tanto es así, que se prescribe en dichos reglamentos que los fiscales ponderarán las eventuales circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, como asimismo el grado de participación del imputado, y el *iter criminis* del hecho investigado. Consecuente con lo anterior, la Fiscalía Nacional extiende su aplicación a los delitos sancionados con pena restrictiva de libertad no superior a tres años. Con dicha regulación normativa y con el criterio interpretativo sostenido por el Ministerio Público, estimamos que se contrarresta en alguna medida la restricción del margen de penalidad que sufrió de proyecto original, al establecerse definitivamente que la pena a imponerse no excediere de tres años de privación de libertad.

Por otro lado, estimo que la eliminación de una referencia a la Ley 18.216, y la nueva exigencia de que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, debiera interpretarse como exigencia de condena y cumplimiento efectivo de la pena. Además, su exigencia como requisito independiente, en concordancia con la condición de la letra c) del artículo 4° de la Ley 18.216 sobre Medidas Alternativas de Cumplimiento de la Sentencia, esto es, que se pudiera presumir que el imputado no volverá a delinquir, permitirá sostener que el mero auto de procesamiento no implica de por sí un antecedente de prognosis negativa, siendo procedente entonces la suspensión condicional, no obstante la existencia de anotaciones de esta naturaleza en el extracto de filiación del imputado. En este mismo sentido ha sido interpretado el requisito por el Instructivo correspondiente de la Fiscalía Nacional, que ha entendido que sólo las condenas impuestas por sentencias de término ejecutoriadas pueden constituir un obstáculo a la aplicación de esta salida alternativa.

El criterio finalmente impuesto, si bien tiende a objetivizar la concurrencia de esta salida alternativa, no elude el reparo de que efectivamente existen o puedan existir sujetos que cuentan con una condena anterior, y que, no obstante, tienen una alta probabilidad de reinserción social. La referencia a una norma objetiva resulta en este caso limitante en comparación a la consagración de un criterio. Sin ir más lejos, si el sentido de instauración de la suspensión condicional fue aplicarla a sujetos con bajo o inexistente compromiso delictual, resulta difícil sustentar que un sujeto con una condena por un

cuasidelito de lesiones, o por manejo en estado de ebriedad sin causarlas, mantenga esa clase de compromiso, debido a que la culpa no se aviene con una personalidad delincuencia. Es por ello que un criterio más genérico hubiera puesto en su lugar esta clase de situaciones, haciendo admisible esta salida alternativa. Situación que actualmente no es posible, so pena de caer en abierta contradicción e infracción legal.

¿Prescripción de la reincidencia?

No han previsto finalmente las normas de los artículos 237 y siguientes del Código Procesal Penal la situación de quien ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, pero cuyo hecho o condena ha acontecido con mucha anterioridad. Me refiero a que no existe en esta materia una norma, como la denominada prescripción de la reincidencia, contenida en el artículo 104 del Código Penal, que permite no considerar dicha agravante transcurridos diez o cinco años según se trate de crimen o simple delito. No obstante ello, una aplicación analógica de esta norma penal de carácter sustantivo, ya que hace cesar la aplicación de una circunstancia, que aumenta el reproche penal a la conducta realizada por el imputado, puede ser aplicada en forma analógica. Como se sabe, dentro del derecho penal está prohibida la analogía en contra del procesado o imputado, pero ella es permitida in *bonam partem*, por lo cual no existe sustento dogmático que lo impida. Tampoco constituyen un óbice razones de legalidad, ya que, como se sostiene por la doctrina constitucional, las garantías procesales constituyen una barrera de contención de la arbitrariedad del Estado, o constituyen un límite al *ius puniendi* estatal a favor del imputado, a quien asiste la presunción de inocencia, pero dichas garantías están establecidas en su favor y no para perjudicarlo, como ocurriría aquí de sostenerse un criterio legalista. Finalmente, razones de justicia material aconsejan una interpretación analógica, ya que de otro modo el sistema jurídico sería incoherente, mientras en sede penal sustancial no sería posible reconocer un aumento de la penalidad por la prescripción de la reincidencia, dentro del campo procesal penal sería improcedente una salida alternativa, no obstante existir los mismos supuestos de hecho, lo cual, además de constituir una paradoja, crearía una iniquidad.

