



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 9 - Nº 01 - jan./abr. 2023

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1>

Dossiê

“Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal”



Publicação fomentada pelo CNPq
(Chamada 12/2022 Programa Editorial)



IBRASPP

Principio de ofensa en la suspensión de la pena de falta en la legislación chilena

Offense principle in the suspension of the misdemeanor sanctions under the Chilean law

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa¹

Universidad de los Andes, Santiago, Chile

rguerra@uandes.cl

 <https://orcid.org/0000-0003-2540-8814>

RESUMEN: Este trabajo busca estudiar la disposición del artículo 398 del Código Procesal Penal chileno según los parámetros del principio de ofensa. Para esto procederemos de la siguiente forma. En las primeras secciones del artículo, analizaremos la naturaleza de los delitos de bagatela en el ordenamiento jurídico chileno. Luego, estudiaremos el contenido teleológico subjetivo de la suspensión de la pena y sus efectos. Finalmente, presentaremos los criterios para diferenciar el principio de ofensa y del daño, enfocados en la necesidad de implementar una lectura desde la noción de ofensa que evite una sanción excesiva de faltas en el ordenamiento penal chileno.

PALABRAS-CLAVE: Suspensión de la pena; principio de ofensa; falta penal.

ABSTRACT: *This paper aims to study the article 398 of the Chilean Code of Criminal Procedure according to the parameters of the offense principle. For this purpose, we will proceed as follows. In the first sections of the article, we will analyze the nature of petty crimes in the Chilean legal system. Then, we will study the*

¹ Profesor asociado Universidad de los Andes, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Magister en Derecho Público, Universidad de los Andes, Chile. Magister en Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa, Universidad de Chile. Magister en Derecho Internacional, Universidad de Heidelberg. Minor en Sociología, Universidad Alberto Hurtado. Abogado, Universidad Alberto Hurtado. Esta publicación se inserta en el proyecto de iniciación de investigación Fondecyt 11190024 titulado “Delimitación del miedo insuperable del estado de necesidad”.

subjective teleological content of the suspension of the sentence and its effects. Finally, we will study the criteria to differentiate the principle of offense and harm, focusing on the need to implement a reading that avoids excessive criminalization of misdemeanors in the Chilean criminal system.

KEYWORDS: *probation; offence principle; criminal offense.*

SUMARIO: Introducción; 1. Delitos de bagatela; 2. Interpretación teleológico-subjetiva; 3. Efectos de la suspensión; 4. Principio del daño; 5. Inicios del concepto de ofensa; 6. Principio de ofensa como criterio rector; 7. Suspensión de la pena: ¿una decisión arbitraria del órgano jurisdiccional?; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Según el artículo 398 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) chileno, la suspensión de la imposición de una pena es posible “cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguna de las penas substitutivas contempladas en la ley N ° 18.216”.

También la disposición indica que “transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa”. Así, esta disposición nos enfrenta a la conveniencia de sancionar la comisión de una falta en el sistema penal. De ahí que sea necesario identificar cuáles son los parámetros para realizar esta tarea. Con todo, esta “no afecta la responsabilidad civil derivada del delito”, lo que demuestra que la aplicación del artículo 398 del CPP permite delimitar el Derecho penal de otros ordenamientos con facultades sancionatorias².

² Consideración que introduce la Ley 20.074 que reemplazó la expresión *hecho imputado por falta imputada* y título *suspensión de la imposición de condena*

Más allá de estas primeras consideraciones legales, la suspensión de la pena permite controlar el nivel de la ofensa en materia penal cuando otros sistemas no puedan hacer este trabajo con mayor eficacia. La suspensión dependerá entonces, por un lado, de la necesidad de otras medidas administrativas —de menor intensidad a las penales— en favor de la protección de un interés jurídico y, por otro, de la posibilidad de recurrir a medidas de orden civil en el control de la conducta ofensiva³. Dentro de este marco teórico, el principio de ofensa aparece como una estrategia de argumentación para fundamentar las necesidades de suspensión.

Si bien en la doctrina penal chilena existen estudios del principio de ofensividad que impide “penalizar infracciones puramente formales carentes de contenido material injusto... en que no se aprecia bien jurídico tutelado o es vago”⁴, demostraremos que el principio de ofensa entrega otras herramientas para fundamentar la suspensión de la pena. El hecho de que esta propuesta no resulte ajena al sistema chileno está

por suspensión de la imposición de condena por falta. De ahí que la disposición del artículo 398 sea inaplicable a los ilícitos de un procedimiento simplificado, es decir, en el caso de un simple delito. En ese sentido, véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, 13/02/2009, Rol N ° 6-2009; Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, 02/12/2008, Rol N ° 305-2008, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 02/07/2008, Rol N ° 1089-2008, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 29/11/2007, Rol N ° 2404-2007; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 27/08/2007, Rol N ° 433-2007; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 17/11/2006, Rol 2163-2006.

³ En este orden de ideas, es interesante observar en la literatura comparada el límite en el tratamiento de las conductas ofensivas desde la esfera de competencia del ordenamiento jurídico penal en FEINBERG, J. *Offense to others. The moral limits of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1985, p.3. Conductas ofensivas que aparentemente sería similares a las faltas contempladas en el artículo 494 y 495 y siguientes del Código Penal chileno.

⁴ NÁQUIRA, J., IZQUIERDO, C. y VIDAL, V., “Principios y penas en el derecho penal chileno”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-r2, pp. 20-21 y un desarrollo histórico de Principios y penas en el derecho penal chileno tanto en Chile como en Italia, véase CABEZAS CABEZAS, C., “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. un breve estudio comparado”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol.20, n ° 2, 2013, pp. 85-120.

en la posibilidad de sancionar comportamientos que provoquen graves estados de perturbación social⁵.

De este modo, explicaremos por qué, desde una metodología analítico-dogmática, el principio de ofensa es un baremo adecuado en la suspensión de la pena en la legislación chilena. Atendiendo a esta problemática, observaremos que la suspensión presenta una serie innominada de criterios en la literatura que ponen en crisis su aplicación por razones de seguridad jurídica. Desde la función que cumple esta, las sentencias expresan a menudo su uso condicionado a la mera enunciación del artículo 398 del CPP sin otros argumentos político-criminales⁶. A modo de ejemplo, incluso algunas sentencias sostienen que la suspensión “es facultativa para el juez de la causa y como tal, no es susceptible de yerro jurídico y descarta toda posibilidad de revisión”⁷.

Por eso, en este marco, si bien en la suspensión de la pena “hay un juicio de culpabilidad; lo que se suspende son los efectos penales que [la sentencia] produce”⁸. Sobre esta idea, se manifiesta la necesidad de una comprensión normativa del principio de ofensa para la reserva de pena. De esa forma, dialogamos con el principio en la búsqueda de límites que sean propios de un Derecho penal liberal y democrático⁹.

⁵ Es decir, conductas que están desvinculada a la concreta lesividad de los derechos de los agentes en sociedad, véase MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’ a propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17, 2015, p. 11, nota 39.

⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de Derecho penal. Multiculturalismo y Derecho penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, *passim*.

⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N.º 309-2013, del 9 de abril de 2013, considerando octavo. También se observa la misma tendencia en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, Rol 70-2006, del 30 de junio de 2006, considerando tercero.

⁸ NÚÑEZ VÁSQUEZ, J., *Tratado del proceso penal y del juicio oral. Tomo II*, Editorial Jurídica, Chile, 2003, p. 419.

