

**CÓMO ENFRENTAR LA TAREA DE CONTROLAR Y POTENCIAR EL USO DE  
LAS NUEVAS FACULTADES ENTREGADAS A LOS FISCALES**  
**Algunas ideas en torno a la Suspensión Condicional del Procedimiento**

*Erick Ríos Leiva<sup>1</sup>*

Los procesos de reforma procesal penal de nuestra región han traído consigo una serie de nuevos desafíos, responsabilidades y facultades para los Ministerios Públicos. Una de las modificaciones más trascendentales en la materia, lo constituye a mi juicio, la introducción de determinadas herramientas que buscan hacer más eficiente la persecución penal pública, tales como facultades discrecionales y la posibilidad de llegar a salidas alternativas o formas simplificadas de enjuiciamiento. Hemos asistido entonces a una especie de sinceramiento de nuestros sistemas. Y claro, existe suficiente información empírica que demuestra la imposibilidad absoluta de un sistema penal de hacerse cargo con la misma intensidad de todas las causas que ingresan al mismo, “de darle a todo con todo”. No obstante, en el marco de dichas facultades, es necesario ejercer un “control” respecto del actuar del Ministerio Público. De qué manera encarar este control y cómo potenciar el uso de las nuevas facultades entregadas a los fiscales, bajo una mirada político-criminal, serán los objetivos de este trabajo. Cabe destacar, que se trata de sólo una opinión personal, que no constituye de manera alguna una posición de CEJA en la materia, ni de ninguna otra institución a la que me encuentre relacionado. Sólo intento contribuir al debate.

Quisiera desde ya destacar mi opinión en el sentido que la búsqueda de la eficiencia en el trabajo del Ministerio Público no sólo significa alcanzar *buenos números*, sino, ante todo, que el funcionamiento del sistema esté acorde tanto con los valores que los procesos de reforma buscan proteger como con los postulados de un Estado Democrático de Derecho. De esta forma, un adecuado funcionamiento de *todas* las nuevas instituciones creadas, tiende a restringir por ejemplo el uso indiscriminado de la prisión o detención preventiva. En otras palabras, una subutilización de las nuevas instituciones y/o que éstas funcionen en los hechos al margen de los principios que las inspiraron, redundará consecuentemente en acudir a la herramienta más fácil de utilizar y a la vez la más cuestionada, esto es, la prisión o detención preventiva.

Para una mejor comprensión del texto quisiera adelantar algunas de mis ideas principales. Este paper trata acerca de la necesidad de crear y/o transparentar criterios de actuación del Ministerio Público en torno al uso de las nuevas facultades otorgadas a los fiscales por las reformas, así como de “potenciar” su uso para no desaprovecharlas, todo con un enfoque eminentemente político criminal. La idea central es que tales criterios de actuación deben ser contruidos sobre la base de los beneficios que es posible alcanzar a partir de las

---

<sup>1</sup> Abogado Investigador del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Colaborador del Programa de Justicia Criminal, Ayudante de los Departamentos de Derecho Penal y Procesal Penal e Integrante del Centro de Litigación de la Universidad Diego Portales. Alumno de Magíster de la misma universidad. Correo electrónico: [erick.rios@cejamericas.org](mailto:erick.rios@cejamericas.org)

instituciones previstas por la legislación procesal penal, que, junto con la publicidad de los mismos, es lo que permitiría en definitiva un control efectivo sobre el trabajo de los fiscales.

Con tal propósito, enfocaré mi análisis en las salidas alternativas, más específicamente, en la Suspensión Condicional del Procedimiento, Suspensión a Prueba o *Probation*, en adelante simplemente Suspensión. Sin perjuicio de lo anterior, los razonamientos que aquí señalaré serán aplicables en buena medida a las demás herramientas ya indicadas.

No existe duda que cuando hablamos de la Suspensión nos estamos refiriendo a una Salida Alternativa al Procedimiento. Es por ello que será necesario referirnos primero a qué entendemos por estas salidas.

### **Salidas Alternativas**

Las Salidas Alternativas constituyen una verdadera diversificación de las reacciones que el sistema penal adopta ante un hecho punible, cuya alternatividad está dada por representar una respuesta distinta a la resolución normal de los conflictos penales, esto es, un juicio y una eventual condena o absolución<sup>2</sup>. Ellas encuentran su fundamento en la necesidad de que la persecución criminal esté efectivamente al servicio de los propósitos y fines del Derecho Penal, de manera que el sistema reconoce que existen determinados tipos de problemas penales, cuya solución, o al menos su trato más eficiente, dista mucho de radicarse en un “proceso tradicional” que tenga por fin último lograr “dilucidar la verdad” por medio de una sentencia de absolución o condena.

El nuevo sistema de enjuiciamiento penal ha significado la introducción de variables económicas y garantistas, antes absolutamente obliteradas por nuestras legislaciones o al menos con una presencia casi irrelevante. Así por ejemplo cabe citar el tenor de los dos primeros párrafos del punto número 4 del Mensaje con que el Poder Ejecutivo de Chile envió al Congreso el Proyecto de Ley que buscaba instaurar el nuevo sistema por medio de la sustitución del Código de Procedimiento Penal por uno nuevo, los que al referirse a las Salidas Alternativas y a los Procedimientos Abreviados, permite ahorrar mayores comentarios:

*“El examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituye un manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos.*”

---

<sup>2</sup> DUCE, Mauricio. La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal. En: Nuevo Proceso Penal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 2000. p. 140.

*Por otra parte, los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, sobre todo las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ella resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas más productivas y más satisfactorias para los que están involucrados en el caso, en especial, las víctimas o los civilmente afectados por el delito.”.*

En esta línea encontramos a la Suspensión, que en términos generales y sin entrar a referirme a las particularidades propias de cada lugar, podría ser definida como “...una salida alternativa al proceso en virtud de la cual se puede detener provisoriamente la persecución penal a favor de una persona imputada por un delito, quedando ella sometida, dentro de un determinado plazo, al cumplimiento de un conjunto de condiciones impuestas por el ente jurisdiccional competente, al término del cual –si son cumplidas estas condiciones en forma satisfactoria- se extingue la acción penal y si no lo son o se vuelve a imputar un nuevo delito, se revoca la medida reiniciándose la persecución penal”<sup>3</sup>. Con todo, cabe precisar que ella es consecuencia de un acuerdo entre el Ministerio Público y el imputado o perseguido penalmente, el cual es sometido a consideración judicial a fin de que éste controle que se dan los supuestos o requisitos establecidos por la ley. No se trata de que el juez *preste también su consentimiento*, toda vez que no debe emitir pronunciamiento alguno acerca del mérito o conveniencia de la misma. La persecución penal pública en un modelo genuinamente acusatorio es algo que compete exclusivamente al Ministerio Público y no a los órganos jurisdiccionales. No quisiera ahora detenerme en los efectos de ésta, ni en las condiciones posibles a aplicar, ni plazos, ni nada de esto, pues todas estas materias varían de legislación en legislación y no resultan determinantes para el objeto de este trabajo.

### **La Selectividad en la Persecución Penal Moderna**

Uno de los aspectos básicos que debe considerar todo proceso penal para alcanzar grados aceptables de eficiencia para la protección de bienes jurídicos específicos y de los derechos de las personas, tanto a través de la función protectora-preventiva como de la garantista, es la distinción entre las diversas clases de criminalidad, en especial la más grave de la menos grave, de modo de poder concentrar la mayor cantidad de recursos materiales y humanos en la prevención, investigación y persecución de los peores atentados que puedan sufrir las personas en el goce de sus derechos<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> MERA, Jorge. Bases de una Política Criminal en un Estado de Derecho (Informe Solicitado al autor por el Gobierno de la República de El Salvador, noviembre, 1995). En: MERA, Jorge y DUCE, Mauricio. Op. Cit. p. 216 - 230.

