

Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho



**“ACUERDOS REPARATORIOS: ANALISIS CRITICO DESDE LA
PERSPECTIVA DE SU REAL APLICABILIDAD Y EFICACIA”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES.**

Alumno: Alvaro José Mansilla Maldonado.
Profesor patrocinante: Sra. Ada Gajardo Pérez.

Valdivia, Noviembre de 2005.

Señor:
Director del Instituto de Derecho Público de la
Universidad Austral de Chile
Don Andrés Bordalí Salamanca
P r e s e n t e

Remito a Ud. el informe de la Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales del Alumno don Alvaro José Mansilla Maldonado.

El alumno desarrolla el tema de su memoria inserta en el Derecho Procesal Penal, cual es, Acuerdos Reparatorios, realizando un análisis crítico serio, fundamentado y bien argumentado acerca de éstos.

El índice de la obra da buena cuenta del detalle y prolijidad de la investigación realizada. Esta se inicia con un análisis dogmático de los Sujetos Procesales y luego el desarrollo de la memoria, el análisis va tomando mayor profundidad y un carácter más subjetivo y crítico.

La propuesta del alumno es, como lo precisa la Introducción, la identificación y análisis, desde una perspectiva jurídico-práctica, del marco legislativo y reglamentario de los Acuerdos Reparatorios y su aplicabilidad y eficacia en una sociedad marcada por toda una historia de justicia inquisitiva.

Las conclusiones del trabajo, dan cuenta de que el alumno cumplió su cometido, las opiniones del alumno revelan que se involucró seriamente en el tema.

La Bibliografía utilizada es completa e idónea. Revisó Libros, entre los cuales cabe destacar una Memoria de Prueba realizada, sobre similar tema, antes de la entrada en vigencia del nuevo Proceso Penal en la Región; Instructivos del Ministerio Público, artículos y revisión de catálogos electrónicos.

Estimamos que una nota acorde con el trabajo es un **siete**.

Saluda Atte a Ud.

Ada Gajardo Perez.
Profesora Patrocinante.

Valdivia, 30 de noviembre de 2005.

INTRODUCCION

...Caminante son tus huellas el camino y nada más; caminante no hay camino, se hace camino al andar. M. MACHADO.

La comprensión de las denominadas salidas alternativas constituye un imperativo esencial para entender de manera cabal el Nuevo Proceso Penal, toda vez que se trata de un sistema de justicia criminal dotado de un abanico amplio de mecanismos y herramientas orientadas a dar respuestas más pertinentes a los objetivos propuestos: El ejercicio regulado del ius puniendi del Estado, asegurando el respeto de las garantías esenciales de todos los involucrados, otorgando en definitiva soluciones de calidad a los conflictos sociales de relevancia que el sistema asume y se hace cargo.

En general, estas salidas alternativas al desarrollo normal de un juicio penal con la expectativa de una sentencia condenatoria, representan una repuesta estatal de alta calidad pero de menor contenido represivo que, por ejemplo, cualquier pena privativa o restrictiva de libertad, resultando a su vez más pertinentes e idóneas para determinados casos, particularmente considerando, en buena medida, el carácter resocializador al que debe aspirar también un sistema penal.

Con todo, en este punto es necesario aclarar que si bien la expresión genérica de “salidas alternativas”, representan en su conjunto un cambio de perspectiva en la tradición jurídico procesal penal chilena, asociada esta última a un apego irrestricto al principio de la legalidad procesal, en dicha expresión se incluye la existencia de mecanismos con objetivos diferentes: de selección de casos, de simplificación procesal y de solución a conflictos

sociales sobre la base de una alternativa a la persecución penal tradicional y a la aplicación de una pena como consecuencia de aquella.

Manifestación de la búsqueda del primero de estos objetivos, o sea de la aplicación de criterios racionales y transparentes de selección de casos, y que algunos autores han denominado como mecanismos de descongestión del sistema pues permiten asegurar que un número manejable de casos que ingresan a él, lleguen finalmente a la instancia del juicio oral. Son por ejemplo el archivo provisional (Artículo 167 Código Procesal Penal); la facultad del Ministerio Público para no iniciar una investigación (Artículo 168 CPP); y el denominado Principio de Oportunidad (Artículo 170 CPP). En todas estas situaciones, vemos enfrentado el tradicional principio de legalidad procesal, el que se encuentra presente en el Artículo 66 inciso segundo del Código Procesal Penal el que señala “Cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”, con criterios de discrecionalidad reglada o restringida¹, cuyo objetivo fundamental es la implementación de criterios de racionalidad de la persecución penal y mayor transparencia en la selectividad de los casos que finalmente son investigados por las agencias públicas y policiales legalmente facultadas para ello.

Tratándose del objetivo de simplificar los procedimientos, el nuevo proceso penal considera la necesidad de hacerse cargo de manera intensa de todos los casos que cruzan el umbral de la disyuntiva de si ameritan y es razonablemente posible el que sean investigados y posteriormente llevados a juicio, contemplando alternativas al curso normal representado por el juicio oral en lo penal. Estos mecanismos de simplificación procesal corresponden al juicio inmediato teniendo como antecedente un delito con características de flagrancia

¹ El carácter reglado o restringido de la aplicación de estas medidas de descongestión del sistema, se encuentra dado por las limitaciones que tienen los fiscales del Ministerio Público para la aplicación de aquellas, limitaciones que van desde controles que ejerce la propia víctima del delito sea por la vía del reclamo ante el superior del Fiscal a cargo del caso o bien por medio de la interposición de una querrela particular con el objeto de forzar la labor de investigación; por los controles internos que se adoptan al interior del Ministerio Público; y por los controles específicos de cada medida como son la autorización del Juez de Garantía tratándose del ejercicio de la facultad de no iniciar la investigación por el Fiscal a

(Artículo 235 CPP); el procedimiento abreviado validado por el previo acuerdo entre fiscal e imputado, tratándose de delitos de hasta cierta penalidad (Artículo 406 CPP); el procedimiento simplificado, para el caso de la investigación de faltas o de delitos para los cuales el Fiscal solicite una penalidad de hasta presidio menor en su grado mínimo (Artículo 388 CPP); o el procedimiento monitorio, como mecanismo procesal de aplicación de multas (Artículo 392 CPP).

Característica común a la por cierto diferente regulación de requisitos y circunstancias que hacen procedente la aplicación de alguno de estos mecanismos, destaca el hecho que en todos ellos el Juez encargado de dictar sentencia corresponde al denominado Juez de Garantía competente, quien con ello pasa a quedar habilitado legalmente para ejercer funciones jurisdiccionales, alternativas a las contempladas naturalmente para este tipo de jueces en el Artículo 70 del Código Procesal Penal.

Finalmente el nuevo proceso penal contempla la existencia de mecanismos de solución a los conflictos sociales consistentes en el delito y sus efectos, distintos a la respuesta tradicional de la persecución penal seguida de la consecencial aplicación de una pena, en la mayoría de los casos privativa o restrictiva de libertad. Estos mecanismos de solución, cuya adopción – bajo ciertas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos - los convierte en muchos casos en mejores y más idóneos “sucedáneos” de la imposición de una sanción penal tradicional, corresponden a las denominadas salidas alternativas propiamente tales contempladas por el nuevo proceso penal, que son la suspensión condicional del procedimiento (Artículo 237 CPP) y los acuerdos reparatorios (Artículo 241 CPP). A este respecto, para el profesor DUCE ambas instituciones “comparten la característica de representar respuestas alternativas del sistema frente a cierta categoría de casos y eso hace que tengan una dinámica diferente a otros mecanismos de simplificación procesal o de selección de casos. Es por ello también que ambas pueden ser descritas como salidas alternativas. La alternatividad viene dada por el hecho que ambas instituciones

cargo del caso, o la autorización del Fiscal Regional para archivar provisionalmente un caso que en abstracto merezca pena aflictiva.

representan respuestas diferentes del sistema frente a los casos que abarcan en comparación a la resolución normal de los mismos (juicio y eventual condena o absolución)".²

Formulada esta aclaración, el objetivo de este trabajo es la identificación y análisis, desde una perspectiva jurídico-práctica, del marco legislativo y reglamentario de los acuerdos reparatorios y su aplicabilidad y eficacia en nuestra sociedad marcada por toda una historia de justicia inquisitiva.

Para el logro del objetivo propuesto, esta tesis buscará identificar y definir a los sujetos procesales que son, en definitiva, quienes deben aplicar las salidas alternativas; intentará establecer los principios, en base a los cuales, tienen su origen dichas salidas y más concretamente los acuerdos reparatorios; definirá qué se entiende por salidas alternativas y analizará brevemente la suspensión condicional del procedimiento. Finalmente, y como objetivo fundamental conceptualizará a los acuerdos reparatorios, establecerá sus fundamentos, sus presupuestos, sus características generales y específicas, sus actores, sus efectos, la extinción de la responsabilidad penal que producen, la reparación a la víctima como interés prioritario sobre el castigo a quien comete el ilícito, la posibilidad de llevar cabo una mediación penal; analizará los vacíos legales que pueden poner en riesgo la eficacia de esta forma de resolución de conflictos y elaborar propuestas tendientes a contrarrestar las deficiencias captadas.

² Duce, Mauricio; *"La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal"*, en *El Nuevo Proceso Penal*, varios autores. Cuadernos de Trabajo N°2 Escuela de Derecho, Universidad

CAPÍTULO PRIMERO

I.- SUJETOS PROCESALES; PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD; SALIDAS ALTERNATIVAS

1.- SUJETOS PROCESALES

1.1.-- EL TRIBUNAL

En el origen de la reforma procesal penal chilena estuvo particularmente presente la discusión sobre el ámbito y límites del papel del Juez en el nuevo sistema de justicia criminal. Aunque la decisión de la separación estricta entre las funciones de investigar y acusar, por un lado, y juzgar, por el otro, fue considerada el presupuesto básico para el diseño de la estructura del nuevo proceso, no siempre fue pacífica la determinación de su atribución a órganos diferentes.³ Y tal determinación no sólo tenía que ver con la adopción del modelo más acorde con el ideal republicano de administración de justicia criminal, sino también, con producir los cambios culturales necesarios para hacer viable dicho modelo. En este contexto, el desafío mayor consistía en emancipar a los jueces y demás operadores del sistema, de prácticas inquisitivas fuertemente arraigadas que podían poner en peligro el diseño y la lógica del nuevo sistema.⁴

Las normas sobre organización y atribuciones de los tribunales del nuevo sistema fueron introducidos por las Leyes N° 19.665, de 9 de Marzo de 2000 y N° 19.708, de 5 de Enero de 2001, que modificaron el Código Orgánico de Tribunales. Tales disposiciones no sólo significan un nuevo modo de concebir las funciones de los tribunales con competencia criminal dentro del procedimiento penal sino una concepción completamente innovadora sobre la organización y gestión interna de los mismos, que implica una significativa

Diego Portales, marzo 2000. P. 140.

³Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián; *Derecho Procesal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago de Chile, 2002. (p.195).

colaboración entre el estamento judicial y el administrativo a fin de mejorar sustancialmente el servicio de justicia que se proporciona a los usuarios del sistema.

De acuerdo a lo dicho, los tribunales con competencia en materia penal son:

1.1.1.- JUZGADO DE GARANTÍA

Son aquellos que constituyen un tercero que no investiga y, por ende, está en una posición que le permite evaluar en forma imparcial la labor del Ministerio Público, y también la de los Funcionarios Policiales. Así, la fase de investigación se “judicializa” en cuanto a su control, se evitan abusos y se presta pronto auxilio a los imputados ante los eventuales excesos o desequilibrios que se pudieran producir.

ATRIBUCIONES.

- Asegurar los derechos de la víctima, el imputado y demás intervinientes en el proceso penal.
- Dirigir personalmente las audiencias que procedan (control de detención, de formalización, de preparación del juicio oral, aprobación de la suspensión condicional del procedimiento, aprobación uso de salida alternativa, etc.)
- Dictar sentencia en el procedimiento abreviado, simplificado y monitorio.
- Hacer ejecutar las condenas criminales y medidas de seguridad.
- Conocer y resolver las demás cuestiones que el Código Orgánico de Tribunales y el Código Procesal Penal le encomienden.

En cuanto a las salidas alternativas, y más específicamente, a los acuerdos reparatorios, los intervinientes que hubieren llegado al acuerdo deberán solicitar al Juez de Garantía que lo apruebe, para lo cual éste citará a una audiencia en la que comprobará que se han cumplido las exigencias legales. Así, deberá cerciorarse de que los hechos que son materia de la investigación son de aquellos respecto de los que la ley

⁴ Ibid. (p.196).

permite el acuerdo; y que las personas que hubieren concurrido al acuerdo, hayan prestado su consentimiento en forme libre y con pleno conocimiento de sus derechos.⁵

1.1.2.- TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Es el órgano jurisdiccional que tiene competencia para ejercer las atribuciones que le confiere la ley desde la dictación del auto de apertura del juicio oral hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva en base a los principios de oralidad, inmediación, continuidad, contradicción, publicidad, defensa necesaria, prueba racional y fundamentación de la sentencia.

ATRIBUCIONES.

- Conocer y fallar las causas por crímenes y simples delitos, con excepción de aquellas que correspondan al Juez de Garantía.
- Resolver sobre la libertad provisional o prisión preventiva.
- Resolver los incidentes que se promuevan en el juicio oral.
- Conocer y resolver los demás asuntos que la ley penal les encomiende.

Estos Juzgados no tienen ninguna facultad relativa a lo que a acuerdos reparatorios se refiere, toda vez que, la ultima oportunidad para que las partes lleguen a dicho acuerdo es en la audiencia de preparación del juicio oral, la que se lleva a cabo ante el Juez de Garantía.

1.2.-.- MINISTERIO PÚBLICO

El nacimiento de esta institución es históricamente reciente y presupone dos fenómenos que tienen lugar en momentos muy distintos. El primero es el surgimiento del Estado

⁵ Caroca Pérez, Alex; *El Nuevo Sistema Procesal Penal*, Editorial Jurídica La Ley, 2ª Edición, Santiago de Chile, 2002. (p.184).

central moderno europeo y, con él, la idea de persecución penal pública, y el segundo es la crítica ilustrada al proceso penal del antiguo régimen y la adopción del principio acusatorio, con correcciones respecto del modelo original (sistema acusatorio formal).⁶

El Ministerio Público fue creado e introducido a la Constitución Política de la República de Chile por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, de 16 de Septiembre de 1997. Se añade a la misma el capítulo VI-A y se regulan, en los Artículos 80A a 80I, las bases organizativas y funcionales de este nuevo sujeto del proceso penal. Por su parte, la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, publicada en el Diario Oficial el 15 de Octubre de 1999 desarrolla en forma extensa y bastantes reglamentarias dichas bases.

El Ministerio Público no depende de ninguno de los tres poderes clásicos del Estado y se plantea como un órgano “extrapoder”. Con esto, se intenta evitar el peligro que su dependencia de otro órgano traería consigo, por ejemplo, la judicialización de su actividad o la manipulación política de la misma. Es por ello que en la elección del Fiscal Nacional, por ejemplo, participan los tres Poderes del Estado, comenzando por un concurso público al que debe convocar la Corte Suprema, que previa audiencia pública ante el pleno, debe seleccionar una quina. Esta es presentada al Presidente de la República, quien, en el plazo de diez días deberá elegir uno de los nombres de dicha quina y presentarlo para su aprobación al Senado. Este deberá dar su acuerdo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio o desechar el nombre propuesto, caso en el que deberá repetirse el procedimiento.⁷ Una cuestión crucial para el correcto desempeño de sus funciones es delimitar adecuadamente las relaciones del Ministerio Público con los demás poderes del Estado, la inclusión de un sistema de controles recíprocos (de frenos y contrapesos) y de responsabilidades para evitar la tendencia del poder al abuso y la arbitrariedad. Este sistema puede ser graficado como un “conjunto de relaciones de ida y vuelta entre cada uno de los

⁶ Op. Cit. (p.105).

⁷ Artículo 15 Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

poderes, a la manera de controles, intervenciones puntuales o, simplemente, coparticipación en el ejercicio de alguna función.⁸

De acuerdo a lo dicho, el Ministerio Público es un órgano constitucional, autónomo y jerarquizado que tiene a su cargo la persecución penal pública, correspondiéndole, en forma exclusiva, la investigación de los hechos aparentemente constitutivos de delitos y ejercer la acción penal pública, cuando corresponda, conforme a los principios de legalidad, publicidad, responsabilidad, unidad, probidad y objetividad.

Se estructura en base a un Fiscal Nacional, que ejerce las funciones de supervigilancia del organismo, 16 Fiscales Regionales en quienes reside la facultad de ejercer la acción penal y las Fiscalías Locales que son las unidades operacionales de las Fiscalías Regionales, las que se encuentran servidas por los Fiscales Adjuntos.

ATRIBUCIONES.

- Dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinan la participación punible y los que acreditan la inocencia del imputado.
- Ejercer, en su caso, la acción penal.
- Velar por la protección de víctimas y testigos.
- Dirigir las actuaciones de la Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile.

La mayoría de la doctrina ha sostenido que el papel del Ministerio Público en la formación de un acuerdo reparatorio no es protagónico.⁹ Discrepo de esta opinión, toda vez que, creo que cada Fiscal que está conociendo de hechos aparentemente constitutivos de delitos respecto de los cuales la ley penal permite dicha salida alternativa cumple un rol fundamental en su aplicación. Este punto, será analizado mas adelante.

⁸ Rusconi, Maximiliano; *La Reforma Procesal Penal y la Llamada Ubicación Institucional del Ministerio público*. Editorial AD- HOC, 1ª Edición, Año 1993. (p.71).

⁹ Duce J, Mauricio y Riego R, Cristian, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Universidad Diego Portales. 2002. (p.335).

1.3.- LA POLICIA

El nuevo Código no altera las dependencias institucionales de los cuerpos policiales, su organización ni sus jerarquías.

La Policía de Investigaciones es la auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y debe llevar a cabo, bajo la responsabilidad de los fiscales, las diligencias e instrucciones que éstos les encomienden.

El mismo carácter tiene Carabineros, cuando el Fiscal a cargo del caso así lo dispone. El Ministerio Público también puede impartir instrucciones a Gendarmería, tratándose de la investigación de hechos cometidos al interior de los recintos penales.

Excepcionalmente la policía puede realizar actuaciones sin orden previa de los fiscales.¹⁰ Tienen facultades de control de identidad¹¹ y de examen de vestimentas, equipaje y vehículos¹², en los casos previstos por la ley.

No pueden interrogar autónomamente al imputado sino en presencia de su defensor¹³, salvo que el Fiscal lo autorice bajo su responsabilidad y el imputado quisiera declarar voluntariamente.

En aplicación del principio de actuación desformalizada que establece el Artículo 6 Inciso 2º de la Ley Orgánica Constitucional las comunicaciones entre el Ministerio Público y las Policías deben realizarse por la forma y los medios más expeditos posibles¹⁴. Las órdenes verbales son válidas, sin perjuicio de la obligación del funcionario que las recibe de registrarlas.

¹⁰ Artículo 83 Código Procesal Penal de la República de Chile.

¹¹ Artículo 85 Código Procesal Penal de la República de Chile.

¹² Artículo 89 Código Procesal Penal de la República de Chile.

¹³ Artículo 91 Código Procesal Penal de la República de Chile.