⁹ Ahora bien, se precisa en la doctrina que el término penal solo alude a la pena principal y este excluiría las accesorias. Pues bien, “el artículo 2º de la misma Ley N.º 18.216 que señala que rige el artículo 398 del Código Procesal Penal tratándose de las faltas, y dicha norma procesal se refiere a la ‘suspensión de la pena y sus efectos’, en singular, y en ningún caso a las penas accesorias, pues se emplea como artículo ‘la’ y sustantivo ‘pena’, lo que no conlleva

En consecuencia, la literatura identifica con precisión el objetivo de la suspensión¹⁰, pero no define el grado de ofensa para su aplicación. Con este propósito, el artículo 398 del CPP entrega un espacio para la aportación de criterios normativos en la sanción de faltas ajenas a la categoría de la criminalidad de bagatela y, asimismo, nos obliga a definir cuándo una falta es relevante en términos penales¹¹. Desde este punto de partida, “las faltas en nuestra legislación no han sido abordadas con la importancia que el tema reviste, lo que se demuestra por el escaso interés del Ministerio Público en investigar este tipo de hechos y la tendencia a un rápido archivo”¹². Es más, en el sistema chileno “desde diciembre del año 2000, en que aproximadamente el setenta por ciento de las denuncias que se formulan ante Ministerio Público se refiere a faltas lo que, según el mismo Ministerio, produce un atochamiento en el sistema

pluralidad”, véase VERA LAMA, R., “Aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público”, *Revista Actualidad Jurídica* n° 34, 2016, p. 265.

¹⁰ En este contexto, “resulta mejor hablar de reserva de fallo que de suspensión. Pero depende, en definitiva, de la manera como se haya regulado la medida. Por ejemplo, en Alemania, se prefiere la expresión reserva de pena (*Strafvorbehalt*) debido a que, según el § 59 del Código Penal, se trata más bien de una amonestación con reserva de pena. El juez debe, además de establecer el veredicto de culpabilidad (*Schuldanspruch*), determinar la pena correspondiente y reservar la condena respectiva. Lo que se suspende entonces es la imposición de una pena que ya ha sido fijada. En Francia, se hace referencia claramente al aplazamiento del pronunciamiento de la pena (*ajournement du prononcé de la peine*)”, véase HURTADO POZO, J., “Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo”, *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1997, p. 2.

¹¹ En este contexto, es interesante destacar que la “doctrina nacional apenas ha ahondado en el sentido y función de la pena durante su ejecución ni tampoco en una crítica severa hacia la falta de regulación legal y la desprotección jurídica que sufren los condenados a penas de encierro”, véase HORVITZ, M.I., “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, *Política criminal*, Santiago, 2018, p. 930.

¹² CELEDÓN BAEZA, A. E., “Las faltas y su tratamiento procesal. Consideraciones en torno a una reforma”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 26, n° 1, 2005, p. 362.

de investigación”¹³. Esto evidencia que la importancia de la suspensión radica en el carácter subsidiario del Derecho penal¹⁴.

Conforme con lo anterior, en la primera sección explicaremos en qué consiste un delito de bagatela, cómo opera esta categoría en el ámbito de la suspensión de una condena, cuál es su espacio de estudio y cómo se diferencia de una falta en Chile. En segundo lugar, examinaremos la disposición del artículo 398 del CPP en una línea teleológica subjetiva, que nos permita definir cómo invocar su aplicación y vinculación con el principio de ofensa. En tercer lugar, estudiaremos los efectos de la suspensión de la pena y luego, en cuarto lugar, explicaremos cómo el principio de ofensa nace del principio del daño. En quinto lugar, analizaremos el principio de ofensa como criterio rector en la suspensión de la pena. Finalmente, presentaremos algunas consideraciones en relación con los fundamentos de la suspensión en decisiones jurisdiccionales.

1. DELITOS DE BAGATELA

Se denominan delitos de bagatela a las figuras penales que carecen de trascendencia en el ordenamiento jurídico. El término recoge algunos aspectos que son centrales para la teoría del delito y el principio de ofensa en la doctrina comparada. En particular, el delito de bagatela se funda en la tutela penal de “valores con escasa significación social ... como ocurre a lo largo de todo el Libro III del CP [en el caso de las faltas penales], y también en muchas otras disposiciones”¹⁵ en la legislación chilena. Los delitos de bagatela son normas de una aplicación más bien simbólica, pues carecen de importancia para resguardar una expectativa normativa en el sistema. Así, la tipificación de estas conductas difícilmente puede ser considerado fuente de un riesgo prohibido relevante en un sentido

¹³ CELEDÓN BAEZA, A. E., “Las faltas y su tratamiento procesal...”, op. cit., p. 353.

¹⁴ Véase WOLTER, J. y FREUND, G., *El sistema del derecho penal integral: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1 – 280.

¹⁵ CURY, E., *Derecho Penal. Parte general*, Ediciones UC, Santiago, 2005, p. 48.

penal¹⁶. La doctrina designa estas faltas como delitos de poca monta y que son más bien propios del Derecho administrativo sancionador.

Si bien en modelos comparados se reconoció las facultades sancionatorias de la Administración en el caso de las faltas, en el sistema chileno existe incremento de su sanción en el sistema penal. De este modo, el catálogo que contempla el artículo 494 está recargado de trasgresiones triviales que la dogmática alemana denomina delitos de bagatela. Esa lectura se relaciona con la clásica distinción entre crímenes, simples delitos y faltas, que vincula el concepto de bagatela con infracciones de poca monta¹⁷. Sin embargo, se ha considerado en la literatura y en la jurisprudencia que algunas faltas resguardan bienes jurídicos esenciales¹⁸. Por ello, siguiendo esta idea, usaremos el concepto de falta para referirnos a una infracción que revista de la importancia necesaria para poner en movimiento el sistema penal, y denominaremos delitos de bagatela aquellas que deberían ser sancionadas en el sistema sancionador administrativo.

¹⁶ Sin embargo, en la doctrina chilena Celedón no está “de acuerdo con la posición de que estos delitos [faltas] sean llamados de bagatela y sean minimizados en cuanto investigación, ya que si bien no afectan bienes jurídicos de relevancia, el número de faltas denunciadas nos demuestra que es lo que aqueja mayormente a la población, así, por ejemplo, el perro del vecino que muerde al hijo de otro vecino, *si bien no afecta un bien jurídico de importancia para la sociedad, sí afecta un bien jurídico importante para la familia víctima del ilícito* que requiere una investigación de parte del Ministerio Público a fin de dar efectiva solución penal al conflicto jurídico”, CELEDÓN BAEZA, A. E., “Las faltas y su tratamiento procesal...”, op. cit., p. 354. Con todo, es interesante indicar que este autor reconoce el impacto que puede tener una falta en el círculo de la familia. De ahí que su posición pueda tener conexión con el impacto de la falta en el entorno sociocultural o localidad en la cual esta fue ejecutada.

¹⁷ CURY, E., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 102. También interesante sobre este punto en torno a las facultades correctivas de la administración TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Rowohlt, Hamburg, 1976, pp. 116 – 117.

¹⁸ En este contexto, si bien existen diferentes posiciones en relación con la noción de bien jurídico, nos parece inicialmente acertado identificar el concepto con aquellas “características de la personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho” según KINDHÄUSER, U., “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal”, *InDret*, n.º 4, Barcelona, 2009, p. 10.

Conforme a esta diferencia entre delito de bagatela y falta, el objetivo de la suspensión es que el agente no sea sancionado por delitos de poca monta en materia penal. Por esta razón, la distinción cobra sentido pues se podría pensar que siempre debería operar la suspensión en favor del imputado. Sin embargo, la naturaleza de la falta, sus presupuestos fácticos y su valoración jurídico penal deben entrar en consideración en la suspensión. Así, la distinción entre un delito de bagatela y una falta supone una decisión político-criminal¹⁹. Una falta penal no debe concebirse, entonces, como un mero cumplimiento objetivo de las exigencias que dispone una regla de conducta en el ordenamiento penal.