En este mismo sentido se alinea la Suspensión, toda vez que podríamos llegar a afirmar que su inserción en nuestros sistemas busca por un lado, "...evitar los efectos negativos, estigmatizantes y desocializadores que enfrentan quienes por primera vez toman contacto con el sistema penal, abriendo espacio para la reinserción social..."<sup>5</sup>; y por otro, "...descargar el sistema para concentrar los esfuerzos (...) en los casos más graves que requieren con mayor propiedad de un juzgamiento pleno."<sup>6</sup>.

La existencia de una institución como ésta supone necesariamente también la de órganos que gocen de la discrecionalidad suficiente para decidir cuándo resultará conveniente hacer uso de ella. Surge entonces el problema de la *selectividad*, esto es, la capacidad que tiene el sistema para analizar cada vez que se enfrenta ante un caso determinado, cuáles son sus rasgos particulares que podrían llegar a habilitar o justificar una dosificación o readministración de los recursos destinados a la persecución penal.

Lo primero que es necesario mencionar es que la selectividad no es algo propio de un tipo específico de modelo de persecución pública, sino que por el contrario, ella está presente en todo sistema penal. Así, en el Chile pre-reforma procesal penal, en donde existía un régimen inquisitivo y en donde además el principio de legalidad procesal, al menos teóricamente, se erigía sin contrapesos como un elemento fundamental de aquél, uno podría pensar que allí todos los casos que conocía el sistema, terminaban en una condena o absolucón. Sin embargo, la práctica demostró otra cosa. Distintos estudios empíricos demostraron que la selectividad comienza ya desde la propia decisión de la víctima relativa a denunciar o no el hecho punible, pasando por los agentes policiales y llegando incluso a los propios jueces. Podemos citar diversas encuestas de victimización realizadas por la Fundación Paz Ciudadana que por ejemplo indican que en mayo del año 2000 tratándose de distintos tipos de robo sólo entre un 34% y un 41% de las víctimas había denunciado tales hechos<sup>7</sup>. En 1993 un estudio de la Corporación de Promoción Universitaria y el Departamento de Sociología de la Universidad Católica de Santiago indicó que un poco más de un cuarto del total de denuncias que las personas presentaban a la policía, ésta no las había ingresado formalmente<sup>8</sup>. En el mismo sentido se ha indicado, como decíamos, la propia actividad jurisdiccional, señalando, por ejemplo, el alto porcentaje de sobreseimientos temporales que se dictaban -cerca de un 70% de las causas terminadas-, cantidad en cuyo interior se escondía una importante actividad selectiva, así también como en la práctica de no registrar el ingreso de los partes cuando las víctimas no concurrían a ratificar las denuncias<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> MINISTERIO PÚBLICO FISCALÍA NACIONAL. Instructivo N° 36 sobre Criterios de Actuación e Instrucciones en Materia de Suspensión Condicional del Procedimiento, Oficio N° 249 de diciembre del 2000. En: Reforma Procesal Penal, Instrucciones Generales, Números 26 a 50, noviembre 2000 – febrero 2001. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 194.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Datos contenidos en: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio. La Discrecionalidad en los Fiscales del Ministerio Público en Etapas Tempranas de la Investigación Preliminar. En: Nuevo Proceso Penal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 2000. p. 176 y 177.

<sup>8</sup> Ibid. p. 178.

<sup>9</sup> Ibid. p. 179.

El problema que se presenta en una situación como la descrita, es que si el sistema no reconoce esta selectividad disponiendo de instituciones por donde canalizarla, ella se vuelve en un germen fecundo para arbitrariedades, puesto que queda "...abandonada al criterio de los operadores del sistema, sin ninguna racionalidad y sin ningún presupuesto valórico que la fundamente."<sup>10</sup>. Con razón el profesor Jaime Couso ha dicho que los nuevos procedimientos significan "...la institucionalización de una práctica ya existente e inevitable..."<sup>11</sup>, agregando que esto "...puede hacer menos arbitraria la selección de la criminalidad, sometiénola a criterios más objetivos y a una aplicación más igualitaria y racional..."<sup>12</sup>. Ahora, ¿Cómo asegurar un funcionamiento adecuado de la institución?

### **Racionalización del uso indiscriminado del recurso cárcel**

Como hemos venido viendo la consagración de la Suspensión en nuestros sistemas tiene, entre otras finalidades, la de evitar los efectos indeseados de las condenas penales en aquellos casos en que existen otras opciones que pueden resultar mucho más ventajosas. La mayoría de nuestros sistemas contempla medidas de cumplimiento alternativo de condenas penales, es decir, formas de satisfacer la sanción penal de un modo diverso a la privación de libertad del condenado. De esta suerte, parece del todo razonable acudir a la Suspensión en aquellos casos en que, mediante un cierto pronóstico, pensemos que un imputado, en caso de ser condenado, resultará beneficiado con algunas de dichas medidas. Así la Suspensión viene a ser una especie de anticipación del tipo de respuesta dada por tales medidas, evitando de paso, los efectos estigmatizantes tanto del proceso en sí y de la eventual condena como prisiones o detenciones preventivas.

Así por ejemplo, respecto de las formas de cumplimiento alternativo se ha señalado que éstas han tenido lugar dado el propósito generalizado de "...contar con un sistema sancionatorio diversificado que se adecue tanto al carácter de la criminalidad de que se trate como a las características y necesidades de los autores, superando la solución simplista e ineficaz de la cárcel como única o preponderante respuesta del sistema penal al complejo fenómeno social de la delincuencia."<sup>13</sup>. Con estas medidas "...se pretende, por una parte, evitar los efectos gravemente desocializadores y criminógenos que la cárcel significa para los que la padecen, especialmente tratándose de delincuentes primarios y los jóvenes, y por la otra, reducir la privación completa de libertad a casos muy específicos, contribuyendo de paso con ello a resolver el problema de la descongestión penitenciaria."<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> DUCE, Mauricio. Algunas Reflexiones acerca de la Necesidad de Introducir Salidas Alternativas en el Procedimiento Penal. En: MERA, Jorge y DUCE, Mauricio. Op. Cit. p. 438.

<sup>11</sup> COUSO, Jaime. Oportunidad Versus Legalidad: entre Economía Político-Criminal, Despenalización, Prevención y Principios Garantistas. En: Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 39 (Serie de Seminarios) sobre el Primer Congreso Nacional sobre la Reforma Procesal Penal. Santiago de Chile: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1998. p. 189.

<sup>12</sup> Ibid., p. 189 y 190.

<sup>13</sup> MERA, Jorge y RIEGO, Cristián. Op. Cit. p. 407.

<sup>14</sup> HORVITZ, María Inés. Las Medidas Alternativas a la Prisión (algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la ley 18.216). En: MERA, Jorge y DUCE, Mauricio. Op. Cit. p. 405.

Podemos entonces apreciar que tales medidas alternativas, al igual que la Suspensión, nacen de la desconfianza en la que empezó a verse envuelta la cárcel como una instancia óptima en el tratamiento de la criminalidad durante el devenir del siglo pasado. Esto lo podemos apreciar cabalmente al tenor de las palabras del autor José Luis La Torre quien, siguiendo a Hassemer, afirma que "...en concreto las penas privativas de libertad estigmatizan y desocializan. No sólo sirven para encerrar al recluso en un espacio determinado, sino también para aislarlo socialmente. Educación para la libertad a través de la privación de libertad. Al golpe se responde con otro golpe; algo evidente. La pena es venganza, y así comenzó; todo lo demás vino después y se convirtió en disculpa."<sup>15</sup>. Un poco más adelante el mismo autor agrega que estas penas constituyen un "...instrumento de sufrimiento para reparar otro sufrimiento y recuperar a los sufrientes a través de la estigmatización, pretendiendo modelarlos practicándoles dolor, para luego soltarlos a una sociedad que los considera algo más que evidente anatema."<sup>16</sup>. En este sentido se le reprocha a la pena privativa de libertad "...su falta de utilidad y por los devastadores efectos desocializadores que acarrea, los cuales conspiran contra el objetivo fundamental de apartar al delincuente de su carrera delictiva."<sup>17</sup>.

