

SELECCIÓN DE CASOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL¹

*Mauricio Duce J.*²

Uno de los objetivos centrales del nuevo sistema procesal penal chileno es la racionalización de la carga de trabajo a efectos de permitir que este pueda operar dentro de parámetros razonables de eficiencia y calidad³. Este objetivo de racionalización adquiere mayor importancia en la etapa de investigación preliminar que es donde la mayor cantidad o flujo de casos se dan. Es así como en el nuevo sistema los fiscales tienen como una de sus primeras obligaciones realizar una adecuada selección de los casos, identificando de todos aquellos que llegan a su conocimiento cuáles son los que van a ser objeto de su trabajo. La selección de casos debe ser realizada en una parte significativa en una etapa muy inicial del procedimiento a través de los mecanismos de discrecionalidad o descongestión que el nuevo sistema procesal penal entrega al Ministerio Público. En efecto, una vez que los fiscales reciben una denuncia, la primera actividad relevante a realizar deberá ser la de evaluar el contenido de la misma y adoptar alguna decisión en cuanto a continuar o poner término a la persecución penal.

En este contexto, el objetivo de este trabajo será el analizar los mecanismos de descongestión o de discrecionalidad que dispone el Ministerio Público en la etapa inicial de la persecución penal. Sin embargo, antes de pasar a una exposición sistemática de los mismos, me parece relevante reproducir en alguna medida las consideraciones que se tuvieron en vista sobre el tema al momento de redactar los proyectos que, en definitiva, se transformaron en el Código aprobado. Es así como el presente trabajo, entonces, intentará analizar, en primer lugar, la discusión acerca de la vigencia de una versión bastante ortodoxa del principio de legalidad de nuestro sistema procesal penal. En segundo término, revisaré modelos comparados en relación a la regulación de mecanismos similares a los contenidos en el Código Procesal Penal. Finalmente, analizaré la regulación de normativa contenida en nuestro Código Procesal Penal sobre la materia.

Antes de dar inicio al desarrollo precedentemente expuesto, creo conveniente destacar algo que normalmente se suele pasar por alto cuando se aborda el tema en estudio. Cuando hablamos de selectividad o discrecionalidad en relación a la persecución penal, estamos haciendo referencia a un modelo específico de organizar a la persecución penal, el modelo de persecución penal pública, o sea, un modelo en el que dicha función es entregada a agentes públicos o estatales. Dicho modelo se contrapone al de persecución penal privada en el que dicha actividad se entrega fundamentalmente a los ofendidos por el delito o a personas vinculadas a ellos. En los modelos de persecución penal privada las ideas de legalidad, selectividad o discrecionalidad son completamente desconocidas, ya que se trata de modelos que operan solo en la medida en que el afectado quiera accionar de alguna forma en contra

¹ El presente trabajo constituye una versión modificada del borrador de un capítulo de un libro que me encuentro preparando junto con Cristián Riego.

² Abogado, Máster en Ciencias Jurídicas Universidad de Stanford, Profesor e Investigador de la Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. E-mail: mauricio.duce@udp.cl

³ El mensaje de Código reitera esta idea en diversas oportunidades. Así por ejemplo véase el punto 3 del capítulo "contenido del proyecto".

del ofensor. En cambio, es en los modelos de persecución penal pública donde surge como un tema relevante la necesidad o no de establecer mecanismos de selección o discreción dentro del sistema.

Resulta importante tener presente esto al iniciar el estudio de las facultades discrecionales del ministerio público en nuestro país, ya que, contrariamente a lo que se pudiera pensar, los modelos de persecución penal pública son modelos relativamente recientes desde un punto de vista histórico. De hecho, durante muchos siglos el modelo principal de persecución penal (si es que se puede hablar en esos términos respecto a la justicia criminal en organizaciones sociales anteriores al desarrollo del Estado moderno) fue el de persecución penal privado, por ejemplo, en lo que se denomina como los sistemas acusatorios puros que imperaron en buena parte de Europa continental hasta antes del surgimiento del Estado absoluto. Dicho modelo, incluso, ha estado vigente en una buena medida hasta hace algunas décadas en países como Inglaterra que no contaba con un Ministerio Público formalmente instalado sino hasta el año 1986⁴.

En consecuencia, cuando se habla de discrecionalidad o de facultades discrecionales en un proceso penal, se hace en el contexto de un sistema de justicia criminal donde existe persecución penal pública, es decir, a cargo de funcionarios estatales de persecución, lo que representa solo un modelo posible de organización del sistema de justicia criminal, pero no el único. Teniendo presente lo anterior, a continuación analizaré el principio de legalidad y las principales críticas al cual este ha sido sometido contemporáneamente.

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL Y SU CRÍTICA

Uno de los principios básicos que caracterizan al sistema inquisitivo aún vigente en nuestro país es el de legalidad procesal, el que ha regido sin contrapesos y en una formulación bastante ortodoxa durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1894. El principio de legalidad procesal (también conocido como de obligatoriedad, irrevocabilidad o irrevocabilidad de la acción penal) suele ser entendido como la obligación de los órganos estatales de persecución penal (principalmente el Ministerio Público y la policía), de llevar adelante la investigación de todos los hechos que revistan caracteres de delito hasta las últimas consecuencias sin poder suspender, revocar o terminar anticipadamente la persecución penal.

Dicha formulación puede ser presentada coloquialmente como la obligación que tendrían los órganos de persecución penal de “darle a todo con todo”, es decir, investigar todos los delitos con plena intensidad e, idealmente, llegar a la instancia de sancionarlos.

El principio de legalidad constituye una de las herencias centrales del sistema inquisitivo, esto no solo por motivos de carácter organizacional o institucional (sabemos que es en la inquisición en donde por primera vez se establecen funcionarios estatales encargados de la persecución penal sin los cuales es imposible contar con un principio de legalidad), sino también por motivos de carácter ideológico. Esto, porque dicho principio resulta absolutamente coherente con la ideología que se encuentra detrás de la estructuración del sistema inquisitivo, una ideología que pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formulación canónica) o en contra del delito (en su formulación laica), o sea, en la que no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido.

El principio de legalidad descansa en buena medida en una creencia empírica o fáctica que podría denominarse como el “mito de la no impunidad”, esto es, la creencia que este principio puede ser cumplido en la práctica, es decir, que todos los delitos pueden ser investigados y eventualmente sancionados en el funcionamiento concreto de los sistemas de justicia criminal. Me interesa detenerme en este aspecto ya que en la medida que se demuestra la

⁴ Sobre la persecución penal en Inglaterra (también en Estados Unidos) puede revisarse el excelente texto de Alberto Bovino, *La Persecución Penal Pública en el Derecho Anglosajón*, Pena y Estado N° 2, Buenos Aires 1997, págs. 35 a 79. Acerca del Crown Prosecution Service Inglés (Servicio de Persecución de la Corona) puede revisarse David Gandy, *The Crown Prosecution Service: its Organisation and Philosophy*, en *The Role of the Prosecutor*, Avebury, Londres 1988, págs. 7 a 18.

imposibilidad fáctica de su cumplimiento, este principio se transforma en una aspiración retórica que debe ser revisada con cuidado.

En este sentido, uno de los aportes más interesantes de la criminología contemporánea ha sido el describir a los sistemas de justicia criminal como sistemas fundamentalmente selectivos, es decir, sistemas que, tanto en su práctica como en sus definiciones normativas, operan con un nivel muy importante de selección de los casos que conocen. Al respecto, resulta común observar en la literatura comparada la manera por la cual diversos autores grafican el funcionamiento del sistema de justicia criminal como un embudo, en el que la parte más ancha corresponde al total de delitos cometidos en una sociedad determinada y la parte angosta, al número final de casos que llegan a juicio, con una inmensa cantidad de escalas intermedias en donde se van descartando casos⁵.

La criminología también ha permitido describir con alguna precisión las distintas etapas del circuito de selectividad de los sistemas de justicia criminal.

El primer eslabón se daría en la gran cantidad de delitos que los sistemas de justicia criminal no conocen, número conocido con el nombre de cifra negra. Esta está constituida por la diferencia de los delitos cometidos con los que son efectivamente conocidos por el sistema de justicia criminal. No es posible determinarla con precisión ya que ella presenta importantes variaciones entre distintos países y dependiendo de diferentes tipos de delitos de que se trate. Así, por ejemplo, en delitos contra la propiedad no violentos la cifra negra suele ser mucho más alta de lo que ocurre en delitos más graves como los homicidios. Más allá de estas diferencias, los estudios empíricos indican que la cifra negra siempre representa un número altamente significativo de casos⁶.

Si bien en Chile no disponemos de estudios empíricos detallados que nos puedan permitir tener una aproximación sistemática acerca de la dimensiones de la cifra negra, no existen motivos para pensar que ella sea radicalmente diferente a la de otros sistemas de justicia criminal comparados. Uno de los pocos datos existentes sobre la materia se encuentran disponibles en encuestas de victimización realizadas por la Fundación Paz Ciudadana los que tienden a reforzar nuestra afirmación anterior. Es así como ellos indican que en mayo del año 2000, tratándose de distintos delitos de robos (la encuesta distingue tres tipologías no legales de robo: fuera del hogar sin violencia, fuera del hogar con violencia y dentro del hogar sin violencia) solo entre un 34 y un 41% de las víctimas habían denunciado tales hechos⁷ y en el año 2001 esta habría sido de entre 35,1 y 43,9%⁸. Lo anterior debe ser complementado con una información adicional que nos entrega la criminología, información que da cuenta que los sistemas de justicia criminal tienen una capacidad autónoma muy baja para poder conocer la comisión de delitos. En general, en casi todos los países, dentro del 90 % y 95 % de los casos que inicia el sistema, son casos en que la víctima o una persona cercana a ella ha denunciado el delito⁹. De esta forma, si la víctima o una persona cercana a ella no están en condiciones de

⁵ Véase por ejemplo Günter Kaiser, *Introducción a la Criminología*, 7ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid 1988, pág. 148 e Israel, Komisar y LaFave, *Criminal Procedure, Constitutional Limitations*. West Publishing Co., St. Paul 1994, pág. 32.

⁶ Por ejemplo en Inglaterra se estima que de cada 100 delitos solo 41 son denunciados a la policía. Véase Vivien Stern, *Las Alternativas a la Privación de Libertad en Gran Bretaña*, en *Acerca de la Cárcel*, Cuaderno de Análisis Jurídico N° 24, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago 1993, pág. 30.

En el caso alemán se estima que solo la mitad de los delitos cometidos son registrados por el sistema penal. Véase Günter Kaiser, *ob. cit.* pág. 217.

⁷ Véase Fundación Paz Ciudadana, *Índice de Paz Ciudadana-Adimark y Encuesta de Victimización*, mayo 2000, pág. 15.

⁸ Estas cifras corresponden a la encuesta de victimización del año 2001 que aún no son publicadas. Las cifras fueron proporcionadas directamente por la Fundación Paz Ciudadana.

⁹ Estas cifras suelen superar el 90% del total de casos que conocen los sistemas de justicia criminal. Sobre esto véase Günter Kaiser quien, refiriéndose a estudios realizados en Alemania, señala que dependiendo de la categoría de delitos entre el 91 y 98% de ellos fueron iniciados por denuncias de privados y que entre un 73 y 86% de los casos, la víctima y el denunciante son la misma persona. Véase Günter Kaiser, *ob. cit.* pág. 142. Véase también José Luis Sangrador, *La Victimología y el Sistema Jurídico Penal*, en *Psicología Social y Sistema Penal*, Alianza Universidad, Madrid 1986, pág. 70.

denunciar el delito, normalmente el sistema va a tener muy pocas posibilidades de acceder autónomamente a esa información.