1.4.- LA DEFENSORIA PENAL PÚBLICA

Es un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia.

Su finalidad es proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta, que sean competencia de un Juzgado de Garantía o de un Tribunal Oral en lo Penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado.

Este servicio público se encuentra organizado en una Defensoría Nacional y en Defensorías regionales, las que a su vez cuentan para la prestación de la defensa con Defensorías Locales y con los abogados e instituciones licitantes o con los que se celebren convenios para estos efectos.

1.5. EL IMPUTADO

Es aquella persona contra la que se dirige la investigación, y en su caso, la acusación. El imputado goza de un conjunto de derechos que tanto la constitución como la ley penal le otorgan, los que se refieren fundamentalmente a que debe existir respecto de él, un procedimiento racional y justo y a su derecho a defenderse de la imputación o de la acusación en su caso.

El derecho a defensa comprende:

1.- Derecho a defensa “material”: Referido a los derechos que la Constitución Política de la República y las leyes confieren al imputado (incluida la autodefensa). Se traduce en el

¹⁴ Artículo 81 Código Procesal Penal de la República de Chile.

derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y demás actuaciones del procedimiento.

2.-Derecho a defensa “técnica”: Que involucra la garantía a ser asistido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento. En lo que se refiere a la oportunidad en que el Estado debe proporcionar defensor al imputado se discute porque el Artículo 8º del Código Procesal Penal establece que “el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”, en tanto que el Artículo 102 del mismo cuerpo de leyes dispone que “la designación del defensor debe tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado”.

El problema surge porque es posible que la primera actuación del procedimiento no coincida con la primera audiencia. Se estima, en general, que prima la facultad del imputado a obtener la designación de un defensor penal público desde la primera actuación del procedimiento y, con ello, la obligatoriedad de defensa técnica proporcionada por el Estado.

Audiencias en que la presencia del defensor constituye un requisito de validez de las mismas:

- a) Audiencia de control de la detención;
- b) Audiencia de formalización de la investigación;
- c) Audiencia de preparación del juicio oral;
- d) Audiencias en que se trate la prisión preventiva;
- e) Audiencias en que se trate la modificación, renovación o terminación de la prisión preventiva ;
- f) Audiencia del juicio oral;
- g) Audiencias orales que deben realizarse en el procedimiento simplificado, por aplicación supletoria de las normas del juicio oral;
- h) Audiencias orales del procedimiento por delito de acción privada, por aplicación supletoria del procedimiento simplificado;

- i) Audiencias en que se discuta el procedimiento abreviado y en el que se lleva a cabo el mismo;
- j) Audiencias en que se trate de la procedencia, duración, impugnación y ejecución de medidas cautelares personales;
- k) Audiencia en que se ventila la solicitud de suspensión condicional del procedimiento;
- l) En opinión de la Fiscalía Nacional, también las audiencias en que se traten los acuerdos reparatorios.¹⁵

1.6.- LA VICTIMA

Por víctima debemos entender de acuerdo al Instructivo Número 34 del Ministerio Público lo definido en el Artículo 108 del Código Procesal Penal , es decir ,en nuestro ordenamiento penal, es aquella persona ofendida por el delito. En caso de muerte del ofendido o que no pueda ejercer sus derechos se considerará víctima a sus familiares más cercanos de acuerdo a lo previsto en dicho artículo.

En los delitos que afectan intereses fiscales, se considera víctima a la persona jurídica Fisco, correspondiendo a los organismos estatales encargados de su representación la facultad de celebrar el acuerdo reparatorio.

1.7.- EL QUERELLANTE

Es la víctima, su representante legal o su heredero testamentario o cualquier persona capaz de comparecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeran conductas terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública.¹⁶

¹⁵ *Instructivo General del Ministerio Público. Fiscalía Nacional N°20. Reforma Procesal Penal.* Editorial Jurídica de Chile. 1º Edición. Santiago de Chile. 2000. (p.158).

Todos los anteriormente citados constituyen intervinientes del nuevo proceso penal. Respecto de ellos, puede no participar en el proceso penal, el querellante, en caso de que la víctima o quien tenga potestad para ello no deduzca querrela criminal en tiempo y forma, la Defensoría Penal para el caso de que el imputado otorgue poder a abogado particular y el Ministerio Público en el supuesto que haga uso de la facultad de no perseverar en la investigación y el querellante solicite al Juez de Garantía el forzamiento de la acusación. Obviamente, tampoco participará en el proceso penal el Juzgado Oral en lo Penal cuando se le ponga fin antes del juicio oral, como por ejemplo, a través de un acuerdo reparatorio.

2.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD VERSUS PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD¹⁷

El sistema penal chileno se basaba en el monopolio persecutorio del Estado. Tal circunstancia denotaba el interés del estado en la realización del Derecho Penal que se va a instrumentar por medio del proceso penal.

Así pues, imperaba en todo el proceso penal esa manifestación de la justicia penal que se denomina "principio de oficialidad" el que se encontraba presente tanto en la jurisdicción como en el ejercicio de la acción penal, ya que su titular exclusivo era el Estado. La persecución penal era ejercitada por los tribunales con competencia en lo criminal en forma exclusiva.

De tal principio deriva la regla procesal llamada "obligatoriedad". La misma implica que los órganos públicos predispuestos deben ejercer indefectiblemente la función penal que la ley les otorga en la realización del proceso penal.

Asimismo en virtud del mismo principio se prohibía todo criterio discrecional para determinarse a ejercer la función en el caso concreto. El principio de "legalidad" se

¹⁶Artículo 111 Código Procesal Penal de la República de Chile.

¹⁷ VV.AA.; Gelvez, Fernando; Principio de Legalidad Versus Principio de Oportunidad. Un Aporte a la futura Reforma del Sistema Penal.
En www.jusschubut.gov.ar/boletinjudicial/boletin20/bol20principio_de_legalidad.htm-66k.

desdobra en cuanto al tiempo en la promoción necesaria y la irrefragabilidad. Las autoridades públicas tenían el deber de promover la persecución penal, y de esa manera dar inicio al proceso penal ante el aviso o noticia de un hecho relevante al derecho penal.

Una vez puesto en marcha el proceso, el órgano jurisdiccional debía actuar necesariamente si la acción penal era ejercitada legítimamente, y proseguir ejerciendo la jurisdicción. Comenzando el ejercicio de los poderes de acción y jurisdicción, la persecución penal no podía suspenderse, interrumpirse o hacerse cesar, sino por la forma y modo previstos por la ley de procedimiento penal.

En cambio, si se presentaba un obstáculo establecido por la ley para la persecución penal Estatal, no debía ejercitarse la acción penal. Si no obstante el impedimento se promovía la acción penal, el órgano jurisdiccional debía abstenerse de ejercitar la jurisdicción no iniciando o no continuando el proceso. De lo expresado, se concluye, que en base al principio de legalidad no se autoriza a los órganos públicos competentes ante la noticia que tuvieren de la presunta comisión de un hecho punible a prescindir de la persecución penal, aunque el mismo sea mínimo en cuanto a la gravedad del bien jurídico tutelado o porque no convenga investigarlo por razones de practicidad o por ser muy costoso y se trate de un aparente delito menor.

De lo anterior, resulta claro, que en un sistema inquisitivo no puede aplicarse el criterio de "oportunidad" basado en un principio "político utilitario" de conveniencia temporal, práctica, económica, etc.; toda vez que la regla de "legalidad" prohíbe la renuncia al ejercicio de la persecución penal, o el desistimiento de la acción penal intentada, como también toda transacción o acuerdo con el imputado por parte de las autoridades públicas predispuestas. En definitiva, la persecución penal obligatoria del Estado, cumple el papel de colocar al principio de "legalidad" en el lugar de una máxima fundamental de un sistema penal inquisitivo.

Ahora bien, la práctica ha demostrado que el principio de "legalidad" no rige como se enuncia en las leyes pertinentes. Ello es así, toda vez que los casos o hechos punibles que llegan a conocimiento de las autoridades públicas competentes para la persecución penal son escasísimos respecto a los que realmente se producen. Tal circunstancia acontece porque las víctimas o personal que tienen conocimiento de los mismos no los denuncian ante dichos órganos públicos, por diversas razones, como por ejemplo, desconfianza a que el sistema penal satisfaga sus expectativas de aprehender y castigar a los autores de los ilícitos o por no importarles que las autoridades predisuestas resuelvan el conflicto, o por desconocer que fueron afectados por un delito.

Asimismo, ocurre, también, que tanto la policía como los órganos encargados de ejercitar la acción penal no están dotados de los recursos humanos y materiales para enterarse de la perpetración de los hechos punibles.

A tales situaciones la doctrina las denomina "cifra negra" que es difícil de establecer por intermedio de estadísticas. A su vez, ocurre que gran cantidad de hechos típicos denunciados o conocidos por otros medios quedan documentados en la actividad preliminar desplegada por Carabineros y no se persiguen por simple desidia o por que es casi imposible con los recursos que cuentan los órganos competentes dar con los autores.

En resumen, existe un proceso de selección de los hechos punibles que comienza con las personas que pueden brindar la información - denunciantes (víctimas o terceros que percibieron los hechos a través de sus sentidos) - por las razones apuntadas.

A su vez, se observa el otro fenómeno de selección interna de los órganos públicos por no contar con medios para perseguir penalmente a los participantes en los hechos punibles, es decir, cuando los autores son ignorados.

Además, cabe señalar que los hechos desentrañados no son muchos comparados en porcentaje con los que se investigan por los órganos jurisdiccionales.- Y, por último, los hechos punibles que llegan a la etapa del juicio son pocos y menos son los que reciben condena sus autores o partícipes.

De todo lo reseñado se deduce claramente que se da en la práctica una selección de los sucesos ilícitos respecto de su persecución penal, lo que marca sin duda que el principio de "legalidad" de persecución penal es irrealizable en términos absolutos; o dicho de otra manera no se cumple por las razones señaladas y otras más que no agregaremos por exceder el objetivo de este trabajo, por ejemplo se persigue penalmente o se ha criminalizado a un sector social (el menos favorecido desde el punto de vista de los recursos económicos) y no se persigue penalmente o se ha descriminalizado a otro sector que posee muchos recursos económicos (como son las personas que cometen "delitos económicos" o a los "narcocriminales", en definitiva a los denominados delincuentes de "cuello blanco").

Ante tales falencias, surge como "gran salvador" el criterio de "oportunidad". Por oportunidad se debe entender en el contexto del proceso penal, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.

El criterio de "oportunidad" es la regla elevada a principio rector de la persecución penal en el Derecho Anglosajón, de donde fue trasladado a los Estados Unidos de América y con posterioridad a las reformas de los países sudamericanos, en particular al nuevo

modelo de Justicia Penal nacional. La razón práctica es incontestable ya que con esa herramienta el Ministerio Público Fiscal gobierna el ámbito de la persecución penal mediante instrumentos que le permiten perseguir penalmente con eficiencia en cuanto a número de procesos y complejidad, con los recursos materiales y personales de la administración de justicia en general.

La aplicación del principio de "oportunidad" se puede enlazar, sin dificultad, a teorías utilitarias sobre la legitimación o el fundamento, el fin y los límites de la pena estatal. Específicamente a la prevención general positiva, que procura legitimar la pena a través de la necesidad de recordar los valores (bienes jurídicos) convencionalmente admitidos como base de la integración social, confirmando la vigencia de las normas que los establecen, fin que se alcanza por imposición de la consecuencia jurídica tan sólo a algunos hechos, sin necesidad de pretender que todos ellos sean alcanzados por la pena. De la misma manera se puede vincular el principio de "oportunidad" a propósitos políticos-criminales utilitarios, como la descriminalización y criminalización de comportamientos, o el intento de derivar comportamientos punibles hacia formas de tratamiento de conflictos y soluciones extrapenales.

Respecto al punto de la co-existencia entre "legalidad" y "oportunidad", es dable señalar desde una perspectiva político-criminal que el criterio de la "oportunidad" no es más que uno de los instrumentos con que se puede racionalizar el sistema penal para hacerlo más eficiente y eficaz. Por lo que, la reglamentación a través de la ley de criterios de selección de los casos o posibilidad de salidas alternativas, pueden con toda seguridad permitir una más eficiente y eficaz justicia, siempre y cuando la legislación de las mismas sea adecuada y no permita que se apodere del nuevo sistema la corrupción y la desidia. No olvidemos que un dato no menor es que gran parte de los cargos disponibles para la "nueva justicia" fueron llenados con funcionarios de la "antigua justicia".

Siguiendo con lo referenciado en el acápite anterior, considero que el "principio de oportunidad" no es una característica específica del sistema acusatorio en teoría, por más que en la práctica antigua y moderna ha caracterizado al proceso acusatorio. Ello es así, toda vez que si bien en el proceso acusatorio antiguo donde se iniciaba el mismo a raíz de la ejercitación de la acción penal por la parte damnificada u ofendida o por cualquier ciudadano (cuando rigió la acción popular), entonces sí se puede concluir que el poder de acusación sólo podía ser discrecional. Pero al afirmarse el carácter público del derecho penal y sus funciones de prevención general, también la acusación perdió progresivamente su originaria naturaleza privada, asumiendo carácter y modalidades enteramente públicos: primero, mediante la atribución a cada ciudadano de la acción civil y popular de los "delicta pública" y después, con la institución de un acusador o Ministerio Público, ante los órganos judiciales.

En los ordenamientos jurídicos anglosajones con la evolución del derecho penal finalizaron por confiar el ejercicio de la acción penal a órganos sustancialmente públicos (el Director of Public Prosecutions y el Attorney General), aunque en concurrencia con formas más o menos residuales de la acción popular. Pero en ningún caso se volvió a discutir el principio de "oportunidad" de la acción que a partir de entonces pasó a ser una adquisición sin discordia de toda la experiencia procesal contemporánea.

Por consiguiente, la discrecionalidad de la acción penal y la disponibilidad de las atribuciones delictivas e incluso de las pruebas, se han conservado en algunos sistemas acusatorios, y responden al carácter originario de la acción privada y después sólo cívico o popular de la iniciativa penal. En Estados Unidos de Norteamérica se exteriorizan a través de la negociación entre el acusador público y el imputado (plea bargaining) y de la declaración de la culpabilidad (guilty plea), constituyendo las mismas una fuente inagotable de arbitrariedades : arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan surgir, la inercia o el carácter incompleto de la acusación ;

arbitrariedades por acción, al convertirse el instituto llamado "plea bargaining" en regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos inocentes declararse culpables antes de someterse a las costas y riesgos del juicio.

De lo argumentado, se puede concluir que los "principios de legalidad y de oportunidad", pueden coexistir en un proceso acusatorio formal o en un proceso mixto o inquisitivo siempre y cuando a nuestro entender se parta de un sistema penal estructurado a partir de "obligatoriedad" de la acción penal para los delitos graves atento la publicidad de los órganos públicos estatales y se legisle minuciosamente como excepción la "discrecionalidad del ejercicio de la acción penal" para evitar las arbitrariedades que acontecen en la práctica de los países que tienen a ese criterio como regla y única forma de persecución penal.

A ello se le debe agregar la posibilidad de que los ciudadanos tengan el derecho en algunos casos, también claramente establecidos en la ley a llegar acuerdos que miren mayormente la reparación de la víctima por sobre el castigo del supuesto autor de un ilícito.

3.- SALIDAS ALTERNATIVAS DEL PROCEDIMIENTO

Las Salidas Alternativas son mecanismos que tienen por objeto poner término anticipadamente a un proceso penal por determinados delitos que no merecen una pena de privación de libertad demasiado alta, después de la formalización de la investigación, por medio de un acuerdo entre el Fiscal y el imputado, con la aprobación del Juez de Garantía, previo cumplimiento de una condición.¹⁸ En este contexto, las Salidas Alternativas, tienen como fundamento el Derecho Penal del Conflicto, en contraposición al Derecho Penal de la Infracción, como menciona el procesalista Alberto M. Binder, debido a que en el derecho penal del conflicto, la intervención del Estado debe ser efectiva para solucionar los

¹⁸ Caroca Pérez, Alex; *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial Jurídica La Ley. 1ª Edición. Santiago de Chile, 2002. (p.184).

conflictos que puedan suscitarse entre las personas y no buscar la imposición de la pena como medio de asegurar el orden social, sino buscando ser un elemento equilibrador de los conflictos. En un sistema de esta naturaleza lo que interesa es la Reparación del Daño frente al ejercicio de la violencia, llámese ésta venganza o interés de resocializar o cualquier otro en el que intervenga directamente el poder punitivo del Estado; el nuevo sistema introduce una serie de alternativas que pretenden evitar que se llegue a la aplicación del poder punitivo, de esta manera se logra un verdadero Derecho Penal de Ultima Ratio, donde lo que se busque sea aplicar de manera mínima el Derecho Penal, siendo más que ser un derecho sancionador un derecho reparador.

Los aspectos mencionados en nuestro sistema procesal penal son de vital importancia, ya que un alto porcentaje de hechos antijurídicos, pueden ser objeto este tipo de Salidas Alternativas al proceso penal, y en esta esfera, se corre el riesgo que la justicia penal se desvirtúe y la negociación, a la que no estaba acostumbrada el pueblo en su conjunto, como medio para solucionar el conflicto, sea aprovechada por aquellos a quienes se les imputa la comisión del hecho para victimar nuevamente a las víctimas, en su derecho a la reparación, luego de que otro derecho ya fuera conculcado, en tal dirección pueden situarse los procesos de re-victimización y aquellos en que los autores insolventes o de escasos recursos se ven dificultados de afrontar la reparación.

En nuestro ordenamiento jurídico las salidas alternativas son dos:

- 1.-Suspensión Condicional del Procedimiento.
2. Acuerdos reparatorios.

4.-SUSPENSION CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

Esta salida alternativa consiste, básicamente, en detener provisoriamente la persecución penal a favor de una persona imputada por un delito, quedando ella sometida, dentro de un plazo determinado, al cumplimiento de unas condiciones impuestas por el Juez

de Garantía, al término del cual se extingue la acción penal, siempre que se cumplan las condiciones y el beneficiado no sea objeto de una nueva formalización por un delito.

Para su mejor comprensión esquematizaré este instituto del siguiente modo:

Presupuestos:

- a.-Acuerdo Fiscal-imputado;
- b.-Que la pena en concreto que pudiere imponerse al imputado no exceda de tres años de privación de libertad;
- c.-Que el Imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.
- d.-Presencia del Defensor del imputado en la audiencia respectiva.
- e.-Obligación de escuchar al querellante, si está presente en la audiencia y
- f.- Resolución del Juez que la decrete.

CONDICIONES:¹⁹

El Juez de Garantía establece las condiciones a cumplir por el imputado, las que deben extenderse por un plazo no menor a uno ni superior a tres años, que pueden ser una o más de las siguientes:

- a.-Residir o no en un lugar determinado;
- b.-No frecuentar determinados lugares o personas;
- c.-Someterse a tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;
- d.-Tener o ejercer un trabajo o asistir a un programa de capacitación o educacional;
- e.-Pagar una determinada suma a la víctima a título de indemnización;
- f.-Acudir periódicamente ante el Ministerio Público y, en su caso, acreditar ante él el cumplimiento de las condiciones impuestas;
- g.-Fijar domicilio e informar sus cambios al Ministerio Público.