Cabe señalar que, como indica el profesor Jorge Mera, la redefinición en el uso de las penas privativas de libertad no significa "...suprimir la cárcel..., sino que de reducirla a los casos que verdaderamente se justifique..."<sup>18</sup>. Esto debe expresarse no sólo en la elaboración del catálogo de los tipos penales, sino que pasa también por entender que acudir a las penas queda limitado al hecho de que éstas sean necesarias en el caso concreto, de modo que de no ser así, debe prescindirse de ellas del todo o al menos de su ejecución. Comprender esto significa tener presente que detrás de la decisión de un fiscal de solicitar o no una Suspensión existe siempre una consideración político-criminal innegable.

La Política Criminal es "... el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal (...) y las decisiones son actos de voluntad de determinados sujetos sociales, relativas al uso de los instrumentos de coerción penal."<sup>19</sup>. De esta manera no resulta difícil entender porqué sostengo que tras un acuerdo de Suspensión existe siempre una decisión político-criminal del Ministerio Público. Pensemos en un caso en que sería procedente tanto la Suspensión como las medidas de cumplimiento alternativo a la cárcel. Si el fiscal decide solicitar la Suspensión, está valorando que en ese caso específico es posible prescindir por completo de la pena. Ahora bien, si decide por el contrario continuar adelante con la persecución penal, entonces se está inclinando por considerar que aquella resulta necesaria desde un punto de vista político-criminal, no obstante que existan altas posibilidades de que el individuo sea beneficiado con alguna de dichas medidas, es decir, que la pena no se imponga efectivamente. Entonces ¿Qué

---

<sup>15</sup> LA TORRE, José Luis. Reflexiones sobre la Teoría de la Pena. En: Varios Autores. Derecho Penal, Homenaje al Doctor Raúl Peña Cabrera. Lima: Ediciones Jurídicas, 1991. p. 362.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> HORVITZ, María Inés. En: FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. Penas Alternativas a la Prisión en Chile: Evaluación y Perspectivas. Santiago de Chile: Fabricio Impresores Ltda., 1997. p. 15.

<sup>18</sup> MERA, Jorge y RIEGO, Cristián. Op. Cit. p. 411.

<sup>19</sup> BINDER, Alberto. Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Política Criminal. En MERA, Jorge y DUCE, Mauricio. Op. Cit. p. 304.

consideraciones tendría en mente un fiscal para solicitar la Suspensión? ¿Qué ameritaría que continúe con el proceso?

Si ambas instituciones -Suspensión y Medidas de Cumplimiento Alternativo- responden a finalidades análogas y si la primera las cumple de mejor forma, entonces no parece muy sencillo responder tal pregunta.

La Política Criminal dispuesta con una mirada eminentemente científica debe reconocer que la experiencia nos ha demostrado que el ideal resocializador tiene mayores posibilidades de éxito "...permitiéndose al sujeto la mantención y mejoramiento de sus vínculos societarios..."<sup>20</sup>, por ser uno de los factores que tendría una "...mayor incidencia en el hecho de no volverse nuevamente a delinquir."<sup>21</sup> Es por ello que, bajo mi parecer, lo más correcto sería fundar la decisión del fiscal de continuar con la persecución, aun cuando en teoría sean procedentes las medidas de cumplimiento alternativo, en la evaluación que éste haga en orden de que la Suspensión no va a resultar efectivamente útil a los propósitos que se fijan. Así ocurriría por ejemplo, cuando el imputado ya cuenta con anteriores Suspensiones de modo que no parece que una nueva vaya ahora sí a contribuir a neutralizar su conducta delictual, tomando en cuenta las casi nulas posibilidades de la Suspensión de lograr un efecto resocializador si ella no va ligada a otras medidas político-criminales que la auxilien. Pero este es un problema al que ya me referiré.

Esto puede ser abiertamente criticado en el sentido de que se estaría cerrando la posibilidad de instancias resocializadoras a quienes más lo necesitan, así como "negando el agua a los más sedientos". Pero no podemos olvidar que el Ministerio Público representa un papel que consiste en promover la acción penal pública y por ello, bajo mi óptica, no podría dejar de lado completamente los fines disuasivos y retributivos de la pena, en pro de una respuesta que no da garantías de rendir en los hechos aquello que manifiesta en teoría. Esto es algo de mucha mayor complejidad de abordar y que escapa a los fines de este trabajo.

El efecto normal de que la Fiscalía continúe adelante con la persecución es que al llegar eventualmente a una condena, y aun cuando se aplique una medida de cumplimiento alternativo, dejará al condenado hacia futuro, de acuerdo a la mayoría de las legislaciones de la región, fuera del alcance de nuevas salidas alternativas al procedimiento y de las medidas indicadas; y es esta la decisión del fiscal que resulta determinante, a saber, **patentar que el órgano persecutor en representación de la sociedad va a ponderar eventuales nuevas reacciones del sistema penal frente a ese sujeto de una manera predominantemente retributiva, sin importar ya los fines que se perseguían con aquellas opciones político-criminales, por considerarlas inocuas en el caso concreto.**

### **Suspensión como salida alternativa inspirada en el principio de oportunidad**

---

<sup>20</sup> MERA, Jorge y RIEGO, Cristián. Op cit. p. 413

<sup>21</sup> Ibid.

El Principio de Oportunidad no es lo mismo que la Oportunidad en Sentido Estricto. El primero se opone al Principio Procesal-Penal de Legalidad al que nos referimos en un comienzo y que dispone "...el deber de ejercer la acción penal pública cada vez que se tenga noticia de un hecho que revista los caracteres de delito y de proseguir con el procedimiento iniciado, mientras no se desacreditare la existencia del mismo ni concurren razones legales que extingan o excluyan la responsabilidad del imputado."<sup>22</sup>; y decimos que se opone a éste toda vez que incumbe la facultad de la que disponen los órganos encargados de promover la persecución penal para no iniciar, suspender o poner término anticipado a la misma<sup>23</sup>. La Oportunidad en Sentido Estricto en cambio corresponde a una institución presente en muchos de nuestros países que constituye sólo una entre varias herramientas de los Ordenamientos Procesal-Penales que se inspiran en el principio antes reseñado, al igual como sucede con la Suspensión, los Acuerdos Reparatorios y el Archivo Provisional o Facultades Generales de Desestimación y que en términos bastante sencillos consiste en "...la facultad que se otorga a los fiscales para cerrar aquellos casos en los que, aun habiendo antecedentes para investigar o incluso acusar, se considere que los hechos son de una gravedad muy reducida y no comprometen gravemente el interés público."<sup>24</sup>.

Otra salida alternativa que, como vemos se inspira en el principio de oportunidad y que está presente en la mayoría de nuestras legislaciones son los Acuerdos Reparatorios. Cabe destacar que éstos no constituyen en verdad una instancia de discrecionalidad de los fiscales, pues de acuerdo a las definiciones legales más comunes consiste en una convención entre el imputado y el ofendido o víctima, por la cual el primero se obliga a una determinada prestación, sea económica o no, que causa desagravio para el segundo y que, adoptado en el marco de una investigación formalmente en curso y dentro de los casos que prevé la ley, tiene el mérito de extinguir la responsabilidad penal de aquél al ser aprobado por el ente jurisdiccional respectivo.

Los Acuerdos Reparatorios importan el reconocimiento por parte del sistema penal que la reparación del daño infundido a la víctima tiene la aptitud de poner fin al conflicto penal y es por ello que su incorporación al proceso significa una verdadera abolición del poder punitivo en el seno del sistema criminal<sup>25</sup>. Entender esto nos ayudará a comprender mejor qué justifica la adopción de la Suspensión.