El acuerdo entre el fiscal y el imputado

Este segundo requisito de la medida alternativa, y que naturalmente se mantuvo después de la aprobación por la Cámara de Diputados, da cuenta de que se trata de una decisión que el legislador entrega al encargado de la persecución penal, y que la concurrencia de su consentimiento en esta medida representa una garantía para el imputado de que la única medida de control social que podrá imponérsele contra su voluntad será una pena.

Al encargarse al Ministerio Público la decisión de esta medida alternativa, se presenta una oportunidad muy valiosa para la dirección del poder penal estatal, en el sentido de utilizarla realmente para racionalizar el ejercicio jurisdiccional y brindar una oportunidad de reinserción al primerizo. Dicha oportunidad se verificará cuando la Fiscalía tenga un caso “fuerte”, es decir, cuando tenga un cúmulo importante de antecedentes probatorios que le permitan avizorar un muy probable resultado favorable en el juicio oral, es decir, se prevea muy claramente una sentencia condenatoria, y se escoja esta salida alternativa, reservando los casos más importantes por gravedad y por dificultad de acreditación para el juicio oral.

Pero como toda institución posee el riesgo de la política criminal que se instaure en este sentido, no resulta difícil sostener que en los mismos supuestos de un caso “fuerte” el Fiscal opere imponiendo toda clase de condiciones al imputado, y que éste se vea prácticamente compelido a llegar a dicho acuerdo para evitar el riesgo de una inminente condena. Surge así un rol de control preponderante e inevitable para el juez.

En la misma línea de argumentación, no resulta difícil avizorar que aun en el evento de un caso “débil” (por oposición al “fuerte” ya referido) el imputado prefiera verse sometido a las condiciones de la suspensión condicional, primeramente porque el inicio de un juicio oral ya implica algún grado de estigmatización, aun en un sistema tan garantista como el acusatorio, por efecto del inevitable conocimiento público a través de los medios de comunicación, y, por otro lado, porque efectivamente el imputado con débiles armas o sin una defensa técnica adecuada puede verse tentado a no sufrir el riesgo del juicio oral, aun aunque este se presente dificultoso para la Fiscalía, pues en la suspensión condicional se adquiere una certeza jurídica de abstención de persecución desde ya.

Se prevé entonces que para que el Ministerio Público no se imponga como una institución poderosa –casi sin contrapeso– a la hora de negociar las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento no sólo se requiere de una política criminal de dicho Ministerio en tal sentido, sino que se necesita ineludiblemente de contar del contrapeso muy palpable, consistente en la existencia de una asistencia letrada competente, y con un sistema de juicio oral donde la presunción de inocencia rija en toda su magnitud muy claramente. Sólo con estas últimas condiciones el imputado ante una proposición muy gravosa de suspensión condicional podrá con cierta tranquilidad rechazar la proposición y desafiar a la Fiscalía a un juicio oral.

El Instructivo del Ministerio Público sobre la materia señala que los fiscales deben analizar la posibilidad de aplicar la medida “sólo una vez que cuenten con todos los antecedentes necesarios para ello”, debiendo contarse, entre otros, con el certificado de antecedentes penales, con la pena que la ley asigna al delito y con la calificación de participación e *iter criminis*. Por lo anterior, estima la Fiscalía Nacional que generalmente será prematuro sugerir esta posibilidad en la audiencia de formalización de la investigación. Por el contrario, se estima que la evaluación de esta medida se efectúe en tiempo cercano al cierre de la investigación.

No obstante lo señalado, el Instructivo guarda silencio acerca de las condiciones que debe reunir la investigación en cuanto a su mérito para incentivar o desincentivar la proposición de esta salida alternativa al imputado y su defensa técnica, entregando por ende la decisión de esta cuestión a cada fiscal en particular. Lo anterior, no es de por sí objetable, ya que regular la calidad o mérito de una investigación y vincularla con la procedencia de esta clase de salida es particularmente difícil; lo que sí resulta criticable es que el Ministerio Público no sostenga un criterio que incentive a las Fiscalías Locales a dar curso a estas medidas en forma temprana, reservando su evaluación en forma normal para una época cercana al cierre de la investigación, o cuando se cuente con una gran cantidad de elementos que permita hacer calificaciones jurídicas precisas. Lo anterior revela, a mi juicio, que se está olvidando el rol de esta salida alternativa, como una forma ineludible de descongestión de la investigación de causas penales, y de selección de casos relevantes por bien jurídico afectado, clase de ataque y penalidad.