La criminología moderna también ha explorado algunas de las causas por las cuales se produciría esta cifra negra. Así, en primer lugar, una de las causas sería el hecho del desconocimiento de la victimización que muchas víctimas tendrían, esto es que ellos no saben que han sido objeto de un delito y, por lo tanto, no se encuentran en condiciones de denunciarlo. Otra causal que normalmente los criminólogos mencionan, es la desconfianza que tiene la víctima de recurrir ante el sistema de justicia criminal. Muchas de ellas perciben que el sistema de justicia criminal les causará más males que bienes y desde ese punto de vista, entonces, les parece más conveniente dejar el delito en una situación de impunidad que recurrir formalmente al sistema. Ir al sistema solo les generará un conjunto de trámites y actuaciones que probablemente resultan más costosas que los daños producidos por el delito.¹⁰ Otra causa se vincula al hecho de que en muchas ocasiones la víctima encuentra otros caminos de solución de su caso distintos o anteriores al sistema de justicia criminal que resultan más satisfactorios y efectivos por lo que la motivan a que no se dé inicio con una persecución penal formal (por ejemplo por vía de las compensaciones que realizan las compañías de seguros, entre otras).

Un segundo paso en el circuito de selectividad que ha descrito la criminología se encuentra en la policía. En efecto, esta constituye una de las instancias donde se realiza mayor selección de casos en todos los sistemas de justicia criminal. Esto ha sido puesto en evidencia en los Estados Unidos, por citar un ejemplo, a partir de un conjunto de estudios empíricos que se realizaron en la década de los cincuenta del siglo pasado que llevaron a concluir lo señalado anteriormente¹¹. En el caso de nuestro país, no disponemos de antecedentes empíricos finos que nos permitan tener una imagen clara de la selección que realiza la policía en los distintos tipos de casos. Con todo, el estudio llevado adelante el año 1993 por la Corporación de Promoción Universitaria y el Departamento de Sociología de la Universidad Católica de Chile, DESUC, que ya hemos citado, arroja algunas cifras que son interesantes. Cabe anotar antes de revisar estas cifras que ellas no estuvieron orientadas a medir la selectividad que realiza la policía ni menos los mecanismos de selección que ellos utilizan, sin embargo, su magnitud da cuenta que estamos en presencia de un fenómeno interesante de ser estudiado más allá de ciertas críticas que pueda presentar la recopilación de antecedentes o la metodología utilizada en este caso. De acuerdo a estos antecedentes, las personas entrevistadas señalaron que en un 26,3 % de los casos en que habían concurrido a un cuartel policial a presentar una denuncia la policía no las había registrado. Junto con lo anterior, un 30,5% de las personas encuestadas declararon que no obstante su denuncia fue registrada, ella no había pasado a un tribunal del crimen o de policía local¹². En consecuencia, un 56, 8% del total de denuncias presentadas o no fue registrada o no fue traspasada a un tribunal.

Como adelantamos, si bien es cierto que este estudio no estaba originalmente destinado a medir la selección de casos que realiza la policía, resulta muy indicativo de esta actividad debido al porcentaje importante que muestra. Se puede argumentar que en buena medida esta selección realizada por la policía se explica por el hecho que, por ejemplo, los casos denunciados no eran constitutivos de delitos. Sin embargo, más allá de estas distorsiones propias

¹⁰ Así por ejemplo, en un estudio realizado por la Corporación de Promoción Universitaria (CPU) y el Departamento de Sociología de la Universidad Católica (DESUC) a sectores populares, el 55% de los entrevistados que habían denunciado delitos respecto de los cuales habían sido víctimas manifestaron que ello no les había servido de nada o, peor aún, que la denuncia solo les había causado molestias. Véase Jorge Correa y Luis Barros (editores), *Justicia y Marginalidad, Percepción de los Pobres*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago 1993, págs. 87 y 88. Esto mismo se repite en un estudio posterior del año 1997 en el cual el 44% afirmó lo mismo. Véase Luis Barros, *Opiniones y Experiencias de los Sectores Populares Urbanos en Torno a la Justicia*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago 1997, pág. 33

¹¹ Una revisión de los principales resultados de dichos estudios en relación a este tema pueden verse en Herman Goldstein, *Confronting the Complexity of the Policing Function*, en *Discretion in Criminal Justice*, State University of New York Press, New York, 1993, págs. 23 a 71.

¹² Véase Jorge Correa y Luis Barros, ob. cit. pág. 87.

que se pueden encontrar en dicho estudio las cifras resultan coherentes con la experiencia comparada sobre el tema. Ellas mismas han sido ratificadas por estudios posteriores que sobre el mismo tema encargó la Corporación de Promoción Universitaria. Así, un estudio del año 1997 arrojó como resultado que el 15,3% de las denuncias no fue registrada por la policía y que un 45,8% no fue pasada a un tribunal. Esto significa que la mayoría absoluta de las denuncias (61,1%) no fue registrada o no pasó a un juzgado¹³.

En este punto conviene realizar una aclaración. Al describir el circuito de selectividad no intento realizar un juicio valórico acerca del mismo, sino simplemente mostrar que este se da incluso en países como el nuestro que no reconocen normativamente la posibilidad de seleccionar casos a ninguno de los organismos estatales que participan de la persecución penal. En este contexto en muchos casos el ejercicio informal de mecanismos de selección incluso constituirá una respuesta muy racional por parte de esos actores.

Un tercer agente en este circuito de selectividad está constituido por los fiscales. Ahora bien, como nuestro sistema de justicia criminal no contempla el rol de fiscales con responsabilidad en la persecución penal, este es un tema que no tiene, hasta el momento en Chile, ningún antecedente empírico que nos permita realizar una proyección. Con todo, el análisis del rol de selección de casos de los fiscales será el objeto preferente de nuestra atención en los capítulos que siguen.

Finalmente, un último componente en este circuito está constituido por la actividad de selección que realizan los propios jueces. En el caso chileno, esto es algo que se puede observar indirectamente a través del análisis de las causales de término de los casos iniciados por los tribunales del crimen. Así, ellas indican que, excluidos las causas de ley de alcoholes que suelen tener un porcentaje importante de término por sentencia básicamente por medio de la aplicación de multas automáticas, cerca del 70% de los casos son terminados por la causal "sobresimiento temporal" y un 20% por "otros motivos"¹⁴. Detrás de este 90% suelen esconderse un conjunto de prácticas de los tribunales los que por medio de ellos realizan selección de los casos como, por ejemplo, los partes de mesón.

Toda la descripción que he realizado acerca de cómo se desarrolla la selectividad en las distintas etapas de funcionamiento de los sistemas de justicia criminal permite poner en cuestión, desde el punto de vista empírico, la posibilidad real que tiene un sistema de funcionar de acuerdo a las exigencias que impondría el principio de legalidad entendido en términos absolutos o irrestrictos como es el que ha regido tradicionalmente en nuestro país. Si a ello le sumamos los cuestionamientos que se hacen a sus otras fundamentaciones teóricas, creo posible hablar de la crisis del principio de legalidad procesal.

Además de lo anterior, es posible argumentar que un modelo que se basa en un principio de legalidad absoluto como es el caso de Chile resulta altamente problemático por distintas razones. En primer lugar, porque se trata de un modelo contrafáctico, es decir, uno que en la práctica no puede cumplir con los objetivos que se ha fijado, ello siempre es conflictivo porque genera deslegitimación en el funcionamiento del sistema al percibirse que sus distintos operadores actúan alejados a lo que los mandatos legales señalan. La paradoja es que un sistema tan regulado como el proceso penal termina funcionando muy por fuera de dichas regulaciones. En segundo término, porque la falta de mecanismos transparentes de selección lleva a que el sistema desarrolle mecanismos informales que, por no estar regulado en la ley, se transforman en su ejercicio en formas oscuras, arbitrarias, no controlables y no homogéneas de discrecionalidad. Es decir, la selección que realizan los distintos órganos depende de los criterios que se van desarrollando al interior de cada tribunal o cuartel policial sin una política general que la oriente. Esto genera abiertos espacios de corrupción, por cuanto al no existir formalmente establecida no puede ser objeto de políticas de control en su ejercicio. Esto

¹³ Véase Luis Barros, ob. cit., pág. 33.

¹⁴ Las cifras de los años 1985 a 1988 pueden revisarse en Cristián Riego, *Aproximación a una Evaluación del Proceso Penal Chileno, en Reformas Procesales en América Latina*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago 1993, pág. 269.

mismo impide el desarrollo de una política pública de selección de casos que pueda orientar esta selección a objetivos socialmente deseables.

En este contexto de crítica se ha desarrollado el debate sobre la vigencia del principio de legalidad o acerca de la necesidad de introducir mecanismos de selectividad o discrecionalidad que flexibilicen la legalidad irrestricta en el derecho comparado. En la práctica, esto se ha traducido en que en ningún sistema contemporáneo se discuta el hecho de que el sistema tiene que establecer al menos algunos componentes para la selección de casos. Lo que se discute en el derecho procesal penal comparado es más bien cuánta selección se va a permitir, cómo se la regulará y qué controles se establecerán. Este estado del debate fue el punto de partida desde el cual comenzó la discusión sobre este tema en nuestro país. Ello nos llevó a discutir las distintas opciones político-criminales o modelos de discrecionalidad que podían adoptarse en nuestro sistema procesal penal. Para dar cuenta de este debate y de las principales opciones en la materia, procederé a realizar a continuación un análisis de los modelos que ofrece el derecho comparado respecto a la regulación de facultades discrecionales o selección de casos.

II. LOS MODELOS DE DISCRECIONALIDAD U OPORTUNIDAD DEL DERECHO COMPARADO

En términos simples y generales, la discrecionalidad puede ser entendida, en contraposición al principio de legalidad, como la facultad que disponen los órganos encargados de promover la persecución penal para no iniciar, suspender o poner término anticipado a la misma¹⁵.

En el caso de los países de tradición europeo-continental esta facultad suele conocerse con el nombre genérico de oportunidad o Principio de Oportunidad. En este contexto, cuando se habla de Principio de Oportunidad en derecho comparado, se está haciendo alusión a la facultad genérica antes descrita y no a mecanismos específicos para su ejercicio. En la tradición angloamericana, en cambio, a estas facultades se les agrupa bajo el nombre de *discretion* o discreción.

En el derecho comparado occidental contemporáneo es posible encontrar fundamentalmente dos opciones político-criminales en relación con la regulación de la oportunidad. Por una parte, se encuentran los modelos de discrecionalidad absoluta y, por la otra, los de discrecionalidad restringida u oportunidad reglada. A continuación revisaremos las características principales de cada uno de ellos. Cabe hacer notar que me detendré con un poco más de cuidado en el modelo de discrecionalidad absoluta en atención a que este representa el más novedoso en el contexto de nuestra tradición jurídica.

1. Modelo de Discrecionalidad Absoluta

El modelo de discrecionalidad absoluta se caracteriza por entregarle a los organismos encargados de promover la persecución penal la facultad plena para decidir de llevar o no adelante la misma. El paradigma de este modelo está constituido por los Estados Unidos de Norteamérica. En dicho país las facultades de selección que disponen los fiscales son tan amplias que ello constituye uno de los elementos caracterizadores de su sistema en compara-

¹⁵ Una conceptualización más compleja puede verse en Cafferatta, quien sostiene que "El Principio de oportunidad puede expresarse como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla, en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurran las condiciones ordinarias para perseguir y castigar". Véase José Ignacio Cafferatta Nores, *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires 1997, pág. 16. Una diferencia relevante con la noción presentada en el cuerpo principal del texto dice relación con el vínculo que establece Cafferatta entre la oportunidad y las razones de política criminal y procesal que la orientarían.

ción con otros modelos de derecho comparado e incluso países que tienen tradiciones jurídicas similares como es el caso de Inglaterra¹⁶.

Los alcances que tiene la discrecionalidad de los fiscales en el modelo norteamericano es amplísima. Esta cubre los más diversos aspectos de la persecución penal. Así, el primer aspecto en el cual un fiscal en Estados Unidos dispone de bastante libertad para decidir es si inicia o no una investigación. En segundo lugar, el fiscal también dispone de libertad para decidir si va perseguir formalmente un caso o no. En tercer término, puede decidir entregar o no inmunidad a un imputado a cambio de alguna contraprestación. En cuarto lugar, el fiscal tiene amplios poderes para negociar cargos con imputados, ya sea, el tipo de cargo, cuándo los va imputar o incluso alguna flexibilidad en relación a dónde los va imputar. Finalmente, los fiscales también cuentan con la posibilidad de negociar la pena que van a solicitar a los jueces.