Con la presencia de los Acuerdos Reparatorios distinguimos al interior del proceso penal un modelo de partes y un modelo punitivo. En el primero, lo central es el conflicto entre la víctima y el ofensor, que puede alcanzar una solución mediante el acuerdo de ambos; en el segundo, en cambio, lo relevante pasa a ser ahora la infracción merecedora de pena<sup>26</sup>. Para contextualizar lo anterior podríamos decir que las "...implicancias de la norma penal se extienden a un ámbito mayor que el conflicto específico entre partes. Su contenido encierra

---

<sup>22</sup> COUSO, Jaime. Op cit. p. 184.

<sup>23</sup> DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. Op. Cit. p. 181.

<sup>24</sup> Ibid., p. 206.

<sup>25</sup> ROJAS, Sonia y ROJAS, Luis. Los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Proceso Penal. En: MINISTERIO PÚBLICO, DIVISIÓN DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Santiago de Chile: Editorial Fallos del Mes, 2003. p. 211-216.

<sup>26</sup> Ibid., p. 212.

generalmente la preexistencia de un conflicto individual, pero a la vez conlleva un conflicto social a cuya solución precisamente se destina el efecto jurídico previsto.”<sup>27</sup>.

Si el conflicto se agota entre las partes, estamos ante un caso que cuadra dentro de los Acuerdos Reparatorios, pero si en cambio, éste extiende su influencia al campo de lo social o general, podría ser procedente la Suspensión. Es cierto que la mayoría de las regulaciones de la Suspensión prevén la posibilidad e incluso, en ocasiones, la obligatoriedad de imponer como condición pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago o en general realizar algún acto de desagravio. Entonces, habría una cierta conectividad entre ambos institutos más allá de la sola circunstancia de constituir Salidas Alternativas al Procedimiento y que consistiría en que, tanto en uno como en otro, podría darse satisfacción a las víctimas en la reparación de los daños que hubieren sufrido, sin perjuicio de que sea el de los Acuerdos Reparatorios el que “...recoge preponderantemente los intereses de la víctima...”<sup>28</sup>.

No importa que ambas sean Salidas Alternativas al Procedimiento, tampoco que por medio de ellas se pueda dar canal a los intereses de la víctima, lo cierto es que ambas operan en ámbitos distintos condicionados por un interés público coercitivo prevalente. Si éste está presente, no queda lugar a la Oportunidad en Sentido Estricto ni tampoco a los Acuerdos Reparatorios. En consecuencia, ha de continuar el proceso en curso hasta llegar a la sentencia definitiva, que nos dirá si el imputado es o no culpable. Pero queda todavía otra salida y que consiste en que aun existiendo dicho interés, puede que sea necesario o conveniente prescindir de la condena y adoptar una respuesta distinta y de alta calidad como lo es la Suspensión.

### **Algunos escenarios posibles y sentido estratégico**

El proceso penal, en la forma en que ahora es concebido, es “...una actividad con propósitos múltiples, esto es, se utiliza para buscar diversas formas de solución al conflicto planteado (...) esta característica hace que el proceso necesariamente está constituido por un conjunto de caminos alternativos que van a ser utilizados o no dependiendo de los intereses de las partes y de cómo estos se armonizan (...) el proceso se transforma en un conjunto de modos posibles de actuación, de caminos alternativos, cada uno de ellos asociado a consecuencias, y cuya elección no depende de un programa de actuación predefinido por el legislador sino de definiciones estratégicas que las partes deben adoptar en cada caso. Estas definiciones dependen de sus intereses concretos, de las características del caso, del modo en que evalúen las fortalezas de sus pruebas, de su disposición a negociar un arreglo y de otros factores específicos.”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> MALDONADO, Francisco. El Conflicto en el Proceso Penal (Sustrato Básico de la Justificación de las Salidas Alternativas). En: Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 39 (Serie de Seminarios) sobre el Primer Congreso Nacional sobre la Reforma Procesal Penal. Santiago de Chile: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1998. p. 254.

<sup>28</sup> DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. Op. Cit. p. 323.

<sup>29</sup> Ibid., p. 347.

De esta manera de concebir al proceso debemos extraer que, para los fines que ahora nos ocupa, cuando un caso cuadra con los requisitos legales de procedencia de la Suspensión y un fiscal decide tanto solicitarla como no hacerlo, es siempre porque éste tiene en mente un interés o meta a la que desea llegar y para lo cual, en examen de las rutas de las que dispone, prefiere aquella que le reporta mayores probabilidades de éxito, conforme a los medios de los que dispone. Es posible que el actuar de un fiscal en esta materia sea meramente intuitivo, no obstante se trata de una situación que se aleja de todo el sentido de las reformas. Éstas contemplan, como ya hemos revisado, una serie de nuevas herramientas cuya administración preferentemente han sido entregadas a los Ministerios Públicos, previa asignación de altos grados de discrecionalidad (y también de recursos), mas siempre dentro de un cierto marco de valores y principios. Un breve análisis a las limitaciones a esta discrecionalidad, lo veremos un poco más adelante. Por ahora revisemos algunas hipótesis que se pueden dar.

Un primer caso, al cual ya nos hemos referido, consiste en que si el fiscal prefiere tender hacia una resocialización del imputado, habrá de preferir, por las razones ya señaladas, a la Suspensión por sobre eventuales Medidas de Cumplimiento Alternativo, fuera de que estas últimas son de resorte judicial. Ahora, si decide no solicitarla y existen altas probabilidades de que se beneficie con alguna de tales Medidas, podemos ver que lo que busca el fiscal es que hacia futuro ese sujeto, en caso de que vuelva a delinquir, deba necesariamente resultar privado de libertad.

Otro caso que no revestiría mayor complejidad, y al cual también ya nos hemos referido, consiste en que si el fiscal prescindiendo de una eventual condena, lo que busca es dar preeminencia al papel de la víctima, entonces habrá de promover que ésta e imputado logren llegar a un Acuerdo Reparatorio, pero si existe un interés público prevalente de coerción penal, entonces solicitará la Suspensión proponiendo que se imponga como condición algún tipo de desagravio hacia la misma.

Un caso más complicado es aquel en donde un fiscal decide solicitar la Suspensión por no tener un caso lo suficientemente sólido como para pronosticar, con altas probabilidades, un fin exitoso en un eventual juicio ¿es esto legítimo? ¿Qué problemas concretos acarrea? Podría sostenerse que no vale la pena plantear este problema dado que, por una parte no existe en nuestros Códigos de Enjuiciamiento Criminal ninguna norma que impida aquello, y que, por la otra, el imputado siempre está protegido con la garantía de aceptación de la Suspensión. En efecto, esta garantía dota de legitimidad a la Suspensión en el sentido de que el individuo va a ser objeto de esta salida con la consiguiente afectación de sus derechos, sólo si consiente en ello, lo cual tiene interés habida cuenta de que a éste debe reputársele inocente mientras no exista una sentencia condenatoria en su contra.

Pero sucede que esta garantía de aceptación puede que *no sea suficiente siempre* pues podría darse el problema de una presión indebida por parte de los fiscales para no ir a juicio. Pensemos en un fiscal que dado un caso concreto, no es capaz de pronosticar un juicio favorable y a partir de ello *amenaza* al imputado con altas penas en un eventual juicio a menos de que acepte la Suspensión. Esto coloca a los imputados en la disyuntiva de ejercer su derecho a un juicio y correr el riesgo de ser altamente castigados por ello, o bien

acceder a la petición del fiscal y quedar afecto a una mengua en el goce de sus derechos por un espacio considerable de tiempo. Para disminuir dicho riesgo se requiere que los abogados defensores sean capaces de asesorar efectivamente a los imputados evitando que su actuar sea sólo formal, así como un fuerte control por parte de la jurisdicción acerca del consentimiento prestado por el imputado para la Suspensión.

### **Utilidades de las Suspensión**

Aquí por utilidad me refiero a todos aquellos beneficios o ventajas que son posibles de conseguir por parte del Ministerio Público, en representación de la sociedad, por intermedio de la Suspensión.