El criterio político criminal del Ministerio Público, en orden a diferir en forma normal el planteamiento de esta salida alternativa hasta el término de la investigación, puede ser contraproducente. En efecto, mientras más antecedentes tenga una investigación, salvo errores de juicio muy grandes, tiende a consolidar más las posiciones de las partes de mantener la persecución o mantener una posición de defensa. Más aún, una investigación concluida, con la consiguiente carga de trabajo que involucró y que más tarde termina con una salida alternativa podría constituir un despropósito, y la tentación de quien debe proponer el curso de acciones a seguir, esto es, el Fiscal, es a continuar con la apertura del juicio oral. Por otra parte, de darse general aplicación a este criterio no se conseguirá el efecto deseado por la institución, cual es descongestionar de nuevos asuntos a quien debe efectuar las labores de investigación, sino que únicamente produciría un efecto a nivel de los tribunales del juicio oral. En la práctica, la propuesta político-criminal le quita gran parte a la suspensión condicional su carácter de salida alternativa, porque significa investigar todo siempre, y evaluar la salida alternativa cuando se está próximo a cerrar la investigación. En estas condiciones, ¿de qué alternatividad estamos hablando, al menos a nivel de las tareas de la Fiscalía?

Rol del Juez

Creemos que constituye un error situar al Juez de Garantía como quien imponga las condiciones al imputado en esta materia. Primeramente, porque adquiere de esta forma el Juez de Garantía un rol que no le compete, cual es el de determinar indirectamente la persecución penal pública, al permitir con dichas condiciones lograr o no el acuerdo del imputado. Se traslada de esta forma entonces el peso de la negociación desde el Fiscal al Juez de Garantía.

Desde otra perspectiva, resulta criticable, porque se desdibuja el rol del juez, pues si es él quien fija las condiciones, en definitiva, ¿qué es lo que controla? ¿Va a controlar la concurrencia formal de los presupuestos de la suspensión o la presencia física de un letrado a un costado del imputado? Creemos que si es él mismo quien fija las condiciones de la suspensión no se podrá autocontrolar, no obstante que justamente su función es servir de garante de la legalidad y la constitucionalidad de las actuaciones de la Fiscalía en los procedimientos anteriores al juicio oral.

Por otro lado, en el contexto de una negociación, recordemos que la suspensión será el resultado de un acuerdo; la fijación jurisdiccional de las condiciones es poco practicable, pues el imputado tendría que ante el Fiscal aceptar *ex-ante* las condiciones del Juez de Garantía, entonces, ¿qué es lo que negocia el Fiscal con el imputado? En lugar de un juicio oral, ¿qué es lo que está ofreciendo? El Fiscal al no controlar el contenido de las condiciones de la suspensión no sabe lo que está ofreciendo al imputado, ¿o es que estará ofreciendo un juez de control bondadoso? Estimamos que lo correcto técnicamente en un ámbito negocial es que exista propiamente un período de negociación que tenga un plazo, y que se concrete un acuerdo con todos sus detalles entre Fiscalía e imputado, y que sea posteriormente el Juez de Garantía quien revise la legalidad de los supuestos de hecho, y el contenido de las condiciones que proponga la Fiscalía, para que así exista eficiencia en la negociación y fiscalización por parte del Juez de Garantía.

No será razonable entonces que la Fiscalía realice toda una labor de negociación para luego fracasar por las condiciones que impone el Juez de Garantía.

Además de lo anterior, se produce el efecto de desacreditarse la negociación, pues la defensa del imputado terminará negociando las condiciones ante el juez y no ante la Fiscalía, o sea, estará negociando ante un sujeto de mayor entidad jerárquica y no ante un sujeto que tiene un estatus jurídico similar o igual como lo es la Fiscalía.

Esta deficiencia ya ha sido advertida por el Instructivo sobre la materia de la Fiscalía Nacional, el cual señala en lo pertinente que el Fiscal deberá advertir al imputado que las condiciones, si bien son propuestas por la Fiscalía, serán decretadas en definitiva por el juez.