Las facultades discrecionales que disponen los fiscales en Estados Unidos son tan intensas que no existen límites positivos a su ejercicio. Es decir, no existe por regla general ningún mecanismo que obligue a los fiscales a llevar adelante una persecución penal que ellos no quieran impulsar. Esto contrasta con lo que ocurre en otros ámbitos de actuación estatal en los Estados Unidos donde existe una acción denominada *Writ of Mandamus*, en virtud de la cual individuos particulares podrían recurrir ante los tribunales de justicia para efectos de obligar a una autoridad pública a llevar adelante o a realizar una determinada actuación¹⁷. Tratándose de la persecución penal, la Corte Suprema ha rechazado peticiones de víctimas afectadas por la decisión de no perseguir de fiscales argumentando que la pertinencia de una acusación es de exclusiva responsabilidad de los fiscales¹⁸. Así, la regla general de la persecución penal en los casos comunes es la discrecionalidad absoluta de los fiscales.

Los únicos límites que tiene el ejercicio de facultades discrecionales de persecución penal de los fiscales en el contexto del sistema norteamericano, están constituidos por lo que podríamos denominar límites negativos, es decir, límites destinados a poner término o impedir que se lleve adelante una investigación que el fiscal ya ha decidido iniciar. Los límites negativos son fundamentalmente tres o se regulan por vías de tres instituciones. El primero de ellos está destinado a realizar un control de seriedad mínima del caso investigado por los fiscales el cual se hace operativo a través de la revisión del caso del fiscal que realiza el Gran Jurado (*Grand Jury*) o un juez en una audiencia denominada Audiencia Preliminar (*Preliminary Hearing*)¹⁹.

En aquellas jurisdicciones en las que está prevista, cuando un fiscal decide investigar formalmente a una persona y llevarla a juicio oral debe someter su investigación un control destinado a verificar que exista una "causa probable" que el delito se ha cometido y que la persona imputada tiene algún grado de responsabilidad en dicho delito. La Audiencia Preliminar tiene por objeto central que un juez pueda determinar si existe o no causa probable en el caso del fiscal. Para ello se celebra una audiencia de carácter contradictorio, similar a la de juicio oral, en la que el fiscal deberá presentar la prueba que sustenta su caso sometido a las reglas regulares de examen y contraexamen y en la que el imputado tiene pleno derecho a intervenir con su defensor (incluso para presentar pruebas de descargo). Con la información producida en la audiencia el juez deberá pronunciarse acerca de si se admite o no el caso

¹⁶ En este sentido Bovino señala que "...la discreción ejercida por los fiscales para perseguir penalmente es un elemento determinante y estructurante de la justicia penal estadounidense". Véase Alberto Bovino, ob. cit. pág. 60. Por lo mismo puede resultar una exageración llamarlo caso paradigmático ya que la extensión que presenta la discrecionalidad de los fiscales en dicho país lo transforma verdaderamente en un caso único.

¹⁷ Información general sobre esta acción puede encontrarse bajo el término "Mandamus" en el *Black's Law Dictionary Sixth Edition*, West Publishing, St. Paul 1991, pág. 633.

¹⁸ En este sentido véase Fabricio Guariglia, *Facultades Discrecionales del Ministerio Público e Investigación Preparatoria: El Principio de Oportunidad*, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, pág. 90.

¹⁹ El mecanismo del Gran Jurado solo está previsto en alrededor de 20 Estados en tanto que la Audiencia Preliminar en bastantes más. Casi todos los estados prevén uno u otro mecanismo o incluso algunos a ambos. Véase Isreal, Kamisar y Lafave, ob. cit. pág. 10. El sistema federal cuenta con Gran Jurado.

basado en la existencia o no de causa probable. Si bien es cierto este mecanismo parece a primera vista como un control intenso de la actividad del fiscal, en su funcionamiento práctico presenta varias limitaciones. En primer lugar, la exigencia de "causa probable" es relativamente baja²⁰, con lo que no constituye un obstáculo muy difícil de superar para un fiscal que haya realizado su trabajo correctamente. Junto con lo anterior, la mayoría de las jurisdicciones que cuentan con esta audiencia admiten que en ella el fiscal pueda fundamentar la "causa probable" recurriendo a evidencia que no sería admisible en el juicio oral, como por ejemplo testigos de oídas (*hearsay*) o diligencias obtenidas con violación de garantías constitucionales. Ello, como resulta obvio, facilita que los fiscales puedan continuar con el caso aun cuando no tengan perspectivas tan favorables en el juicio²¹.

El Gran Jurado, por su parte, también cumple con una función de evaluar los casos que no contienen antecedentes suficientes como para continuar con la persecución penal en un estándar equivalente al de causa probable ya mencionado. El Gran Jurado está compuesto por un grupo de ciudadanos (dependiendo de cada jurisdicción en que se consagra entre 16 y 23) que tienen por misión decidir si el caso cumple con un mínimo de seriedad o no. A diferencia del jurado del juicio oral, este cuerpo colegiado funciona por un período más extenso y conoce todos los casos presentados por los fiscales durante el plazo de su funcionamiento. Es decir, no se trata de un órgano ad hoc para analizar el caso específico.

Al igual que en la Audiencia Preliminar, no obstante el Gran Jurado parece constituir un control bastante eficiente a la actividad de los fiscales, existe una gran crítica a su función ya que en la práctica representa una muy escasa o nula posibilidad de controlar efectivamente al Ministerio Público. Esto obedece a varias razones. La primera de ellas tiene que ver con el procedimiento por medio del cual trabaja el Gran Jurado. Se trata de un procedimiento unilateral y secreto en el cual solo participa el fiscal presentando su evidencia sin posibilidad que el imputado y su defensa intervengan. Junto con lo anterior, dentro de la evidencia que puede presentar el fiscal se admite el uso de prueba que no podría presentarse en el juicio oral. Finalmente, el estándar exigido para aprobar la acusación del fiscal (*indictment*) es relativamente bajo y requiere la aprobación de solo la mayoría simple de sus miembros. Esto se traduce en una extendida percepción respecto a la facilidad que tienen los fiscales para conseguir la aprobación de sus acusaciones por parte del Gran Jurado. Sobre lo mismo, varios autores en un tono sarcástico indican que si un fiscal quisiera podría incluso conseguir una acusación en contra de un "sándwich de jamón"²². En tono menos sarcástico se ha señalado que "una institución que hace poco, salvo crear la ilusión de restringir del abuso de la persecución penal, es peor que inútil"²³ con lo que se quiere enfatizar que el Gran Jurado sería incluso una institución dañina al objetivo de controlar a los fiscales.

Otro grupo de controles negativos a una persecución penal iniciada por el fiscal está representado por dos instituciones: la persecución penal selectiva (*Selective Prosecution*) y la persecución penal vindicativa (*Vindictive Prosecution*). El primer mecanismo se funda en la Enmienda Catorce de la Constitución de los Estados Unidos que establece la cláusula de la igual protección de la ley en el ejercicio de derechos. La idea de esta institución es impedir llevar adelante investigaciones del Ministerio Público en aquellos casos en que la persona afectada por esta misma pueda demostrar que esta persecución penal se basa en una decisión discriminatoria del fiscal, ya sea, en atención a razones de género, de sexo, de edad u otras que puedan estimar dentro de una categoría que signifique un tipo de discriminación en su

²⁰ Para estos efectos la jurisprudencia norteamericana ha entendido por causa probable "pruebas suficientes para determinar a una persona de prudencia y precaución ordinarias a admitir conscientemente su creencia razonable en la culpabilidad del acusado". Traducción de Alberto Bovino en ob. cit. pág. 61 cita 119.

²¹ Con un poco más detalle sobre la audiencia preliminar véase Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, Matthew Bender, 1998, págs. 8 y 9.

²² Ejemplos de esta expresión pueden encontrarse en David Heilbroner, *Rough Justice: Days and Nights of a Young D.A.*, 1990 y Barry Slotnick en un artículo publicado por *U.S. News and World Report* del 8 de abril de 1985, pág. 14, *Subway Vigilante: From Hero to Felon*

²³ Stuart Taylor Jr., *Enough of the Grand Jury Charade*, *Legal Times*, 18 de mayo de 1992, pág. 23.

contra. El segundo mecanismo, la persecución vindicativa o por venganza, se fundamenta en la Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana que consagra la cláusula del debido proceso legal. Esta institución permite a una persona que está siendo objeto de una persecución penal paralizar dicha investigación cuando ella puede demostrar que esta ha sido llevada adelante por el fiscal debido a razones vindicativas o de venganza, o sea para castigar a quien ha ejercido en forma legítima sus derechos constitucionales o legales.

Al igual que tratándose de los controles a la mínima seriedad del caso, ambos mecanismos no constituyen obstáculos o límites importantes a las facultades de los fiscales norteamericanos de llevar adelante la persecución penal. Ellos se aplican ocasionalmente y significan una carga muy fuerte para el imputado que los alega.

En definitiva, la discrecionalidad con que cuentan los fiscales norteamericanos es tan amplia que no existe posibilidad de obligarlos a llevar adelante persecuciones penales que no deseen. Por otra parte, las posibilidades de impedir o evitar una persecución penal serán restringidas a situaciones extremas en las que el fiscal no cuente con un caso mínimamente sustentable o se puede demostrar que la persecución es discriminatoria o vindicativa. Debido a lo anterior, es que tal vez constituyen mecanismos de control más eficientes de esta discrecionalidad de los fiscales su forma de elección y el control público al cual están sometidos en la mayoría de los estados de los Estados Unidos²⁴. Es decir, el contexto político social en el que se ejercen estas facultades y el diseño institucional del Ministerio Público constituirían las garantías de un ejercicio no abusivo de las mismas.

Volviendo a la discreción con la que cuentan los fiscales norteamericanos, es necesario señalar que el principal mecanismo por medio del cual ellos la instrumentalizan es el "*Plea Bargaining*". El *Plea Bargaining* suele definirse como la facultad de los fiscales para realizar negociaciones o concesiones con el objetivo de obtener admisión de responsabilidad por parte del imputado²⁵. En buena medida, el *Plea Bargaining* se sustenta en el rol que cumple la confesión en el sistema de justicia criminal norteamericano, también conocida como *Guilty Plea*. La confesión en dicho país es causal suficiente para condenar una persona, es decir, ella no solo significa la renuncia al derecho constitucional a un juicio por jurados sino que permite saltarse cualquier etapa del proceso y pasar directamente a la determinación de la condena en el caso respectivo. Esto es muy diferente en el contexto de sistemas de tradición europeo continental como es el caso de nuestro país, en donde tradicionalmente la confesión solo ha permitido acreditar la participación, pero jamás el cuerpo del delito. Por lo mismo, en nuestra tradición jurídica ha solido considerarse que la sola confesión no es suficiente para condenar a una persona.

El *Plea Bargaining* adquiere dos formas en su funcionamiento en la práctica. En primer lugar, el fiscal se puede comprometer a solicitar una pena más baja que la que podría requerir en caso de no llegar a un acuerdo con el imputado. Una segunda modalidad importa que como producto de la negociación el fiscal se compromete a realizar una recalificación jurídica o de hechos incluidos en la acusación, producto de la cual el imputado que se declara culpable obtendrá una pena más baja que lo que hubiera sido impuesta si es que no hubiera habido negociación. En ambos casos, el *Plea Bargaining* permite obtener al acusado una condena

²⁴ Así por ejemplo, respecto a la forma de designación de los fiscales, se estima que cerca del 95% de los fiscales jefes a nivel de los sistemas estatales (no el Federal) son electos localmente. Ello establece un nivel de supervisión popular relativamente intenso. Véase Carol DeFrances y Greg Steadman, *Prosecutors in State Courts* 1996, U.S. Department of Justice, julio de 1998, pág. 1.

²⁵ Existe una vasta literatura sobre el tema que resulta imposible resumir. Por ejemplo, acerca de los orígenes históricos del *Plea Bargaining* puede verse Albert Alschuler, *Plea Bargaining and its History*, en *Columbia Law Review* vol. 79, 1979, págs. 1 a 43; Lawrence Friedman, *Plea Bargaining in Historical Perspective*, *Law and Society* N° 13, 1979, págs. 247 a 259; John Langbein, *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, *Law and Society* N° 13, 1979, págs. 261 a 271.