Con el objeto de facilitar la comprensión de lo que en adelante será tratado, he creído conveniente sintetizar y sistematizar los beneficios que en abstracto es posible alcanzar en virtud de esta Salida Alternativa al Procedimiento. En razón de lo anterior y recapitulando de algún modo ciertos pasajes de la presente investigación y agregando algunas otras consideraciones y sin querer agotar la enumeración, podemos decir que la Suspensión permite:

1. Que el Derecho Penal, en su faz adjetiva, logre concretar el fin resocializador, en circunstancias de que la práctica ha demostrado la imposibilidad de hacerse cargo de él por medio de la imposición de penas, salvando además de mejor manera el problema del etiquetamiento;
2. Un mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, toda vez que es posible, por medio de la formalización del proceso selectivo, destinar el mayor gasto de recursos a aquellos casos en los que su complejidad y connotación social así lo ameritan, así como anticipar en el tiempo, un tipo de respuesta análogo al que ofrecen las medidas de cumplimiento alternativo de las condenas.
3. Dar respuesta al interés concreto de la víctima, en la medida que se impongan condiciones relacionadas con su directo beneficio;
4. De manera muy relacionada con el segundo punto, pero con una individualidad propia, abrir un espacio para la negociación con miras a la obtención de un objetivo preferente, como ocurriría, por ejemplo, en un caso en que el fiscal acuerde con el imputado solicitar esta Salida Alternativa a cambio de que éste colabore con la investigación de otro caso de mayor relevancia; y
5. Someter de todas formas a un imputado a un cierto nivel de control social, en circunstancias que se vea como incierto el éxito futuro del caso, como por ejemplo, si existieren dudas acerca de la legalidad en el recabo de antecedentes probatorios, lo que traería consigo altas posibilidades de una sentencia absolutoria si el caso llega a juicio.

Es necesario tener presente que el hecho de que la Suspensión presente en abstracto determinadas ventajas, no significa que todas éstas constituyan finalidades que en sí mismas sean suficientes para que un fiscal decida tratar de conseguirlas por su intermedio, ni tampoco que todas éstas resulten procedentes en todos los casos. Esta materia específica será tratada a continuación.

### **Limitaciones a la discrecionalidad del Ministerio Público en la materia: Principio de Igualdad de Trato ante la Ley, Fin Preventivo Especial y Publicidad**

No cabe duda de que los fiscales al decidir acerca de si solicitar o no la Suspensión gozan de discrecionalidad y de acuerdo a lo visto no vale la pena insistir sobre este punto. Lo que nos ocupa ahora es una cuestión distinta, a saber, ¿Reconoce dicha discrecionalidad alguna limitación? ¿Requiere satisfacer ciertas condiciones para su ejercicio?

Las líneas que a continuación siguen parten de la vieja premisa de que en caso alguno “discrecionalidad” ha de ser lo mismo que “arbitrariedad”, más aún tratándose de la Suspensión, dado que ésta configura no sólo una institución procesal penal, sino que además, y como veremos, una manifestación de la vida política de nuestra sociedad. Para ello nos enfocaremos en tres elementos: Principio de Igualdad de Trato ante la Ley, Fin Preventivo Especial del Derecho Penal y Publicidad.

### **Principio de Igualdad de Trato ante la Ley**

El principio de Legalidad Procesal Penal, que anteriormente indicáramos como el deber de ejercer la acción penal pública cada vez que se tenga noticia de un hecho que revista los caracteres de delito y de continuar con el procedimiento iniciado, puede ser cimentado en aras del principio de igualdad “...en el sentido de que se opone a un tratamiento privilegiado de unos autores frente a otros en el momento de la decisión acerca de si perseguir o no.”<sup>30</sup>. Parece entonces necesario que cuando se haga excepción a este principio de Legalidad Procesal Penal, como ocurre con la Suspensión, se tomen ciertos resguardos a fin de mantener la observancia de la Igualdad de Trato ante la Ley. Esto resulta de extrema importancia si consideramos “...las condiciones particularmente desfavorables en que se halla, durante el proceso, el imputado proveniente de grupos marginados, frente a imputados provenientes de estratos superiores de la sociedad.”<sup>31</sup>.

El principio de Igualdad “... requiere del Derecho penal una atención especial a las situaciones de desigualdad entre los hombres...”<sup>32</sup>, lo cual se traduce imperiosamente,

---

<sup>30</sup> COUSO, Jaime. Op. Cit. p. 185.

<sup>31</sup> BARATTA, Alessandro. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Introducción a la Sociología Jurídico-Penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 186.

<sup>32</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A., 2002. p. 262.

tratándose de la materia que nos ocupa, en **acordar determinados criterios sobre los que resulte legítimo establecer diferencias que habiliten aplicar respecto de unos la Suspensión y respecto de otros no**. Como la Igualdad es más una directriz que un mandato concreto, la tarea de dotar a ésta de contenidos específicos, requerirá de decisiones eminentemente políticas, es decir, habrá de producirse "... mediante una reflexión filosófico-jurídica atenta al sentido de tales criterios en el contexto de nuestra cultura jurídica."<sup>33</sup>.

### **Cómo construir tales criterios de aplicación: Fin Preventivo Especial del Derecho Penal**

Una primera hipótesis que podemos plantear es que dicho criterio diferenciador lo constituye el Fin Preventivo Especial. Me explico, dicho fin tradicionalmente fue atribuido a las penas por considerar que éstas tenían la virtud de impedir, por medio de su imposición, que el sujeto siguiera delinquiendo, tanto por la anulación de éste en la vida social a través de su encierro, como por su "resocialización" gracias al "tratamiento" de las "desviaciones" que presentaba durante el tiempo en que ellas se aplicarían.

Es respecto de esta última vertiente con la cual podría vincularse de algún modo la Suspensión y el Fin Preventivo Especial, a saber, con el objeto resocializador que ella tendría respecto del sujeto al que se le aplica. Así, la Suspensión se tendría que orientar como un proceso de aprendizaje o de introyección de pautas, normas y valores sociales; o en corregir, mejorar y compensar las debilidades de voluntad del imputado<sup>34</sup>. El hecho de que la Suspensión se haga cargo de tal objeto constituye una necesidad concreta de nuestro Derecho Penal dado que, como ya viéramos en el comienzo de este trabajo, las consecuencias de la imposición de una pena apuntan exactamente en sentido contrario.

Para avanzar un poco más en la materia, debemos tener presente que el sistema penal está inmerso en una determinada realidad social, de la cual constituye uno de sus medios de control social, "...pero si el tipo de sociedad que tenemos es el que genera sus delincuentes, que cuando son atrapados por el sistema penal y en su fase de ejecución penal se les reprime, resocializa o custodia, es obvio que cuando el sistema de control penal los suelta, retornarán al mismo ambiente social, y es probable, sobre todo en nuestra realidad que un número importante de ellos vuelva a delinquir."<sup>35</sup>.

Por ello es que Baratta afirma que "...los muros de la cárcel representan una violenta barrera que separa la sociedad de una parte de sus propios problemas y conflictos (...) una reintegración social del condenado significa, por lo tanto, ante todo corregir las condiciones de exclusión de la sociedad activa de los grupos sociales de los que provienen.". Sólo entonces cabe hablar en propiedad de una resocialización. Pero los cursos de acción, como

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 259.

<sup>34</sup> GARCÍA PABLOS, Antonio. Citado por: SOLIS, Alejandro. Política Penitenciaria y Resocialización. En: Varios Autores. Op. Cit. p. 615.