EFFECTOS:

- 1°.-Suspensión de la prescripción de la acción penal;
- 2°.-Suspensión del plazo para el cierre de la investigación que tiene el Ministerio Público.

3°.-No extingue la acción civil pertinente.

4°.-Transcurrido el plazo fijado extingue la acción penal.

OPORTUNIDAD:

En cualquier momento posterior a la formalización de la investigación y hasta la audiencia de preparación del juicio oral.

REVOCACIÓN:

I.-Por incumplimiento de las condiciones impuestas, siempre que:

a.-Fueren sin justificación y b.-Fueren graves o reiteradas;

II.-Cuando fuere objeto de una nueva Formalización de la investigación.

Consecuencias que conviene tener presente respecto a la revocación de la suspensión:

a.-Se reinicia la persecución penal; b.-La ocurrencia de este instituto no puede ser invocado en el juicio oral como reconocimiento de responsabilidad y c.-La revocación no obsta a la posibilidad del imputado a ser beneficiado con alguna de las medidas alternativas al cumplimiento de condena de la ley 18.216.

Un aspecto importante a considerar es el seguimiento, en el cumplimiento de las condiciones. Estimo que resultaría del todo útil, que exista una institución distinta al Ministerio Público, que efectúe un seguimiento del cumplimiento de las condiciones.

Ello por dos razones:

1.- El Ministerio Público debe efectuar un control destinado a verificar el cumplimiento, para los efectos que en caso que no se ejecuten las condiciones, se reactive la investigación.

2.- En cambio debe haber un seguimiento en otro sentido, para cautelar que cumpla las condiciones, y en segundo lugar, para que cumplidas, se informe oportunamente al

¹⁹ Artículo 238 Código Procesal Penal de la República de Chile.

Tribunal, y se proceda a dictar el sobreseimiento definitivo de conformidad a lo dispuesto en el art. 240 del Código de Procedimiento Penal.

Qué Instituciones pueden efectuar este “segundo seguimiento”;

Gendarmería: Por experiencia y similitud de funciones en relación con el tratamiento que se da de los condenados sujetos a libertad vigilada, pudiera ser la Institución más idónea. Sin embargo entendemos que hay un obstáculo legal, toda vez que la función de la institución se refiere, según sus disposiciones legales aplicables, a los “condenados”, situación que no concurre respecto de los imputados sujetos a suspensión condicional de procedimiento.

Defensoría: A la Defensoría Penal Pública, le debe interesar, que luego de acordada la suspensión condicional, el imputado cumpla con las condiciones impuestas, y de ese modo la investigación no se reinicie, y la responsabilidad penal del imputado finalmente se extinga.

Algunos señalan que conforme a la Ley de Defensoría, no procedería, toda vez que la función es “proporcionar defensa penal a los imputados o acusados...”, y no otras, como verificar el cumplimiento de este tipo de condiciones.

Creo que una correcta interpretación de la norma, es que se entienda que la función de proporcionar defensa, incluye naturalmente la función de evitar que una investigación ya iniciada y suspendida, se reinicie en contra del imputado, por lo que sería enteramente procedente que la Defensoría Penal Pública tenga precisamente una sección destinada a estas tareas.

Otra institución: Se puede crear una institución, pública o privada que tenga esta función especialmente encomendada, y que se relacione con los actores del sistema penal, como un agente informativo de tales condiciones, pero cuyo objeto principal sea el que los imputados cumplan las condiciones impuestas.

CAPITULO SEGUNDO

I.- FUNDAMENTOS Y PROCEDENCIA DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

1.- ACUERDOS REPARATORIOS

1.1.- CONCEPTO

Un primer y útil acercamiento a la noción de los acuerdos reparatorios es el que plantea el profesor Mauricio DUCE, quien afirma que se trata de “una salida alternativa al proceso penal en virtud de la cual se puede extinguir la acción penal tratándose de cierta categoría de delitos, cuando exista entre la víctima y el imputado un acuerdo de reparación prestado en forma libre y voluntaria y este acuerdo sea aprobado por el Juez de Control de la Instrucción (actual Juez de Garantía) a cargo del respectivo caso”.²⁰ A su vez la autora María Inés Horvitz Lennon señala que “esta institución consiste, esencialmente, en un acuerdo entre el imputado y la víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente, y que, aprobado por el Juez de Garantía, produce, como consecuencia la extinción de la acción penal”.²¹

El surgimiento de esta institución jurídica constituye la consecuencia de una tendencia moderna que reconoce a la víctima como ente relevante por sobre el interés

²⁰ Duce, Mauricio; "Las Salidas Alternativas y la Reforma Procesal Chilena, en la Reforma a la Justicia Penal" ..*Cuadernos de Análisis Jurídico.Nº38*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. Octubre, 1998. (p.197).

²¹ Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián; *Derecho Procesal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. Santiago de Chile. 2002. (p.353).

abstracto del Estado en la función de la persecución penal de ciertos hechos con características de delito.

Su finalidad la encontramos en el Mensaje Presidencial que contiene el proyecto de Código Procesal Penal, precisado en las Actas de discusión de la Cámara de Diputados en las que se señala a los acuerdos reparatorios como “una forma de terminación anticipada del procedimiento, que busca reconocer el interés preponderante de la víctima en aquellos delitos que afectan bienes que el sistema jurídico reconoce como disponibles, atendido su carácter patrimonial”.²² Esta idea se refuerza con lo señalado en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de Ley que señala que “la salida alternativa de los acuerdos reparatorios busca realzar los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado”²³, con el uso de este mecanismo “el sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino como un sistema destinado a la resolución de conflictos”.²⁴ Esta nueva visión a sido resistida por algunos sectores, ya que existe, a nuestro juicio, una legítima preocupación de que la inserción progresiva de esta herramienta jurídica pueda más que ser un sostén de la “nueva justicia”, terminar por transformarse es una nueva fuente de inseguridad social y desprotección de las víctimas si no se establece con claridad y certeza su campo de aplicación.

1.2.- FUNDAMENTOS PARA LA INTRODUCCIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN MATERIA PENAL

Una institución jurídica como la que orienta el presente trabajo es absolutamente nueva y revolucionaria en un sistema jurídico que por más de cien años a funcionado en base a parámetros inquisitivos y que por tanto no ha entendido a la reparación como la

²² Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Sobre el Proyecto de Ley que estableció el Nuevo Código Procesal Penal de la República de Chile. (p.103).

²³ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Sobre el Proyecto de Ley que estableció el Nuevo Código Procesal Penal de la República de Chile. (p.104).

²⁴ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Sobre el Proyecto de Ley que estableció el Nuevo Código Procesal Penal de la República de Chile. (p.104).

ultima ratio del Derecho Penal ni, basado en un estricto e ingenuo apego al Principio de Legalidad, ha permitido la existencia de la oportunidad en el área de la persecución penal.

Con el objeto de sistematizar el análisis de los fundamentos de esta salida alternativa he decidido separarlos en tres grupos:

- 1.- El derecho a la libertad y a evitar la estigmatización de los individuos.
- 2.- El necesario carácter selectivo de los sistemas de justicia criminal.
- 3.- El derecho de la víctima a la reparación.

1.3.- EL DERECHO A LA LIBERTAD Y EL EVITAMIENTO DE LA ESTIGMATIZACION DE LOS INDIVIDUOS

El hombre como ser humano pensante, siempre se ha guiado por la búsqueda y conservación de la libertad. El reconocimiento de una libertad ilimitada haría imposible la convivencia humana, por lo que son necesarias e inevitables las restricciones a la libertad individual cuando no se respetan determinados derechos de los demás miembros de la sociedad. En atención a lo anterior puede definirse a la libertad como el derecho de las personas a actuar sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otras personas.

La naturaleza y extensión de las restricciones a la libertad, así como los medios para procurarlas, el equilibrio perfecto entre el derecho del individuo a actuar sin interferencias ajenas y la necesidad de la comunidad a restringir la libertad, ha sido buscado en todas las épocas sin que se haya logrado alcanzar una solución ideal al problema.

La historia demuestra que las sociedades han conocido situaciones de anarquía junto a periodos de despotismo en los que la libertad era algo inexistente o reservada para grupos privilegiados. En la actualidad se ha evolucionado hacia los estados de libertad individual cristalizados en los gobiernos democráticos, conocidos como “la menos mala de las soluciones”, respecto a ese deseo natural del hombre por ser libre.

Dentro del Proceso de expansión del Derecho Penal, se han desarrollado numerosos ensayos para integrar la minimización de la pena antes que la maximización; pero, muchos factores (políticos – económicos) han incidido en su definitiva aceptación.

Acudir a la legislación penal en busca de soluciones debe ser el último recurso, una política criminal acorde, debe estar orientada hacia la despenalización de conductas que no afecten bienes jurídicos relevantes, debe estar orientada hacia la abstención penal en busca de la confianza en una respuesta social o administrativa de gestión de los problemas y en respeto del derecho a la libertad de que gozamos todos por el hecho de ser humano.

Cuando la presión social y política hacia una mayor represión son tan fuertes, el especialista debe adoptar una doble cautela:

- 1.- Ser extremadamente riguroso consigo mismo y procurar darse cuenta de en que medida sus respuestas y opiniones están condicionadas en cada caso por ese clima social.
- 2.- Ser consciente del peligro de que cualquier iniciativa de reforma, por bienintencionada o humanitaria que pueda ser en su formulación original, puede resultar todo lo contrario al final del proceso de tramitación.

Es importante destacar que existe en doctrina criminológica lo que se llama pluralidad, esto es, que el que viola las normas sociales, se dice que ha desarrollado una conducta desviada; el que viola las normas penales, se dice que ha desarrollado una conducta delictiva. Con el nuevo Código Procesal Penal se pretende ofrecer vigilancia y aplicación de sanción correspondiente a las conductas delictivas, tratándose con ello de evitar mayores conductas desviadas. Dentro de las conductas delictivas lo que se pretende con las salidas alternativas es que, en definitiva, solamente aquellos que cometen delitos que dañan bienes jurídicos de importancia social sean castigados por el Estado en uso de su poder punitivo, para así evitar la estigmatización y el consecuente aumento de la delincuencia.

La estrategia de los acuerdos reparatorios importa la apertura de mayores espacios de aceptación social a técnicas jurídicas que sin dejar de lado el interés social se preocupen de salvaguardar primeramente el interés individual. Me pregunto, ante un individuo que comete un hurto, ¿Qué es mejor para la sociedad?, que se formalice una investigación a su respecto, se le condene, se le estigmatice como delincuente, y producto de esa misma estigmatización y falta de oportunidades se transforme en un delincuente capaz de cometer delitos mucho peores, o bien, darle la posibilidad de devolver lo hurtado a la víctima y que se comprometa con ésta, por ejemplo, a no volver a acercársele y extinga así su responsabilidad criminal. Creo firmemente que la segunda es la mejor opción y por ello, entre otros motivos, se crean medidas alternativas como la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

Una vez que la persona es enviada a la cárcel sus posibilidades de regresar a una vida normal son casi nulas, aun cuando, haya sido mínima su conducta delictiva o su grado de participación en ella o existan calificadas minorantes de responsabilidad. Buscándose una solución fácil una minoría es sacrificada en beneficio de la mayoría, transformando a esa minoría, no sólo a quienes ejecutan los hechos constitutivos de delitos, sino que a todas sus familias, perpetuamente, en delincuentes que no merecen la confianza social, produciéndose así la estigmatización y siendo la misma sociedad la principal responsable de la delincuencia que tanto rechaza.

1.4.- EL NECESARIO CARACTER SELECTIVO DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CRIMINAL²⁵

La implementación de las salidas alternativas en el proceso penal, se encuentra íntimamente vinculada con la observancia del principio de legalidad procesal, el cual prescribe que frente a todo hecho ilícito penal que se produzca dentro de la esfera de

²⁵ Duce J, Mauricio y Riego R, Cristian, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Universidad Diego Portales. 2002. (p.335).

atribuciones del tribunal, aquél debe ser conocido, juzgado y eventualmente castigado por éste.

Frente a esto, la noción de salidas alternativas constituye una especie de relativización o moderación de dicho principio, pues en el mundo de los hechos, en la realidad diaria, no ocurre lo prescrito por dicho principio, sino por el contrario operan de manera permanente criterios de selectividad procesal, formales e informales, que determinan cuales casos en definitiva serán conocidos y juzgados. Al respecto, resulta común observar en la literatura comparada la manera en la que los autores, de distintas tradiciones académicas, grafican el funcionamiento del sistema de justicia criminal a través de la figura de un embudo, en la que la parte ancha corresponde al total de delitos cometidos y la parte angosta al número final de casos que llegan a las instancias finales del proceso penal, con una inmensa cantidad de escalas intermedias en donde se van descartando casos por las más diversas razones.

Es por ello que los acuerdos reparatorios, surgen como una posibilidad de regular y consagrar la aplicación práctica de criterios de selección de casos, definidos de manera pública y transparente, en concordancia con los criterios de política criminal igualmente determinados por los diferentes operadores del ordenamiento jurídico.

Con la incorporación creciente y racional de salidas alternativas al juicio oral, tales como los acuerdos reparatorios, será posible focalizar en mejor medida la utilización de recursos humanos y materiales, dada la conclusión de que cualquier investigación de un delito compromete un elevado costo económico.

Una adecuada selección en el ingreso de causas a la instancia de investigación, incidirá en un ahorro económico considerable, evitando con el ello el malgasto de importantes recursos en el inicio de investigaciones por supuestos delitos de escasa

gravedad y relevancia social, o bien tratándose de hechos que dado los antecedentes existentes, ofrecen mínimas posibilidades de ser esclarecidos.

1.5.- DERECHOS DE LA VÍCTIMA

En lo que respecta a los derechos de la víctima en el proceso penal, éste es un tema de creciente interés doctrinal, toda vez que existe una importante deuda con ella por parte de sistema penal. Por lo mismo, resulta importante destacar que el tema del tratamiento de la víctima en el proceso penal escapa a la separación existente entre derecho penal y derecho procesal penal sino que, en cambio, es un problema de todo el conjunto del derecho penal. Así para Maier, se debe destacar que “se trata... de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que se persigue y de las tareas que abarca el derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el derecho procesal penal... se trata, en síntesis, de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto”.²⁶ En efecto, después de varios siglos de haberse excluido y olvidado²⁷ a la víctima, principalmente a raíz del surgimiento del estado moderno y su posterior consolidación²⁸, la víctima reaparece en el escenario de la justicia procesal penal, ocupando un lugar central dentro de la política criminal.²⁹

Lo cierto es que antes de esta expropiación de los intereses de la víctimas por parte del estado, ellas tenían una importante función dentro de la solución de los conflictos sociales, los cuales eran, en definitiva, conflictos particulares entre los involucrados. En ese sentido, mecanismos como la autotutela, que en general era entregada a la víctima o a su familia (Sippe), y la composición (Sühnevertrag), que era el mecanismo por el cual se evitaba la venganza privada mediante el pago de una reparación a la víctima, demostraban

²⁶ Maier, Julio; *La Víctima y el Sistema Penal*. Editorial del Puerto. 1ª Edición . Argentina. 1996.(p.190).

²⁷ En el Derecho Continental, la víctima desaparece con el advenimiento de la inquisición, que desde el siglo XII hasta el siglo XVIII se impone todo modelo hegemónico en el derecho de Europa Continental como régimen común para los casos penales (Ibid.pp.288 y 289)

²⁸ Op. Cit.(p.87).

el fuerte predominio como actor del proceso que tenía la víctima en el derecho antiguo. Incluso más, en caso de no lograr un acuerdo con el victimario, la víctima podía reclamar judicialmente por ella, o por su familia, una reparación judicial del conflicto. Allí comenzaba, en realidad, el verdadero proceso judicial, de neto corte acusatorio. Observamos, entonces, como en el derecho antiguo el conflicto era visualizado con un carácter eminentemente privado, por lo que su resolución quedaba entregada en gran medida al afectado o a su núcleo familiar y, cuando se lograba la satisfacción del afectado, se entendía concluida la controversia penal y agotada la pretensión punitiva de la víctima.

En conclusión, no se puede decir que la víctima esté por primera vez en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaba la composición como forma de solución de conflictos, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal.

La desaparición de la víctima en el proceso penal surge con la adopción en la Europa Continental del sistema inquisitivo, tomado del derecho canónico de la iglesia en el siglo XIII. Comienza entonces, una fuerte pugna entre el Estado moderno y los particulares en la aprehensión del control social. En ese sentido, el declinar de las formas particulares de justicia, hasta el final advenimiento de una absoluta oficialización judicial, se enmarca en un proceso que va desde la *Gemeinschaft* hacia la *Gesellschaft*, o bien en palabras de Binder, de un Derecho penal de conflicto a un Derecho Penal de infracción. En efecto, con la aparición de la Inquisición surge, también, la persecución penal pública, que no era otra cosa que un instrumento estatal de control social directo de sus súbditos, quienes eran castigados no en virtud de haber generado un conflicto, sino que simplemente por infringir un mandato del poder estatal. Por lo mismo, no importaba mayormente el daño que esa infracción causaba, y a quien se le causaba, sino únicamente que con dicha conducta se estaba desobedeciendo un mandato obligatorio para todos. Junto a esto se afirmó la

²⁹ Bovino, Alberto. Problemas del Derecho Procesal Penal. Editorial Ad-Hoc. 1ª Edición. Santiago de Chile. 1996.(p.87).

persecución de oficio, que era la manera de consolidar el poder real, la organización política y la paz social bajo el nuevo orden.

En Chile, la posición de la víctima dentro del proceso penal fue una herencia del proceso de colonización española, con la cual se incorporaron la mayoría de los rasgos inherentes al modelo inquisitivo. Por lo mismo, el antiguo procedimiento penal en palabras de Duce y Riego, representaba "...la continuidad de un sistema inquisitivo bastante ortodoxo en sus estructuras básicas, el que aparece matizado con numerosas incrustaciones que implican un reconocimiento más o menos inorgánico de algunos derechos y garantías, cuyo origen se encuentra en diversos momentos históricos de expansión de la legislación de orientación liberal, que en todo caso nunca han podido poner verdaderamente en cuestión las bases de un modelo extraordinariamente autoritario". En efecto, en el antiguo régimen de procedimiento penal chileno el actor principal y casi exclusivo era el Estado, quien era el encargado de ejercer la acción penal pública y de proteger los intereses de la sociedad y del afectado, a través de sus respectivos órganos.

Con ésto, la participación de la víctima en el antiguo procedimiento penal tenía más bien un carácter marginal, y pasaba simplemente a constituirse en un elemento cuya actuación estaba subordinada al poder punitivo, principalmente en lo que se refiere a la notificación del delito, a su participación como testigo y, en general, como colaborador en la producción de las pruebas.

El nuevo procedimiento tiene como premisa fundamental el derecho a la reparación que tiene la víctima. En relación con este derecho, el Código Procesal Penal introduce dos mecanismos innovadores que tienden a este objetivo, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. Respecto de los acuerdos, ellos importan un reconocimiento explícito de este derecho a la reparación. Lo importante de la incorporación de este mecanismo, a parte del hecho de que es una adecuada herramienta para hacer más eficiente el sistema y de reducir los costos del mismo, está dado por el

hecho de que las ideas o fundamentos principales considerados para regular esta Institución en nuestro país se inspiraron en la nueva tendencia de protección y promoción de los intereses de las víctimas.