A modo de ejemplo, un agente porta y consume un gramo de cocaína en la vía pública, y el fiscal califica los hechos como microtráfico en la audiencia de formalización, ¿podríamos dar lugar a la suspensión de la pena? También corresponde preguntarnos, ¿qué pasa si un agente comete una falta contra la moral por fotografiar el escote de una madre que estaba en un zoológico con su hijo?²⁰ Se observa en el primer caso un problema de concurso aparente de leyes entre la figura del artículo 50 bis y el artículo 3 de la Ley 20.000. En el segundo caso, es posible identificar

¹⁹ En ese sentido, podemos observar que la política criminal no se restringe a la decisión del legislador a la hora de crear una disposición legal. Es posible sostener que existe política criminal en la decisión de un órgano jurisdiccional y, asimismo, en los argumentos que presentan los operadores del sistema en una audiencia penal. En suma, la política criminal es un modelo de argumentación racional que considera el principio de legalidad, seguridad y dignidad humana, como mandatos de optimización, para dar operatividad a las reglas del sistema, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Principios y reglas...*, op. cit., 2012, p. 61.

²⁰ En ese sentido, es importante indicar que el hecho podría ser subsumido bajo los parámetros del artículo 161 c) del Código Penal. En ese sentido, esta última disposición establece en la faz objetiva del tipo penal que “se castigará con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales, al que en lugares públicos o de libre acceso público y que por cualquier medio capte, grabe, filme o fotografíe imágenes, videos o cualquier registro audiovisual, de los genitales u otra parte íntima del cuerpo de otra persona con fines de significación sexual y sin su consentimiento”. Esto con independencia a la discusión dogmática que se podría generar en torno a las exigencias subjetivas del tipo en relación con la significación sexual del acto de fotografiar el escote de una mujer. Sin embargo, nos centramos en una subsunción plausible dentro de los límites de una falta para efectos de lo dispuesto en el artículo 398 del CPP.

un concurso aparente entre la falta del artículo 494 y su homólogo en el artículo 373 del Código Penal. Sin embargo, tanto en el primer como en el segundo caso la dificultad está centrada en el nivel de la ofensa que provoca en sociedad la conducta inmoral.

De ahí que surja la interrogante de qué sucede si el agente tiene condenas previas en su extracto de filiación que están prescritas. En este sentido, ¿sería posible aplicar el artículo 398 del Código Procesal Penal, debería ser sancionado por medio de un procedimiento monitorio o aceptar responsabilidad en un proceso simplificado a través del requerimiento que presenta la fiscalía?²¹ Esto nos lleva a la siguiente pregunta: ¿el comportamiento del fotógrafo es subsumible en la figura del artículo del 373, el artículo 161 c) del CP o debemos aplicar su homólogo del artículo 495 N ° 5 (al “que públicamente ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos”)?

También en otros casos existe constancia de la consumación de una lesión leve levisima y se imputan hechos por el delito de lesiones menos graves. De esta observación previa, ¿el Juez de Garantía podría aplicar el artículo 398 del CPP con anterioridad a la preparación de un juicio simplificado?²² De todas formas, debe agregarse, que nuestro

²¹ Con todo, debemos advertir que la facultad para suspender la pena está solo limitada a las faltas y, asimismo, es inaplicable tratándose de simple delitos. Esto se desprende específicamente de las modificaciones que incorporó la Ley 20.074 a la redacción inicial del artículo 398 del Código Procesal Penal. Esta cambió la expresión “hecho imputado” por “falta imputada” y el encabezado de la misma disposición que indicaba “suspensión de la imposición de la condena” por “suspensión de la imposición de condena por falta”. De ahí que si bien el artículo 398 en cuestión era posible de aplicar a todos los agentes que estaban en un procedimiento simplificado debido a estas modificaciones ya no es posible. Esta lectura se puede observar en los siguientes fallos: Sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, Rol N°6-2009, de fecha 13 de febrero de 2009, N ° LegalPublishing 41627. Diversos fallos en el mismo sentido se pueden observar en BLANCO SUÁREZ, R., *Código Procesal Penal: Sistematizado con jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 622. Por último, es importante indicar que se ha sostenido que se debe atender a la naturaleza jurídica de la falta, con independencia que la pena en concreto, en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N ° 358-2007, del 22 de marzo 2007, N ° LegalPublishing: 36261.

²² Así las cosas, “la idea que la condena condicional representa un privilegio para el delincuente es, generalmente, admitida por quienes sostienen una

legislador optó por sancionar los delitos de bagatela. Es por eso por lo que algunos autores en estos casos consideran es posible aplicar el principio de oportunidad²³.

En este orden de ideas, conductas de grave escándalo que sean lo suficientemente rupturistas podrían dar lugar a una persecución y eventual sanción penal, aunque no afecten la integridad corporal de terceros²⁴. De modo tal que el fenómeno penal de la expansión de una “tutela penal más rápida, motivada por un contexto de crecimiento en las conductas criminales menos graves”²⁵, no sea una excusa para la suspensión de la pena de falta en contra de un procedimiento monitorio. Con todo, siempre será difícil definir los límites entre una criminalidad de bagatela y una falta. Ciertamente, subsistirá la pregunta por la relevancia de la ofensa para establecer los parámetros de razonamientos que diferencian el derecho penal de otras áreas de ordenamiento jurídico.

2. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICO-SUBJETIVA

La suspensión se observa inicialmente en el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CdPP)²⁶. La disposición

concepción, sobre todo, favorable a la retribución”, HURTADO POZO, J., “Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo” ..., op. cit., p. 3.

²³ OLIVER CALDERÓN, G., “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 26, n.º 1, 2005, p. 299. También en este sentido, respecto a los delitos de bagatela y el principio de oportunidad, véase RIEGO, C., y DUCE, M., “La etapa de investigación en el nuevo proceso penal”, en CARROCCA, A., et al., *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000, p. 116.

²⁴ En ese sentido, es discutible supuestos de lenguaje vulgar en el campo de la libertad de expresión. Respecto a la problemática de expresiones injuriosas y calumnias y el principio de ofensa, véase BORAGNO GIL, I., “Libertad de expresión, ofensa y religión”, *BAJO PALABRA Revista de Filosofía*, II Época, N.º 9, 2014, 113-122.

²⁵ DELGADO, J., “Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal”, *Revista Política Criminal*, vol.10 no.19, 2015, p. 6.

²⁶ De ahí que sea correcto utilizar la expresión de suspensión de la ejecución de la pena según lo dispuesto en la Ley 18.216. En este orden de ideas, nos

en comento señala lo siguiente: “Si resultare mérito para condenar por faltas a un inculpado contra quien nunca se hubiere pronunciado condenación, el juez le impondrá la pena que corresponda; pero, si aparecieren antecedentes favorables, podrá dejarla en suspenso hasta por un año, declarándolo en la sentencia misma, y apercibiendo al inculpado para que se enmiende”. Tal efecto se observa en el artículo 398 del CPP, pues “el juez no suspende la dictación de la sentencia, debe dictarla, porque aquí no hay suspensión del procedimiento... lo que se suspende son los efectos penales que ella produce, es decir, la pena y sus efectos”²⁷. Así, la única diferencia entre estas disposiciones es que, en el sistema acusatorio, a diferencia del inquisitivo, existe la posibilidad de diferenciar procesalmente la decisión de condenar o absolver y la de dictación de una sentencia²⁸.