<sup>35</sup> SOLÍS, Alejandro. En: Ibid., p. 633.

es posible notar, se encaminan a enmendar cuestiones estructurales de nuestro orden social y no tanto lo que se pueda hacer o no en el marco del proceso penal. El sistema penal, como parte de la Política Criminal que "...comprende todas las áreas de las políticas públicas vinculadas con el fenómeno de la criminalidad y su prevención"<sup>36</sup>, es sólo una entre varias de estas respuestas. Así es dable sostener que el fenómeno criminal puede ser enfrentado, y con mayores posibilidades de éxito, a través de canales tan variados como un diseño funcional de viviendas sociales a las necesidades de cualquier familia, alargar las jornadas escolares, políticas concretas acerca del deporte, etc.

¿Significa lo anterior que el Derecho Penal debe abandonar el afán resocializador? Claramente no, pero sí se requiere desligarlo de las penas, puesto que resulta absurdo pretender conseguirlo a través de una vía tan antagónica como lo es el submundo de segregación que constituye la cárcel, más aún, considerando los efectos criminógenos de la misma. En un sentido similar Baratta afirma que "... la confianza de los expertos en la posibilidad de utilizar la cárcel como lugar y medio de resocialización, se ha perdido casi del todo."<sup>37</sup>, para luego agregar que "... se debe mantener como base realista el hecho de que la cárcel no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado y que por el contrario, impone condiciones negativas en relación con esta finalidad. A pesar de esto, **la finalidad de una reintegración (...) no debe ser abandonada, sino que reinterpretada y reconstruida sobre una base diferente.**"<sup>38</sup>

En cuanto a la importancia misma de la resocialización para el sistema penal Silva Sánchez nos advierte que "... se entiende que cualquier sistema penal moderno, para mostrarse como un sistema legítimo, debe contar en su complejo de fines con una referencia a la 'resocialización' o, al menos, 'no-desocialización' del sujeto afectado (...) La resocialización, pues, entendida no como imposición de un determinado esquema de valores, sino como creación de las bases de un autodesarrollo libre o, al menos, como disposición de las condiciones que impidan que el sujeto vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado de socialización, constituye una finalidad a la que el Derecho penal debe tender."<sup>39</sup>

Entonces ¿Cómo hacer que el Derecho Penal se haga cargo de la resocialización? Me parece que aquí sería de utilidad la Suspensión. Entrelacemos lo que hemos venido diciendo. El funcionamiento diario de la Suspensión podría traer aparejado problemas de arbitrariedades en cuanto a los sujetos respecto de los cuales pudiere aplicársele. Esto por constituir una excepción al Principio de Legalidad Procesal Penal que, como indicamos, se cimenta en gran medida en la igualdad de trato a la que tienen derecho todos los individuos. Entonces, es necesario acudir a un criterio diferenciador entre los distintos imputados para así respetar dicho trato igualitario. Con esta idea se propone al fin preventivo especial, ya no vinculado a la imposición de penas, sino que respecto del proceso penal mismo. En definitiva, la hipótesis que nos permitiría salvar el problema de potenciales

---

<sup>36</sup> MERA, Jorge. Op. Cit. p. 216.

<sup>37</sup> BARATTA, Alessandro. Resocialización o Control Social. En: Varios Autores. Op. Cit. p. 101.

<sup>38</sup> Ibid., p. 103 y 104. (El destacado es mío).

<sup>39</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit. p. 265.

discriminaciones arbitrarias en la aplicación de la Suspensión, es que ésta se utilice siempre que resulte útil al fin preventivo especial en su vertiente resocializadora.

Un primer punto en el que conviene detenerse es ver de qué modo ella pudiera resultar útil a dicho fin, si consideramos, según lo dicho, que cualquier intento serio para alcanzarlo requiere necesariamente cambiar el entorno del individuo, de echarse al hombro la difícil tarea de intentar solucionar las profundas inconsistencias de nuestro ordenamiento político, económico y social. Parece demasiado ambicioso lo que se propone para una modesta institución procesal penal, no obstante, considero que la Suspensión sí podría servir a tal objetivo en la medida que se ataquen las condiciones personales del sujeto que lo hacen más vulnerable a caer en la criminalidad. Si un sujeto tiene un grave problema de alcoholismo, que lo hace más violento e irresponsable de sus actos, me parece que en principio un adecuado tratamiento de éste podría favorecer a que abandone la vida criminal. De la misma manera, si un adolescente ha desertado del sistema escolar, considero que su retorno puede incrementar las posibilidades de que logre por medio de la interacción con sus compañeros y profesores, adquirir hábitos que lo alejen cada vez más de la delincuencia. Es manifiesto entonces el cariz que debiera ir adoptando las condiciones a las cuales sean sometidos los imputados. Siempre con un carácter individualizador que se haga cargo de las particularidades propias de cada persona.

De acuerdo a la aprehensión que teníamos en un comienzo, debemos recordar, sin riesgo de ser majaderos, que el sistema penal es sólo una entre varias respuestas que da el Estado al problema de la criminalidad. Por ello es que el hecho de que la Suspensión se haga cargo de este problema, no significa atribuirle algo ambicioso o inalcanzable, es decir, dada una lógica imposibilidad, no se pretende que ésta por sí sola lo solucione. Sin perjuicio de lo anterior, la Suspensión tiene una gran potencialidad en la materia si es que se desarrollan programas integrados a la red asistencial general tanto del Estado como la proveniente del mundo privado.

De qué serviría sacar a un sujeto de su alcoholismo si la desesperanza de un mejor porvenir y el desempleo que lo llevaron a aquél se mantienen. De qué sirve retornar a un menor al sistema escolar si, como diría Baratta, ello puede que no sea otra cosa que restituir al individuo de un proceso secundario de marginación a uno primario que lo antecedió<sup>40</sup>. Entonces, la Suspensión cuenta con la operatividad y eficacia de los demás cursos de acción de la Política Criminal, como por ejemplo, en el primer caso antes descrito, programas concretos de empleabilidad y capacitación laboral en aquellos sectores en los que existen mayores carencias sociales; y en el segundo, contar con un sistema escolar que sea capaz de resolver los conflictos de convivencia al interior de los establecimientos, a través de la tolerancia y el diálogo y no por medio del etiquetamiento y la exclusión.

Quisiera ahora hacer una pequeña precisión conceptual respecto del modo de aplicar concretamente el fin preventivo especial en la Suspensión. Considero que el parámetro o criterio esencial que a mi juicio un fiscal debería tener en mente a la hora de decidir proponer o no a un imputado llegar a un acuerdo de Suspensión, es verificar si éste se

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 101-117.

encuentra en una necesidad tal de realizar a su respecto un proceso resocializador, que resulta conveniente en ese caso concreto renunciar a la posibilidad de una eventual condena. De esta forma otorgamos a la Suspensión una función pública de máxima importancia, pues se constituye en una suerte de detector y de solución a la vez de falencias en la aplicación de los diversos cursos de acción de la Política Criminal, entendiéndose que para ese caso concreto, ella es inmensamente más conveniente que la respuesta tradicional que el sistema penal prevé para los delitos. Así conciliamos, en consecuencia, una Política Criminal eficiente con un sistema penal que se ocupe verdaderamente de estar al servicio de aquélla, así también como logramos una nueva síntesis que permite de alguna manera, hacerse cargo de aquellas fallas del orden social que generan la delincuencia, postergando el mero castigo y así una estructura penal y social mucho menos hipócrita.

Queda todavía por develar si es este criterio diferenciador el único que admitiría nuestro ordenamiento jurídico y creo que la respuesta es bastante sencilla. La Suspensión presenta una gran cantidad de ventajas en su utilización más allá de este solo fin preventivo especial y a los cuales se puede echar mano, incluso prescindiendo del mismo. No tiene sentido limitar las bondades de esta institución. Pero a fin de resguardar el respeto a los valores que como sociedad estimamos de máxima importancia, el Ministerio Público debe cumplir algunas exigencias de publicidad. Revisemos esto ahora.