Esto último está fuertemente ligado a un modelo de justicia reparatoria, el cual dice relación con una idea de concebir la ilicitud penal como la producción de un daño, es decir, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada. La persecución permanece en manos del individuo que ha soportado el daño y el estado no interviene coactivamente en el conflicto, que permanece entre las partes y, cuando lo hace, es porque quien sufrió la afectación de sus intereses lo solicitó expresamente.

Ahora bien, respecto de que ha de considerarse como reparación, cabe señalar que no existen criterios uniformes por la doctrina. Sin embargo, me parece, que debe entenderse dicho concepto en un sentido amplio, es decir, no solamente como una restitución al estado anterior de las cosas, sino que, también, como cualquier otra forma sustitutiva de compensar los perjuicios causados a la víctima, ya sea por la prestación económica a su favor, por la prestación de algún servicio a su favor o a favor de la comunidad, a través de la disculpa o, bien, de cualquier otra forma imaginable y lícita.

Por otra parte, creo que los acuerdos reparatorios no solamente contemplan a la víctima desde un punto de vista individual, sino que en aquellos casos donde la víctima sea un conjunto de personas, o bien la propia comunidad, parece perfectamente posible adoptar acuerdos que persigan el bien de todos ellos.

Cabe destacar algunos fallos en donde se ha hecho uso de este mecanismo, terminando al conflicto con la total reparación de la víctima y la persecución en contra del imputado, lo que por cierto queda de manifiesto al dictarse inmediatamente sobreseimiento definitivo de la causa. En efecto, con fecha 17 de Enero de 2001 el Juzgado de Garantía de la Serena en audiencia solicitada por el imputado, quien era investigado por el delito de

lesiones leves, aprobó el acuerdo reparatorio consistente en el pago de una indemnización de perjuicios que el imputado haría a la víctima y que ascendería a la suma de \$1.000.000. Asimismo, el tribunal Mixto de Ovalle, con fecha 10 de Mayo de 2001, en audiencia en que concurren todas las partes, aprobó el acuerdo propuesto por el imputado, quien era investigado por el delito de lesiones menos graves, y aceptado por la víctima, el cual consistía en el pago de \$100.000, más la obligación del imputado de trabajar con su padre por un plazo no inferior a 6 meses.

En conclusión, creo que los acuerdos reparatorios importan el más grande avance en cuanto a la participación de la víctima en el proceso penal, porque aparte de que le permite a ella tener una posibilidad de acción determinante en el desarrollo del proceso, al menos para ciertos delitos, empieza a evidenciar un cambio conceptual en la visión de derecho penal, el que aparte de considerarse como de última ratio, se entiende dentro de un derecho de conflicto y no de uno de infracción.

2.- PROCEDENCIA DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

ARTICULO 241 CODIGO PROCESAL PENAL

Procedencia de los acuerdos reparatorios. El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobara, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

En consecuencia de oficio o a petición del Ministerio Público, el Juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.

De lo prescrito por este artículo se desprende que para que sea legalmente procedente la adopción de un acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado, es necesaria la concurrencia copulativa de dos elementos básicos, a saber, la existencia del acuerdo voluntario entre estos involucrados, y la necesidad que dicha convención recaiga sobre determinada categoría de delitos, predeterminada por el legislador. En caso de que no se cumpla con los requisitos establecidos por el legislador penal, o si existiera un interés público prevalente el Juez de Garantía respectivo deberá negar su aprobación.

Acuerdo entre la víctima y el imputado:

La doctrina ha entendido que inculcado es aquella persona en contra de la cual se inicia la persecución penal por las autoridades facultadas para ello.

La existencia de un acuerdo de voluntades entre el imputado y la víctima, acerca de la disposición del primero a reparar o encontrarse dispuesto a reparar los daños experimentados por la víctima como consecuencia del delito cometido en su contra, constituye el primer requisito para la procedencia de estos acuerdos reparatorios. Es a su vez necesario que la víctima acepte o esté dispuesta a aceptar el ofrecimiento de reparación del imputado, calificándolo como suficiente para darse legalmente como satisfecha.

Al igual de lo que ocurre con la suspensión condicional del procedimiento, para la validez del acuerdo se requiere la voluntad de los llamados a otorgarlos, que en este caso corresponden a la víctima y al imputado, quienes requieren prestar su consentimiento de manera libre y con pleno conocimiento de sus derechos, tal como lo señala la parte final del inciso segundo del Artículo 241 del Código Procesal Penal.

Interesante resulta en este punto precisar que la concurrencia proactiva del imputado con relación al acuerdo reparatorio, no significa por parte de él reconocimiento alguno de culpabilidad o de aceptación de los hechos que motivan la persecución penal, sino simplemente su voluntad de acceder a esta salida alternativa del proceso. Manifestación explícita en el texto legal de lo anterior es el Artículo 335 del Código Procesal Penal, el cual a propósito del desarrollo del juicio oral prescribe de manera categórica y vinculante para las partes el que “no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado”.

Cabe mencionar que ésta constituye la principal diferencia entre el sistema plea bargaining y los acuerdos reparatorios, ya que de conformidad con la institución anglosajona el imputado se debe declarar culpable el imputado y justamente una de las ventajas de las salidas alternativas establecidas en nuestro ordenamiento es que ello no es así. Donde sí existe similitud es en el proceso de convencimiento que puede ejecutar el fiscal sobre la víctima, o el defensor sobre el inculpado para que consideren respectivamente la posibilidad de llegar a un acuerdo que extinga la responsabilidad criminal.

Finalmente, tema interesante que no obstante será tratado con mayor detalle a propósito de la reparación como especie de sanción penal autónoma, es la latitud del

contenido de ésta, incluyendo no sólo la restitución al status quo anterior a la comisión del delito, sino también desde una perspectiva más amplia puede llegar a incluir otras formas sustitutivas de compensación de la víctima, tales como la prestación económica en su favor, la disposición personal de un servicio también en su favor o en beneficio de la comunidad, o simplemente la formulación de una disculpa exteriorizada y formalizada de algún modo. En este punto vuelve a quedar en evidencia la idea de potenciar el interés preponderante de la víctima, quien de manera personal o asistida por un Abogado particular podrá, en el contexto de un proceso de negociación, demandar el contenido mínimo de la reparación con el cual se declara satisfecha y dispuesta a concurrir con su voluntad a la celebración de un acuerdo reparatorio.

En los denominados “delitos sin víctima”, o referentes a bienes jurídicos colectivos o difusos, creo que podrían concurrir legítimamente a un acuerdo instituciones públicas o privadas, como titulares o representantes de los bienes jurídicos dañados por un ilícito. ¿Por qué no podrían llegar a un acuerdo reparatorio, por ejemplo, el Comité de Acción por los Cisnes con la Celulosa Arauco que consistiera en que dicha industria se comprometiera a bajar los niveles de producción y a contribuir a paliar los daños ocasionados al santuario de la naturaleza?. Lo anterior se desprende de lo establecido en el Artículo 111 del Código Procesal Penal que reconoce la posibilidad de ser querellante a cualquier persona domiciliada en la provincia o región respectiva respecto de delitos cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto.

3.- HECHOS PUNIBLES RESPECTO DE LOS CUALES PROCEDEN LOS ACUERDOS REPARATORIOS

Junto al acuerdo de voluntad entre la víctima y el imputado respecto de concurrir a un acuerdo de reparación, la procedencia de éstos se encuentra de igual modo íntimamente ligada al tipo de delito de que se trata, quedando claro desde el propio texto legal que

aquellos no proceden de manera genérica respecto de todos los delitos de acción pública, sino por el contrario y tal como lo prescribe el inciso del Artículo 241 del Código Procesal Penal, sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren:

- A.- Bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial.
- B.- Hechos investigados que consistieren en lesiones menos graves.
- C.- Hechos investigados que consistieren en delitos culposos.

Respecto de los hechos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lo primero que creo necesario señalar es que nos enfrentamos a un tema no pacífico en la doctrina, en donde si bien los extremos de la discusión en cuanto determinar cuales son los bienes jurídicos claramente disponibles e indisponibles se encuentran bastante más claros, se produce una extensa zona intermedia o “gris” por cuestiones esencialmente ideológicas entre quienes consideran que el sistema procesal penal debe entregar a las partes el máximo de posibilidades para solucionar sus conflictos en forma directa y quienes opinan que los acuerdos reparatorios deben ser utilizados solo en forma excepcional, o bien, por las causales taxativamente establecidas por el legislador penal.

En este punto, un avance del Código Procesal Penal respecto del proyecto de ley, fue complementar la expresión “bien jurídico disponible”, con la noción de “carácter patrimonial o susceptible de apreciación pecuniaria”, modificación que buscó limitar la utilización de esta salida alternativa, lo que se explicaría a partir de la necesidad de dotar a los jueces de garantía y a los fiscales de una mayor certeza en la apreciación e interpretación de esta institución.

Con todo, podemos formular una aproximación a la noción de bien jurídico disponible, diciendo que es aquél cuya afeción puede ser consentida o perdonada por su titular con efecto eximente o extintivo de la responsabilidad penal. En consecuencia, disponible, en relación con los acuerdos reparatorios, es el bien jurídico que se ve afectado

por hechos aparentemente constitutivos de delitos y que no serán investigados por haber operado el consentimiento de la víctima en la ejecución de una prestación por parte del imputado.

Respecto del carácter patrimonial de los bienes, el Código Penal otorga protección jurídica a la propiedad de acuerdo con Etcheverry en un sentido amplio, que incluye, desde luego, la propiedad dominical definida en el Artículo 582 del Código Civil, pero que se extiende igualmente a la propiedad entendida como el vínculo que una al sujeto con todos los derechos de que es titular y que sean económicamente apreciables, esto es, tanto los derechos reales que no son el dominio (como el usufructo), como a los derechos personales o créditos. A juicio de este autor, el Título del Libro II del Código Penal De los Delitos Contra la Propiedad debiera cambiarse por el Título De los Delitos Contra el Patrimonio. Al respecto, don Mario Garrido Montt, quien sostiene que “el Código Penal, en cuanto se refiere a la propiedad, debe entenderse en un sentido normativo muy amplio y flexible, comprensivo de aquellas relaciones jurídicamente reconocidas por el sistema y que existen entre una persona y una cosa, relación que le confiere a esa persona algunas facultades sobre la cosa, que son susceptibles de apreciación económica”. Dicha interpretación es concordante con el Instructivo 34 del Ministerio Público en virtud del cual se interpreta extensivamente la voz patrimonio y se ordena a los Fiscales oponerse a los acuerdos reparatorios únicamente en aquellos casos en que se ven expresamente violados o al menos perturbados otros bienes jurídicos como es el caso del robo calificado o el robo en lugar habitado.

Entiendo que una interpretación de esta naturaleza puede provocar inseguridad en la ciudadanía y un sentimiento de impunidad en los delincuentes, ya que si bien es cierto que se requiere del consentimiento de la víctima esta en muchos casos para evitarse mayores problemas o ante intimidaciones del imputado puede verse compelida arbitraria e injustamente a aceptar un acuerdo que no le satisface, por lo que considero que, en el caso del patrimonio, deberían restringirse la utilización de los acuerdos a que aquellos delitos o

hechos aparentemente constitutivos de delitos en que no haya existido fuerza de ninguna clase ni contra las cosas, ni mucho menos contra las personas. Afortunadamente, los últimos instructivos del Ministerio Público sobre acuerdos reparatorios son bastante estrictos sobre este punto.

3.1.- LESIONES MENOS GRAVES.

Respecto de hechos aparentemente constitutivos de lesiones menos graves los fiscales, de acuerdo al Instructivo 34 del Ministerio Público, favorecerán los acuerdos reparatorios en los casos tipificados en los Artículos 399 y 494 N°5 del Código Penal. Sin embargo, a juicio de parte de la doctrina, esta situación debe ser observada y evaluada con criterios de mayor flexibilidad que la rigidez establecida por el legislador penal sobre la base de los efectos que dichas lesiones provocan en la capacidad laboral de la víctima, análisis que permitiría hacer procedente los acuerdos de reparación atendiendo no sólo a los perjuicios físicos causados en la víctima, sino también considerando de manera relevante la evaluación de la gravedad que aquella haga de dichas lesiones. En todo caso esta discusión en términos prácticos carece de mayor trascendencia ya que el imputado podría ser beneficiado con la suspensión condicional del procedimiento y la víctima resarcida de perjuicios en virtud de la misma resolución del tribunal, bajo amenaza, al inculpado de dejarse sin efecto la suspensión sino cumple con su obligación.

3.2.- DELITOS CULPOSOS

Finalmente, tratándose de los delitos culposos, la norma es amplia en su redacción permitiendo la procedencia y empleo de los acuerdos reparatorios como mecanismos útiles y efectivos en la solución de conflictos penales recurriendo a vías de mayor eficiencia y eficacia que la respuesta penal tradicional. El proyecto del ejecutivo y aprobado por la Cámara de Diputados señalaba que procedían los acuerdos reparatorios tratándose de

delitos culposos que no hubieren producido la muerte o en los que no se hubiera afectado en forma grave y permanente la integridad física de las personas. La idea original del proyecto fue que en ella quedaran comprendidos un conjunto de delitos del tránsito, en los cuales se producen lesiones físicas de mediana o baja gravedad y que hoy día representan un porcentaje significativo de los ingresos a tribunales. La redacción final del Código amplió estas aspiraciones originales, ya que no limitó la cláusula y dentro de ella podría caber cualquier tipo de delito culposo.

Creo que el legislador exageró, en este punto, la libertad que se otorga a las partes para celebrar un acuerdo reparatorio, en atención a que no me resulta comprensible ni coherente con las directrices lógicas que debe seguir un ordenamiento jurídico respetuoso de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana el que se extienda a tal punto la autonomía de la voluntad en materia penal que se permita a los particulares llegar a acuerdos que versen sobre la vida humana. De acuerdo al Artículo 108 del Código Procesal Penal en los delitos cuyo resultado fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pueda ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerara víctima, en orden de prelación, al cónyuge y a los hijos, a los ascendientes, a el conviviente, a los hermanos, y al adoptado o adoptante. Es decir, de acuerdo al citado Artículo y a la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios en relación con los delitos culposos en que se afecte el bien jurídico vida, quienes resulten responsables de la tragedia de Antuco, podrían celebrar acuerdos reparatorios con las familias de las víctimas de dicha catástrofe y lograr de esta manera la extinción de su responsabilidad penal. A mayor abundamiento, RUC N° 148.728-3, RIT N° 1720 en audiencia de formalización ante la Juez titular Marcela Robles Sanguinetti respecto de D.E.M.S., por su responsabilidad como autor del cuasidelito de homicidio de J.R.A.A. éste llegó a un acuerdo reparatorio con la víctima que en este caso era la cónyuge del difunto. Dicho acuerdo consistió en disculpas que le fueron presentadas en la propia audiencia con lo que se sobreseyó definitivamente al imputado. Me parece, que el que se permita la celebración de acuerdos como el recién señalado va mucho más allá de los fundamentos que hacen plausibles la aplicación de salidas alternativas para la resolución

de conflictos en materia penal, atentan contra su propia naturaleza, pueden llevar a situaciones sumamente engorrosas y aumentar la desconfianza de la ciudadanía en la administración de justicia. Pensemos en el caso de una pareja de amantes que deciden terminar con la vida del o la cónyuge de uno de ellos, o bien, del caso de hijos que necesitan con urgencia la repartición de los bienes de un padre enfermo. No olvidemos que muchas veces la realidad supera con largueza la ficción. Consideramos, por tanto, indispensable una reforma que impida aplicar esta salida alternativa para el caso en que el cuasidelito recaiga sobre la vida de una persona, máxime si los límites entre culpa y dolo son totalmente subjetivos y no demostrables empíricamente.

CAPITULO TERCERO

I.- TRAMITACION DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

1.- APROBACION JUDICIAL.

Cumplidos los requisitos de procedencia, descritos en el capítulo anterior, corresponde al Juez de Garantía competente aprobar el respectivo acuerdo reparatorio para que produzca sus efectos legales. Con todo, previa a esta aprobación judicial, el Juez de Garantía deberá cerciorarse en la audiencia respectiva que quien concurre al acuerdo haya prestado su consentimiento de manera libre y con pleno conocimiento de los derechos de que son titulares. Hay que ser claro a este respecto en cuanto que las facultades del Juez de Garantía dicen relación exclusivamente con un control de legalidad acerca de la observancia y concurrencia de los requisitos de procedencia del acuerdo y no respecto al mérito o conveniencia de la respectiva salida alternativa.

El inciso final del Artículo 241 del Código Procesal Penal sistematiza las facultades para que de oficio o a petición de parte, el Juez de Garantía competente acoja o rechace una solicitud de acuerdo reparatorio, básicamente en tres hipótesis:

- a) Cuando el acuerdo recaiga en hechos diversos a las categorías de delitos en que legalmente son procedente los acuerdos reparatorios.
- b) Cuando concluya que el consentimiento de alguna de las partes involucradas no ha sido prestado de manera libre e informada acerca de los derechos de que es titular.
- c) Cuando entienda que existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

Esta última hipótesis, ha generado más de alguna dificultad en la interpretación de la norma legal. En primer término podemos señalar que el concepto prevalente se relaciona directamente con el verbo “prevalecer”, ya que el mensaje del ejecutivo utilizó el término preponderante que en definitiva significa que algo prevalece sobre otra cosa. De esta interpretación, y del tenor literal de la norma, podemos concluir que lo que debe prevalecer es el interés público. Ahora ¿sobre qué debe prevalecer este interés? Parece lógico contestar que sobre el interés privado que pudiera estar comprometido. Pero ello, a su vez, genera otra pregunta, cual es saber a quien o a quienes corresponde este interés privado que se opone al público. Entendiendo a la víctima y al imputado como sujetos privados, es su interés el que podría calificarse como privado y por ende en contradicción con el público. Sin embargo, esta primera respuesta aparentemente tan evidente parece desdibujarse luego de la intervención del fiscal que no objeta el acuerdo alcanzado, el cual es presentado en esas condiciones al órgano jurisdiccional. Y ello por que cuestiona incluso el rol del Fiscal y del propio tribunal. Si el fiscal no objeta el acuerdo y, no obstante ello, el Juez de Garantía lo objeta fundado en el “interés público prevalente” quiere ello decir que el fiscal no sustenta realmente la acción penal y que incluso no representa el interés público comprometido. ¿ quiere ello decir que el interés público, repentinamente, se ha encarnado en el Juez , quien abandona su rol de árbitro, se apropia nuevamente del conflicto y califica cuando el interés público (o lo que el piensa que es el interés público) debe prevalecer sobre el interés privado de quienes afectados por el conflicto, prestaron su voluntad libre y conciente a alcanzarlo?³⁰

Ahora bien, mas allá de esta interesante crítica teórica el Artículo 241 del Código Procesal Penal, la parte final del citado artículo constituye una suerte de orientación a la labor de los jueces al ejemplificar un caso, en el que especialmente, debe entenderse que existe este denominado interés público prevalente o preponderante, al señalar que “Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular”.

³⁰ Fernández Santa María, Juan; "Reflexiones en Torno a la Reforma Procesal Penal". *Revista Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco*. 2003 (p.23 y 24).