Para una descripción general de la institución en castellano véase Nicolás Cabezado Rodríguez, *El Ministerio Público y la Justicia Negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Editorial Comares, Granada 1996 y Nicolás Rodríguez García, *La Justicia Negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 1996, págs. 27 a 118.

inferior a la que le impondría teóricamente en un juicio oral si es que fuera encontrado culpable. Esto es lo que constituye uno de los principales incentivos para los imputados en el sistema de justicia criminal norteamericano para renunciar a su derecho a juicio y preferir la imposición de pena previa declaración de culpabilidad.

El *Plea Bargaining* o este sistema de negociación ha sido sumamente criticado por las consecuencias prácticas o impacto que se le atribuyen en sistema de justicia criminal norteamericano. Así, varios estudios empíricos dan cuenta que entre el 90 y 95% de los casos resueltos, se resuelve por la vía de negociaciones o *Plea Bargaining* entre el Fiscal y el imputado y no por vía de la realización de juicio por jurado²⁶. Es decir, que la principal causa de condena se encuentra en este sistema de negociación y no en el juicio, institución que se considera la piedra angular de la definición constitucional del proceso penal en dicho país. El segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, se suele señalar que una de las causales por las cuales hoy día los Estados Unidos tiene una de las tasas de condenados y presos más alta del mundo occidental dentro de cada cien mil habitantes, es precisamente debido a que el *Plea Bargaining* ha creado un mecanismo de aplicación de penas muy ejecutivo que ha potenciado una política criminal de carácter extremadamente represivo. Es así, como los Estados Unidos tiene tasas que superan los 600 presos por cada 100 mil habitantes en comparación²⁷, por ejemplo, con las tasas de países europeos continentales que en general oscilan entre 80 y 150 presos por cada 100 mil habitantes²⁸. Finalmente, esto mismo ha producido un efecto en incrementar paulatinamente los presupuestos estatales en prisiones que en la mayoría de los estados oscilan de entre 8 y 10% del presupuesto total²⁹. Así, por ejemplo, en el estado de California, el año 1999, por primera vez en su historia el presupuesto estatal destinado a prisiones superó al presupuesto destinado a educación pública, considerada tradicionalmente con una de las joyas de dicho estado³⁰.

La situación descrita se traduce en una crítica intensa al funcionamiento del sistema de negociación en los Estados Unidos y, en alguna medida, entonces, a la discrecionalidad absoluta que disponen los fiscales. Dentro de las principales críticas que puedo mencionar muy sintéticamente³¹ se encuentra en que el *Plea Bargaining* ha hecho desaparecer al juicio por jurados y en su reemplazo ha creado un sistema de aplicación de penas sin juicio. Como ya he señalado, el juicio por jurado constituye la piedra angular desde el punto de vista de la definición constitucional del sistema de justicia judicial norteamericano y, probablemente, uno de sus elementos simbólicos de la forma en que el público entiende el cómo se hace justicia en dicho país, amén de constituir una garantía central para todos los ciudadanos. En contraposición, el extendido uso del *Plea Bargaining* ha transformado al juicio en una actividad prácticamente irrelevante³². El segundo lugar, algunos autores realizan un paralelo entre

²⁶ Cifras del Departamento de Justicia norteamericano del año 1988 indican que en el 95% de los casos son resueltos sin juicio y en el 91% se impone una condena por medio del *Plea Bargaining*. Datos citados por John Langbein, La Desaparición del Juicio por Jurados, en Doctrina Penal año 1994, Buenos Aires, pág. 47, nota a pie de página 7. Datos similares son citados por diversos autores, véase Steven Donziger (editor), The Real War on Crime. The National Report of the National Justice Commission, HarperPerennial, U.S.A., 1996, pág. 182; Israel, Jerold/ Kamisar, Yale/ LaFave, Wayne, ob. cit., págs. 12 y 534.

²⁷ Al año 1997 la tasa era de 648 presos por cada 100.000 habitantes, lo que representaba el total de 1.785.079 presos. Véase Loïc Wacquant, Las Cárceles de la Miseria, Manantial, Buenos Aires 2000, pág. 90. Elliot Currie sostiene que la tasa del año 1996 fue de 600 por cada 100.000 habitantes sin incluir instituciones juveniles de confinamiento y siendo solo superado alrededor del mundo por Rusia que presentaba el mismo año una tasa de 690 por cada 100.000 habitantes. Véase Elliot Currie, Crime and Punishment in America. Owl, New York 1998, pág. 15.

²⁸ Para cifras del año 1997 véase Loïc Wacquant, ob. cit. pág. 90. Estas indican que en ese año la tasa de Inglaterra y Gales era de 120, la de España de 113 y la de Alemania y Francia 90. Para cifras del año 1988 y 1991 véase Anexo Estadístico en, Acerca de la Cárcel, Cuaderno de Análisis Jurídico N° 24, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1993, págs. 91 y 92.

²⁹ Véase Peter Greenwood, Investing in Prisons or Prevention: The State Policy Makers Dilemma, en Crime and Delinquency N° 44, 1998, pág. 136.

³⁰ Loïc Wacquant, ob. cit. pág. 94.

³¹ Este debate es extensísimo, una revisión resumida de los principales argumentos en pro y en contra pueden verse en Joshua Dressler, ob. cit., págs. 576 a 582 y en Nicolás Cabezudo, ob. cit. págs. 255 a 276.

³² Sobre esta crítica con mayor detención véase John Langbein, ob. cit.

el *Plea Bargaining* y la tortura, indicando que el primero se ha transformado en una forma sofisticada y moderna de tortura, fundamentalmente debido a la presión psicológica que imponen los fiscales a los imputados para su aceptación debido a una práctica extendida que tienen estos de amenazar con imposición de penas mucho más altas en caso de ir a juicio. Esto lleva a que los imputados psicológicamente se encuentren presionados y opten por una aplicación de condena rápida aun cuando sean inocentes, para evitar el riesgo de una pena alta. Una tercera crítica tiene que ver con que estas prácticas han llevado a que en el funcionamiento diario del sistema de justicia criminal quien ejerza su derecho constitucional de exigir el juicio por jurados, en la práctica, será penado doblemente por el sistema. La primera vez, si es que es encontrado culpable en el juicio y la segunda por decidir ejercer su derecho de ir al juicio, ya que normalmente va a obtener una pena superior a la que obtendría en el caso de negociar y admitir su culpabilidad. Esto es lo que los autores denominan la penalización por el ejercicio de los derechos constitucionales del acusado³³. En cuarto lugar, se señala que el *Plea Bargaining* ha creado un sistema inquisitivo pero un sistema inquisitivo moderno, en donde ya no es el inquisidor quien concentra el poder de persecución y decisión sino que el fiscal. En virtud del *Plea Bargaining*, los fiscales norteamericanos dispondrían del poder de perseguir criminalmente los delitos y, además, el de tomar las decisiones de punibilidad. Esto porque el acuerdo negociado normalmente es ratificado por el juez, por lo tanto, la pena que se impone es la pena que el Fiscal acuerda con el imputado en el momento de la negociación. Finalmente, se indica que el *Plea Bargaining* ha creado un incentivo perverso para los distintos sectores del Sistema de Justicia Criminal en desmedro de los imputados. En efecto, el sistema norteamericano al igual que la mayoría de los sistemas de justicia criminal de todo el mundo es un sistema que funciona con un nivel de colapso importante, frente al colapso o a la sobrecarga de trabajo de los distintos operadores, el *Plea Bargaining* ha introducido un incentivo en términos de obtener solución rápidas de casos que permita descargar el trabajo de los actores pero que en definitiva termina afectando el derecho de los imputados de establecer su inocencia o su culpabilidad en un juicio por jurados.

Algunas preguntas interesantes frente a estas críticas son por qué se han producido estos efectos y cómo se ha llegado a una situación tan crítica como la planteada precedentemente. Hay varias razones de acuerdo a distintos autores del porqué se produciría esto que resultan importantes de tener presente en el proceso de diseño e implementación de un sistema de justicia criminal como es lo que ocurre en nuestro país en la actualidad. En primer lugar, se señala que una de las razones por las cuales se ha llegado a esta situación es, precisamente, por conceder una amplia discrecionalidad o una discrecionalidad absoluta a los fiscales. En este sentido, solo un sistema o un modelo de discrecionalidad absoluta permite llegar a lo que ha ocurrido en el sistema de justicia criminal de Estados Unidos. En segundo lugar, es posible argumentar que los incentivos que un sistema con discrecionalidad absoluta le entrega a los actores para terminar el proceso por vías como el *Plea Bargaining* es muy alto. Pensemos, por ejemplo, en lo que ocurre con defensores y fiscales en situaciones de sobrecarga de trabajo. Finalmente, hay autores que sindicaron como causas del uso extensivo del *Plea Bargaining* el aumento del sistema de garantías en los Estados Unidos como efecto de la *Due Process Revolution* o la Revolución de Proceso encabezada por la Corte Suprema de dicho país en la década de los sesenta, la conocida Corte Warren, en la cual se llevó un nivel tal de sofisticación de las garantías del imputado que ello derivó en un aumento de presión por negociaciones, ya sea por la complejización del proceso (se hizo más lento y caro) o por haberle entregado mejores herramientas de negociación a los defensores potenciando así la posibilidad de admitir culpabilidades con menores niveles de sanción³⁴. Junto con lo anterior, la creciente complejización y garantías que rodean al juicio por jurados ha hecho que estos sean

³³ Bovino indica que de acuerdo a algunos autores norteamericanos la mayor penalización por ejercer el derecho constitucional al juicio sería cercana al 40 o 50% de las penas impuestas. Alberto Bovino, ob. cit. pág. 68.

³⁴ En este sentido véase Albert Alschuler, ob. cit. págs. 38 a 40.

extremadamente complejos y caros³⁵. Esto hace que sea difícil de sustentar económicamente una gran cantidad de juicios y que, además, los propios litigantes (fiscales, defensores públicos o privados) eviten la posibilidad de llegar a juicio por jurados. Obsérvese la paradoja de estas dos últimas argumentaciones, cuestión interesante de ser tenida a la vista no solo para los efectos de este tema sino que para el análisis del sistema de justicia criminal, una tendencia que exacerbó ciertas garantías a favor del imputado al parecer se constituye en uno de los factores que incentivan a que el sistema opere por fuera del sistema de garantías. Es decir, el afán garantista de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la década de los 60 se traduce en la práctica en un sistema que se salta la aplicación de las garantías. En este punto me parece necesario aclarar que estas explicaciones son sumamente discutidas en los Estados Unidos. Por lo mismo, lo que me interesa mostrar es cómo el modelo de discrecionalidad absoluta se articula y cómo ha presentado y presenta varios problemas. En consecuencia no me interesa a esta altura dar una respuesta definitiva sobre estos mismos.

2. Los Modelos de Discrecionalidad Reglada u Oportunidad Restringida

Los modelos de Discrecionalidad Reglada u Oportunidad Restringida se caracterizan porque en ellos la facultad de selección de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Es decir, este principio se mantiene como la regla general de funcionamiento del sistema, pero a la vez se permite que los agentes u órganos de persecución penal puedan, por excepción, suspender, no continuar o poner término anticipado a la misma.

Este modelo es el que impera contemporáneamente en los sistemas europeo-continentales y es, además, el que han adoptado la mayoría de los países de la región que han emprendido reformas similares a la chilena desde mediados de los años ochenta del siglo pasado. Cabe hacer notar eso sí que la extensión a las excepciones al principio de legalidad suelen variar en los distintos países.