Rol de la autorización judicial

Vinculado a lo anterior, ha de agregarse el rol que puede asignarse interpretativamente a la autorización judicial que requiere la suspensión. Parece claro dentro de lo complejo que será la labor que dicho órgano jurisdiccional estará llamado a pronunciarse únicamente sobre el cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos por la ley, y parece, además, conveniente que se limite la facultad del juez de garantía para apreciar la conveniencia de la salida alter-

nativa. Lo anterior se funda en que la persecución penal le corresponde en forma exclusiva a la Fiscalía, y porque dicho juez está llamado a realizar sólo un control de legalidad.

Si bien la exigencia de escuchar a la víctima y al querellante aparece como un contrargumento en esta tesis, no es menos cierto que dicha consideración parece estar dirigida solamente a tener influencia en la determinación o control de los plazos y condiciones, ya que desde su tenor literal dicha obligación se reguló a propósito de las referidas condiciones incluyéndolas en el respectivo párrafo, existiendo en favor de dicha interpretación ese argumento de texto.

En concordancia a la exposición de fundamentos de la institución a que hicimos referencia al comienzo, es dable destacar que la reparación de la víctima no aparece como un componente necesario para la procedencia de esta salida alternativa, a diferencia de otras legislaciones que lo exigen como un requisito necesario.

Lo anterior refuerza aún más que esta salida alternativa ha dado concreción en forma principal al tema de la descongestión del sistema procesal penal.

Aparece como conveniente resaltar la incongruencia que existe en la consagración amplia del derecho a perseguir la responsabilidad pecuniaria por la vía civil contemplada en el artículo 237 del Código Procesal Penal, en el evento que justamente se decrete, como una condición de la suspensión, el pago de una determinada suma a título de indemnización de perjuicios. Creemos que se trata de un mero error que no se salvó al consagrar la procedencia amplia de la vía civil, y que debe interpretarse en el sentido de que es procedente la vía civil cuando las condiciones de la suspensión no incluyen el pago de ninguna suma indemnizatoria. Se revela con esto, además, que la reparación civil de la víctima es accesorio en esta institución, y una interpretación adecuada en favor de la víctima permitiría sostener que solamente se podrá perseguir la responsabilidad civil no cubierta por la condición impuesta dentro de la suspensión condicional, ello atendido que la procedencia de la vía civil se refiere a las responsabilidades pecuniarias en general.

4. ACUERDOS REPARATORIOS

Esta medida alternativa constituye una novedad a nivel de nuestro país y a nivel de las salidas alternativas reguladas en otros

proyectos de reforma procesal. Ya históricamente, la reparación de la víctima no tuvo por regla general a nivel normativo un efecto relevante, salvo como causal de atenuación general, y la situación particular de leyes o tipos penales especiales.

El fundamento primordial para su introducción como salida alternativa, siendo ello evidente, es reconocer el interés preponderante de la víctima en la solución de ciertos delitos, ampliando, además, la respuesta penal posible en esa categoría de ilícitos.

Se exigen normativamente los siguientes requisitos:

Acuerdo entre el imputado y la víctima

Concuero, como se ha sostenido, en que la concurrencia del imputado no significa reconocimiento de culpabilidad, o reconocimiento de los hechos que motivan su persecución, sino su aceptación en reparar a la víctima dentro de determinadas condiciones, entendiéndose la reparación en un sentido amplio, esto es, como cualquier forma de compensar los perjuicios causados a la víctima. En este sentido la regulación normativa no hace alusión a un elemento monetario de la reparación, permitiendo el desarrollo jurisprudencial de su contenido, como seguramente ha sido la inspiración del proyecto.

Delitos respecto de los cuales es procedente

En principio, según el artículo 315 del proyecto original de Código Procesal Penal, solamente era procedente el acuerdo reparatorio en el caso en que recayese sobre bienes jurídicos disponibles, y respecto de delitos culposos que no afectasen gravemente la integridad física de las personas.

La limitación se planteaba, porque se estimó por sectores doctrinarios que existen ciertas categorías de delitos que debían ser sancionados por el Estado, aunque la víctima se encuentre satisfecha, primando el interés público.