Duce señala que “el Juez debe moverse muy cuidadosamente en esta materia ya que las evaluaciones de este tipo, por regla general, son de potestad del Ministerio Público, quien es la Institución encargada de velar por la protección del interés público en el sistema de justicia penal”³¹. Más adelante el mismo autor afirma que “con el objeto de evitar confusión entre las funciones jurisdiccionales y persecutorias, me parece que los Jueces debieran actuar reactivamente tratándose de esta causal, es decir, básicamente sólo cuando hubiere una oposición bien fundada del Ministerio Público a la procedencia de un acuerdo y nunca en forma autónoma o sin reclamo de éste”.³²

Estimo, compartiendo la opinión del Fiscal Nacional expresada en el Instructivo N°34, que la interpretación correcta de dicha norma debe entenderse referida a la reincidencia específica, la que a su vez está íntimamente vinculado a una condena penal previa, por delitos de la misma especie, y en el que este último concepto se relaciona con un mismo bien jurídico, conforme lo señala el Artículo 351 N°4 del Código Procesal Penal.

Aceptada entonces la asimilación de los conceptos de reiteración de hechos de la misma especie, con los de reincidencia específica, se deben entonces aplicar los conceptos doctrinarios y jurisprudenciales de la reincidencia específica para los efectos de determinar cuando hay interés público prevalente por reiteración de hechos de la misma especie.

La reincidencia, consiste en la ejecución de uno o más delitos por un sujeto después de haber sido condenado por sentencia firme por otro u otros delitos.

Dentro de la clasificación que doctrinariamente se conoce, nos hemos de detener en las que nos interesa, según la propia explicación y precisión que sobre la materia ha realizado el Fiscal Nacional, cual es, la reincidencia específica, que no es más que aquella en la que el nuevo delito cometido es de la misma especie que aquel previamente sancionado.

³¹ Duce, Mauricio y Riego, Cristian; *Introducción al Sistema Procesal Penal*. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. 1º Edición. Santiago de Chile 2002. (p.165).

Pero, a su vez, dicha conceptualización no basta, y debemos estudiar además si al tiempo de la reincidencia, la condena impuesta al anterior delito ha o no sido cumplida, - Reincidencia verdadera o propia y reincidencia ficta o impropia.

Nuestro Código Penal regula la reincidencia propia específica en el Artículo 12 N° 16: “Ser reincidente en delitos de la misma especie”.

Son condiciones o requisitos propios de esta agravante;

- a) La comisión de a lo menos un delito; (En este caso interés prevalente por reiteración)
- b) Que el delito haya sido objeto de una sentencia condenatoria cumplida;
- c) Que ese delito haya sido de la misma especie que el actual.

No habiendo sido determinada por el legislador la expresión misma especie, cabe preguntarse si para que se verifique la agravante de reincidencia, y en este caso el interés prevalente, se requiere que el delincuente haya cumplido la sentencia condenatoria anterior, o si por el contrario, basta que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada.

La doctrina mayoritaria, representada por don Eduardo Novoa Monreal, Enrique Cury, Alfredo Etcheverry, y Mario Garrido Montt, plantean el cumplimiento de la condena anterior como requisito específico de procedencia de la reincidencia, incluso, según algunos, cuando la forma de cumplimiento pueda derivar de alguno de los sistemas alternativos tales como la remisión condicional y la libertad vigilada.

En este sentido, a mi juicio, no es posible hablar de reincidencia específica, o de reiteración de hechos de la misma especie, si la pena privativa de libertad impuesta anteriormente al condenado le fue remitida condicionalmente, toda vez que esa medida alternativa de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 3° de la Ley 18.216, es la

³² Ibid. (p.166).

“suspensión del cumplimiento” de la sanción, lo que no satisface el requisito esencial de la reincidencia específica, cuál es la ejecución material de la pena impuesta.

2.- EFECTOS DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

En materia de efectos o consecuencias que conlleva la celebración y posterior aprobación judicial de un acuerdo reparatorio, el Código Procesal Penal distingue entre efectos penales, civiles y subjetivos.

2.1.- EFECTOS PENALES

El Artículo 242 del Código Procesal Penal prescribe que una vez aprobado el acuerdo reparatorio, el Juez respectivo deberá decretar el sobreseimiento definitivo, total o parcial según el número de imputados y concurrentes al acuerdo en la causa, con lo cual sobrevendrá la extinción de la acción penal en contra del imputado que haya consentido en el acuerdo, poniéndose término a la causa incoada en su contra. En este punto me encuentro en total desacuerdo con el legislador en atención a que en virtud del tenor literal del citado Artículo se abre una vía sumamente expedita para que la víctima no sea en definitiva reparada de los daños sufridos. A esto me referiré con más detalle en la parte relativa a la reparación de la víctima en los acuerdos reparatorios.

2.2.- EFECTOS CIVILES

En materia de consecuencias civiles derivadas del acuerdo reparatorio celebrado y aprobado, el Artículo 243 del Código Procesal Penal señala que una vez ejecutoriada la resolución judicial de aprobación de aquél, (la víctima) podrá solicitar su cumplimiento ante el Juez de Garantía conforme al procedimiento establecido en los Artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, correspondiendo en la especie al procedimiento de cumplimiento incidental del fallo, el cual en lo sustancial permite solicitar la ejecución de una sentencia (en este caso de una resolución con valor

homologable al de una sentencia definitiva al poner fin a la instancia , resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio) ante el tribunal que la dictó, dentro del plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, si la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla, ordenando su cumplimiento con citación de la persona en contra de quien se pide.

Corresponderá, por ende, tanto al Fiscal como al Juez de Garantía el cerciorarse de la seriedad del acuerdo de voluntades entre la víctima y el imputado, ya que mal podría una persona que, por ejemplo, no tiene ni bienes ni trabajo cumplir efectivamente una obligación pecuniaria de elevado monto, con lo que la víctima, además de no obtener reparación alguna, gastará en representación judicial, notificaciones, etc. sin obtener, en los hechos, reembolso alguno.

A su vez, el inciso segundo del Artículo 243 del Código Procesal Penal señala que el acuerdo reparatorio aprobado judicialmente no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

2.3.- EFECTOS SUBJETIVOS

En lo relativo a los efectos subjetivos o personales de los acuerdos reparatorios, el Artículo 244 del Código Procesal Penal señala que si en la causa existiere una pluralidad de imputados o de víctimas, el acuerdo sólo producirá los efectos penales y civiles antes descritos respecto de quienes hayan prestado su consentimiento para su aprobación, por lo que el procedimiento penal continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

Tal como he señalado precedentemente el acuerdo puede versar sobre cualquier objeto lícito no solamente de orden económico, sin embargo en la mayoría de los casos la reparación exigida por la víctima consiste en una suma de dinero por lo que cobra sentido la

crítica relativa a que esta salida alternativa solo puede ser utilizada por los más poderosos económicamente, quedando reservado el instrumento penal para los más débiles y vulnerables socialmente. La crítica parece inobjetable y resulta siempre corroborada por las investigaciones criminológicas que estudian las causas de impunidad en el ámbito de la delincuencia de “cuello blanco”.

No obstante, la explicitación de esta realidad en el proceso penal y el control sobre la operatividad de esta nueva institución permitirán considerar este factor en las políticas de persecución pública, y el Ministerio podrá desarrollar soluciones adecuadas para tales casos – como, por ejemplo, la mediación entre el imputado y la víctima para promover un acuerdo reparatorio posible de cumplir por el imputado- que eviten que para el sujeto económicamente débil, pero dispuesto a colaborar, la única reacción penal posible sea la prisión.³³

Por otro lado, el acuerdo reparatorio tiene la virtud de hacer transparente lo que ocurre hoy día, sin este respaldo legal, en toda clase de delitos que afectan bienes jurídicos disponibles o no, de orden patrimonial o extramatrimonial, dolosos o culposos, en los cuales se producen informalmente acuerdos extrajudiciales que terminan por imponer un sobreseimiento del proceso.

Respecto de aquellos acuerdos reparatorios que no tienen un contenido económico se presenta al Tribunal el problema de la eficacia de su cumplimiento. Si bien éste pareciera ser un problema sin solución y que podría generar el inconveniente de limitar los acuerdos reparatorios en cuanto a que su contenido tendría que ser únicamente de carácter patrimonial, pareciera que la salida más adecuada la entrega el articulado del Código de Procedimiento Civil, específicamente en el Artículo 238, aplicable por disposición del Artículo 243 del Código Procesal Penal., que señala en lo pertinente que “corresponderá al Juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento (de lo ordenado por

³³ Chahuán Sarrás, Sabas; *Manual del Nuevo Proceso Penal*. Editorial Jurídica Conosur. 2º Edición. Santiago de Chile, 2003. (p.244).

una resolución), pudiendo al efecto imponer multas...o arresto..., determinados prudencialmente por el Tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio”.

3.- OPORTUNIDAD Y PROCEDIMIENTO

Respecto a la oportunidad procesal en que puede materializarse un acuerdo reparatorio, como alternativa a un juicio oral, está existe desde la formalización de la investigación contra el imputado, contemplada en el artículo 229 del Código Procesal Penal y que consiste en la comunicación que el Fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de Garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados, hasta la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, prescrita en el Artículo 260 del Código Procesal Penal, el que señala que presentada la acusación, el Juez de Garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días. Al acusado se le entregará copia de la acusación, en la que se dejará constancia, además, del hecho de encontrarse a su disposición, en el Tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación.

A este respecto, es importante señalar que para el logro de los objetivos de una mínima intervención represiva del sistema penal, seguido de una priorización de los intereses de la víctima, es importante que el acuerdo reparatorio a satisfacción suficiente de los interesados, pueda ser materializado en las etapas iniciales de la persecución penal. Esta recomendable opción permitirá por un lado racionalizar la persecución penal, como de igual modo lograr el objetivo de reinserción social perseguido también por esta salida alternativa. Conclusión de lo anterior es la necesidad que tanto Fiscales, Abogados Particulares de la Víctima y Defensores, busquen tempranamente espacios de negociación que hagan viable la posibilidad de lograr un acuerdo de reparación.

Las partes intervinientes e interesadas en lograr un acuerdo reparatorio, deben solicitar al Juez de Garantía respectivo que apruebe el acuerdo al que han llegado, para lo

cual éste deberá citar a una audiencia pública a la cual fuera de dichos intervinientes deberán ser también citados a comparecer todos aquellos a quienes pudiera afectar el contenido de dicho acuerdo.

Por último, a este respecto interesante resulta conocer la opinión del Ministerio Público y en particular de su Fiscal Nacional, el cual en ejercicio de la facultad de fijar los criterios de actuación del servicio, contenida en el Artículo 17 letra a) de la Ley N° 19.640, “dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos”, que a propósito de la oportunidad procesal para la aprobación de los acuerdos reparatorios, el Instructivo N° 34 de fecha 14 de Diciembre del 2000, estableció que aquellos podrán aprobarse en audiencia de formalización de la investigación, audiencia especial al efecto en aquellos casos en que no se solicite en la audiencia señalada precedentemente, o en la audiencia de preparación del juicio oral, si se encuentra cerrada la investigación. En todo caso es necesaria como condición esencial que se haya formalizado la investigación en contra del imputado.

4.- REGISTRO

El Artículo 246 del Código Procesal Penal establece la necesidad que el Ministerio Público lleve un Registro en el cual conste los casos en que iniciada una investigación penal, está ha concluido con el establecimiento de un acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado.

La finalidad de este registro que no es esencialmente público sino más bien reservado³⁴ en cuanto al acceso a la información en él contenida, dice relación con la necesidad de revisar si el imputado cumple o no con los requisitos necesarios para acogerse

³⁴ Ministerio Público, Fiscalía Nacional; Reforma Procesal Penal. *Instrucciones Generales N° 51 a57*. Instrucción 63. Oficio N° 358. Editorial Jurídica de Chile. 1° Edición. Santiago de Chile. 2002. (p. 192)

a un acuerdo reparatorio que le beneficie, y en general para el cumplimiento de objetivos propios de esta salida alternativa y al trabajo del Ministerio Público en la materia.

No obstante lo señalado³⁵ precedentemente, en el sentido que el registro carece de un carácter esencialmente público en cuanto al acceso de la información en él contenida, esta reserva no es absoluta pues, el inciso final del Artículo 246 del Código Procesal Penal, establece el “derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado”. No obstante lo anterior, la víctima no tiene acceso material directo al registro. La solicitud deberá hacerse a la persona encargada del registro que en cada Fiscalía se designe, debiéndose dejar especial constancia en él del nombre de la persona que requirió la información, la fecha en que lo hizo y aquella en que se le entregó dicha información.

.5.- PARTICIPACION DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS ACUERDOS REPARATORIOS

El Ministerio Público, como órgano autónomo e independiente, tiene la función de investigar y, en su caso, de ejercer y sustentar la acción penal pública en representación de la comunidad. También debe promover y resguardar los derechos de las víctimas durante el curso del proceso penal. Asimismo debe investigar no sólo los hechos que agravan la responsabilidad del imputado, sino también los hechos y circunstancias que eximan, atenúen o extingan tal responsabilidad. Para el cumplimiento de sus funciones se le concibe como un órgano constitucional autónomo y jerarquizado, al que se le otorga plena independencia. En el marco de la investigación que le corresponderá desarrollar, dirigirá la actuación de la Policía, con el objeto de recabar los antecedentes necesarios y suficientes para fundar decisiones. Se le entregan diversas facultades para el ejercicio de su función de persecución penal. Como también, se consagran los mecanismos o medidas destinadas tanto a poner fin anticipadamente a las denuncias o investigaciones, y a buscar salidas

³⁵ Duce, Mauricio y Riego Cristian; *Introducción al Sistema Procesal Penal*. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. 1º Edición. Santiago de Chile 2002 (p. 168).

alternativas al proceso como son: la desestimación del caso concreto; el archivo provisional; la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios entre víctima y victimario.

A propósito del rol que le corresponde al Ministerio Público y a sus Fiscales en la adopción de los acuerdos reparatorios, algunos autores sostienen que aquél a diferencia de lo que ocurre tratándose de la suspensión condicional del procedimiento, sólo tiene una intervención marginal, al carecer la opinión del Fiscal de valor vinculante tanto para el Juez de Garantía como para las partes que intervienen en el mismo, pues éste podría incluso ser aprobado contra la voluntad expresa del Fiscal, medida que estaría justificada por la existencia de un interés preponderante de la víctima, cuya satisfacción concreta es elevada por la ley a la categoría de una de las finalidades principales a las que debe aspirar el proceso penal.

Sin embargo, esta opinión no es compartida por el Ministerio Público, cuya parecer en la materia se encuentra sistematizada en el Instructivo N° 34 de Diciembre del 2000, estableciendo parámetros de procedimiento para los Fiscales enfrentados a la posibilidad de poner término a una causa en actual investigación por medio de la adopción de un acuerdo reparatorio, quedando claro que para la institución su participación no es residual sino relevante en el tema. En dicho instructivo, se establece atendida la naturaleza del hecho punible materia de la investigación, tres posibles cursos de acción:

- 1.- Favorecer la celebración del acuerdo;
- 2.- Estudiar con detención la procedencia y conveniencia de los mismos; y
- 3.- Oponerse a la aprobación en la audiencia correspondiente.

Los Fiscales favorecerán, de acuerdo a lo expresado en dicho instructivo la celebración de un acuerdo reparatorio entre los intervinientes tratándose de la generalidad de los hurtos, las usurpaciones no violentas, algunas figuras penales de fraude y

falsificación, como también algunos delitos contemplados en leyes especiales. De igual modo, favorecerán dichas convenciones en los casos de lesiones menos graves.

En otros casos tales como los robo con fuerza en lugar no habitado o de cosas calificadas de bienes nacionales de uso público, las violaciones no violentas de domicilio, la usura o los delitos contra la propiedad intelectual, entre otros, los Fiscales evaluarán con detención la procedencia y conveniencia de estos acuerdos víctima-imputado.

Finalmente, los Fiscales se opondrán a la aprobación de acuerdos reparatorios respecto de delitos que fuera del patrimonio en algunos casos, afecten otros bienes jurídicos o exista un interés público prevalente, correspondiendo por ejemplo a los delitos de robo calificado, en lugar habitado, usurpación violenta, daños e incendio calificados, entre otros.

Tratándose del denominado interés público prevalente, según el inciso tercero del Artículo 241 del Código Procesal Penal, éste concurre cuando “el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular”, constituyendo a juicio de la Fiscalía Nacional un caso de reincidencia específica, esto es haber sido el imputado condenado anteriormente por delitos de la misma especie que aquél que es objeto del acuerdo reparatorio, debiendo considerarse por ellos a los que afecten a un mismo bien jurídico tal como lo prescribe el inciso cuarto del Artículo 351 del Código Procesal Penal.

Lo anterior constituye un criterio legal y obligatorio de no aprobación del acuerdo reparatorio, de modo tal que el fiscal a cargo del caso deberá alegar en tal sentido cuando corresponda, pues implica estimar que el conflicto provocado por un delito de mediana gravedad, conviene enfrentarlo por medio de la imposición de una pena y no a través de un acuerdo libre e informado de los sujetos específicamente afectados en sus intereses particulares.

En consecuencia, los Fiscales podrán estimar que concurre un interés público prevalente que recomienda la investigación, acusación y sanción penal de un delito, a juicio de la Fiscalía Nacional, en los siguientes casos:

- a) La existencia de otro bien jurídico afectado de mayor entidad que el principalmente vulnerado por el delito objeto del acuerdo reparatorio.
- b) La constancia de haber llegado a acuerdo reparatorio por el mismo delito al menos en dos veces anteriores al último proceso penal seguido en contra del imputado.
- c) La concurrencia de agravantes objetivas.

En lo concreto, considero, fundamental la labor que desempeña el Fiscal en la consecución de acuerdos reparatorios. Las personas ven en él a un especialista en materia criminal y si cuenta con prestigio social, harán caso a los consejos o sugerencias que éste les preste. De hecho cada vez que existe la posibilidad de una salida alternativa se da una verdadera “negociación” entre los actores de la misma.

Los objetivos para el Fiscal son, por una parte, disminuir su recarga de trabajo, con lo cual deshacerse rápidamente de aquellas investigaciones de delitos menores resulta fundamental para la eficacia de su labor. También puede buscar aumentar sus porcentajes de condenas. En muchas fiscalías será predecible que la reputación de un Fiscal se basará sobre este elemento. Por otra parte, un fiscal con un alto porcentaje de condenas y confirmación de las penas solicitadas por ella, llegará con un mayor poder relativo a la mesa de negociaciones en búsqueda de una salida alternativa al conflicto.

Un elemento que se debe tener en cuenta, pues puede afectar los objetivos que se busque con la negociación, es lo que en teoría de juegos se llama los jugadores repetidos. Tanto el Fiscal como los abogados defensores y los jueces, se verán una y otra vez litigando casos, con lo cual la reputación de cada uno frente a los otros es un activo que a todos interesa resguardar. De ahí que el Fiscal, pero también el defensor, pueda buscar

como objetivo el reafirmar (o cambiar) su reputación de duro, de blando, de justo, de excelente litigador, mal o buen negociador, etc.

Este aspecto no debe ser desestimado, por el contrario es un factor de suma importancia; pudiendo llegar a afectar el resultado de la negociación. En algunos casos es probable que una de las partes tenga un caso débil, pero el prestigio del abogado puede forzar una negociación.