### **Control del actuar del Ministerio Público: Publicidad ¿pero de qué?**

Estos otros criterios de los que hemos venido hablando consistirían en las utilidades posibles de atribuir a la Suspensión a las que me referí antes y resulta indispensable que el Ministerio Público sea absolutamente transparente en ello. Así debería confeccionar y publicar dichos criterios sobre los cuales puedan los fiscales fundar decidir o no un acuerdo de Suspensión, a fin de promover la uniformidad en su aplicación y, sobretodo, para que sea posible llevar al efecto un debate público que permita favorecer el control de la comunidad sobre el actuar del Ministerio Público. Será posible así apreciar en todo momento si la Suspensión está respetando o no la igualdad ante la ley. De otro modo ¿cómo ejercer un efectivo control respecto del actuar del Ministerio Público?

Considero que esa materia ha sido abordada en general de manera deficiente por nuestros Ministerios Públicos, fundamentalmente en tres sentidos. Por la inexistencia total de tales criterios, por su falta de transparencia cuando los hay y/o por equivocar los puntos de referencia para construirlos. No es objeto de este trabajo abordar dichos problemas. Sólo quisiera aquí destacar la idea de que estos criterios de actuación se realicen en base a las posibles utilidades de la Suspensión y en qué casos resulta aconsejable servirse de ellas y que a la vez esto sea algo absolutamente transparente para permitir la crítica social y la retroalimentación.

Algunos ejemplos de criterios con un enfoque equivocado en mi opinión son aquellos que buscan determinar el actuar del Ministerio Público de acuerdo a la cuantía de penas probables o en atención a ciertas categorías de delitos. Considero que orientar únicamente el trabajo del Ministerio Público en estos términos no es conveniente pues tales

consideraciones ya la tuvo en mente el legislador cuando reguló los supuestos o requisitos que debían cumplirse para la procedencia de la Suspensión y lo que necesitamos del Ministerio Público son definiciones político-criminales mucho más concretas. No es que tales criterios no tengan ninguna utilidad, ni mucho menos que sean ilegítimos. Sólo se trata de que éstos por sí solos se muestran insuficientes para asegurar un buen funcionamiento de la Suspensión, logrando por un lado, extraer el mayor rendimiento de la misma y, por otro, evitando que su funcionamiento se aleje de los valores que como sociedad compartimos. Qué podríamos decir como sociedad sobre un criterio que se construye en razón de cuantías de penas o categorías de delitos si tales definiciones ya fueron recogidas por la ley. Nada nuevo o interesante. No es más que una autoflagelación de facultades sin mucho sentido. Es así entonces que tales criterios se deben enarbolar conforme a los tópicos ya analizados, es decir, sobre la base de las utilidades posibles de atribuir a la Suspensión: cuáles de éstas pueden perseguirse en su virtud, respecto de qué delitos, bajo qué condiciones, etc.

### **Una visión distinta acerca de la Suspensión**

En general es posible apreciar que dentro de los operadores del sistema, la Suspensión es concebida como una especie de “beneficio” que es entregado a imputados de baja peligrosidad. Entonces este beneficio debe ser “merecido” por el imputado. No obstante, considero que es posible sostener que la Suspensión no constituye propiamente un *beneficio* para el imputado, toda vez que ella significa esencialmente un método de control social que lleva aparejado una disminución sustancial en el goce de sus derechos, todo lo cual se legitima únicamente gracias a la voluntad del sujeto afectado en acceder a la misma. Por otra parte, cabe sostener que la Suspensión tampoco constituye un beneficio para el imputado como una suerte de *favor* que a su respecto realiza el Ministerio Público a nombre de la sociedad. Cuando un fiscal concurre a un acuerdo de Suspensión no realiza un favor respecto de nadie, sólo cumple su deber. Lo que hace es permitir al Ministerio Público dar cumplimiento a su deber de sustentar la acción penal pública de una manera eficiente e idónea para alcanzar los resultados más óptimos al problema de la criminalidad con pleno respeto a la Constitución y a las Leyes.

El Derecho Penal Mínimo plantea evitar al máximo la violencia estatal disminuyendo el catálogo de hechos punibles, buscando el mayor ejercicio de los derechos y garantías que asisten a las personas como un límite al poder estatal y propendiendo a evitar mecanismos represivos por fuera de las regulaciones oficiales<sup>41</sup>. Son estos dos últimos aspectos con los que vincularemos a esta nueva visión de la Suspensión.

Primero, ciertamente, se compadece con un Derecho Penal Mínimo al imponer un límite a la discrecionalidad del Ministerio Público a la hora de llegar a un acuerdo de Suspensión. Sin embargo, uno podría pensar que esto es contradictorio, pues así se estaría restringiendo la posibilidad de suspender la persecución penal y por tanto, tendiendo a una mayor

---

<sup>41</sup> PÉREZ PINZÓN, Álvaro. Derecho Penal Mínimo y Derecho Penal Garantizador. En: Varios Autores. Op. Cit. p. 492 y 493.

punición. No obstante, la construcción relativa a las limitaciones aquí reseñadas apunta precisamente a ampliar la utilización del instituto, dejando de lado consideraciones peligrosistas sobre las cuales en nuestro medio tiende a ser su uso justificado. En consecuencia, estos límites actúan a favor de las personas, ampliando la aplicación de la Suspensión, evitando un funcionamiento arbitrario de la misma y facilitando una mayor participación de las personas en la vida social y de la comunidad en general respecto del control sobre el accionar del Ministerio Público.

En segundo lugar, la Suspensión así concebida, ve en ella una manera formalizada de control social a la que un sujeto se somete únicamente si consiente en ello y me parece que esta “oficialidad” que existe es en sí beneficiosa. Creo pertinente recordar que la “... disminución de la formalización o la desformalización pueden conllevar en realidad -bajo apariencia de constituir una solución menos violenta y más práctica del conflicto suscitado por el delito- una mayor intervención sobre el ciudadano, que, al desaparecer o menguar sus garantías, puede verse sometido a modalidades de control inaceptables (moralizantes, manipuladoras, ‘incontroladas’).”<sup>42</sup>. Es decir, por el hecho de que este control social se dé en el marco del proceso penal, ello otorga al sujeto todas las garantías propias de éste, evitando así reacciones estatales, sociales o culturales a-jurídicas que puedan resultar mucho más agresivas y violentas.

Esta visión permite de mayor manera, por un lado, restringir el poder que tiene el Estado para anular a los sujetos en la vida social ya sea por medio de su encierro o por el etiquetamiento; y por otro, dispensar mayores oportunidades de integración social cuando ello resulte necesario. Por otro lado, acarrea consecuencias concretas para el rendimiento diario de la institución. En efecto, bajo esta mirada, como se dijo, su campo de procedencia recibe una clara ampliación. Ya no se trata de que ella se aplique únicamente a casos en los que el imputado parezca “inofensivo”, dejando fuera a aquellos que por la “peligrosidad” de los sujetos, no sean éstos merecedores de este “beneficio” llamado Suspensión. De lo que se trata ahora es que ella actúe como una suerte de detector de procesos desocializadores, para poder otorgar en el seno del proceso penal el tratamiento que mejor parezca convenir.

Con todo, me parece necesario recordar, que así como el uso preferente de la Suspensión por sobre la prosecución del proceso, encuentra su antecedente en evitar un uso excesivo de la represión penal estatal, esto también vale respecto de la aplicación misma de la Suspensión, pues ésta igualmente consiste en una forma de control social. Es pertinente entonces tener presente el problema que el profesor José Daniel Cesano, denomina “de la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas”<sup>43</sup>, quien a modo ilustrativo repara en el siguiente pasaje de Máximo Pavarini: “...la circunstancia de que el ordenamiento contemple abstractamente algunas medidas alternativas de aplicación discrecional, no da ninguna seguridad respecto a su actuación efectiva. Al mismo tiempo, la ampliación de la gama sancionatoria, favorece la posibilidad de punir ‘de todas formas’ donde, en ausencia

---

<sup>42</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit. p. 251.