Con la redacción original se intentó incorporar una cláusula amplia para permitir una interpretación progresiva de los tribunales del contenido de bienes jurídicos disponibles.

Dentro de la segunda categoría se incluyó un conjunto de delitos que producen lesiones físicas de mediana o baja gravedad.

Circunstancia que era criticable, ya que el límite se había construido en relación “al resultado producido”.

Como se sabe, el Congreso Nacional reformó el proyecto original, y el texto en vigencia es notoriamente más restrictivo en su ámbito de aplicación, ya que hace referencia a hechos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, hechos que consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos⁴. Junto a lo anterior, la reforma parlamentaria permite que actualmente se niegue aprobación a acuerdos reparatorios en que existe un interés público prevalente.

La regulación presenta una particularidad, en cuanto centra en tres polos los límites o ámbito de aplicación de los acuerdos reparatorios, no produciéndose una regulación a través de una categoría cerrada. En efecto, del simple análisis del tenor literal se aprecia que para determinar al ámbito de aplicación hay que atender a tres categorías: Primeramente, al carácter de disponible de un bien jurídico patrimonial lesionado. En forma secundaria, a la concreción de un tipo penal específico referente a los delitos contra las personas. Y en último término será necesario atender a la presencia de culpa dentro de la estructura del delito.

Una interpretación integradora podría sostener que la reparación es procedente siempre tratándose de delitos dolosos o culposos cuando recaiga sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, y que está excluida respecto de los delitos contra las personas, únicamente con respecto de los delitos dolosos de lesiones graves, respecto de las mutilaciones (que no admiten culpa) y de las diversas formas de homicidio doloso (simple, calificado, en riña, parricidio). De esta forma, y en concordancia con el inciso tercero del artículo 241, el legislador ha estimado que siempre existirá un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, en lo que atañe a estas figuras delictivas.

En consecuencia, el criterio político criminal del legislador parece orientarse a dar primacía a la satisfacción de la víctima en forma amplia, en los denominados delitos contra la propiedad, en la medida que sólo afecten bienes jurídicos patrimoniales, esto es, las

⁴ Similar regulación existe en Costa Rica, exigiéndose para acceder a la reparación integral del daño particular o social causado, que se trate de delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos. Cfr. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Julio Maier, Kai Ambos, Jan Woischnik, Editorial Ad Hoc, 2000, pág. 300.

diversas clases de hurto y robo por sorpresa, siendo dudosa su aplicación en el robo con fuerza en las cosas, en la medida que afecta la intimidad y entraña, según algunos, un peligro para la seguridad de los moradores, y siendo descartable respecto del robo con violencia o intimidación, en que inequívocamente se pone en riesgo o lesiona la vida o integridad física. El referido criterio político criminal permite, además, la procedencia de la reparación sin exclusiones, en los delitos contra las personas, si ha mediado culpa en el tipo subjetivo del autor. Pero si el sujeto ha intervenido en la producción del resultado típico obrando con dolo, se limita su procedencia según la entidad de la lesión provocada, esto es, se admite si esta consiste en lesiones menos graves o leves.

La clara exclusión de la reparación en el caso de las lesiones graves dolosas resulta polémica. En efecto, la decisión legislativa parece indicarnos que la satisfacción real de una víctima de una lesión de esta entidad debe ceder frente al interés social de la persecución penal. Como es sabido, la simple amenaza de la persecución penal, contenida en un mandato normativo, no constituye de por sí un poder intimidatorio suficiente para compeler a la prevención de lesiones de esta naturaleza. Como se ha señalado, el delito es la expresión de agudos conflictos sociales, en cuya producción concurre una multiplicidad de factores, por lo que hacer variar uno de ellos no conlleva necesariamente a la tan esperada prevención general. Frente a ello, la marginación de un poderoso incentivo a la reparación y, lo que es más, a dar cabida al interés del titular del bien jurídico, que perfectamente sólo puede ambicionar una restauración real y eficiente de su salud o integridad física por parte de quien ocasionó el daño, parece constituir un precio o costo relativamente alto.