Ahora bien, se suele mencionar que las ventajas de este modelo, en relación al modelo de discrecionalidad absoluta, estarían dadas por el hecho que la selectividad del sistema se podría dar en condiciones más igualitarias, transparentes y sujeta a una mayor posibilidad de control, evitando así los problemas que hemos descrito para el caso del modelo anterior³⁶. La mayor posibilidad de control vendría dada por la regulación normativa de las facultades y por el hecho que su ejercicio requeriría en muchos casos aprobación judicial. Con todo, un gran problema que debe ser discutido en el contexto de estos modelos son los alcances o la extensión que tiene la facultad discrecionales que se le entregan al Ministerio Público a efectos que esta pueda ser desarrollada y pueda cumplir los fines para los cuales ha sido establecida. En este sentido, existe evidencia comparada que da cuenta que en el contexto de sistemas que no se orientan fuertemente a la selección de casos o al uso de salidas alternativas, la introducción como excepción al principio de legalidad de algunas facultades discrecionales termina siendo irrelevante o no cumpliendo ningún fin importante en el funcionamiento práctico del sistema. Es decir, la regulación normativa no permite canalizar adecuadamente la natural selectividad del sistema ni menos orientarla a efectos que efectivamente se ejerza en forma más igualitaria, transparente y controlada.

Debido a la gran dispersidad de criterios para canalizar las facultades discrecionales del Ministerio Público en sistemas de raigambre europeo continental no es posible escoger un modelo específico como caso paradigmático de análisis al igual que lo hice tratándose del modelo de discrecionalidad absoluta. En este sentido, me reservaré el estudio detallado del caso chileno para subsidiar esta carencia ya que ahí podremos ver en forma más completa un modelo concreto de oportunidad reglada. Con todo, para dar una visión panorámica de la regulación de la oportunidad resulta útil mostrar distintos criterios generales de oportunidad

³⁵ En este sentido John Langbein. ob. cit. págs. 48 a 50.

³⁶ En este sentido, por ejemplo, véase Fabricio Guariglia, ob. cit. págs. 94 y 95.

recogidos en el derecho comparado. Tomando como punto de partida los criterios sugeridos por Julio Maier, es posible realizar este análisis distinguiendo grandes criterios que contemplan distintos mecanismos de Oportunidad. Ellos son, el criterio de decriminalización, el de eficiencia y el de priorización de intereses³⁷. En cada uno de ellos es posible identificar distintos mecanismos o distintos subcriterios para el uso de facultades discrecionales por parte de los fiscales.

a) Decriminalización

De acuerdo al criterio de decriminalización, se intenta por medio del uso de la oportunidad, despenalizar conductas delictivas en casos en que otras formas de reacción son capaces de producir mejores resultados que el sistema penal o donde la intervención de este resulta innecesaria.

Dentro del criterio general de decriminalización se suele regular la posibilidad que los fiscales puedan abandonar la persecución penal o no llevarla adelante en casos conocidos como casos de adecuación social de la conducta. Es decir, en situaciones que no obstante *prima facie* pueden aparecer como conductas tipificadas en una figura penal, debido al contexto histórico-cultural en que se dan, no satisfacen en el fondo la descripción penal, entregándose así la facultad al Ministerio Público para no llevar adelante la persecución penal de ellas³⁸.

Una segunda posibilidad es el permitirle a los fiscales no llevar adelante la persecución en casos de insignificancia del hecho. Se trata aquí de conductas que en estricto rigor pueden ser subsumidas en un tipo penal específico, pero se trata de situaciones en que por la insignificancia de los bienes jurídicos afectados o en la escasa relevancia social, le autorizan al Ministerio Público a no seguir adelante con ellas. Ejemplos de la misma son posibles de ser encontrados en el nuevo Código Procesal Penal boliviano (Art. 21 N° 1) que no establece un límite claro al ejercicio de dicha facultad. En cambio el Código Orgánico Procesal de Venezuela (Art. 31 N° 1) establece la posibilidad de prescindir de la persecución penal siempre y cuando la pena para el caso no exceda de cuatro años de privación de libertad. En el caso del artículo 25.1 del Código Procesal Penal de Guatemala se limita esta facultad indicando que ella no procede respecto a casos en que el Ministerio Público solicite penas superiores a dos años o el delito haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Una tercera situación dentro del criterio de decriminalización son los casos de mínima culpabilidad. Esto es casos en los que existe un reproche mínimo a la persona del imputado que justifica, entonces, más allá de la gravedad en concreto que haya podido tener en el delito específico, que no exista una persecución penal en su contra, ya sea por ejemplo, porque este imputado tuvo una contribución menor en el desarrollo del delito o fue desarrollado en una etapa muy preliminar del mismo. Ejemplos de este criterio son posibles de encontrar en el Art. 153 de la Ordenanza Procesal Penal alemana, el Art. 31 N° 2 del Código Orgánico Procesal venezolano, el Art. 25.2. del Código Procesal Penal de Guatemala y el Art. 230 de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

Un cuarto caso dentro de los criterios de decriminalización, está constituido por la situaciones de retribución natural, esto es situaciones en las cuales el imputado ha sufrido un daño extremadamente alto como consecuencia de la comisión del delito, lo que hace que la persecución penal no cumpla ningún rol o no se justifique del todo. Por ejemplo, en casos en los cuales

³⁷ Julio Maier, ob. cit. págs. 837 a 840. En este texto Maier distingue solo dos criterios, el de decriminalización y el de eficiencia. Un tercer criterio es incorporado por el autor del presente trabajo, el de priorización de intereses. Si bien es cierto sigo de cerca los ejemplos planteados por Maier en los dos primeros criterios no me apego estrictamente a los mismos.

³⁸ Una breve explicación desde el punto de vista penal y con varios ejemplos acerca de la adecuación social puede verse en Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá 1989, págs. 115 y 116.

una persona, producto de una conducta negligente, choca su automóvil produciendo la muerte de un hijo u otro familiar de ella. En este tipo de casos, pareciera que la sola muerte de su hijo o de su familiar constituye, desde el punto de vista del sujeto, la peor sanción que pudo haber tenido en su contra y, por tanto, en este tipo de situaciones, pareciera que la intervención del sistema de justicia criminal resulta al menos superflua. Ejemplo de lo anterior se puede encontrar en el Art. 21 N° 2 del nuevo Código de Procedimiento Penal boliviano que establece que se puede prescindir de la persecución penal cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse. Más restrictivamente el artículo 25.3 del Código Procesal Penal de Guatemala establece que un fiscal puede abstenerse de la persecución penal cuando el imputado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada.

b) Eficiencia

Un segundo criterio general de Oportunidad está constituido por el criterio de eficiencia. En virtud de este criterio se le entregan facultades a los fiscales en los distintos modelos comparados para no llevar adelante persecuciones penales con el objeto de descongestionar al sistema y permitir que se focalice en áreas en donde su actuación resulta indispensable.

Un primer caso típico de criterio de eficiencia es la inculpación de uno u otro o lo que podríamos en sistemas como en el nuestro llamar *delación compensada*.

En segundo lugar, se encuentran los casos de arrepentimiento activo, es decir, de personas que han iniciado la comisión de un delito, pero luego realizan conductas positivas en términos de evitar la comisión de este o que este produzca resultados más graves de los que podría producir sin su intervención. Ejemplo de esto es el artículo 153 e) de la Ordenanza Procesal Penal alemana referida a ciertos delitos cometidos en contra de la seguridad del Estado.

En tercer término, se encuentran distintas situaciones vinculadas a extradiciones activas o pasivas. Por ejemplo, casos en los cuales en un determinado país se encuentra persiguiendo criminalmente a un imputado por un delito relativamente menor al mismo tiempo que existe otro país que está pidiendo su extradición por delitos que son muchos mayores. Ejemplo de lo anterior es el artículo 21 N° 5 del Código de Procedimiento Penal de Bolivia que establece que el fiscal puede renunciar a la acción penal "Cuando la pena que se espera carezca de importancia en consideración a la de otros delitos, o la que se impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada".

A lo anterior, es posible agregar algunos casos en que se autoriza a los fiscales a poner término a la persecución penal cuando no existe suficiente prueba para llevar adelante la misma.

Finalmente, también suele conferirse facultades a los fiscales para prescindir de la persecución penal cuando los hechos denunciados no constituyan delitos. En esta última hipótesis, en realidad no estamos técnicamente en presencia de una excepción al principio de legalidad toda vez que este solo obliga a perseguir o a investigar todos aquellos hechos que son constitutivos de delitos y no aquellos que no lo son.

c) Priorización de Intereses

Un tercer criterio general de Oportunidad está constituido por el criterio de priorización de intereses. En virtud de este criterio se permitiría poner término a la persecución penal en situaciones en las que el sistema ha encontrado una solución más óptima para el caso que pasa por un nivel mayor de satisfacción de los intereses ya sea intereses de la víctima o sociales. Dentro de este criterio caben instituciones como la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. Al no ser objeto de este trabajo no me extenderé en este punto³⁹.

³⁹ Sobre la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo sistema procesal penal puede verse Mauricio Duce, *La Suspensión Condicional del procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el nuevo Código Procesal Penal*, en *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 2.00, págs. 139 a 171.

III. MECANISMOS DE OPORTUNIDAD O DISCRECIONALIDAD EN EL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO

En el contexto del debate anteriormente expuesto, la opción político-criminal adoptada por nuestro legislador al momento de aprobar el Código Procesal Penal fue la de establecer un modelo de oportunidad reglada o discrecionalidad restringida en contraposición al modelo de legalidad absoluta existente en nuestro sistema hasta antes de la reforma.

Como consecuencia de la decisión anterior, desde un punto de vista formal, el nuevo sistema sigue estando sometido a la regla tradicional consistente en la inexcusabilidad o necesidad de la persecución penal, expresada en la formulación del principio de legalidad (Art. 166 inc. 2º). Esto es, que los fiscales están en principio obligados a llevar adelante la persecución en todos aquellos casos en los que tengan conocimiento de un hecho punible sin que puedan excusarse de ello. No obstante, el Código consagra algunas excepciones importantes que permiten afirmar que en realidad el nuevo sistema es de aquellos en los que la persecución está en general sometida a un régimen de discrecionalidad reglada, ejercida por los fiscales.

Las excepciones al principio de legalidad en el nuevo sistema procesal penal pueden clasificarse en dos categorías. Una primera categoría está constituida por las instituciones que llamaré mecanismos de selección o descongestión de casos, dentro de los cuales se encuentra el archivo provisional contemplado del artículo 167 y el denominado principio de oportunidad (en sentido estricto) del artículo 170, todos del nuevo Código Procesal Penal⁴⁰. Una segunda categoría está constituida por las denominadas salidas alternativas, dentro de las cuales se contempla la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, regulados en los artículos 237 a 246 del Código Procesal Penal.

En este trabajo solo revisaré los primeros mecanismos, los de descongestionamiento o selección de casos, las salidas alternativas quedarán reservadas para un análisis posterior. Con todo, antes de iniciar su estudio, es conveniente realizar una precisión conceptual en torno de ellos. Suele ser utilizada la mención salidas alternativas, como una denominación genérica que cubriría todas las excepciones al principio de legalidad contempladas en el nuevo Código Procesal Penal e incluso para referirse a algunos mecanismos de simplificación procesal que no son objetos de este libro⁴¹. Estimo que esta concepción amplia de salidas alternativas es un tanto promiscua y no sirve para caracterizar correctamente los distintos mecanismos que he mencionado. En este trabajo, reservaré el concepto salidas alternativas para la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. En cambio, creo que los mecanismos de descongestión o selección de casos, si bien es cierto comparten con las salidas alternativas el hecho de que representan un ahorro de recurso para el sistema, constituyen el transparentar una decisión del sistema acerca de la imposibilidad de hacerse cargo de esos casos, ya sea porque no resulta posible debido a la información limitada que se dispone o porque no resulta conveniente socialmente hacerlo o sencillamente porque no estamos dentro de una hipótesis que permiten al sistema de justicia criminal seguir investigando hacia adelante. Las salidas alternativas, en cambio, representan un tipo de respuesta del sistema de alta calidad, pero una respuesta muy diferente a la respuesta tradicional. Este elemento, entonces, es el que marca una diferencia sustancial entre ambos mecanismos. Por lo mismo, ubicarlos a todos bajo la rúbrica de salidas alternativas es conceptualmente erróneo. Con todo, es necesario precisar que cuando he señalado que detrás de los mecanismos de descongestión hay una decisión de no hacerse cargo, ello no significa que el sistema no pueda entregar otras respuestas para el tipo de problemas que se le presentan.

⁴⁰ Por razones de sistemática también incluyo dentro de estas facultades, aun cuando técnicamente no constituye una excepción al principio de legalidad, la facultad de no iniciar la investigación contemplada en el artículo 168 del Código Procesal Penal.