<sup>43</sup> CESANO, José Daniel. De la Crítica de la Cárcel a la Crítica de las Alternativas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 3 de noviembre de 2001. <[http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_03-05.html](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-05.html)> [consulta: 29 de diciembre de 2008].

de alternativas entre privación de libertad y libertad, consideraciones de oportunidad hubieran sugerido no castigar. En conclusión, no se sabe si, siguiendo esta estrategia de alternativas, las alternativas a la cárcel serán aplicadas en lugar o junto a la cárcel: ¿alternativas a la privación de libertad o alternativas a la libertad?”<sup>44</sup>.

Lo que nos quiere hacer presente el profesor Cesano es que dado que la represión estatal es sólo una necesidad, habrá que prescindir de ella cada vez que se muestre como innecesaria, incluyendo dentro de esta idea, no sólo la cárcel, sino también, aquellas otras formas de control social que se han ideado en su lugar. El Derecho Penal ha de reducir así su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, no sólo tratándose de la ejecución misma de las penas, sino que ello se traduce también en una intervención mínima del control social que se ejerza sobre los ciudadanos, de manera que cuando éste resulte indispensable y a condición del consentimiento del afectado, ha de tener lugar dentro del proceso penal, lo que importa a su turno, nuevamente garantía de que tal coerción no se va a ejercer fuera de un marco de racionalidad y necesidad.

### **Algunas Conclusiones y Observaciones Finales**

En nuestro medio la Suspensión es concebida en términos generales como un “beneficio” que se dispensa a imputados de una ostensible “baja peligrosidad”, conceptos a mi juicio errados o al menos inconvenientes. Así afirmo la necesidad de llevar a cabo una reconstrucción político-criminal del instituto que se haga cargo de los problemas de una potencial arbitrariedad en su aplicación, de que ésta se aplique al margen de nuestras valoraciones y del necesario control que debe existir respecto del actuar del Ministerio Público en la materia, para así ayudar a alcanzar una persecución penal moderna, eficiente y respetuosa de los postulados de un Estado Democrático.

Como pudimos apreciar, el riesgo de que la Suspensión pueda ser utilizada de una manera arbitraria, existe ante la selectividad que hay y que debe haber en todo sistema penal. Para restringir dicho riesgo, los sistemas modernos de persecución penal, han formalizado tales procesos selectivos, otorgando grados de discrecionalidad a determinados actores para que éstos la ejerzan dentro de ciertos márgenes. Ello ocurre con la Suspensión, en donde la ley, luego de establecer el marco en que ella es procedente, entrega a cada fiscal la facultad de hacer uso de ella (con el acuerdo del imputado y normalmente con la aprobación del Juez respectivo), cuando crea que resulta útil y necesaria, en la medida que vea conveniente prescindir de la reacción tradicional del sistema penal, pero siempre que persista un interés público prevalente en la persecución.

No obstante, la sola regulación legal de márgenes mínimos de procedencia no basta para enfrentar los problemas reseñados, por lo que es necesario pensar modos concretos de regular la actuación del Ministerio Público.

---

<sup>44</sup> Ibid.

Una primera posibilidad es acudir al fin preventivo especial del Derecho Penal, habida consideración de que la experiencia ha demostrado que no es posible que éste se haga cargo de aquél a través del expediente tradicional de la imposición de penas. Debemos tomar en consideración que en la base misma de la institución encontramos un fundamento resocializador. Ello emana tanto de su regulación legal como de las razones que se tuvieron en mente para su establecimiento y dada la particular relación que existe entre ella y otros institutos jurídico-penales, especialmente, las medidas alternativas al cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad.

En consecuencia, un fiscal debería tender a su aplicación cada vez que aprecie que el imputado, dentro del marco legal, se encuentra en una necesidad tal de fomentar a su respecto un proceso de aprendizaje de pautas, normas y valores sociales o tendiente a corregir, mejorar o compensar sus debilidades de voluntad, que amerita renunciar a la respuesta tradicional del proceso penal.

Esta manera de concebir la Suspensión deja de lado concepciones peligrosistas, bastante arraigadas en nuestro medio, y asegura, al menos teóricamente, el respeto a la Igualdad de Trato ante la Ley, al diferenciar la situación de distintos imputados sobre bases legítimas. Así, el instituto ve ampliado los márgenes dentro de los cuales es procedente y se constituye en una suerte de detector y de solución a la vez de falencias en la ejecución de una Política Criminal más amplia y efectiva. Políticamente además, esta postura tiene importantes efectos, no sólo por dotar de mayor honestidad al sistema penal al dar cabida en su seno de instancias que se ocupan de los factores que contribuyen al fenómeno delincencial, sino que además, por promover una sociedad más democrática, tanto por restringir el poder punitivo del Estado, como por dispensar de cursos de acción orientados a facilitar la efectiva participación de las personas en la sociedad. Por las mismas razones ella presenta congruencia con las exigencias de un Derecho Penal Mínimo.

Sin perjuicio de todo lo anterior, vimos que la Suspensión presenta en abstracto otras ventajas, distintas de la resocialización ya mencionada, que podrían ser aprovechadas por el Ministerio Público. Tales beneficios o utilidades perfectamente habilitarían al Ministerio Público para crear otros criterios diferenciadores, mas resulta indispensable que las Fiscalías sean absolutamente transparentes en su elaboración. Aquí surge la necesidad de la Publicidad de los mismos. Al respecto, es urgente que el Ministerio Público realice tal labor sobre la base de indicar claramente cuáles son las utilidades del instituto y las razones de porqué en algunos casos se podría servir de ellas y en otros no. Dicha Publicidad es la que resulta clave para permitir un control efectivo sobre su actuar. No sólo nos interesan *algunos porcentajes* como la cantidad de términos de casos por la vía de la Suspensión, sino por sobretodo, si su funcionamiento concreto respeta los valores de una sociedad democrática. El control entonces es en dos sentidos. Permite primero el debate público respecto de lo adecuado o no de los criterios específicos desarrollados para orientar el trabajo de los fiscales y, segundo, permite medir la consecuencia del actuar del Ministerio Público con su propio discurso. Así podremos llegar a decir que tal o cual fiscal se aleja de la Política Criminal fijada por el Ministerio Público y exigir explicaciones.

Todo lo anterior pretende que la Suspensión sea “construida” día a día de manera que resulte socialmente beneficiosa y coherente con una Política Criminal más amplia y

efectiva. Su real sentido y alcance es restringir al máximo posible los riesgos de que dicha aplicación pueda resultar arbitraria, instando a todas las personas a participar en la elaboración de los criterios diferenciadores y en el control de su funcionamiento, lo cual tiende nuevamente a promover la Democracia en nuestra sociedad. Por otro lado, al ir delimitando con mayor claridad los ámbitos de aplicación de cada instituto procesal, va haciendo posible un mejor funcionamiento del sistema en su conjunto, con importantes consecuencias en torno a restringir el uso de la cárcel, sea por imposición de condenas o por el expediente de prisiones o detenciones preventivas.

Es cierto que las ideas planteadas en este trabajo provienen desde ciertas concepciones políticas que no serán compartidas por todos los lectores, fundamentalmente en cuanto a la relación del Fin Preventivo Especial del Derecho Penal y la Suspensión que planteo. No obstante, lo medular de estas líneas creo que continuaría intacto. La idea de publicitar los criterios específicos que deben orientar el trabajo de los fiscales y el hecho de que tales criterios se construyan a partir de las utilidades o ventajas posibles de atribuir a las instituciones jurídico-penales, son cuestiones cuya importancia trasciende del lugar que le queramos dar a cada una de éstas.

Finalmente, quisiera destacar que existe en nuestra región algunas experiencias concretas de Fiscalías que han desarrollado prácticas cercanas a lo señalado en estas líneas, por ejemplo, en materias de imputados con problemas de adicción a drogas y alcoholismo y tratándose de casos en contexto de violencia intrafamiliar. Si algún lector tuviere conocimiento de experiencias similares agradeceré profundamente la remisión de información en tal sentido.