El interés público prevalente

La incorporación del interés público prevalente, como causal de rechazo a la aprobación de un acuerdo reparatorio, hace más compleja aún la efectiva vigencia de esta salida alternativa. Este criterio, inexistente en el proyecto original e incorporado por el Congreso Nacional, desdibuja el sentido de la institución, ya que frente al interés particular de la víctima en su satisfacción se alza, nos dice el legislador, la posibilidad de un interés público prevalente en la persecución penal, criterio totalmente opuesto a uno de los

fundamentos de esta salida alternativa. La incorporación de este criterio, dentro de una institución ya limitada según la clase de bienes jurídicos y la entidad de su lesión, parece un despropósito y da cabida a la interpretación jurisdiccional y del propio Ministerio Público acerca de cuál sea su contenido. Se trata, como se advierte, de una noción vaga e imprecisa. ¿Habría interés público prevalente en la persecución penal cuando el hecho haya sido noticia alarmante según los medios de comunicación? O ¿existirá dicho interés cuando este sujeto sea un reincidente específico pertinaz, que se ampare en su fortuna para lesionar periódicamente a terceros y librarse de un proceso penal? Si bien el inciso final de la disposición señala que existe este interés público en caso de reiteración por un mismo hecho, ello no escapa a la crítica y genera dudas. ¿Nos encontramos en supuestos de interés público prevalente ante la simple imputación de hechos similares dentro de un período breve de tiempo, o ha de tratarse de causas criminales con sentencia condenatoria ejecutoriada? Y yendo más al fondo, la mera reiteración, incluso, de hechos insignificantes, piénsese en el hurto o en la apropiación reiterada de magras cantidades de dinero, ha de excluir necesariamente la procedencia de la reparación, aun cuando haya acuerdo e interés entre imputado y víctima.

Sobre el particular, el Ministerio Público ha dictado un detallado Instructivo que con absoluta precisión prescribe los tipos penales por los cuales debe favorecerse la existencia de acuerdos reparatorios; se trata fundamentalmente de delitos de hurto, usurpación, daños y estafa. Detalla, además, los delitos en que es procedente evaluar la procedencia de la reparación, se especifica fundamentalmente el robo con fuerza, violación de domicilio, usura e incendio, y especifica también los tipos penales que, en el evento de ser objeto de acuerdo reparatorio, deberán los Fiscales oponerse por afectar, además del patrimonio, bienes jurídicos de mayor entidad; se nombra al robo calificado, robo con violencia o intimidación simple, robo por sorpresa, robo con fuerza en lugar habitado, receptación y exacción ilegal, entre otros. Sobre esta última clase de delitos, resultan pertinentes algunas observaciones. En primer lugar, parece irrefutable la improcedencia de la salida alternativa en el caso del robo con violencia e intimidación, ya que, por su carácter de delito complejo, inequívocamente resultan afectadas la vida, la integridad corporal y la salud. Mucho más criticable resulta la inclusión del robo por sorpresa y del robo con fuerza en lugar habitado, delitos de gran

frecuencia comisiva, que en legislación comparada reciben el tratamiento de hurto agravado, pero que en cuya producción no resulta violentado otro bien jurídico, como ocurre en el robo por sorpresa, o en el caso del robo con fuerza en lugar habitado, únicamente podría afectarse la intimidad, pero cuya consumación no supone lesionar o poner en peligro vida o integridad física, sino el vencimiento de especiales resguardos que protegen la propiedad.

El Instructivo del Ministerio Público ha especificado, además, tres casos en que existiría interés público prevalente en la persecución penal. En primer lugar, cuando exista otro bien jurídico afectado de mayor entidad que el principalmente vulnerado por el delito objeto del acuerdo reparatorio. La instrucción parece estar refiriendo a delitos complejos, específicamente a aquellos delitos que son un medio para cometer otro, pero que por decisión legislativa merecen punibilidad específica, ya que, de otro modo, existiría un concurso real o material que permitiría acceder al acuerdo por el tipo penal específico, descartando por su desconexión el segundo delito realizado. Los supuestos de delitos complejos de relevancia comisiva no son numerosos, sin perjuicio del conocido robo con homicidio, o con lesiones o mutilación, desde ya descartado por normas generales; podrían aparecer en estos supuestos el secuestro calificado (art. 141 inciso final del Código Penal), la sustracción de menor calificada (art. 142 inciso final del Código Penal) y la violación con homicidio (art. 372 bis del Código Penal), supuestos típicos que ya eran descartables por aplicación de los criterios generales en la materia.