También el artículo 564 del CdPP establece que “el juez no podrá hacer uso de la facultad que se le confiere en el inciso primero cuando la falta sea alguna de las que contempla el N ° 19 del artículo 494, o el N ° 21 del artículo 495”. De ahí que “en el caso de la falta contemplada en el artículo 494 bis del Código Penal, no podrá suspenderse, al mismo tiempo, la pena de prisión y la de multa”. Si bien esta última consideración

parece que es posible una vinculación teleológica entre la suspensión de la pena del artículo 398 del Código Procesal Penal y la remisión condicional de la pena. Así pues, “en el año 1944, al alero de un proyecto elaborado en el seno del Instituto de Ciencias Penales (en adelante ICP) se introduce por vez primera la remisión condicional de la pena en el ordenamiento jurídico chileno, mediante Ley N ° 7.821, de 29 de agosto. El concepto de ‘remisión’ parece haber sido tomado de la regulación española de la ‘sentencia condicional’ que en 1908 estableció la ‘remisión’ de la sentencia después de un período de suspensión. Dicho concepto -utilizado hasta el día de hoy-, constituye un sinónimo de la palabra ‘perdón’, aun cuando a través de sus consecuencias no se concede perdón alguno al condenado, sino que supone en cuanto a su naturaleza jurídica, la suspensión de la pena de prisión condicionada al cumplimiento de un periodo de observación y como se verá al cumplimiento de determinadas condiciones”, SALINERO ECHEVERRÍA, S. y MORALES PEILLARD, A. M., “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n ° 52, 2019, p. 4.

²⁷ PFEFFER, E., *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 385.

²⁸ HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J., *Derecho Procesal Penal chileno. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 492 nota 75.

del artículo 494 bis del Código Penal no se expresa en el artículo 398 del Código Procesal Penal, es posible observar esta limitación en casos de conducción bajo estado de ebriedad “a propósito ... del ... artículo 197 [de la Ley de Tránsito] al normar que: ‘Las penas de suspensión, cancelación o inhabilitación perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal, no podrán ser suspendidas, ni aun cuando el juez hiciere uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal’”²⁹.

El carácter supletorio del artículo 564 del CdPP nos permite preguntarnos lo siguiente: ¿por qué este cuerpo legal excluye ciertas faltas en la suspensión? En este sentido, ¿cuál es el criterio utilizado para no otorgarla en estos supuestos? Como estas faltas dicen relación con hacer desaparecer estampillas de correos, el empleado público que sustrae o consiente en la sustracción de caudales públicos que estén a su cargo o de particulares en depósito, el incendiario de objetos, la apropiación indebida de valores que no excedan de una unidad tributaria mensual, nos parece que la disposición adquiere notoriedad a propósito del artículo 398 del CPP.

Esta recepción supletoria del artículo 564 del CdPP se observa —en atención al artículo 398 del CPP— en la causa Rol 1170-2003 de la Corte Suprema. Así, la Corte dispuso en este caso que el delito de giro fraudulento de cheques “con la modificación que introdujo la ley 19.806, es de acción privada y su procedimiento se halla contemplado en el título II del libro IV del Código Procesal Penal, estableciendo el artículo 405 que en lo que no proveyere este título se regirá su tramitación por las normas del juicio simplificado, con excepción del artículo 398, disposición esta última, que permite en este aludido procedimiento suspender la imposición de la condena, por el término de seis meses, bajo ciertas condiciones”³⁰.

Pero a pesar de esta comprensión teleológica de la suspensión de la pena, y de la relevancia que adquiere en la doctrina procesal penal, su análisis tiene escasas referencias en la literatura. De ahí que el artículo 398 del CPP es el punto de inicio para comprender los fundamentos del

²⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 162-2013, del 10 de mayo de 2013, considerando cuarto.

³⁰ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1170-2003, del 15 de mayo de 2003, considerando sexto.

Derecho penal desde el principio de ofensa para entrega racionalidad a la suspensión³¹.

3. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN

Hemos observado que, al momento de discutir sobre la función del artículo 398 en el sistema procesal penal chileno, autores como Horvitz o Pfeiffer ponen énfasis en los fines de la pena. Para estos la suspensión tiene por objetivo la reinserción del condenado en los términos de las penas sustitutivas y evitar sus efectos desocializadores. Por eso, aunque la disposición del artículo 398 conlleve un riesgo de reincidencia, es una herramienta válida para evitar afectar el entorno social del condenado³².

Las condiciones de la suspensión se podrían sintetizar en el compromiso de no cometer nuevamente faltas u otros crímenes o simples delitos. Así, el CdPP en el artículo 564 establece que “cualquiera sea la falta, si de los antecedentes personales del infractor, su conducta anterior y posterior a ella y la naturaleza, móviles y modalidades determinantes del hecho punible, puede presumirse que no volverá a delinquir, el juez, una vez ejecutoriada la sentencia, podrá conmutar la pena de multa, de acuerdo con el infractor, por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad”. Luego de pronunciarse sobre la conmutación de la pena, dicho artículo agrega que, supuesto el hecho de que el condenado no volverá a delinquir, si concurren antecedentes favorables en favor del inculpado, la suspensión de la pena será adecuada. Una muestra de que el riesgo de reincidencia está compensado por la dignidad humana.

En este sentido, el Juez de Garantía tiene derecho a decidir la suspensión de manera fundada. Sin embargo, la suspensión no afecta la

³¹ Si bien existen diversas tradiciones, un sector de la doctrina penal apunta a considerar un principio de moral interpersonal, social o intersubjetiva que respete los parámetros de un Derecho penal liberal, NINO, C. S., *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos. Los escritos de Carlos S. Nino*, Editorial Gedisa, Buenos Aires, 2008, pp. 26 y 32-33.

³² HORVITZ LENNON, M.I., *Sistema penal y seguridad ciudadana. Cuadernos de análisis jurídico 21*, Escuela de Derecho-Universidad Diego Portales, Santiago, 1992, pp. 131 – 153.

responsabilidad civil derivada del delito para perseguir el resarcimiento de todos los daños ocasionados por la falta³³. Así, el artículo 398 consagra una “medida alternativa a las *penas* privativas de libertad, análoga a la remisión condicional de la *pena* contenida en la Ley N ° 18.216, cuyo fundamento es evitar los efectos criminógenos y desocializadores de las penas de encierro”³⁴ porque una pena siempre tiene efectos graves en la vida del condenado.

Lo anterior no implica eximir al condenado de la responsabilidad civil que deriva de la falta porque es un asunto que es posible de conciliar con la suspensión según lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal. Esta última disposición establece que “no se reputan penas, [...] ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”³⁵. Es por eso por lo que se vuelve relevante estudiar a continuación las aportaciones del principio de ofensa en la sanción de faltas. Sobre este presupuesto, en la siguiente sección, enfrentaremos la diferencia entre el principio del daño y ofensa.

4. PRINCIPIO DEL DAÑO

Gracias a los aportes del principio de ofensa y su diferenciación del principio del daño en la doctrina comparada, algunos consideran que es posible preguntarse por los límites morales del Derecho penal en la sanción de faltas. Así, el principio de la ofensa “sienta las bases de la criminalización de conductas que ‘no siendo por sí mismas dañosas

³³ En este sentido, se indica que suspensión de la pena “prevista en el artículo 398 del código del ramo ... mantiene salva la responsabilidad civil del delito cuando se suspende la imposición de una pena por falta” según lo dispuesto en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8747-2012, de 20 de diciembre de 2013, considerando décimo y onceavo. De ahí que la falta pueda comprender aspectos de la responsabilidad que no se encuentran exclusivamente supeditados a la responsabilidad extracontractual en materia civil.

³⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N ° 569-2005, del 3 de octubre de 2005, considerando cuarto.

³⁵ Respecto a la tensión entre una mirada cuantitativa y cualitativa en relación con el artículo 20 del Código Penal, véase CURY, E., *Derecho Penal. Parte general...*, op. cit., pp. 107 y ss.

son tan «unpleasant» para los demás que permiten su castigo por vía penal”³⁶. Si bien en la doctrina chilena existen estudios del principio de ofensividad que “importa la imposibilidad de penalizar infracciones puramente formales carentes de contenido material injusto... [y en] consecuencia la exclusión de delitos en que no se aprecia bien jurídico tutelado o es vago”³⁷, el principio de ofensa es muy poco tratado³⁸.