Este factor, tanto respecto del Fiscal como del Defensor, presenta el siguiente dilema: ¿velar por los intereses del caso que tiene ante sí ahora o pensar en el impacto que el presente caso puede tener en casos futuros? Tanto el Fiscal como el defensor deben hacerse esta pregunta cada vez que entran a conversar. El Fiscal por una parte viene con una reputación, en virtud de esa reputación el Defensor va a esperar un determinado resultado para su caso. El Fiscal debe pensar si satisface las expectativas que ha generado su reputación, con lo cual se hace predecible su actuar, algo que para un negociador puede ser fatal, o por el contrario hace algo impredecible. Sin embargo, es probable que en el caso concreto el resultado más acorde con la norma es justamente aquella que reafirmará su reputación. Si el Fiscal opta por esta alternativa, puede afectar sus futuros casos.

Lo que ocurre aquí es algo que también ha analizado la teoría de juegos, el uso de estrategias puras y mixtas. Estrategia es la "descripción completa de una forma determinada de jugar, independiente de lo que hacen los demás jugadores y de la duración del juego. Una estrategia debe prescribir las acciones a realizar detalladamente, que nunca haga falta tomar una decisión al seguirla."³⁶ Si bien esta definición puede ser un poco rígida para el caso de la negociación en materia penal, toda vez que es posible ir adecuando la estrategia de acuerdo al comportamiento de los otros actores, (por ejemplo nos hacen saber de manera bastante irrefutable lo fuerte que es su caso), lo cierto es que el Fiscal, y para esos efectos el

³⁶ Poundstone, William; *El Dilema del Prisionero*. Editorial Alianza. 2º Edición. Madrid. España. 1996. (p. 186).

defensor también, deben decidir muchas veces sus jugadas sin tener muy claro que va a hacer la otra parte.

Es cierto que en un juego continuado, como es la negociación, existirán fórmulas para develar la estrategia de la contraparte. Una estrategia pura significa jugar siempre al mismo resultado, por ejemplo siempre buscar siempre una salida alternativa, pedir siempre prisión preventiva, siempre acusar por el delito más grave o siempre pedir el máximo de la pena, o nunca dar suspensión condicional por ciertos delitos o sólo ofrecerla a partir de cierta etapa de la investigación. Como se dijo anteriormente, el problema con esta estrategia es que se torna predecible. Lo que permite al adversario anticiparse a la jugada.

Por el contrario, una estrategia mixta incorpora el elemento aleatorio. A primera vista pareciera ser que conviene adoptar una estrategia mixta al negociar en materia penal, de esta forma no se hace predecible los resultados de la negociación, con lo cual la parte tiene todavía oculta su estrategia, su teoría del caso.

Resulta difícil obviar el efecto que tendrá la negociación de un caso en los venideros. La respuesta a la pregunta a qué debe dársele prioridad, al caso que se tiene ante sí o los efectos que tendrá esta negociación en casos futuros, es una pregunta sumamente complicada de responder. Por una parte está el interés de la víctima o imputado actual y por otro está el deber de no debilitar nuestra postura en el futuro, nuestro deber a víctimas o imputados futuros. En otras palabras "el resultado de emplear la mejor estrategia para esa negociación en concreto, será por definición, el mejor resultado para ese caso. Sin embargo, el resultado agregado de una serie de negociaciones empleando la mejor estrategia para el caso particular puede no resultar en la solución agregada mejor después de una serie de negociaciones".³⁷

Por lo dicho, resulta evidente, que el fiscal es un actor fundamental dentro de la negociación, un defensor deberá influir sobre ella para lograr avanzar los intereses de su

³⁷ Vanover, Joseph; "Utilitarian Analysis of the Objectives of Criminal Plea Negotiation And Strategy Choice". *Journal of Dispute Resolution*.1998. Curators of the University of Missouri. (p.186).

cliente logrando el mejor resultado para él o ella. Por consiguiente, resulta importante saber qué postura puede tomar un fiscal frente a un caso. Para ello seguiré a Alschuler en lo que ya constituye un clásico de la literatura sobre el Plea Bargaining: "The prosecutor's Role in Plea Bargaining."³⁸ De acuerdo con este autor, el fiscal puede asumir los siguientes roles:

- 1- El Fiscal como Administrador.
- 2- El Fiscal como Abogado.
- 3- El Fiscal como Juez .
- 4- El Fiscal como Legislador.

Para mostrar los distintos roles a nivel nacional recurriré a los instructivos, aún cuando no son el mejor ejemplo de roles asumidos en negociaciones puesto que no se dictan en ese contexto, pero al no contar con información empírica sobre el comportamiento de los Fiscales en dicho marco sólo cabe recurrir a los instructivos que le señalan a los Fiscales cómo comportarse.

1.- El Fiscal como administrador intenta maximizar sus recursos y los del sistema. Recuerde que el Fiscal será evaluado no sólo por ser un gran jurista, sino por ser capaz de responder a las demandas sociales y en este sentido una de las demandas es que se hará uso racional de los recursos disponibles. De ahí que cuando el Fiscal esté frente a un caso debe hacer un análisis costo beneficio del siguiente tenor: Cuanto le cuesta al sistema este caso y qué sacamos con este caso.

Esta función del fiscal está reconocida en diversos instructivos que ha emitido el fiscal nacional, especialmente en aquellos referentes a las salidas alternativas y ejercicio del principio de oportunidad. Así por ejemplo, el Fiscal Nacional cita el Mensaje del Ejecutivo en el sentido que " 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

³⁸ Alschüler, Albert; "The Prosecutions Role Implea Bargaining". En: *The University Of Chicago Law Review*. 1968. (p. 21).

constituyen el 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."³⁹ La prensa también espera que este factor sea tomado en cuenta, solo basta recordar las críticas porque el primer juicio oral fue por un robo de dos botellas de bebida. Críticas que no se hacen al sistema antiguo cuya transparencia es casi inexistente, con lo cual muchas personas son condenadas por robo con intimidación, por robar dos bebidas y nadie se cuestiona cuánto le cuesta eso al Estado.

Este rol del Fiscal es lo que ha llevado al apogeo del plea bargaining en los Estados Unidos, de acuerdo con la información contenida en www.attorneygeneral.org/pea.html, el 95% de los casos fue decididos de esta manera. En atención a que se ha implementando la reforma en todo el país la recarga de trabajo hará que los Fiscales consideren con mucha seriedad este factor, de lo contrario, dirán algunos, el sistema va a colapsar.

2.- El Fiscal como abogado.

Según la tipología de Alschuler, en este caso el Fiscal busca aumentar el número de condenas y la gravedad de las penas impuesta. Aquí es donde el carácter adversarial del nuevo sistema cobra más fuerza. En cada juego los jugadores quieren ganar, en un sistema adversarial ganar significa satisfacer las expectativas puestas sobre el jugador. En materia criminal hoy en día parece ser que lograr condenas es lo que se espera de un Fiscal. Con lo cual es probable que de considerar un Fiscal solamente este rol, aceptará suspensiones condicionales, acuerdos reparatorios, solo cuando tiene un caso débil que difícilmente sobreviviría en juicio. En otras palabras, intentará sacar del caso lo más que pueda de él, como si fuera un limón. En este sentido es fundamental el record que el Fiscal tenga de juicios ganados o perdidos para que el Defensor y el imputado realmente le teman y estén dispuestos a tomar un acuerdo malo, pero seguro; antes que un juicio bueno, pero incierto.

³⁹ Ministerio Público, Fiscalía Nacional; Reforma Procesal Penal. *Instrucciones Generales N° 1 a 50*. Instrucción 36. Oficio N° 210. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. Santiago de Chile. 2000. (p. 192).

Lo anterior puede incorporar distorsiones al sistema que afecten de manera negativa la percepción del mismo y generen injusticias al sancionar a inocentes que estén demasiado asustados como para arriesgarse a ir a la incertidumbre del juicio.

3.- El fiscal como juez.

Esto se produce cuando intenta hacer lo justo para el caso concreto. Aplica la norma de acuerdo con lo que su criterio de justicia le dicta o como si fuera un actor independiente y no una parte del conflicto. Al parecer este rol está detrás del principio de objetividad que se incorporó en el Artículo 80 a de la Ley Orgánica del Ministerio Público y la exigencia establecida en el Artículo 3 del nuevo Código Procesal Penal que señala: el Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista en la Constitución Política y en la Ley.

De igual forma, el Instructivo N° 51 de la Fiscalía Nacional, asume el rol de Juez. En efecto, al referirse al amparo, indica: "Sin embargo, nuestra tesis es distinta y consiste en que incluso aquellas detenciones contra las cuales es procedente el amparo especial del Artículo 95, siguen estando amparadas por el reclamo constitucional del Artículo 21 de la Constitución, por lo que es posible que el detenido en vez de reclamar al Juez correspondiente, dirija su reclamación a la Corte de Apelaciones pertinente conforme lo establecen los Artículos 21 de la Constitución Política y 63 del Código Orgánico de Tribunales, de modo que no es correcto sostener que el Juez de Garantía tiene facultad exclusiva de conocer del amparo previsto en el Artículo 95 del nuevo Código Procesal Penal"⁴⁰. El que el imputado cuente con más instrumentos procesales para reclamar de la legalidad de su detención, no favorece la labor de la Fiscalía, al menos desde el punto de vista de su rol como abogado, por el contrario le hace más difícil su labor. Pero aún así el Fiscal Nacional estima que esa es la interpretación objetiva, correcta, justa y la defiende instruyendo a los Fiscales cómo debe interpretar la ley.

Cuando el Fiscal asume este rol puede mitigar los efectos negativos que veíamos de un exceso de preponderancia del rol fiscal-abogado. En efecto, al adoptar esta función el Fiscal buscará la solución justa con lo cual si considera que la persona es inocente no debe seguir adelante con la investigación, aun cuando pudiera obtener una suspensión condicional. Un aspecto al menos problemático es si, al asumir este rol, el Fiscal puede satisfacer las expectativas que el Estado tiene de él o ella. El sistema parece estar diseñado de forma tal que cada parte “busque la victoria” y que sea un tercero el que decida quien ganó. Por lo tanto, si una de las partes tiene que estar siempre repensando su postura y velar por los intereses de la contraria se puede producir un desequilibrio favoreciendo a ésta.

Sin lugar a dudas que no se debiera estimar como un triunfo, para la Fiscalía, el pedir la condena de un inocente, pero ocurre que en aquellos casos en que el fiscal tiene dudas y no certezas, ¿no es acaso función del Abogado Defensor mostrar las debilidades del caso y convencer al Fiscal que si va a juicio va a hacer el ridículo ?.

4.- El fiscal como legislador.

Esta función es la que asume en aquellos casos en que está en desacuerdo con la legislación que sanciona una determinada conducta, o desapruueba la penalidad de la misma, razón por la cual opta por ofrecer un arreglo imponiendo su visión de cómo debiera ser valorada la conducta en cuestión. Posiblemente esta función es ejercida por los Fiscales sin que se reconozca en público, pero que su sentir ideológico, produce alguna influencia sobre el resultado de algunos casos parece difícil de negar.

⁴⁰ WWW. Ministerio Público. CI / Explorer/ Instructivos/ Instructivo 51. Htm.

CAPITULO CUARTO

I.- REPARACION Y MEDIACION EN LOS ACUERDOS REPARATORIOS

1.- LA REPARACION EN LOS ACUERDOS REPARATORIOS

La delimitación entre el ámbito propio del Derecho Penal y el del Derecho Civil no ha sido siempre una cuestión pacífica. Pérez Sanzberro da cuenta de que el proceso de diferenciación concluiría con la consolidación de la codificación decimonónica, sin perjuicio de que en la literatura alemana se dio una intensa discusión, en lo concerniente a la relación entre pena y compensación del daño entre Von Liszt y Merkel, por un lado, y Binding, por otro. Los primeros concibieron ambos conceptos como modos de “reacción a lo injusto”, sin perjuicio de obvias diferencias. Para Binding, por el contrario, pena y compensación persiguen fines diversos e inconfundibles: la pena, si bien constituye un daño, no pretende eliminar un estado que se opone al Derecho, lo cual es lo propio de la compensación. A este respecto no puede dejarse de considerar, en todo caso, que Binding adhería a una concepción retributiva de la pena, en tanto que para Von Liszt a ésta correspondían primariamente funciones de prevención especial.⁴¹

La tesis de Binding, según Pérez Sanzberro, sería la que se impondría. Sin embargo, la diferenciación estricta parece ser objeto de revisión en la dogmática penal alemana contemporánea, a propósito de la discusión acerca del rol de la reparación en el Sistema Penal, y más precisamente, en relación con los fines del Derecho Penal.

Pérez Sanzberro destaca la existencia de tres posiciones fundamentales sobre la materia: la primera, que postularía la configuración de la reparación como fin autónomo del Derecho Penal, la cual tendría como representantes a Seelman y Rössner; la segunda, que otorgaría a la reparación autonomía como sanción penal, concibiéndola como una tercera

vía (junto a la pena y a las medidas de seguridad) funcional a consideraciones de prevención general positiva, y cuyo exponente principal sería Roxín; y por último la tercera, defendida por Hirsch, que limitaría la reparación a una situación de dependencia dentro del sistema de la reacción penal.⁴²

Más allá de la polémica, parecería que la legitimación de la reparación en el ámbito penal vendría dada por consideraciones relativas al principio de subsidiariedad. Sobre esto volveremos más adelante. Pero lo que inequívocamente se expresa en las propuestas que abogan por la incorporación y expansión de la reparación en el Sistema Penal es un vuelco hacia la víctima en cuanto sujeto relevante en el contexto del proceso de atribución de responsabilidad penal. En opinión de Roxin: “la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima, y de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable (...). Además de que la reparación del daño sustituiría como *tercera vía* a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada”.⁴³

En cuanto a esto, observo que, en lo que respecta a la víctima del delito, el acuerdo reparatorio cumple como su nombre lo indica la finalidad de reparar el daño ocasionado por el autor del hecho punible. Esto es, a la víctima le es “saciada su sed de justicia” al tiempo que se ve compensada, en la mayoría de los casos, por una prestación del agente del delito. Y es que, ciertamente, si se piensa detenidamente en la situación de la víctima y se toma en cuenta el destinatario o el agraviado, al menos directamente, del delito, debemos concluir que es al sujeto pasivo al que se la ha causado el daño, aunque la sociedad, el colectivo, se vea afectado o perturbado, advirtiéndose en todo caso que tal perturbación no ha sido dirigida específicamente a ésta. Es por ello que resulta con sentido afirmar que a quien debe reparar el autor del delito es precisamente a la víctima individualmente

⁴¹ Cfr. Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Recuperación y Conciliación en el Sistema Penal*. Editorial Comares. España. 1999. (p. 207 y 208).

⁴² Ibid. (p. 210 y ss.).

considerada, y no así a la sociedad, que sufre un daño, si se quiere, indirecto, por lo que no pareciera necesaria la aplicación de la pena, pues la reparación es suficiente para satisfacer a la víctima, que, reiteramos, es quien en definitiva ha sufrido el perjuicio.

Ahora bien, esta solución no me parece que pueda ser válida, tal como lo he señalado anteriormente, sino para ciertos y determinados delitos de menor connotación, no así para los que revistan una importancia tal que no puedan ser “arreglados” entre el autor y su víctima, puesto que ello podría afectar sustancialmente a la colectividad y, por ende, vendría a desestabilizar la convivencia social. En cuanto a esto atañe, asiste la razón al maestro español Silva Sánchez cuando asevera que: “la reparación a la víctima debe moverse en un contexto preventivo, por mucho que, adicionalmente, y en los casos en que la haya, tenga efectos satisfactorios morales o materiales para la víctima. En la medida en que se halle contraindicada por razones preventivas, debe prescindirse de ella”.⁴⁴

Ello tiene una estrecha relación con lo apuntado igualmente por el penalista alemán Tiedemann, quien señaló en la obra conjunta *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, refiriéndose a la ley alemana, que el principio de oportunidad debe tener siempre presente el interés público como determinante de su aplicación y que: “en el enjuiciamiento de la cuestión de si existe un interés público en la persecución, hay que tener en cuenta los fines penales de prevención general y especial”⁴⁵, por lo que resultará de suma importancia el análisis concreto, observando en todo caso que las materias sobre las que puede recaer un acuerdo reparatorio se encuentran señaladas en la ley, la que exige al juez verificar que se trate de uno de esos hechos punibles y no de otro, sobre el cual no pueda recaer un acuerdo reparatorio.

⁴³ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I. *Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. 3ª Edición. Editorial Civitas. España. 1997. (p. 109 y 110).

⁴⁴ Silva Sánchez, Jesús María; "Sobre la Relevancia Jurídico Penal de la Realización de Actos de Reparación, en Estudios de Derecho Penal". *Revista del Poder Judicial Español*, Tercera Epoca. Nº 45. Primer trimestre. 1997. (p. 219).

⁴⁵ Mir Puig, Santiago; *Derecho Penal Parte General*. 1ª Edición. Editorial Reppertor. España. 2002. (p.126).

Desde la perspectiva del autor del delito, puede afirmarse que la finalidad del acuerdo reparatorio está dirigida hacia evitarle al mismo atravesar todo un proceso penal que finalizará con una condena y la aplicación de la pena respectiva, ello aunado a que de esta forma no quedará estigmatizado y reprobado por la sociedad como un delincuente o criminal. Igualmente, el suscribir un acuerdo reparatorio no significa que el delito haya quedado impune ni mucho menos, por el contrario, el autor del mismo va a comprender que su hecho está reñido con la ley y que por ello ha debido ofrecer la debida reparación a la víctima, con lo cual no es necesario recurrir a lo que algunos autores, entre ellos Bergalli, han llamado la *violencia del derecho penal* para que ello se materialice, satisfaciéndose a la víctima, al autor y a la misma sociedad.

Esto, además, concuerda con el pensamiento de quienes apoyan la tendencia del *derecho penal mínimo*, pues como bien resalta Mir Puig: “al tiempo que, en mayor o menor medida, hoy suele considerarse positiva una intervención asistencial, tuitiva y de fomento por parte del Estado, se siente rechazo ante la actividad represiva del mismo. Todo parece indicar que la tendencia que se considera deseable para el Derecho Penal del presente y del futuro es la de su progresiva restricción”⁴⁶, lo que no implica su abolición o destrucción; por lo que afirmamos que a esa restricción contribuye precisamente el instituto procesal de los acuerdos reparatorios.

No obstante que parezca plausible sostener que la reparación, prescindiendo para estos efectos de su configuración concreta, puede producir consecuencias deseables en el ámbito de la restricción de la imposición de pena, sobretudo en lo relativo a la pena privativa de libertad, un modelo de ejercicio del *ius puniendi* que se centre en el interés de la víctima en cuanto titular de una pretensión punitiva como consecuencia de su calidad de sujeto concretamente ofendido por la conducta que infringe la norma, debe despertar necesariamente sospechas respecto de su legitimación material. Pues, me parece, que el fin de la intervención del Estado haya de estar constituido por la satisfacción de intereses

puramente individuales, ya que entonces el aparato estatal de persecución penal se vuelve instrumento para la estabilización de expectativas que no son relevantes desde el punto de vista del sistema social. Esto es particularmente evidente en lo que se refiere al ejercicio de la acción penal. Damaska, en este sentido, advierte que: “la acción judicial por parte de la víctima en realidad se torna un vehículo para buscar satisfacción privada que resulta difícilmente distinguible de cierta responsabilidad civil por daño”.⁴⁷

2.- REPARACION Y MINIMA INTERVENCION.