⁴¹ En este sentido, por ejemplo, Julián López, *Formas Alternativas de Solución del Conflicto Penal*, en *Las Reformas del Proceso Penal*, Colegio de Abogados de Chile, Santiago 2000, págs. 43 a 69. Cabe hacer notar que el autor citado realiza una distinción entre un concepto restringido de salidas alternativas y uno amplio, advirtiendo que este segundo podría ser objeto de críticas conceptuales y metodológicas.

Antes de iniciar el estudio detallado de los mecanismos de descongestión es importante tener presente las expectativas que se tuvieron al momento de diseñar la reforma en relación con uso de los mismos. Así, sobre la base de un modelo de simulación computacional del nuevo proceso se estimaba que ellos debían descargar cerca de un 70% del total de ingresos al nuevo sistema en un período muy inicial de la persecución penal. Ello es lo que permitiría proyectar que estos mecanismos se constituirían en herramientas útiles para el desarrollo por parte de los fiscales de una política de control de la carga de trabajo del sistema adecuada.

Con estas precisiones, en lo que sigue procederé al análisis particularizado de cada uno de los mecanismos de selección mencionados precedentemente.

1. La Facultad de no Iniciar la Investigación

La primera de las facultades de selección de casos con que cuentan los fiscales es la que el Código Procesal Penal denomina como facultad de no iniciar la investigación (Art. 168 CPP). En virtud de esta facultad, los fiscales del Ministerio Público pueden, hasta antes de formalizar la investigación, decidir abstenerse de toda actividad de investigación cuando los hechos relatados en la denuncia: a) no fueren constitutivos de delito o b) cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal.

Si se analizan con detalle las causales de procedencia se podrá notar que, en estricto rigor, esta facultad no constituye una limitación al principio de legalidad porque se trata de situaciones en las que realmente no hay un verdadero caso penal. El principio de legalidad solo obliga a investigar hechos que puedan ser constitutivos de delito y no todas las denuncias que se presenten ante las autoridades de persecución penal. En estas hipótesis no surge la obligación de llevar adelante una investigación porque precisamente no estamos en presencia de un delito. Con todo, como adelanté, de todas maneras parece conveniente analizar esta facultad en el contexto de los mecanismos de selección que dispone el Ministerio Público ya que en cuanto a los efectos que esta genera para el sistema se asemejan y forman parte de un conjunto de herramientas destinadas al logro de objetivos similares.

Veamos ahora en qué situaciones se puede utilizar esta facultad de los fiscales. Como se desprende del artículo 168, la facultad de no iniciar la investigación regula dos hipótesis diferentes. La primera es que el hecho denunciado no constituya delito. Se pueden citar varios ejemplos de esto. Así, una denuncia por el delito de daños culposos o fortuitos (solo se configura el delito cuando son dolosos) como si por la rotura accidental no negligente de una cañería de mi departamento se humedece el techo del vecino del departamento de abajo y este presente una denuncia por tales hechos; u otra persona que presente una denuncia por el no pago de arrendamiento, entre otros. Más común en la práctica son casos de denuncias de presuntas desgracias de personas desaparecidas que no lo están efectivamente o personas que han cometido suicidio o muerto accidentalmente. La segunda hipótesis es que la responsabilidad penal se encuentre extinta, como podría ser el caso de una denuncia por un hurto después de 10 años de haber sido cometido o respecto de un imputado que se encontrare actualmente fallecido o en un caso en el que el imputado ya hubiera cumplido la pena (en general por la procedencia de cualquiera de las causales contempladas en el artículo 93 del Código Penal).

Un primer tema relevante para el adecuado ejercicio de esta facultad se refiere al estándar de convicción exigido para el fiscal para adoptar la decisión de no investigar. No es el objetivo de esta institución generar un incidente probatorio complejo para determinar si es procedente o no su uso. El sentido de esta facultad es que el Ministerio Público pueda resolver muy rápido para evitar el desgaste innecesario de recursos humanos y materiales sobre la base de los antecedentes disponibles al momento de evaluar la denuncia o en un momento muy inicial de la investigación. Por lo mismo, estos antecedentes deben dar cuenta en forma clara de la procedencia de alguna de estas hipótesis. No puede tratarse de situaciones dudosas. Si ese es el caso, deberá iniciarse la investigación respectiva, sin necesidad que ello necesariamente se traduzca en un juicio oral posterior e incluso como mencionara, sin significar que no podría utilizarse esta institución en un futuro cercano.

Ahora bien, si el Ministerio Público producto de su evaluación considera que el caso cae dentro de alguna de las hipótesis revisadas debe adoptar la decisión de ejercer dicha facultad, decisión que siempre debe ser fundada y que deberá contar con la aprobación del Juez de Garantía. Esto último es relevante ya que la decisión judicial que ratifica el uso de esta facultad constituye en mi opinión un equivalente jurisdiccional al sobreseimiento definitivo del caso. En consecuencia, el efecto jurídico del uso de esta facultad y su posterior aprobación será clausurar la posibilidad que se lleve adelante en el futuro una persecución penal en el caso específico.

Un problema interpretativo que se ha presentado respecto de la facultad de no iniciar la investigación, tiene que ver con un defecto en la redacción del Art. 168 que señala que "el fiscal podrá abstenerse de toda investigación". La duda que ha generado esa redacción se produce en hipótesis en que los fiscales han realizado algunas diligencias de investigación mínimas y a partir de ellas se encuentran en las hipótesis de procedencia del 168. El problema que se genera en estos casos es si en ellos pueden ejercer o no la facultad debido a que ya no se "abstuvieron" de investigar.

Contrariamente a lo que podría esperarse, debido a que ello representa una autolimitación importante de sus facultades de selección de casos, el instructivo N° 42 de la Fiscalía sostiene la tesis que no sería procedente ejercerla en las hipótesis descritas⁴². En efecto, el instructivo señala textualmente que "De este modo, debe constar la respectiva denuncia, en forma fehaciente e indubitable, que los hechos no son constitutivos de delitos o que se encuentra extinguida la responsabilidad criminal. Por el contrario, si para determinar lo anterior es estrictamente indispensable practicar diligencias, una vez realizadas estas, necesariamente se tendrá que cerrar la investigación y solicitar el sobreseimiento definitivo, por no ser el hecho investigado constitutivo de delito o por haberse extinguido la responsabilidad penal del imputado, de acuerdo con algunos de los motivos establecidos en la ley"⁴³.

La interpretación que realiza el Ministerio Público me parece incorrecta, tanto desde el punto de vista de los objetivos que tiene la institución, cuanto respecto de la operativa práctica de funcionamiento diario del sistema de justicia criminal. Desde el punto de vista de los objetivos, la facultad de no iniciar la investigación fue concebida originalmente para evitar que el sistema se desgaste con actuaciones que resultan inconducentes cuando no se está en presencia de un delito o de un caso en el cual se pueda establecer la responsabilidad penal. Con ella, entonces, se pretende evitar que tanto el Ministerio Público, la policía, como los tribunales, tengan que realizar actuaciones que en definitiva resultan absolutamente inconducentes. Si esto es así, no se explica, entonces, que cuando aparece claramente que no hay delito y aún no se ha producido la intervención judicial, que es la hipótesis básica del Art. 168, se obligue de todas maneras al Ministerio Público a tener que solicitar un sobreseimiento y generar así un conjunto de trámites muy formales para un caso que no los requiere, esto amén de las mayores complejidades procesales que el sobreseimiento importa en relación a la facultad de no iniciar la investigación. Desde el punto de vista del funcionamiento práctico del sistema, lo más común es que en el tipo de denuncias en que son objeto de la facultad de no iniciar la investigación, el Ministerio Público requiere chequear informaciones básicas para poder ejercerlas, por ejemplo, tratándose de la situación de las presuntas desgracias que ya hemos mencionado, muchas veces el Ministerio Público requiere oír la opinión de un perito forense para determinar que precisamente no estuvo en presencia de una muerte causada intencionalmente, sino más bien de una muerte accidental o de un suicidio. En estos casos, entonces, la interpretación que realiza el Ministerio Público, le obligaría a continuar adelante con el procedimiento y requerir ante el Juez de Garantía su sobreseimiento. Este tipo de actividades o la solicitud de certificados como, por ejemplo, el de defunción del supuesto imputado, no constituyen o no debieran obligar

⁴² Véase Instructivo N° 42 Sobre El Archivo provisional y la Facultad de no Iniciar la Investigación, en reforma Procesal Penal Instrucciones Generales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001, págs. 261 a 268.

⁴³ Idem pág. 267.

al sistema hacia pasos más formales que simplemente el ejercicio de la facultad para no iniciar la investigación. Lo otro significa entender el sistema de una manera extremadamente formal, extremadamente burocrática y obligar a dar pasos que no son necesarios ni que fueron previstos originalmente al redactar este tipo de normas. De alguna forma con la interpretación del Instructivo N° 42 de la fiscalía se estaría repitiendo una concepción del proceso como un conjunto de trámites necesarios al estilo de funcionamiento del sistema inquisitivo que se pretende abandonar con el modelo de la reforma.

Un tema distinto pero que resulta recurrente en los debates acerca de esta facultad dice relación con el hecho que se suele reducir o disminuir su importancia en el nuevo sistema argumentado que ella no es una novedad para nuestro país ya que se encuentra reconocida en el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal y que ha sido de escasa utilización por parte de los actuales jueces del crimen. Creo que no obstante estas afirmaciones son ciertas en gran medida, su escasa utilización en el sistema inquisitivo se debe al peso del principio de legalidad en el funcionamiento concreto del mismo y la burocratización de la investigación criminal. Todo lo anterior hace que con bastante frecuencia los tribunales inviertan recursos investigativos en casos que se encuentran en estas hipótesis y que ellos se tramiten por varios meses antes de que sean objeto de algún tipo de sobreseimiento. La concesión de facultades discrecionales a los fiscales, la necesidad que tendrán estos de elaborar un sistema de evaluación de denuncias que les permitan adoptar decisiones acerca del futuro de los casos en etapas tempranas del procedimiento y la dinámica del nuevo sistema, seguramente traerán aparejado un incremento en el uso de esta facultad y, por lo mismo, no debe ser considerada como una facultad menor. De hecho, las cifras entregadas por el Fiscal Nacional en la cuenta pública de abril del año 2001, que cubrieron los tres primeros meses de funcionamiento de la reforma en la IV y IX Región, muestran que del total de casos ingresados un 38% estaba ya concluido y que de ese porcentaje considerado como un 100%, un total de 14,1% lo había sido en virtud al uso de la facultad de no iniciar investigación. Ello da cuenta de un porcentaje no despreciable para una etapa de desarrollo inicial del sistema ya que todo indica que ese número debiera haber crecido fuertemente en la medida que el sistema ha contado con una mayor carga de trabajo en los meses subsiguientes⁴⁴.

Como señalé, un tema importante en el debate político criminal en relación a la consagración de facultades discrecionales en manos de los fiscales ha sido el establecimiento de controles a las mismas. En atención a que existe una similitud en el diseño de los controles previstos para el uso de la facultad de no iniciar la investigación y el archivo provisional, reservaré el análisis de este tema cuando discuta el archivo provisional.

2. Archivo Provisional

En mi opinión la más importante de las excepciones al principio de legalidad reguladas en el nuevo Código Procesal Penal está constituida por la facultad que se otorga a los fiscales de archivar provisionalmente las denuncias cuando evaluados los antecedentes que dieron cuenta de la misma no permitieron conducir una investigación con perspectivas de éxito (Art. 167 inc. 1° CPP)⁴⁵. Es decir, se trata de que los fiscales puedan seleccionar de entre el elevado número de denuncias que llegan a sistema, aquellas que ofrecen posibilidades para conducir una investigación productiva, permitiéndoseles que en los casos que no ofrecen estas perspectivas puedan evitar desarrollar un proceso de investigación, a lo menos, mientras no surjan nuevos antecedentes que permitan generar un proceso de indagación y acumulación de pruebas.

⁴⁴ Cifras de septiembre de 2001 indican que del total de 29.431 casos terminados al día 16 de ese mes (que representarían cerca del 45% de los ingresos), 2.344 lo habrían sido por el uso de esta facultad.