El principio del daño es el punto de inicio para discutir sobre la ofensa que provoca una falta, lo que supone definir qué tipo de daños deberían ser sancionados por el sistema penal. Resulta lógico que la única función del poder punitivo sería prevenir el daño a otros. Posición que estaría por excluir todos aquellos daños que voluntariamente acepta sobre su persona un agente en sociedad. En otras palabras, el principio del daño está conectado a la idea de que los individuos tienen derecho a su propio cuerpo y legitimar su propiedad sobre objetos externos. Esto implica que otros agentes en sociedad no tiene derecho a matar, lesionar o esclavizar a otros en comunidad.

De ahí que atentados o amenazas contra la propiedad, la vida, la integridad corporal sean ilegítimos según el principio del daño. Idea que supone que ante un conflicto de intereses debemos identificar tres caminos en su ponderación. Según esta, debemos identificar la vitalidad del interés, pues existen algunos que son más importantes que otros en la comunidad. En segundo lugar, definir cómo estos se diferencian según el grado en que son reforzados por otros intereses privados o públicos³⁹.

³⁶ MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’...”, op. cit., pp. 6-7

³⁷ NÁQUIRA, J., IZQUIERDO, C. y VIDAL, V., “Principios y penas en el derecho penal...”, op. cit., pp. 20-21 y un desarrollo histórico doctrinario tanto en Chile como en Italia, véase CABEZAS CABEZAS, C., “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. un breve estudio comparado”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, n.º 2, 2013, pp. 85-120. *passim*.

³⁸ Respecto a un desarrollo histórico doctrinario tanto en Chile como en Italia, véase CABEZAS CABEZAS, C., “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto...”, op. cit., *passim*.

³⁹ En este orden de ideas, existen ciertos intereses en los cuales hay consenso en torno a su protección. Sin embargo, podrían presentarse otros casos en los cuales se estos estén afectados por la indignidad inherente de ciertos

Finalmente, determinar cuáles son los factores que debemos ponderar entre intereses opuestos según su cualidad moral⁴⁰.

A modo de ejemplo, según el principio del daño, el consumo de droga no podría ser considerado un comportamiento criminal en el caso de adultos. De ahí que su sanción sería resultado de una perspectiva paternalista ajena al daño⁴¹ y una interferencia inaceptable en la libertad de los agentes en favor de su bienestar⁴². No obstante, podríamos criticar —desde una perspectiva paternalista— el dejar a los agentes involucrarse en conductas riesgosas que restrinjan su autonomía⁴³.

Según el principio del daño, la idea de daño público comprende un grupo específico de intereses para un gran número de personas. Por eso, actividades peligrosas que amenazan a cualquiera en la posición del afectado deben ser sancionadas en el ordenamiento penal. A modo de ejemplo, si un agente arroja veneno en una fuente de agua potable no daña directamente a las personas, pero causa un peligro potencial para todas estas⁴⁴. Sobre esa base, estos intereses son comunes a todos los ciudadanos. Tales intereses están en evitar la contaminación del medio ambiente, olas de crimen, entre otros. Según esta idea, la protección está enfocada en la importancia que se les asignan en un sentido social⁴⁵. De este modo, existe un espectro de actividades que potencialmente pueden provocar daño a terceros en supuestos de responsabilidad penal por el producto, entre otros.

actos, FEINBERG, J., *Harms to Others*, Oxford University Press, New York, 23, 1984, p. 206.

⁴⁰ FEINBERG, J., *Harms to Others...*, op. cit., p. 204.

⁴¹ ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*. 3rd Edn, Oxford University Press, USA, 1999, p. 54.

⁴² Se puede observar un análisis de la perspectiva paternalista en torno a la criminalización de la prostitución en ROBERTS, P., “The Philosophical Foundations of ‘Consent in the Criminal Law’”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, No. 3, 1997, p. 393 y ss.

⁴³ En este orden de ideas, interesante sobre el punto el trabajo de VON HIRSCH, A., *Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harm and Fair Imputation*, Oxford University Press, USA, 25, 1996, pp. 260- 270.

⁴⁴ FEINBERG, J., *Harms to Others...*, op. cit., pp. 222-223.

⁴⁵ FEINBERG, J., *Harms to Others...*, op. cit., p. 223 y p. 225.

A continuación, analizaremos con detalle el origen de la noción de ofensa, el principio de ofensa y su rendimiento en la suspensión de la pena.

5. INICIOS DEL CONCEPTO DE OFENSA

En la dogmática jurídico penal, se vincula la ofensa a comportamientos que afectan la sensibilidad de terceros y que deben ser sancionados penalmente, pese a no afectar la integridad corporal o propiedad de otros. Ya en el ámbito de la filosofía del Derecho penal, el principio de ofensa conlleva consideraciones que harían admisible sancionar faltas en la comunidad. Suficiente es recordar que la noción de ofensa posibilita sancionar comportamientos inmorales según una intuición individual, es decir, aquellos que ponen en riesgo la cohesión social según una moral común, que debe ser protegida y conservada más allá del daño a terceros.

En el campo jurídico penal, la discusión se presenta inicialmente en la pérdida de legitimidad en la sanción de algunos comportamientos inmorales en los años sesenta. Esta discusión nace del debate entre HLA Hart y Lord Devlin. Precisamente, estos autores permiten identificar un espacio de moralidad privada que no es asunto de la Ley penal⁴⁶. Si bien desde una perspectiva individualista —en la posición de Mill— se acepta la intervención del derecho penal contra la explotación y corrupción de niños, esta mirada rechaza su intervención en el caso de la prostitución de adultos y otras conductas inmorales en que intervengan adultos.

Devlin indicó en su obra *The Enforcement of Morals* que la sociedad puede utilizar el Derecho penal para preservar su propia existencia. Esta es una comunidad de ideas políticas y morales conformada por creencias comunes que mantienen los lazos entre sus integrantes y evita la

⁴⁶ La discusión sobre qué conductas inmorales pueden ser criminalizadas por el derecho penal tiene lugar alrededor de la década de los sesenta en la obra de Lord Devlin *The Enforcement of Morals* y en la obra de HLA Hart *Law, Liberty and Morality*. Este debate se centró en los resultados del informe del *Comité Wolfenden* que sostenía que ciertas conductas de nominadas inmorales solo son parte de una moral privada y ajenas a los mandatos del ordenamiento jurídico-penal, véase AL QUDAH, M., “The Moral Foundations of Criminal Liability”, *Intellectual Property Rights: Open Access*, Volume 2, Issue 3, 116, 2014, *passim*.

desintegración de la sociedad. Ahí radica la necesidad de sancionar algunos comportamientos en favor de una moral general a través de la prueba del hombre en la tribuna del jurado (*the man in the jury box*). En esta debe reunirse un grupo de ciudadanos y pronunciarse sobre un determinado hecho. Tal juicio, debe determinar si el hecho provoca sentimientos de perturbación de tal envergadura que afecten transversalmente a la sociedad. Este pronunciamiento permite establecer si la conducta inmoral debe ser sancionada por el Derecho penal en caso de provocar una reacción adversa.

Sin embargo, Hart en su obra *Liberty and Morality* rechazó la propuesta de Devlin y sostuvo que una moral común no es posible de probar en sociedad. Y —aunque fuese posible— sus presupuestos cambiarían con el paso del tiempo, sin estar claro que comportamientos inmorales pueden llevar a la destrucción de la sociedad. Así, sentimientos de personas ordinarias definirían qué comportamientos caen en la categoría de ofensa. Si bien Devlin sostuvo que la atribución de responsabilidad puede derivar de creencias religiosas, establece simultáneamente que no es posible defender doctrinas a las cuales las personas en comunidad no adhieran. Por tanto, podrían darse tensiones con aquella parte de la sociedad que se distancia de la apreciación inicial del jurado. Ciertamente, para decidir las cuestiones de moralidad, la escala debe definirse según teorías morales éticas y conceptos deontológicos⁴⁷. Por ello, Devlin confunde el juicio moral con el prejuicio moral y trae por efecto una falta de acuerdo en la sanción de comportamientos inmorales.