No obstante Silva Sánchez se pregunte críticamente acerca de la compatibilidad entre un Derecho Penal clásico y la irrupción de la reparación en el ámbito de las reacciones punitivas, termina por aceptar una solución compromiso. En efecto, plantea tres posibles opciones respecto de la orientación a la víctima o a su satisfacción vía reparación. Las tres opciones son las siguientes: que la orientación del Derecho Penal a la víctima pase a preponderar sobre la clásica orientación por la víctima potencial; que tenga lugar una combinación o ensamblaje; o, finalmente, que tal orientación se inserte en el contexto clásico de orientación a la víctima potencial.

Pues bien, Silva Sánchez afirma que: “la opción asumible –y que además, la que, según creemos, en mayor o menor medida se está asumiendo- es la tercera”.⁴⁸ Pero la pregunta obvia que surge a continuación es, precisamente, si la reparación, en cuanto concreción de un Derecho Penal que sitúa en lugar preferente a la víctima actual, es en algún grado compatible con las bases de un Derecho Penal liberal orientado a la víctima potencial y, sobretodo, al autor del delito.

⁴⁶ Ibid. (p.126)

⁴⁷ Damaska, Mirjan R.; *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile. 2º Edición. Santiago de Chile. 2000. (P. 344).

⁴⁸ Silva Sánchez; Op.Cit En Nota N° 14. (p. 224).

La justificación estándar, según ya se ha esbozado, se encuentra en el principio de subsidiariedad o principio de última ratio. El argumento es éste: el principio de subsidiariedad ha estado tradicionalmente limitado al momento de conminación penal abstracta, esto es, al momento de la decisión legislativa; la reparación extiende el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad al momento de la decisión judicial. En este sentido Roxin sostiene: “Es conocido que el castigo es la última ratio de la política criminal. El principio de subsidiariedad que se expresa con ello, únicamente se prolonga de forma consecuente desde el punto de la política jurídica al caso individual, más allá de la promulgación del precepto penal, a la cual viene referido de forma única las más de las veces, cuando se recurre a la reparación como sustitutivo de una pena o para su atenuación en aquellos casos en los que puede operar con la misma o mayor efectividad”.⁴⁹

Un primer elemento a considerar dice relación con el vaciamiento de contenido que lo anterior conlleva para el Derecho Penal, el cual de esta manera pierde su carácter *propriamente penal*. A este respecto resultan inspiradores los argumentos desarrollados por Hirsch. De acuerdo con la opinión de Hirsch: “Quienes afirman el carácter penal de la reparación por el solo hecho de estar prevista por el Derecho Penal desconocen que con la clasificación jurídica de una institución no se trata únicamente de una cuestión de etiquetaje y de asignación procesal, sino de lo que ella materialmente expresa, pues lo que en el Derecho civil es compensación del daño, no se convierte en pena por el hecho de que se practique también en el Derecho Penal, ya que el efecto es en ambos casos el mismo para el autor y la víctima”.⁵⁰

Sin embargo, la defensa de la reparación, a efectos de controvertir la crítica precedente, se formula por la vía de que, en definitiva, su ámbito de operatividad siempre se encuentra circunscrito a lo que se entiende como *delitos de poca gravedad*, sobre la base

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi; *El Derecho Penal Mínimo, en Prevención y Teoría de la Pena*. Editorial Jurídica Conosur. 1ª Edición. Santiago de Chile. Chile. 1995. (p 37).

⁵⁰ Pérez Sanzberro; Op.Cit. En Nota N° 11. (p.242)

de que sólo respecto de estos últimos resulta plausible obviar la imposición de pena en el caso concreto por consideraciones preventivas. En este sentido, Silva Sánchez señala: “cuanto menos se sienta lesionada la colectividad por un determinado hecho, tanto más fácil será que su confianza se vea restablecida por la reparación (o el intento de reparación) a la víctima actual, así como con la reafirmación simbólica de la norma vulnerada. Esto ya pone de relieve la necesidad de limitar la “tercera vía” a delitos de poca gravedad”.⁵¹

El propio Código Procesal Penal contiene cláusulas en este sentido, en lo relativo a la aplicación del principio de oportunidad (Artículo 170) y de los acuerdos reparatorios (Artículo 241).

En este punto adquieren su máxima relevancia las referencias al principio de subsidiariedad como justificación material de la introducción de la reparación en el ámbito penal. El planteamiento básico, como ya se analizó, consiste en que en supuestos punibles de poca gravedad, las instituciones que concretizan la reparación pueden conducir a la exclusión de la pena cuando así se satisfagan criterios de prevención. Pero parecería que para estos supuestos, en que el legislador admite la no imposición de pena si media la satisfacción de los intereses de la víctima, la solución racional en sentido político-criminal debería ser otra, al parecer jamás tomada en cuenta por el legislador: la despenalización.

En esta dirección apuntan las reflexiones de Naucke: “Pero aún menos se atreven el Estado y sus juristas a cancelar sin sustitutivos el Derecho penal en amplios sectores, y ceder las áreas que no resultarían accesibles con sanciones del Estado al auténtico Derecho Civil (que no hace las veces del Derecho penal), al Derecho de seguros o a la capacidad de acuerdo a margen del Estado. Así se produce un Derecho Penal intermedio que deja todo abierto. La conciliación autor-víctima descarga a los penalistas de la presión de la decisión,

⁵¹ Ibid. (p. 242).

mantiene, no obstante, todas las posibilidades punitivas, libera a las instancias oficiales de las formas jurídicas, y controla sin ser claramente responsable”.⁵²

Una concepción mínimamente liberal del Derecho Penal impone limitar la intervención del Estado a aquellas hipótesis cuya significación comunicativa resulte intolerable desde un prisma eminentemente colectivo. La transferencia de esta potestad de definición desde el legislador al órgano adjudicador importa altas cuotas de incerteza y, sobretodo, de desigualdad. Esto es especialmente grave en sistemas como el introducido por el Código Procesal Penal Chileno (en el cual se requiere, efectivamente, el acuerdo de la víctima para que proceda la reparación), porque respecto de dos sujetos que realicen exactamente la misma conducta, la posibilidad de liberación de pena dependerá del hecho de que la víctima se sienta reparada con una determinada prestación por parte del autor del delito, lo cual evidentemente variará de un caso a otro. Y es inequívoco que el proceso penal constituye la sede más idónea para que la víctima logre imponer sus términos en la negociación.

En la medida en que la efectiva imposición de pena quede relativamente al menos sujeta a la voluntad de la víctima, el carácter público del conflicto que la infracción de la norma supuestamente conlleva se desvanece. La reparación como tercera vía del Derecho Penal resulta de este modo funcional al mantenimiento a-crítico de la punibilidad de conductas respecto de las cuales, paradójicamente, el legislador se muestra ex ante dispuesto a renunciar a la imposición de pena en la medida en que de tal forma las pretensiones de la víctima sean satisfechas. Así puede explicarse: “la incesante extensión del Derecho Penal a toda forma imaginable de conducta socialmente enojosa (...) pues el Estado no tiene ya por qué cumplir lo que promete”.⁵³

⁵² Ibid. (364 y 365).

⁵³ Pott, Christine; *La Pérdida de Continuidad del Principio de Legalidad*. Editorial Comares. 1ª Edición España. 1999. (p. 100).

3.- LA REPARACIÓN EN EL CODIGO PROCESAL PENAL CHILENO.

Como su propia denominación lo muestra, los acuerdos reparatorios están configurados sobre la base del acuerdo alcanzado por las partes. Esto supone una negociación entre víctima e imputado dentro del proceso penal, lo cual no garantiza siquiera mínimamente la equivalencia de fuerzas que cualquier negociación requiere para gozar de relativa legitimidad en definitiva, a que la víctima disponga de un instrumento incomparablemente poderoso en tal contexto de negociación con el imputado: el elemento agravante del proceso penal.

Más todavía, la igualdad entre las partes resulta vulnerada fundamentalmente en razón de que: “en tanto una (la víctima) se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su status, para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad; lo que convierte el pretendido consenso en un compromiso al que la parte más débil deberá adherirse, a la vez que pone seriamente en entredicho la libre voluntad de aquél que consensúa y del procedimiento a través del cual se llega al acuerdo, generalmente carente de regulación y garantías suficientes”.⁵⁴

El escepticismo que las consideraciones precedentes sean capaces de generar respecto del fenómeno de la reparación debe ser multiplicado en sus efectos por un factor adicional particularmente significativo en el ámbito de las sociedades latinoamericanas, cual es el de las inconmensurables diferencias socioeconómicas existentes al interior de estas sociedades y la intensa selectividad con que consecuentemente opera el Sistema Penal. El debilitamiento del principio de oficialidad en sentido amplio constituye ya en nuestros ordenamientos una aguda explicitación de cómo el aparato penal opera de hecho al servicio de determinados grupos amparados por importantes bolsones de impunidad. Lo

que así bajo el antiguo procedimiento constituía una práctica silenciosa, hoy recibe consagración legal expresa.

Como ya se apuntó precedentemente, la introducción de la reparación en el espectro de las reacciones del Sistema Penal constituye una cuestión intensamente controvertida y controvertible, y en todo caso parecería, desde la perspectiva de quienes, como Roxín, tienden a promoverla, que su procedencia siempre debería subordinarse a consideraciones preventivo-generales. Y a partir de ello es que debe determinarse cuáles son las prestaciones idóneas para que la reparación sea funcional a la orientación a la víctima potencial que ha de caracterizar al Derecho Penal. Huber postula en tal sentido que: “Reparación supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica. Para ello son tan apropiadas las prestaciones monetarias como los regalos, las disculpas, los encuentros de reconciliación o la prestación de servicios. También las cargas simbólicas, que pueden alcanzar a Instituciones de interés general, valen como reparación”.⁵⁵

Siguiendo lo anterior, la legislación nacional, aunque no de modo expreso, permite que los acuerdos puedan versar sobre todo tipo de reparaciones teniendo como único límite el que no adolezcan de objeto ilícito. De esta opinión es el profesor Mauricio Duce quien señala que: “En esta materia existe algún consenso doctrinario en términos de entender a la reparación en un sentido amplio, es decir, no solamente como una restitución al *status quo* anterior, sino que también como cualquier otra forma sustitutiva de compensar los perjuicios causados a la víctima”.⁵⁶ A mayor abundamiento y para zanjar cualquier tipo de problemática respecto de este punto el Instructivo N° 34 del Ministerio Público establece que la reparación puede tener distintos contenidos, no solo pecuniarios, puede consistir en una disculpa formalizada o en un trabajo para la víctima. A modo de ejemplo podemos citar la audiencia de acuerdo reparatorio celebrada el 9 de Diciembre ante la Juez de Garantía de

⁵⁴ Armenta Deu, Teresa; *Pena y Proceso: Fines Comunes y Fines Especiales, en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Editorial JMBosch. 2ª Edición. España. 1997. (p. 228).

⁵⁵ Silva Sánchez; Op.Cit En Nota N° 14. (p. 225 y 226).

⁵⁶ VV.AA; *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial Libromar. Edición ? Santiago de Chile. 2002. (p.160).

Villarrica Doña Adriana Knopel Jaramillo, RUC: 2001120418-4, RIT:1453-2002, por el delito de hurto en la que, previo acuerdo de las partes, se decreta sobreseimiento definitivo del imputado J.P.C.M. en atención a las disculpas públicas que éste ofreció a la víctima. También podemos citar la audiencia de formalización de cargos ante la Juez de Garantía de Pucón doña Marcela Robles Sanguinetti, RUC: 148.750-3, RIT: 1212, contra O.J.S. por cuasidelito de lesiones graves en que se sobresee definitivamente la causa por que la víctima y el imputado acuerdan voluntariamente que bastará con una disculpa pública como suficiente reparación. Otro ejemplo lo constituye la audiencia de acuerdo reparatorio celebrada ante la juez de garantía de Villarrica doña Adriana Knopel Jaramillo, RUC: 2000102331-5, RIT: 1321-2002, por el delito de hurto. El acuerdo consistió en disculpas públicas y prohibición del imputado J.M.V.C. de acercarse al domicilio de la víctima.

4.- REPARACION Y CUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

Congruentemente con lo señalado anteriormente después de haberse celebrado el acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado, y ya aprobado por el Juez, debe ahora el imputado dar cumplimiento a la prestación a la que se ha obligado mediante el mismo.

Ahora bien, como señalamos anteriormente el Art. 242 del Nuevo Código Procesal Penal, señala que el Juez, junto con aprobar el acuerdo reparatorio propuesto, dictará sobreseimiento temporal o definitivo, total o parcial en la causa con lo que se extinguirá, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado. En este punto se presenta un problema de interpretación debido a que la extinción de la acción penal puede no ser un concepto sinónimo de la responsabilidad penal, lo cual debería haberse precisado en la normativa.

Sobre este aspecto creemos que, debió haberse optado por una regulación más congruente con los objetivos postulados por la reforma, puesto que la acción (entendida como responsabilidad) penal no debería extinguirse con la sola aprobación del acuerdo

reparatorio, sino que con su efectivo cumplimiento. Lo anterior en razón de que si se establece esta solución alternativa, principalmente a favor de la víctima, no resulta coherente el que la acción se extinga con la sola aprobación del acuerdo, sobre todo cuando el incumplimiento de dicho acuerdo no conlleva efectos penales.

Este último punto, el que un posible incumplimiento por parte del imputado no conlleva efectos penales, es una de las principales críticas de la regulación de esta institución, puesto que esto refuerza el carácter de simple salida alternativa al conflicto del acuerdo reparatorio y no de solución real y efectiva al señalado conflicto, demostrando a cabalidad, que en este punto concreto prima notoriamente el principio de la economía procesal por sobre los derechos de la víctima. Lo anteriormente señalado no obsta a que el ofendido, ejecutoriada la resolución que aprobare el acuerdo, pueda obtener la reparación solicitando el cumplimiento ante el Juez de Garantía con arreglo a lo establecido en los Artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Es decir, el Código se remite en este punto, al cumplimiento incidental de las sentencias. Además, se establece expresamente, que el acuerdo reparatorio no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

Consideramos que en este punto se presenta el más grave error legislativo en materia de acuerdos reparatorios y lejos de contribuir al cumplimiento y a la reparación de la víctima, torna todo el proceso mucho más engorroso y trae consigo el peligro de que la Institución caiga en la ineficacia toda vez que, si el acuerdo es de contenido pecuniario y el imputado finalmente no tiene bienes con que responder, la acción penal se habrá extinguido, sin posibilidad de revivir y, además el objeto buscado, que la víctima resulte resarcida de los perjuicios causados, no se cumplirá. Únicamente se habrá hecho incurrir al ofendido en gastos de representación y notificaciones, cuyo único resultado será que se agrave la magnitud de los perjuicios causados. Por otro lado si se considera que un alto porcentaje de las personas involucradas en delitos que se cometen contra la propiedad, son

de escasos recursos, resulta muy probable que incumplan las obligaciones emanadas del acuerdo y en consecuencia dicho acuerdo no cumpla con ninguno de sus objetivos.⁵⁷

Creo que resulta vital para el éxito de la institución una modificación legislativa sobre este punto, la que debiera distinguir entre acuerdos de ejecución instantánea y acuerdos de ejecución diferida. Respecto de los de ejecución instantánea no existe problema alguno, sin embargo, respecto de aquellos que están sujetos a plazos o hechos o conductas futuras, el proceso debiera quedar en suspenso hasta tanto no se haga efectiva la ejecución del acuerdo ya que ello permitiría que lo que extinga la responsabilidad penal sea el efectivo cumplimiento de lo convenido y no solamente la celebración del acuerdo, en vista de que lo que se persigue es la efectiva reparación del daño causado por parte del autor del hecho punible. Ahora bien esta suspensión debiera ser por un plazo razonable, ya que no es tolerable que se burle a la justicia penal con una suspensión indefinida del proceso derivada del incumplimiento o renuencia del imputado a ejecutar la prestación del acuerdo reparatorio. En caso de no producirse el cumplimiento del acuerdo dentro de un lapso prudencial que debiera estar legalmente prescrito, el proceso penal debiera continuar su curso, restaurándose en el estado en el que se encontraba al momento de la celebración del acuerdo reparatorio.

5.- POSIBILIDAD DE MEDIACION EN LOS ACUERDOS REPARATORIOS.

“Una anécdota que suele contarse para ilustrar las ventajas de la mediación es la de dos niños que se peleaban por la última naranja que quedaba en la heladera. La madre, al oír la discusión, resolvió el conflicto salomónicamente, diciéndoles a los chicos que cortaran la naranja por la mitad y la compartieran en partes iguales. Un mediador, en cambio, le habría preguntado a cada niño: ¿Por qué quieres la naranja? Tras enterarse de que uno de los chicos quería hacer jugo de naranja y el otro quería hacer mermelada habría facilitado un mejor resultado por la vía de instar a un niño a exprimir el jugo de toda la

⁵⁷ Frick Raggi, Daniela; *Soluciones Alternativas al Conflucito Penal. La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias

naranja, y al otro, a utilizar la cáscara y la pulpa. Este ejemplo ilustra el modo como la mediación brinda la posibilidad de encontrar soluciones en las que todas las partes *salgan ganando*.⁵⁸

Todos negociamos a diario en las diferentes esferas de nuestra vida, pero la negociación legal tiene un matiz diferente, por ser otra la importancia y características de los bienes que se negocian.

Cuando hablamos de negociación la mayoría de las personas, entiende más o menos de lo que se trata, la idea de acuerdo, trueque e intercambio nos viene a la mente. En este sentido diversos autores la han definido.

Carlos M. Aldao-Zapiola formula el siguiente concepto: “Negociación es la actividad dialéctica en la cual las partes que representan intereses discrepantes se comunican e interactúan influenciándose recíprocamente, para lo cual utilizan tanto el poder como la disposición que pueda existir para aceptarlo (sometiéndose, subordinándose o aceptándolo) con el fin de arribar a un acuerdo mutuamente aceptado que configura, desde entonces, un objetivo común en cuyo logro las partes se comprometen”.⁵⁹

Tara Depre señala que “La negociación es la acción de discutir asuntos comunes entre dos partes con el fin de llegar a un acuerdo”.

Para Hurbert Touzard la negociación constituye: “un procedimiento de discusión que se establece entre las partes adversas por medio de representantes oficiales y cuyo objetivo es el de llegar a un acuerdo aceptable por todos”.⁶⁰

⁵⁸ Picker, Bennet G.; *Guía Práctica para la Mediación*. Editorial Paidós. 1ª Edición. Argentina. 1998. (p.15).

⁵⁹ Scilling Fuenzalida, Mario Tomás, *Negociación: Solución Extrajudicial de Conflictos*. Editorial Jurídica Conosur. 1ª Edición. 1998. (p. 7 y 8).

⁶⁰ Ibid. (p. 7-17).

Donald G. Gifford la define como: “Un proceso en el cual dos o más partes o actores pretenden o intentan alcanzar una decisión conjunta en materias de interés común, respecto de las cuales están o podrían estar en conflicto o desacuerdo”.⁶¹

De los conceptos expuestos podemos extraer ciertos elementos comunes, a saber:

-Se trata de un proceso de discusión o confrontación de ideas.