⁴⁵ En buena medida esto se ratifica en las cifras de la cuenta pública del Fiscal Nacional del mes de abril que ya hemos mencionado, en las cuales del 38% de casos terminados considerados como un universo, el 29,9% lo había sido por uso del archivo provisional. Las cifras de septiembre de 2001 dan cuenta que de los 29.431 casos terminados a la fecha 8.403 lo habrían sido por el uso de esta facultad.

Esta facultad corresponde a casos en que los antecedentes y evidencia que los justifica no permite proyectar una investigación exitosa de los mismos, particularmente a la luz del entorno de restricciones en el que se desenvuelven fiscales y policías en la práctica. Específicamente el artículo 167 señala que se trata de casos en los que “no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos”. Así, es posible pensar que esta facultad cubre dos hipótesis de carácter general: (1) casos que son técnicamente ininvestigables (hipótesis prácticamente inexistente); y, (2) cuando aun pudiendo investigarse, es posible proyectar que, de acuerdo al entorno de restricciones con las que opera el sistema de justicia criminal en la práctica, no se obtendrán resultados positivos que permitan llevar adelante una persecución penal en forma razonable.

Si bien el nuevo Código no señala nada al respecto, por lo general esta facultad no debiera ser ejercida en casos muy graves o muy complejos, en donde siempre debiera intentarse una investigación para tomar una decisión respecto al futuro del mismo. La idea es que como se trata de una evaluación de casos dentro del contexto de restricciones del sistema de justicia criminal, resulta lógico que tratándose de los delitos más graves estemos en condiciones como sociedad de invertir más recursos y agotar todas las instancias para intentar esclarecerlos ya que ellos representan los atentados más graves en contra de los valores socialmente reconocidos. En consecuencia, esta es una facultad que debiera corresponder a delitos de mediana y baja gravedad y que, además, no sean muy complejos desde el punto de vista de su investigación. Esta aparente reducción del ámbito de aplicación de la medida no afecta en mi opinión la posibilidad que los fiscales utilicen intensamente el archivo provisional ya que delitos de mediana o baja gravedad son los que representan los porcentajes mayoritarios de ingreso al sistema.

Para describir de mejor forma el tipo de delitos que normalmente debieran caer dentro del ejercicio de esta facultad me parece conveniente revisar algunos ejemplos concretos. Un caso típico que debiera dar lugar a esta facultad se produce en delitos contra la propiedad, como por ejemplo un hurto de una billetera, en la cual la víctima aporta escasa información y en el que no existen ni testigos ni antecedentes complementarios a la denuncia del ofendido. En estos casos, la víctima normalmente se ve compelida a presentar la denuncia para efectos de evitar problemas con el mal uso de la cédula de identidad y otros documentos. Con todo, se trata de casos en los que el sistema tiene escasas o nulas posibilidades de determinar un responsable a menos que en un futuro aparezcan nuevos antecedentes. Ese delito sería técnicamente investigable, pero es fácil proyectar que la gran cantidad de recursos estatales que requeriría el poder tener la expectativa de esclarecerlo no justifica su inversión para un caso específico. Lo mismo puede ser dicho de un sinnúmero de delitos en contra de la propiedad que se denuncian en nuestro país y que son cometidos por una persona desconocida de la víctima y respecto de los cuales no hay mayores antecedentes, no hay testigos, no hay detención flagrante ni sospechosos reconocidos, e incluso es posible que la víctima no pueda establecer con precisión el lugar donde ocurrió el hecho u otras circunstancias igualmente determinantes (robos de radio de autos, etc.).

En este contexto, la facultad descrita se explica por el hecho de que en la práctica todos los sistemas de justicia criminal reciben una altísima cantidad de denuncias de parte del público, de ellas un porcentaje importante está constituido por la relación de hechos respecto de los cuales se aportan muy pocos datos y en los que la experiencia muestra que no tiene mucho sentido conducir una investigación porque la policía no cuenta con elementos mínimos que le permitan seguir alguna pista para la obtención de resultados. Por otra parte, tampoco se trata de hechos lo suficientemente graves para justificar una investigación demasiado compleja como la que podría montarse aun sin muchos antecedentes si se considera que el hecho lo amerita. El sistema vigente, en cambio, obliga a quienes tienen a su cargo la persecución penal a conducirla en todos los casos, incluidos aquellos del tipo descrito. Esto se traduce en una sobresaturación del sistema y en un agotamiento de los recursos del mismo, en especial del tiempo de la policía, en investigaciones y procesos que técnicamente no tienen posibilidades de esclarecimiento de acuerdo a la experiencia acumulada. Todos esos constituyen recur-

sos escasos del sistema que deben ser focalizados para la realización de aquellas actividades que sí resulten productivas y socialmente relevantes.

Se trata entonces de que los fiscales cuenten con la posibilidad de orientar sus propios recursos y los de los órganos que les prestan auxilio, para una investigación eficaz de aquellos casos en que ello resulta posible, introduciéndose así criterios de racionalidad en esta actividad. Por lo mismo, la decisión de archivar provisionalmente un caso es una facultad que se le entrega a los fiscales que debe ser usada en los momentos iniciales de la persecución, luego que el caso es evaluado y antes de decidir una intervención intensa de las agencias de persecución penal. De otra forma, el objetivo de racionalización de recursos no se cumpliría. Esto no quiere decir que una vez iniciada la persecución no existan otros mecanismos que permitan suspenderla o terminarla.

A esta altura debe precisarse un punto. El hecho de decidir ejercer la facultad de archivar provisionalmente un caso no significa que ese caso no reciba algún tipo de respuesta por parte del sistema. Normalmente, en una gran cantidad de los delitos denunciados, las víctimas recurren al sistema con la expectativa que este le puede certificar el haber recurrido al mismo para efectos, por ejemplo, de cancelar documentos sustraídos u obtener las compensaciones de parte de los seguros comprometidos. En esos casos el sistema debe darle esas respuestas a las víctimas y evitar así que el uso de esta facultad se perciba socialmente como una situación de desprotección absoluta de los ofendidos por el delito. El sistema también debe ser capaz de justificar racionalmente estas decisiones para que se perciban como útiles por la sociedad en su conjunto.

Por las razones antes mencionadas esta facultad debe ejercerse de modo transparente y conocido, para lo cual es necesario que el Fiscal Nacional dicte instrucciones que la enmarquen, determinando los delitos y las hipótesis en que ella es aplicable. Estas instrucciones deben estar en conocimiento del público y de todos quienes intervienen en el sistema, pudiendo así ser objeto de discusión y corrección.

En relación con los efectos del archivo provisional es importante destacar que estos difieren respecto de la facultad de no iniciar la investigación. En efecto, el archivo solo produce una suspensión temporal en la persecución penal, la cual podrá reanudarse hasta que la acción penal se encuentre prescrita. Poniéndolo en términos más pedestres, constituye una decisión que solo congela al caso pero no lo mata. La idea es que pueda existir una base de datos en la que se registren los casos congelados y en la medida que se detecten nuevos antecedentes vinculados al mismo que permitan proyectar una investigación con algún éxito se pueda descongelar el caso respectivo y reactivar una investigación en el mismo. Un límite para el ejercicio de esta facultad por parte de los fiscales es que se haya formalizado la investigación en el caso respectivo. A partir de ese momento si el fiscal considera que no existen antecedentes que le permitan llevar adelante la investigación deberá provocar el sobreseimiento del mismo de acuerdo a las reglas generales.

Como se ha visto, uno de los grandes desafíos de la facultad de archivo provisional es su ejercicio en etapas muy temprana de la persecución penal de manera de evitar el desgaste de los escasos recursos de investigación que dispone tanto el Ministerio Público como la Policía. En este sentido, resulta altamente problemático el instructivo N° 42 del Ministerio Público, al que ya he hecho referencia, ya que en la materia señala que siempre es conveniente a los Fiscales del Ministerio Público, antes de tomar la decisión de archivar provisionalmente, realizar un conjunto de diligencias o actividades de investigación. Es así como textualmente el instructivo señala: "Por lo anterior, es necesario resaltar que el ejercicio del archivo provisional siempre requiere en forma previa de la realización de diligencias mínimas y fundamentales de la investigación, como por ejemplo, citación del ofendido o denunciante a la fiscalía para que aporte mayores antecedentes a la denuncia, de los cuales pueden surgir otros indicios para continuar con pesquisas útiles, realización de pericias por organismos técnicos policiales, empadronamiento e interrogación de testigos, según la naturaleza y gravedad de los casos".

Me parece que este instructivo desnaturaliza en buena medida los objetivos tenidos en vista al momento de establecer el archivo provisional, toda vez que obliga a los fiscales a dar

instrucciones de investigación a la policía cuando en un porcentaje importante de casos, según la experiencia policial lo demuestra, en los que los antecedentes disponibles al primer momento de la investigación claramente permiten tomar una decisión en este sentido. Resulta conveniente que el ministerio público tome en cuenta la gran experiencia que tienen en evaluación de denuncias los organismos policiales y puedan adoptar decisiones en esta etapa muy temprana. Si esto no ocurre se corre el serio riesgo de reproducir prácticas como las órdenes de investigar a la policía cuando ellas no resultan necesarias, recargando excesivamente su trabajo sin justificación alguna.

No obstante la importancia en el adecuado uso del archivo provisional y de la facultad de no iniciar la investigación, estas facultades abren un espacio en el que se pueden adoptar decisiones por motivos ilegítimos o fundamentadas en apreciaciones erróneas por parte de los fiscales, todo ello además con un escaso control derivado del estado primario de desarrollo del caso.

Frente a estos posibles problemas, el nuevo Código regula un procedimiento simple para la adopción de estas decisiones y ciertos mecanismos de control de las mismas que pretenden evitar abusos, corrupción o decisiones erradas por parte de los fiscales del Ministerio Público. Es por esto que, en primer término, los fiscales siempre deberán adoptar la decisión formal en la que decide no iniciar la investigación o archivar provisionalmente el caso por medio de una resolución fundada en la que se expliciten las razones de la adopción de tal decisión.

Las víctimas que se sientan afectadas por la decisión de no continuar o de no iniciar una investigación tienen la posibilidad de manifestar su disconformidad respecto de ellas e incluso obligar al Ministerio Público para que le dé inicio o la continúe. Las víctimas cuentan con dos canales para ello: el control interno y el control judicial. En el primer caso, las víctimas pueden recurrir internamente en el Ministerio Público ante las autoridades superiores del fiscal que adoptó la decisión respectiva para representarle la inconveniencia de tal decisión. Este reclamo podría originar que administrativamente los superiores del fiscal respectivo alteren su decisión. La Ley Orgánica del Ministerio Público, en su artículo 33, regula este procedimiento tratándose de reclamos que se presenten ante el Fiscal Regional. Allí se señala que el reclamo deberá formularse por escrito y el Fiscal Regional deberá responder también por escrito en un plazo de cinco días.

Las víctimas también pueden recurrir ante el juez de garantía competente para reclamar de la decisión del fiscal. En este caso el reclamo se tiene que traducir en la presentación de una querrela que, si es admitida a tramitación, obliga al Ministerio Público a seguir adelante con la investigación conforme a las reglas generales (Art. 169). Esto es, que si la querrela cumple con los requisitos establecidos en el Código (Art. 113), el Ministerio Público se verá en la necesidad de seguir adelante el caso y terminarlo, eventualmente, en un sobreseimiento si no prospera su investigación.

A los anteriores controles deben agregarse normas específicas contenidas en cada una de las facultades que refuerzan la idea de evitar un uso abusivo o arbitrario de las mismas. Es así como el artículo 168 exige que la facultad de no iniciar la investigación sea siempre aprobada judicialmente. En el caso del archivo provisional, el inciso segundo del artículo 167 establece que si se trata de delitos que merecieran pena aflictiva, el fiscal debe someter su decisión a la aprobación del Fiscal Regional.

Según se puede apreciar, a través de estos controles se intentan compatibilizar varios objetivos. Primero, el darle herramientas a la persecución penal para racionalizar la carga de su trabajo. Segundo, permitirle a las víctimas afectadas que formalicen su disconformidad con una querrela de asegurarles que se investigaran los hechos. Tercero, evitar el ejercicio abusivo o ilegal de estas facultades.