Ya estas primeras aproximaciones nos permiten sostener que no todos los comportamientos inmorales son faltas, aunque sean males desde una moral perfeccionista. Sin embargo, en la legislación chilena subsisten figuras penales y faltas que contemplan graves atentados contra la moral y las buenas costumbres en el ordenamiento positivo. El punto es que, pese a la dificultad para determinar una moralidad común, esta es parte en diferentes tipos penales en la legislación chilena⁴⁸.

⁴⁷ Así las cosas, es posible entregar forma a la norma jurídica en el ordenamiento positivo y asumir su caracterización deontológica en términos dogmáticos, véase GHIRARDI, Olsen A., *Lecciones de lógica del Derecho*, Universidad Nacional Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1982, p. 144.

⁴⁸ Véase AL QUDAH, M., “The Moral Foundations of Criminal...”, op. cit., *passim*.

6. PRINCIPIO DE OFENSA COMO CRITERIO RECTOR

A partir de estas aproximaciones a la noción de ofensa, podemos señalar que existen ciertos comportamientos inmorales que son cuestionables en el ámbito del binomio público-privado. Según la ofensa que provocan estos, algunos son admisibles en privado y otros sancionables en público. De esta forma, a modo de ejemplo, actividades sexuales explícitas en espacios públicos, consumir altas dosis de estupefacientes en centros municipales, fotografiar a terceros en espacios públicos con propósitos de significación sexual, actos sexuales con emblemas patrios en la vía pública, entre otras conductas inmorales, pueden ser sancionados según el grado de perturbación que provocan en la comunidad. Se trata de una mirada global que permite sancionar casos de exposición indecente, literatura pornográfica, lenguaje obsceno, entre otras.

Así, como se ha indicado, existen diferentes experiencias humanas que son inofensivas en sí mismas. Sin embargo, otras provocan reacciones tan desagradables en la sociedad que pueden demandar la protección a expensas de la libertad de otros. En su momento, Feinberg defendía esta idea por medio de un viaje en bus (*'a ride on the bus'*) donde nos invitaba a visualizar ciertos comportamientos para determinar cuáles deberían ser sancionados penalmente⁴⁹. En estos supuestos, Feinberg invitaba a los lectores a considerar desnudos, relaciones sexuales en público, entre otros, que si bien son inofensivos en privado son graves en público. En ese sentido, si bien la inmoralidad en sí no ofrece una explicación satisfactoria para sancionar todo comportamiento, podría tener un espacio para castigar aquellos que justifiquen su sanción según el grado de perturbación de la ciudadanía.

⁴⁹ Feinberg pretende explorar el poder del razonamiento abstracto para resolver cuestiones de legitimidad moral. La cuestión que plantea es si hay experiencias humanas inofensivas, pero tan desagradables que permitan exigir protección legal contra ellas, incluso a costa de las libertades de terceros. Así, el autor nos invita a presenciar una serie de relatos imaginarios para determinar nuestra reacción. Este pretende que pensemos en la calidad de un pasajero de un autobús público que, en camino a su trabajo o una reunión importante, experimenta una serie de actos inapropiados e incluso grotescos de diferente intensidad, véase FEINBERG, J., *Offense to Others*, Oxford University Press, New York, 1985, pp. 10 y ss.

Según el principio de ofensa, existen casos donde se presenta una vulneración a la sensibilidad de los agentes en sociedad, que no están vinculados a una concreta lesividad⁵⁰. Según Miró, a propósito de este principio, discursos de odio u otras “formas de insultos raciales, la realización de actos sexuales en público y otras formas de utilización ‘indecente’ de espacios públicos, así como comportamientos que afectan a tabús o sentimientos religiosos, a las que les une dos condiciones: el no resultar conductas lesivas, conforme a la conceptualización generalmente aceptada de ‘daño’ [que son] merecedoras de criminalización, con lo que ello supone de abrir una puerta a la criminalización de conductas no lesivas de intereses sino contrarias a sensibilidades sociales más o menos compartidas”⁵¹.

Por otra parte, la configuración del principio de ofensa es ajena a los parámetros de un Derecho penal paternalista o extremadamente liberal⁵². Claro está que este restringiría una autonomía desenfadada de los ciudadanos. Por eso, quienes interpretan el principio como una vía intermedia —entre paternalismo y liberalismo extremo— no se equivocan. El principio permitiría sancionar comportamientos inmorales que gran parte de la doctrina consideraría ajenos a la legislación penal chilena. En ese sentido, también impediría sancionar todo tipo de faltas en el plano de una moral perfeccionista que provoquen una perturbación leve en la población.

En este marco de discusión dogmática, nos parece que el principio de ofensa presenta criterios adecuados para la suspensión de la pena. Este

⁵⁰ Véase MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’...”, op. cit., p. 11, nota 39.

⁵¹ MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’...”, op. cit., pp. 6 -7

⁵² En este contexto, se ha sostenido que la literatura relativa a la legislación penal que esta debe prevenir el daño o la ofensa a otros desde un legal paternalismo. Pero también aquellas conductas intrínsecamente inmorales, sea o no perjudicial u ofensiva para alguien desde un moralismo legal. Así las cosas, desde una perspectiva liberal uno puede rescatar algunos elementos del principio de daño y ofensa para poder definir cuáles son las razones moralmente relevantes para sancionar ciertas conductas ofensivas. Con todo, el liberalismo extremo rechazaría el principio de ofensa, pues únicamente el principio de daño sería aceptable en el Derecho penal, véase FEINBERG, J., *Offense to others...*, op. cit., p. ix y x.

constituye el antecedente directo a partir del cual es posible trascender los enunciados positivos del art. 398 del CPP y remite su aplicación a una filosofía práctica como punto de inicio. Desde el principio, es posible establecer diferencias entre una falta y la criminalidad de bagatela. Así, dos elementos debemos destacar: (i) la falta para ser sancionada requiere que la ofensa se cometa sin justificación o excusa, y (ii) que esta no pueda ser sancionada a través de un mecanismo jurídico más eficiente que el sistema penal⁵³. Por ende, buena parte de los supuestos de las ofensas superan los límites de la ofensividad. Así, por ejemplo, actos indecorosos con la bandera nacional o hechos de connotación sexual en algún medio de transporte público, son supuestos propicios para discutir el nivel de la ofensa en términos penales.

Ahora bien, ¿cuáles son los parámetros que determinan la intensidad de la ofensa? En esa línea, ¿qué factores debemos considerar en la suspensión? En lo fundamental, hay que considerar el valor personal de la acción, el valor social de la acción, los límites de la libertad de expresión, los medios alternativos a la comisión de la falta para lograr los propósitos del agente, la comisión dolosa de la falta y el impacto en el entorno sociocultural en que es cometida⁵⁴. De lo contrario, todo pronunciamiento en favor de la suspensión sería reflejo de un liberalismo extremo en casos de absolución o de uno paternalista siempre al condenar

⁵³ En este sentido, nos parece que no es necesario considerar el malestar de la víctima por la comisión de la falta. Pues bien, debemos atender a la relevancia del hecho cometido en términos de antijuridicidad y, asimismo, en sede de culpabilidad. Así, es interesante tomar en cuenta que en la doctrina comparada: *“It is necessary that there be a wrong, but not that the victim feel wronged. And there will always be a wrong whenever an offended state (in the generic sense) is produced in another without justification or excuse”*, FEINBERG, J., *Offense to others...*, op. cit., p. 2.