-Interactúan dos o más personas.

-Se discuten asuntos comunes, en los cuales las partes no se encuentran de acuerdo y tienen intereses discrepantes.

-La finalidad de este proceso de discusión y evaluación de situaciones, es poder llegar a un acuerdo.

Debo dejar en claro que la negociación consiste en un proceso, con diferentes etapas, donde cada una debe ser respetada. Así, podemos vislumbrar la etapa de preparación y planificación de la negociación, la de relación inicial con el otro negociador, la etapa de información, la etapa competitiva y distributiva, y por último la etapa de cierre. Todas estas etapas serán estudiadas a fondo en el capítulo dedicado a la mediación propiamente tal, ya que sus etapas o fases son similares.⁶²

También es importante destacar que la negociación, es una técnica que emplean a diario los abogados, quizás sin notarlo. Por lo cual es una lástima que no esté incorporada en el programa de estudio de las Facultades de Derecho, ya que se trata de un método que puede ser aprendido y desarrollado de mejor forma con la práctica.

“El proceso de negociación tiene poco que ver con la doctrina jurídica tradicional, salvo tal vez, en lo concerniente al contrato de transacción en materia civil y la autocomposición en procesal (...). En cambio, podríamos relacionarla más con otras

⁶¹ Ibid. (p.2).

⁶² Ibid. (p.7).

disciplinas de las ciencias sociales, tales como la sociología, la comunicación y algunos aspectos de psicología por nombrar algunas”.⁶³

Es por esto, que la negociación legal se enfrenta en muchos países con un equipo interdisciplinario de profesionales, donde cobra relevancia la presencia del abogado, psicólogo y sociólogo para evaluar la interacción de las partes, su conducta, ánimo de ceder, las materias jurídicas en cuestión y la posibilidad de llegar a un acuerdo.

La relación entre la negociación y la mediación es de género y especie. La mediación es un tipo de negociación en donde existe una representación ajena, ya que el mediador intenta que las partes lleguen a un acuerdo que nada tiene que ver con él, no lo beneficia ni perjudica, sino que es un acuerdo *de* terceros y *para* terceros, donde el mediador apuesta a que las partes se encuentren y pongan de acuerdo dentro del conflicto de intereses. Dentro de la negociación las partes tratan de solucionar sus diferencias personalmente y conforme van accediendo a vías de resolución de conflictos más elaboradas, empiezan a intervenir terceras personas (mediador) en el proceso, para así llegar a la mediación.

“En la negociación cada litigante es parte interesada en los resultados. Los negociadores se aferran a menudo a sus posiciones, insisten en recibir todo lo que quieren y se niegan a hacer concesiones. En este orden de cosas es de gran ayuda la intervención de un extraño que les guíe en la negociación”.⁶⁴ Aquí es donde aparece la figura del mediador y entramos al proceso de mediación, que vendría a ser una segunda alternativa al fracasar la negociación sin asesoría de un tercero imparcial, que ayude a las partes a lograr un acuerdo.

En el caso de los acuerdos reparatorios, cuando a juicio del Fiscal procediera esta salida alternativa, respecto de delitos que afectaren bienes jurídicos individuales solicitará a la Unidad Regional de Atención de Víctimas y Testigos el apoyo que considere necesario para alcanzar tal acuerdo entre víctima e imputado. La Unidad Regional podrá conducir un

⁶³ Ibid. (p.9).

⁶⁴ Singer, Linda; *Resolución de Conflictos*. Editorial Paidós. 1ª Edición Edición. Argentina.1996. (p. 36).

proceso de mediación penal invitando a la víctima y al imputado para que concurran voluntariamente al mismo. Antes de la audiencia correspondiente, la Unidad Regional informará al Fiscal sobre el proceso de mediación seguido y los términos del acuerdo.

El Fiscal o la Unidad Regional podrán ofrecer a la víctima y al imputado que concurran voluntariamente a un centro especializado de mediación, cuando hubiere alguno en la región respectiva.

La Unidad Regional podrá realizar otras gestiones tendientes a alcanzar el acuerdo reparatorio entre víctima e imputado, como por ejemplo, en el evento que las partes autónomamente hubieren alcanzado un acuerdo, facilitar su conclusión o apoyar su realización.

Los Fiscales no podrán en caso alguno conducir procesos de mediación penal, puesto que no son terceros respecto de las partes sino que, por el contrario, ejercen la acción penal pública contra una de ellas, el imputado.

En los casos en que no se llegare por esta vía a acuerdo o no se realizare mediación o ésta no fuere procedente, el rol del Fiscal para la eficacia y eficiencia de esta salida alternativa se torna fundamental, tal como lo analizamos en el capítulo anterior.

CONCLUSIONES.

1.- La incorporación de estrategias de justicia restaurativa en nuestra legislación importa un gran desafío para los operadores de justicia. Sin embargo, lo central de este proceso es que inicia la transición de un modelo de justicia retributivo a uno restaurativo, que no sabemos que características va asumir, ya que, como sociedad somos actores y constructores de su devenir.

Sin embargo, hay un elemento que es central, que se distingue en la reflexión y es que avanzamos en una concepción sobre el ser humano que reivindica su capacidad de decidir sobre aquellos temas que se relacionan cotidiana y directamente con su existencia y, de participar en la construcción de las soluciones de manera activa. El conflicto penal es uno de los más complejos en cuanto a que por su naturaleza, implica necesariamente el haber vulnerado los derechos y, en algunos casos dañando gravemente a otro ser humano.

Durante muchos siglos se ha pensado que la administración de la justicia penal debe radicar en una instancia imparcial y diferente de las partes, que en el caso de la tradición jurídica occidental, las abstrae de participar en la solución de éste. Mención especial merece la casi completa indefensión y ausencia en la construcción de la solución al conflicto de la víctima. La incorporación de estrategias de restauración en nuestra legislación incorpora la posibilidad de construir una justicia que permita la participación de todos los actores y que las soluciones encontradas a los conflictos se ajusten a los intereses de las personas involucradas. La construcción de una nueva justicia penal es una buena forma de trabajar por la pacificación de las relaciones humanas y la construcción de sociedades más democráticas.

2.- Lo anterior no implica que el principio de autonomía de la voluntad adquiera amplia aplicación en materia penal. Si bien es cierto, creo que los acuerdos reparatorios

constituyen uno de los avances más importantes y revolucionarios de la reforma penal, ellos deben tener un marco de aplicación claro y específico que no de lugar a interpretaciones ambiguas que permitan su aplicación a tipos penales que por su propia naturaleza son ajenos a la voluntad de las personas. Considero que el legislador debe establecer aún con mayor precisión cuales son los delitos respecto de los que procede esta salida alternativa, y respecto de los delitos culposos, prohibirla en términos categóricos cuando se refieran al cuasi delito de homicidio, ya que, de acuerdo a mi punto de vista, ello constituye una grave infracción y violación flagrante del deber a que se encuentra obligado el Estado por los Tratados Internacionales y Constitución Política de la República de Chile en orden a prohibir toda disposición respecto del bien jurídico vida.

3.- Los Acuerdos Reparatorios, entendidos como una verdadera negociación directa entre los involucrados con características similares a la conciliación, constituyen a mi juicio una de las mejores soluciones a determinados conflictos derivados del hecho delictivo, toda vez que por su intermedio se potencia y actualiza la participación que corresponde a los verdaderos protagonistas de dicho conflicto, víctima e imputado, en la búsqueda de los términos de reparación declarados como suficientes por ellos mismos para ponerle término, pero sin que con ello se margine al Estado, principal interesado en el mantenimiento y restauración de la armonía social, sino por el contrario se valida su participación mediante la actuación preponderante de los Juzgados de Garantía llamados a prestar su aprobación, previo control de legalidad – y no de mérito – acerca del cumplimiento de los requisitos legales y de voluntariedad de los partícipes del acuerdo, los cuales hacen procedente la aplicación de esta salida alternativa.

4.- Con la creación de los acuerdos reparatorios se ha logrado descongestionar los tribunales de justicia criminal. Al menos este mecanismo fue ideado para lograrlo y realizar a priori una selección de los casos dignos de ser resueltos por medio de un juicio oral y público. Me parece elogiable el esfuerzo del legislador por modernizar la justicia penal y armonizarla con las necesidades de una sociedad compleja y globalizada. Las salidas

alternativas permiten economizar costos en la administración judicial y lograr una mayor rapidez en la resolución de controversias.

5.- La resolución alternativa de conflictos se caracteriza por estar cimentada en la cultura del diálogo, la colaboración mutua y las soluciones no adversariales.- Todo ello debe tener como presupuesto que las partes se encuentren en un plano de igualdad para debatir y negociar. Esta característica no la vemos presente en el caso de los acuerdos reparatorios, puesto que la víctima tiene mayor poder que el imputado, ya que éste ha cometido un ilícito.

6.- Dentro del conjunto de opiniones relativas al modo de considerar a la reparación dentro del derecho penal considero que la más adecuada es la defendida por el catedrático Claus Roxín que otorga autonomía a la reparación dentro del derecho penal considerándola una tercera vía distinta de la pena y medidas de seguridad.

7.- Desde el punto de vista de la víctima los acuerdos reparatorios le permiten obtener una reparación rápida, eficaz y menos traumática que un procedimiento extenso e inútil. Asimismo, el imputado se evita la desocialización, el perjuicio moral que conlleva un proceso criminal, el ser prontuario y el ser condenado a una pena restrictiva o privativa de libertad, sin que ello signifique la no reparación del daño causado.

8.- Un serio problema, en lo relativo a la igualdad en materia de acuerdos reparatorios, lo constituyen las graves diferencias económicas existentes en nuestra sociedad, lo que permite que una persona con poder económico tenga indudablemente mayores garantías ante los órganos que ejercen justicia que quien carece de medios. Me parece acertado, y viene a equilibrar las diferencias, el hecho que judicialmente se ha interpretado en forma amplia y general, el término reparación, la que puede consistir no sólo en entregar una determinada cantidad de dinero a la víctima sino que también en una obligación de hacer o no hacer y en general en cualquier prestación que tenga un objeto lícito.

9.- Considero un grave error del legislador el extinguir la acción (entendida como responsabilidad) penal inmediatamente después de aprobado el acuerdo por el Juez de Garantía, ya que permite al imputado incumplir lo convenido sin que esto le acarree consecuencias penales. Esto puede traer consigo a corto o mediano plazo, la pérdida de eficacia y prestigio de esta institución. Frente a esto, creo que la solución adecuada sería que la extinción de la acción penal se produjera una vez cumplido el acuerdo en todas sus partes, en la forma señalada anteriormente al tratar este tema y de lo contrario, continuar la persecución contra el ofensor.

10.- La labor que ejerce el Fiscal en los acuerdos reparatorios es fundamental. Las personas ven en él a un especialista en materia criminal y si cuenta con prestigio social, harán caso a los consejos o sugerencias que éste les preste. De hecho cada vez que existe la posibilidad de una salida alternativa se da una verdadera “negociación” entre los actores de la misma.

11.- El incrementar el uso de la mediación penal para llegar a acuerdos reparatorios supone que esta herramienta sea conocida tanto por los agentes de la reforma procesal penal (órganos derivadores a Centros de Mediación) y la comunidad en general. Para lograr esto, es necesaria una ardua tarea de difusión. El incremento porcentual de las salidas alternativas nos permite visualizar que este cambio de mentalidad es posible y está siendo una preocupación de los agentes de la reforma procesal. De hecho ya contamos con un instructivo del Fiscal Nacional (N°63) que se refiere específicamente al tema y hace expresa mención a los Centros de Mediación.

Nuestro sistema cuenta con medidas de tutela para salvaguardar la libertad, la información y los intereses de la sociedad en los acuerdos reparatorios, potestad que radica en el Juez de Garantía, quien se torna en una figura protagónica en la materia.

Por lo tanto en Chile la mediación penal víctima-ofensor, cuenta con un mecanismo de protección a nivel de sistema procesal penal diferente a lo que se puede encontrar en otros países y además de ello, cuando proceda, la Unidad Regional de atención de Víctimas

y Testigos podrá conducir un proceso de mediación penal invitando a la víctima y al imputado para que concurran voluntariamente al mismo, con anterioridad a que el Juez de Garantía conozca del asunto.

BIBLIOGRAFIA

a) Libros

- Armenta Deu, Teresa; *Pena y Proceso: Fines Comunes y Fines Especiales*, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Editorial JMBosch. 2ª Edición. España. 1997.

- Caroca Pérez, Alex; *El Nuevo Sistema Procesal Penal*, Editorial Jurídica La Ley, 2ª Edición. Santiago de Chile. 2000.

- Chahuán Sarrás, Sabas; *Manual del Nuevo Proceso Penal*. Editorial Jurídica Conosur. 2ª Edición. Santiago de Chile, 2003.

- Damaska, Mirjan R.; *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile. 2ª Edición. Santiago de Chile. 2000.

- Ferrajoli, Luigi; *El Derecho Penal Mínimo, en Prevención y Teoría de la Pena*. Editorial Jurídica Conosur. 1ª Edición. Santiago de Chile. Chile. 1995

- Frick Raggi, Daniela; *Soluciones Alternativas al Confluito Penal. La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

- Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián; *Derecho Procesal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago de Chile, 2002.

- *Instructivo General del Ministerio Público. Fiscalía Nacional N°20. Reforma Procesal Penal*. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. Santiago de Chile. 2000.

- Maier, Julio; *La Víctima y el Sistema Penal*. Editorial del Puerto. 1ª Edición . Argentina. 1996.

- Bovino, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-Hoc. 1ª Edición. Santiago de Chile. 1996.

- Ministerio Público, Fiscalía Nacional; *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N° 51 a 57*. Instrucción 63. Oficio N° 358. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. Santiago de Chile. 2002.

- Ministerio Público, Fiscalía Nacional; *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N° 1 a 50*. Instrucción 36. Oficio N° 210. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. Santiago de Chile. 2000

- Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Recuperación y Conciliación en el Sistema Penal*. Editorial Comares. España. 1999.

- Mir Puig, Santiago; *Derecho Penal Parte General*. 1ª Edición. Editorial Reppertor. España. 2002.

- Picker, Bennet G.; *Guía Práctica para la Mediación*. Editorial Paidós. 1ª Edición. Argentina. 1998.

- Pott, Christine; *La Pérdida de Continuidad del Principio de Legalidad*. Editorial Comares. 1ª Edición España. 1999. (p. 100).

- Poundstone, Wiliam; *El Dilema del Prisionero*. Editorial Alianza. 2ª Edición. Madrid. España. 1996.

- Vanover, Joseph; "Utilitarian Analysis of the Objectives of Criminal Plea Negotiation And Strategy Choice".

- *Journal of Dispute Resolution*. 1998. Curators of the University of Missouri.

- Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I. *Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. 3ª Edición. Editorial Civitas. España. 1997.

- Rusconi, Maximiliano; *La Reforma Procesal Penal y la Llamada Ubicación Institucional del Ministerio público*. Editorial AD- HOC, 1ª Edición, Año 1993.

- Scilling Fuenzalida, Mario Tomás, *Negociación: Solución Extrajudicial de Conflictos*. Editorial Jurídica Conosur. 1ª Edición. 1998.

- Silva Sánchez, Jesús María; "Sobre la Relevancia Jurídico Penal de la Realización de Actos de Reparación, en Estudios de Derecho Penal". *Revista del Poder judicial Español*, Tercera Epoca. Nº 45. Primer trimestre. 1997.

- Singer, Linda; *Resolución de Conflictos*. Editorial Paidós. 1ª Edición Edición. Argentina. 1996.

- VV.AA; *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial Libromar. 1ª Edición Santiago de Chile. 2002.

b) Artículos

- Alschüler, Albert; "The Prosecutions Role Implea Bargaining". En: *The University Of Chicago Law Review*. 1968.

- Duce, Mauricio; "La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal", en *El Nuevo Proceso Penal*, varios

autores. Cuadernos de Trabajo n° 2 Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Marzo 2000.

- Duce J, Mauricio y Riego R, Cristian, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Universidad Diego Portales. 2002.

- Duce, Mauricio; "Las Salidas Alternativas y la Reforma Procesal Chilena, en la Reforma a la Justicia Penal"..*Cuadernos de Análisis Jurídico.Nº38*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. Octubre, 1998.

- Fernández Santa María, Juan; "Reflexiones en Torno a la Reforma Procesal Penal". *Revista Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco*. 2003.

- Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Sobre el Proyecto de Ley que estableció el Nuevo Código Procesal Penal de la República de Chile

c) Catálogo electrónico

- www.MinisterioPúblico.Cl/Explorer/Instructivos/Instructivo51.Htm.

- www.jusschubut.gov.ar/boletinjudicial/boletin20/bol20principio_de_legalidad.htm-66k.

INDICE

Introducción.....	1
Capítulo Primero: Sujetos Procesales; Principio de Oportunidad; Salidas Alternativas.....	5
1.- Sujetos Procesales.....	5
1.1.- El tribunal.....	5
1.1.1.- El Juez de Garantía.....	6
1.1.2.- El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal.....	7
1.2.- El Ministerio Público.....	7
1.3.- La Policía.....	10
1.4.- La Defensoría Penal Pública.....	11
1.5.- El Imputado.....	11
1.6.- La Víctima.....	13
1.7.- El Querellante.....	13
2.- Principio de Legalidad Versus Principio de Oportunidad.....	14
3.- Salidas Alternativas del Procedimiento.....	20
4.- Suspensión Condicional del Procedimiento.....	21
Capítulo Segundo: Fundamentos y Procedencia de los Acuerdos Reparatorios.....	25
1.- Acuerdos Reparatorios.....	25
1.1.- Concepto.....	25
1.2.- Fundamentos para la introducción de los Acuerdos Reparatorios en Materia Penal.....	26
1.3.- El Derecho a la Libertad y el Evitamiento de la Estigmatización de los Individuos.....	27
1.4.- El Necesario Carácter Selectivo de los sistemas de justicia Criminal.....	29
1.5.- Derechos de la Víctima.....	31
2.- Procedencia de los Acuerdos Reparatorios. Artículo 241 del Código Procesal Penal.....	35
3.- Hechos Punibles Respecto de los Cuales Proceden los Acuerdos Reparatorios.....	38
3.1.- Lesiones Menos Graves.....	41
3.2.- Delitos Culposos.....	41
Capítulo Tercero: Tramitación de los Acuerdos Reparatorios.....	44
1.- Aprobación Judicial.....	44
2.- Efectos de los Acuerdos reparatorios.....	48
2.1.- Efectos Penales.....	48
2.2.- Efectos Civiles.....	48
2.3.- Efectos Subjetivos.....	49
3.- Oportunidad y Procedimiento.....	51
4.- El Registro.....	52
5.- Participación del Ministerio Público en los Acuerdos Reparatorios.....	53
Capítulo Cuarto: Reparación y Mediación en los Acuerdos Reparatorios.....	63
1.- La Reparación en los Acuerdos Reparatorios.....	63
2.- La Reparación y Mínima Intervención.....	67
3.- La Reparación en el Código Procesal Penal Chileno.....	71
4.- Reparación y Cumplimiento de los Acuerdos Reparatorios.....	73
5.- Posibilidad de Mediación en los Acuerdos Reparatorios.....	75
Conclusiones.....	80
Bibliografía.....	85
Indice.....	88