Un segundo supuesto de interés público prevalente lo constituirá la constancia de haber llegado a acuerdo reparatorio por el mismo delito al menos en dos veces anteriores al proceso penal, hechos que, sin duda, ya eran reconducibles a la reiteración de hechos señalada en el inciso final del artículo 241 del Código Procesal Penal.

El último supuesto del interés público prevalente lo constituiría la eventual concurrencia de las denominadas agravantes objetivas, esto es, las consagradas en el artículo 12 del Código Penal, N^{os}. 3, 4, 5 segunda parte, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18 y 19, esto es, cometer el delito mediante inundación, incendio, veneno y otros estragos; aumentar deliberadamente el mal del delito; emplear astucia, fraude o disfraz; cometer el delito con ocasión de incendio u otra calamidad o desgracia, con auxilio de gente armada; ejecutarlo

de noche o en despoblado, por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado. Ofrece dudas que la particular forma de ejecución de un delito, y cuya concurrencia implica un agravamiento de la responsabilidad penal, conlleve, a la vez, la existencia de un interés en la persecución penal de tal naturaleza. que margine la posibilidad de un acuerdo reparatorio. Ello, porque bajo estos supuestos se puede lesionar o poner en peligro una gran variedad de bienes jurídicos, concepto a que hace alusión el artículo 241 para dar el ámbito de aplicación de la reparación.

Aprobación judicial

Un tercer requisito, que opera como una garantía de que no obrará con abuso por parte de quienes se encuentren en una posición privilegiada respecto su contraparte, lo constituye la aprobación judicial.

Se ha estimado que las facultades del juez para aprobar un acuerdo reparatorio se vinculan al control de los requisitos de procedencia y no al mérito de la salida alternativa.

No obstante que aparece como muy atendible y razonable que el juez no se encuentre facultado para rechazar acuerdos reparatorios en contra de la voluntad de la víctima, produciéndose la postergación de su interés en dicho evento. A mi juicio, no aparece como aconsejable ni prudente el sostener una posición absolutamente opuesta, restringiendo el control jurisdiccional a un mero formalismo de revisar la procedencia de condiciones objetivas.

Por el contrario, de cara a los supuestos que fundan la institución, aparece plausible que el juez vele por la existencia de una voluntad auténtica en ambos partícipes, e inclusive fiscalice la presencia de alguna imposición o abuso de la parte que se encuentre eventualmente en una posición privilegiada.

Se vislumbra que ineludiblemente atendida la calidad y número de pruebas existentes, o la percepción de mayor gravedad de estigmatización por parte de los posibles imputados, siempre habrá una parte con una posición más sólida y, por ende, con mejor poder de negociación, que intentará sacar mejor provecho en las condiciones del acuerdo reparatorio. Es en este momento en que el juez puede y debe intervenir, por ejemplo, adecuando los montos indemnizatorios conforme a la solvencia del imputado y no sólo en atención a lo demostrado por la víctima, para que así no aparezca que un

sector notoriamente con mejores recursos económicos quede al margen del sistema penal en esta clase de delitos, adquiriendo ellos el carácter de un costo o una clase de compraventa.

Son reproducibles aquí las críticas ya expuestas al criterio del interés público prevalente, con la variante de que, a mi juicio, resulta excesivo que el Juez de Garantía pueda obrar de oficio en el rechazo de un acuerdo reparatorio por este criterio. Ello debido a que el referido tribunal sale de su rol de controlador de las garantías y de la legalidad de la investigación, y se perfila como un actor más encargado de la dirección de la persecución penal pública, al dirimir justamente cuando debe proseguir dicha persecución. Esta nueva función, que no se vincula con corroborar la existencia de un consentimiento válido, con comprobar que existió asesoría letrada en favor del imputado y de la víctima, y de que ambos tienen conciencia de las consecuencias jurídicas de un acuerdo de esta naturaleza, puede ser objeto incluso de impugnación por vía constitucional, en la medida en que el artículo 80 A de la Carta Fundamental establece como función exclusiva (y, por ende, excluyente) del Ministerio Público la investigación de los hechos constitutivos de delito y el ejercicio de la acción penal pública.