⁵⁴ Estos parámetros se pueden observar en FEINBERG, J., *Offense to others...*, op. cit., p. 44. Sin embargo, debemos indicar que hemos adaptado estos dogmáticamente a las particularidades del sistema penal chileno, pues en el modelo norteamericano no se observa una tipificación como la que presenta el Código Penal chileno en torno a las faltas, simples delitos y crímenes propia del modelo español. De ahí que debemos advertir que solo es una fuente de estudio para los efectos de fijar un estándar en Chile que nos permita determinar cuándo debe ser suspendida la aplicación de una pena en el caso de una falta. En otras palabras, poder determinar el impacto de la falta y su relevancia en el sistema jurídico penal chileno.

en un procedimiento monitorio. En suma, el principio de ofensa es importante entre quienes comparten un Derecho penal liberal moderado en la legislación chilena.

7. SUSPENSIÓN DE LA PENA: ¿UNA DECISIÓN ARBITRARIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL?

Si estas distinciones sobre el principio de ofensa resultan admisibles en la doctrina comparada, en la chilena lo son a propósito de la suspensión de la pena y sus efectos. Es así como se circunscribe la cuestión a una interpretación que solo pretende aclarar que la suspensión opera sobre los efectos de la pena y no la dictación de la sentencia. A lo que la decisión de suspender responde al uso de una regla discrecional compatible con una decisión racional. Sin embargo, según la Corte de Apelaciones de Valparaíso la suspensión no será “obligatoria, toda vez que según ésta, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos”⁵⁵. Pero para que proceda es necesario un extracto de filiación exento de anotaciones penales, una debida relación entre la falta cometida y las consideraciones de prevención de la remisión condicional y, asimismo, cumplir con las exigencias del principio de ofensa⁵⁶.

El contenido positivo de la suspensión aquí estudiado muestra entonces que es admisible si se cumple los siguientes requisitos: (i) estamos en presencia de una falta; (ii) el condenado tiene un extracto

⁵⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N ° 719-2004, del 24 de noviembre 11 de 2004, considerando quinto.

⁵⁶ Si bien podría ser posible conectar teleológicamente estas premisas con lo dispuesto en el artículo 398 del Código Procesal Penal chileno en relación con la peligrosidad en una reincidencia futura, es importante indicar estos diagnósticos son criticados en la doctrina. Esto sobre todo en torno a la utilidad predictiva de la peligrosidad en el sistema procesal penal, véase ANNEO SÉNECA, L., “Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico”, Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, España, 2009. p. 499. Por último, respecto a las diferentes aproximaciones históricas para determinar la peligrosidad criminal en psicopatología, véase ESCBEC RODRÍGUEZ, E., *Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica. Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 3, N°. 2, 2003, pp. 45 – 64. Aspectos que no trataremos en este trabajo a propósito de la suspensión de la pena.

de filiación sin anotaciones penales previas o prescritas; (iii) existe una solicitud expresa por algunas de las partes en su aplicación; y (iv) existen antecedentes que el condenado no volverá a delinquir y que dicha medida favorecerá su reinserción⁵⁷. Atendiendo estas consideraciones, el artículo 398 del CPP entrega un espacio de discrecionalidad en la suspensión. Si bien ostenta las exigencias positivas ya enunciadas, estas servirán para ilustrar lo que nos interesa a propósito de la ofensa. Así, para definir su nivel, el primer paso es valorar la falta según los fundamentos del Derecho penal⁵⁸. De esta forma, es posible entender cómo, a partir de una argumentación racional, se puede dar preponderancia a la dignidad humana sobre la seguridad en la suspensión de la pena. En la configuración del principio de ofensa operan consideraciones que van más allá de las exigencias positivas de la legislación chilena como ya hemos observado en la sección anterior.

El principio de ofensa supone una reflexión que, más extensa a la presentada por el principio de ofensividad, exige aceptar bienes puramente morales en la legislación chilena. Esto exige adentrarnos en el grado de perturbación que provocan ciertas faltas en la comunidad. Casos así están relacionados con sus consecuencias en el entorno social, sus efectos psicológicos y repercusiones socioculturales. Es en este punto

⁵⁷ En este orden de ideas, es importante indicar que los diagnósticos de peligrosidad han sido criticados en la doctrina penal para efectos de suspender una pena o la adopción de medidas cautelares. Esto implica un diagnóstico sustentado en la presunción que la suspensión será de ayuda en la reinserción del imputado o proporcional a la infracción de la regla de conducta sobre la cual es subsumible la conducta. Así, es interesante observar las críticas que existen en relación con los diagnósticos de peligrosidad a propósito de la medida de prisión preventiva, véase FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 553, ORELLANA, E., *La primacía de la persecución penal: reflexiones sobre la prisión preventiva tras las modificaciones introducidas al código procesal penal por la ley 20.253 ("agenda corta antidelincuencia")*, Derecho y Humanidades, Santiago, 2010, pp. 102.

⁵⁸ Posición muy bien desarrollada en torno a las reglas discrecionales de la determinación de la pena en COUSO, J., "Comentario previo a los Arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno", en *Código Penal comentado*, LegalPublishing, Chile, 2011. Con todo, no trata el problema específico que presentamos sobre la discrecionalidad en la aplicación del artículo 398 del CPP.

donde se refleja la función de la suspensión, cuando admite un espacio de discrecionalidad por medio de la ofensa.

Sin embargo, subsiste en algunos casos la idea que no es posible sujetar a control alguno la suspensión. En este orden de ideas, es ilustrativo sobre el punto que, en algunas sentencias, “la sola circunstancia de que la suspensión a que se refiere el artículo 398 del Código Procesal Penal es facultativa para el juez de la causa y como tal, no es susceptible de error jurídico y descarta toda posibilidad de revisión por parte de esta Corte, ya que aun estimando que ella resulta procedente en el juicio simplificado, su procedencia constituye una cuestión de hecho no susceptible de ser revisada por la vía de un recurso de derecho estricto, como lo es el de nulidad”⁵⁹.

Si se atiende a todas consideraciones dogmáticas y jurisprudenciales ya presentadas, se desprende que, en realidad, el principio de ofensa entrega seguridad jurídica en la suspensión. Algo ciertamente acertado en torno a la criminalidad de bagatela, el inicio teleológico subjetivo de la suspensión, el procedimiento monitorio y el procedimiento simplificado⁶⁰. Ya están aquí sintetizadas todas las exigencias de la suspensión, aunque en la práctica se presente ambivalencia en su aplicación. Una vez que hemos identificado que la decisión no pende del mero arbitrio del órgano jurisdiccional adquiere sentido incorporar los aportes del principio.

Como ya hemos observado, el principio de ofensa está presente en gran parte de la doctrina liberal y en diversos artículos monográficos que critican un punto de vista excesivamente paternalista a la hora de sancionar comportamientos inmorales. En otras palabras, el principio deja constancia de su necesidad en la suspensión. Desde sus consideraciones, uno podría preguntarse si algo así es admisible en el sistema penal chileno según el artículo 398 del CPP. También uno podría suponer que la aplicación del principio de ofensa es una exigencia demasiado elevada para los órganos jurisdicciones. Sin embargo, este nos parece que orienta a la suspensión a definir los límites del Derecho penal según una moral intersubjetiva.

⁵⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N ° 309-2013, del 9 de abril de 2013, considerando octavo. También se observa la misma tendencia en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, Rol 70-2006, del 30 de junio de 2006, considerando tercero.

⁶⁰ Véase *supra* nota 20.

Así, desde que toma fuerza el principio en el contexto del daño a otros, la suspensión adquiere preponderancia y la pregunta por el nivel de la ofensa exige en la sanción de las faltas la presencia de valores trascendentales que pongan en riesgo la cohesión social.

8. CONCLUSIONES

De lo expuesto hemos llegado a las siguientes conclusiones. Primero. El artículo 398 del CPP es una norma que admite un espacio de discrecionalidad que debe regirse por el principio de ofensa. Si bien existen diferentes fallos que indican que la disposición es puramente discrecional, nos parece que la decisión del órgano jurisdiccional debe estar ajustada a los parámetros de racionalidad de un Derecho penal liberal moderado.

Segundo. La suspensión de la pena admite una exegesis que es funcional a la búsqueda de un criterio político-criminal orientado a principios. Esta permite un uso restrictivo del catálogo de faltas según los presupuestos fácticos del caso y la finalidad de la sanción.

Tercero. Las aportaciones del principio de ofensa permiten desarrollar el contenido normativo de la suspensión y preguntarse por el impacto de un comportamiento inmoral en la comunidad desde una moral intersubjetiva. En consecuencia, el principio es capaz de entregar criterios de diferenciación en la suspensión de la pena.

Cuarto. La suspensión de la pena implica una ponderación entre el principio de seguridad y dignidad humana. De este modo, la dignidad tendrá preponderancia frente a la seguridad en la medida que se ajuste la decisión de suspensión al principio de ofensa. De lo contrario, la suspensión sería arbitraria en su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

AL QUDAH, M., The Moral Foundations of Criminal Liability, *Intellectual Property Rights: Open Access*, vol. 2, Issue 3, 116, 2014.

ANNEO SÉNECA, L., Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico, Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, España,

2009. Disponible en: (0) Obra Neurociencias.pdf (ub.edu). Último acceso 22 de agosto de 2020.

ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*. 3rd Edn, Oxford University Press, USA, 1999.

BLANCO SUÁREZ, R., *Código Procesal Penal: Sistematizado con jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.

BUSTAMANTE, E., CARRASCO, F., CHARLES, C., et. al., *El procedimiento monitorio penal en Chile: las consecuencias negativas de una innovación legislativa*, 2015. Disponible en: El Procedimiento Monitorio Penal en Chile: las consecuencias negativas de una innovación legislativa. (udp.cl)

BORAGNO GIL, I., “Libertad de expresión, ofensa y religión”, *BAJO PALABRA*. Revista de Filosofía, II Época, N° 9, 2014, 113-122.

CABEZAS CABEZAS, C., “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. un breve estudio comparado”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, n° 2, 2013, pp. 85-120. Disponible en: 01 Estudios.indd (scielo.cl). Último acceso 23 de octubre de 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200004>

CELEDÓN BAEZA, A. E., “Las faltas y su tratamiento procesal. consideraciones en torno a una reforma”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 26, n° 1, 2005, pp. 351 - 362. Disponible en: LAS FALTAS Y SU TRATAMIENTO PROCESAL. CONSIDERACIONES EN TORNO A UNA REFORMA (rdpucv.cl). Último acceso: 01 de febr. 2022.

COUSO, J., “Comentario previo a los Arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno”, *Código Penal comentado*, LegalPublishing, Chile, 2011.

CURY, E., *Derecho Penal. Parte general*, Ediciones UC, Santiago, 2005.

DELGADO, J., “Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal”, *Política Criminal*, vol. 10, n° 19, 2015, pp. 1-24.

DEVLIN P., *The enforcement of morals*, Oxford University Press, London, 26, 1965.

ESCBEC RODRÍGUEZ, E., “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 3, n° 2, 2003, pp. 45 - 64.

FEINBERG, J., *Harm to Self*, Oxford University Press, New York, 1986.

FEINBERG, J., *Harms to Others*, Oxford University Press, New York, 23, 1984.

FEINBERG, J., *Offense to Others*, Oxford University Press, New York, 1985.

FEINBERG, J., *Offense to others. The moral limits of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1985.

FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

GHIRARDI, O. A., *Lecciones de lógica del Derecho*, Universidad Nacional Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1982.

HART, HLA., *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, London, 1963.

HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J., *Derecho Procesal Penal chileno. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

HORVITZ LENNON, M. I., “Sistema penal y seguridad ciudadana”, *Cuadernos de análisis jurídico* 21, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1992. Disponible en: [Las-medidas-alternativas-a-la-.pdf \(uchile.cl\)](#). Último acceso 30 de enero de 2022.

HORVITZ, M. I., “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, *Política criminal*, Santiago, vol. 13, n° 26, 2018, pp. 904-951. Disponible en: [La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? \(conicyt.cl\)](#). Último acceso 15 de diciembre de 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200904>.

HURTADO POZO, J., “Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo”, *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1997. Disponible en [Condenaprovi_OK.doc \(unifr.ch\)](#)

KINDHÄUSER, U., *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal*, *InDret*, n° 4, 2009, pp. 1 – 19.

MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas “ofensivas” a propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, pp. 17-23. Disponible en [Microsoft Word - recpc17-23.docx \(ugr.es\)](#). Último acceso 10 de enero de 2021.

NÁQUIRA, J., IZQUIERDO, C. y VIDAL, V., “Principios y penas en el derecho penal chileno”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-r2, 2008, pp. 1- 71. Disponible en [recpc10-r2.PDF \(ugr.es\)](#). Último acceso 10 de noviembre de 2020.

NINO, C. S., *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos. Los escritos de Carlos S. Nino*, Editorial Gedisa, Buenos Aires, 2008.

NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. C. *Tratado del proceso penal y del juicio oral. Tomo II*, Editorial Jurídica, Chile, 2003.

OLIVER CALDERÓN, G., “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVI, vol. 26, n.º 1, 2005, pp. 295 - 307.

ORELLANA, E., *La primacía de la persecución penal: reflexiones sobre la prisión preventiva tras las modificaciones introducidas al código procesal penal por la ley 20.253 (“agenda corta antidelincuencia”)*, Derecho y Humanidades, Santiago, 2010, pp. 99-112. Disponible en 16007-1-45207-1-10-20110905.pdf. Último acceso 3 de enero 2022.

PFEFFER, E., *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

RIEGO, C. y DUCCE, M., “La etapa de investigación en el nuevo proceso penal”, en CAROCCA, A., *et. al.*, *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000.

ROBERTS, P., “The Philosophical Foundations of ‘Consent in the Criminal Law’”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, n.º 3, 1997, pp. 389-414.

SALINERO ECHEVERRÍA, S. y MORALES PEILLARD, A.M., “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, *Revista de Derecho*, n.º 52, 2019, pp. 1- 38. Disponible en: 0718-6851-rdpucv-00304.pdf (scielo.cl). Último acceso 23 de diciembre de 2020.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de Derecho penal. Multiculturalismo y Derecho penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.

TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Rowohlt, Hamburg, 1976.

VERA LAMA, R., “Aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público”, *Revista Actualidad Jurídica* N.º 34, Santiago, 2016, pp. 261 – 274. Disponible en Aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público (veralama.cl).

VON HIRSCH, A., *Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harm and Fair Imputation*, Oxford University Press, New York, 25, 1996.

WOLTER, J. y FREUND, G., *El sistema del derecho penal integral: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1 – 280.

Authorship information

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa. Profesor asociado Universidad de los Andes, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Magister en Derecho Público, Universidad de los Andes, Chile. Magister en Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa, Universidad de Chile. Magister en Derecho Internacional, Universidad de Heidelberg. Minor en Sociología, Universidad Alberto Hurtado. Abogado, Universidad Alberto Hurtado. rguerra@uandes.cl

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Acknowledgement: Esta publicación se inserta en el proyecto de iniciación de investigación Fondecyt 11190024 titulado “Delimitación del miedo insuperable del estado de necesidad”.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 16/04/2022
- Desk review and plagiarism check: 21/04/2022
- Review 1: 05/05/2022
- Review 2: 13/05/2022
- Editorial decision: 21/08/2022
- Resubmission: 11/11/2022
- Review 3: 05/12/2022
- Preliminary editorial decision: 15/02/2023
- Correction round return: 22/02/2023
- Final editorial decision: 08/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GUERRA ESPINOSA, Rodrigo Andrés. Principio de ofensa en la suspensión de la pena de falta en la legislación chilena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 311-340, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.765>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.