3. Principio de Oportunidad en sentido estricto

Finalmente, la última manifestación de discrecionalidad de los fiscales en el ejercicio de la persecución penal que analizaré está constituida por el llamado principio de oportunidad u

oportunidad en sentido estricto (Art. 170 CPP). Se trata de la facultad que se otorga a los fiscales para cerrar aquellos casos en los que aun habiendo antecedentes para investigar o incluso acusar, se considere que los hechos son de una gravedad muy reducida y no comprometen gravemente el interés público. Expresamente el Código los describe como “un hecho que no comprometiére gravemente el interés público”.

Como la cláusula de comprometer el interés público puede resultar un tanto ambigua, lo que hace el Código es objetivizar dicha facultad estableciendo límites para su ejercicio. En primer lugar, no puede ejercerse respecto de delitos que tengan una pena mínima superior asignada por la ley a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo. En segundo lugar, que se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones no importando la pena asignada al delito por la ley. Así por ejemplo, tratándose de la primera hipótesis, un fiscal no podría ejercer esta facultad respecto del hurto del artículo 446 N° 2 del Código Penal cuya pena inferior parte de presidio menor en su grado medio. Sí podría ejercerse en cambio en el hurto del 446 N°3 del Código Penal que establece una pena de presidio menor en su grado mínimo o respecto de cualquier otro delito que parta de dicha pena aun cuando pueda ser sancionado con una superior.

Esta facultad está orientada a excluir una serie de situaciones que la práctica de los diversos sistemas ha mostrado que se presentan comúnmente y en las que, si bien existe un hecho que formalmente se enmarca en la definición de un tipo penal, las circunstancias en que el caso se produce hacen que desde el punto de vista del interés social involucrado resulte poco conveniente seguir el camino del proceso y eventualmente de la pena. Se posibilita, en cambio, que puedan operar otros mecanismos sociales de solución del conflicto que resultan menos gravosos o que opere una cierta tolerancia social respecto de hechos sin mayor significación. En definitiva, detrás de ella hay razones de conveniencia social que permiten al sistema excluir casos en los que no resulta político criminalmente continuar con la persecución penal.

Situaciones en las que puede resultar posible la aplicación de esta forma de terminación son, por ejemplo, las de delitos contra la propiedad de objetos de poco valor que ocurren al interior de establecimientos educacionales o laborales en el contexto de relaciones permanentes entre los involucrados. Otra situación característica puede ser la que se da en cuasidelitos de resultados no demasiado graves, respecto de terceros, ocurridos en el tránsito, cuando el autor resulta gravemente lesionado, en algunos de estos casos se puede considerar que las lesiones producidas por el hechor son suficiente castigo y que agregar a su sufrimiento una persecución penal puede ser inconveniente desde el punto de vista social, ya que conviene al interés común que la persona se recupere y vuelva a sus funciones productivas y no que sea marginalizado al extremo. En general, la oportunidad está diseñada para cubrir delitos de poca monta o bagatelarios entre los que quedarían cubiertas las faltas, el delito de ultraje público a las buenas costumbres del artículo 373 del Código Penal (utilizado normalmente para detener a prostitutas y travestis), las lesiones menos graves del artículo 399 del Código Penal, los hurtos de especies de poco valor sancionados en el artículo 446 N° 3 del Código Penal, las estafas residuales del artículo 473 del mismo texto, los daños de escasa monta económica contenidos en el artículo 486 del Código penal, infracciones a la ley de alcoholes como la ebriedad simple del artículo 113 del mismo cuerpo legal entre otros.

Como se puede apreciar del análisis precedente, la regulación del artículo 170 establece una expresión bastante limitada de discrecionalidad en relación con margen de delitos a que se aplica⁴⁶. Junto con esto, el Código establece un procedimiento más complejo y mecanis-

⁴⁶ Esto no significa necesariamente que porcentualmente se ejerza poco. La cuenta anual a que he hecho referencia previamente indica que dentro del universo del 38% de los casos terminados a la época, un 34% se explica por aplicación del principio de oportunidad del artículo 170. En las cifras de septiembre la oportunidad representa 9.391 de un universo de 29.431 casos terminados. Esta aparente contradicción se explica por el hecho que una porción muy significativa de los ingresos del sistema de justicia criminal se refiere a casos muy menores, como por ejemplo las ebriedades simples penalizadas por la Ley de Alcoholes. Así por ejemplo, las cifras de septiembre indican que solo en materia de ebriedad el principio había sido aplicado en 6.229 casos (lo que representa más de dos tercios del total de casos en los que se ha usado).

mos de control más intensos para su ejercicio lo que tiende a restringir aún más su uso. Esta situación se explica porque, tanto desde el punto de vista de la víctima como de la opinión pública, esta es una facultad mucho más fuerte que las anteriores que he revisado. Pensemos que en los otros mecanismos el sistema le dice a la víctima que no llevará adelante la persecución penal porque no se trata de un delito o bien porque es imposible hacerlo. Aquí, en cambio, estamos en presencia de un delito que eventualmente podría ser objeto de una persecución penal exitosa, no obstante lo cual, por razones de conveniencia social se decide dejar de lado. Además, a diferencia del archivo provisional que tiene por efecto la suspensión provisional de la persecución penal, la oportunidad produce la extinción de la acción penal según señala expresamente el inciso séptimo del artículo 170, sin perjuicio de dejar abierta la posibilidad de llevar adelante la persecución de la responsabilidad pecuniaria por el delito cometido (Art. 170 inciso final).

En este contexto, al igual que el archivo provisional y la facultad de no iniciar la investigación, la aplicación del artículo 170 supone que el fiscal dicte una resolución motivada en la que explique las razones que justifican su decisión. Esta resolución deberá ser notificada al juez de garantías competente, quien la notificará a los intervinientes del caso si los hubiere.

Notificada esta decisión, el juez de garantía dispone de un plazo de diez días en el que, de oficio o a petición de parte, puede dejarla sin efecto cuando considere que el fiscal del Ministerio Público se ha excedido en el ejercicio de sus atribuciones. Esto básicamente en cuanto al marco legal de la misma, es decir, que hubiere aplicado la oportunidad para un delito con pena mínima superior al señalado por la ley (por ejemplo a un robo con violencia) o que fuera un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (por ejemplo en un caso de malversación de caudales públicos). El juez de garantía no puede controlar el mérito de la decisión del fiscal, sino solo la legalidad de la misma.

En todo caso, las víctimas que se sientan afectadas por esta decisión también tienen dos vías para oponerse a esta decisión del fiscal: la judicial y la interna.

Se suma al control que de oficio puede realizar el juez de garantía la posibilidad que tiene la víctima de manifestar, dentro de los diez días siguientes a la notificación que se realiza al juez por parte del fiscal, su interés por la persecución penal. Esta disconformidad puede ser manifestada por cualquier medio, escrito u oral, y obliga al juez de garantía a dejar sin efecto la resolución del Ministerio Público y, consiguientemente, a continuar la investigación de acuerdo a las reglas generales. La idea en este caso es que frente al reclamo de una víctima que se sienta afectada directamente por la decisión de no seguir adelante prime este interés para que no generar una sensación de impunidad y desprotección ante el sistema por decisiones de conveniencia adoptadas por la fiscalía.

La segunda posibilidad es que las víctimas recurran administrativamente ante el superior del fiscal respectivo, facultad que puede ejercer hasta 10 días después de vencido el plazo para reclamar ante el juez de garantía. En este caso las autoridades deberán chequear dos aspectos: (1) que la oportunidad ha sido ejercida dentro del margen de legalidad permitido por el Código; y (2) también dentro del marco de las instrucciones de carácter general establecidas a nivel institucional para su ejercicio. Si se entiende que el fiscal ha excedido la ley o las instrucciones generales del Ministerio Público, se revoca la decisión y se continúa con la persecución penal de acuerdo a las reglas generales.

En relación con esto último, el Código en su diseño opera sobre la idea que esta facultad se debe ejercer de conformidad a los criterios generales de actuación que determine el Ministerio Público. No se trata que cada fiscal de manera separada determine una política de persecución penal, sino que esta se adecue a la evaluación que realicen las autoridades acerca de los recursos disponibles de la institución y a las guías y pautas de actuación que estas entreguen a los fiscales en particular. Estas guías o pautas de actuación deberán ser públicas y discutidas al interior de la institución con una periodicidad al menos anual. Ello lleva a que su ejercicio sea controlable públicamente y por las autoridades de la institución de acuerdo con el cumplimiento de los objetivos predeterminados para su ejercicio. Lo que se busca es que esta facultad sea ejercida en términos igualitarios para las mismas categorías de delitos y

de una manera que sea socialmente útil para el adecuado funcionamiento del sistema de justicia criminal.

En el contexto de esta aspiración del diseño original de funcionamiento de la oportunidad, me parece que un gran desafío en la materia por parte de la fiscalía nacional es construir una política que permita un ejercicio intenso de esta facultad, pero en términos de ser transparente, igualitaria y flexible. Una política que pueda ser lo suficientemente flexible como para entender que detrás de algunas mismas categorías de delito se esconden situaciones muy distintas, algunas merecedoras del uso de la oportunidad y otras no, y que sea capaz de recoger las particularidades que tiene el fenómeno criminal a nivel local en las distintas regiones del país. En este sentido me parece criticable el Instructivo N° 35⁴⁷ de la fiscalía nacional, el que parece ser una descripción general y teórica de la facultad del artículo 170 y no un conjunto de directrices que establezcan una política criminal para el uso de la oportunidad en sentido estricto.

IV. REFLEXIONES FINALES: HACIA UNA EVALUACIÓN PROVISIONAL

El Código Procesal Penal representa un avance significativo respecto al reconocimiento del carácter esencialmente selectivo que tienen los sistemas de justicia criminal en relación con lo que ocurre en el Código de Procedimiento Penal inquisitivo. Este reconocimiento permite al Ministerio Público ejercer facultades para seleccionar casos en etapas muy tempranas de la persecución penal y así ahorrar recursos escasos para poder investigar y sancionar los casos socialmente más relevantes. En este sentido, se puede afirmar que el Código nuevo le ha entregado al Ministerio Público la llave de ingreso de casos al sistema, permitiéndole así desarrollar una política de control de la carga de trabajo, única forma de generar condiciones para que la permanente presión de trabajo que tienen los sistemas de justicia criminal pueda controlarse y pueda permitir a los operadores del mismo funcionar dentro de parámetros razonables de eficiencia y calidad.

El problema principal para que se pueda cumplir con los objetivos presupuestados es que el solo cambio legal no asegura que las facultades descritas se ejerzan intensa y adecuadamente. De hecho, uno de los problemas que pueden apreciarse en los primeros meses de funcionamiento de la reforma es una subutilización de los mecanismos analizados precedentemente. Las cifras de la cuenta pública del año 2001 indican que solo en cerca de 30% del total de ingresos del sistema ellas se han utilizado. Cifras más recientes (hasta el día 16 de septiembre) indican que del total de casos ingresados (55.342) un 53,18% se encontraba terminado (29.431) incluyendo en dicho porcentaje todas las causales de término, es decir, que el porcentaje de casos en los que se utilizaron estas facultades es inferior al 50%. De hecho, si se suman las tres instituciones en análisis ellas representan solo un 36,34% que se distribuye de la siguiente forma: archivo provisional 15,15%, facultad de no iniciar la investigación 4,2% y oportunidad 16,96%. En ambos casos las cifras dan cuenta que las facultades se estarían utilizando muy por debajo de la cifra proyectada originalmente (cercana al 70%).

Existen varias razones que podrían justificar la situación descrita. La primera de ellas dice relación con la relativa limitación normativa de las facultades que hemos analizado. En efecto, según se ha podido apreciar, en materia de derecho comparado existen muchas otras posibilidades de selección de casos por parte de los fiscales que no se recogieron en nuestro Código Procesal Penal. No obstante lo anterior, este argumento no permite explicar la escasa utilización de estos mecanismos ya que los cálculos iniciales se realizaron precisamente teniendo en mente las limitaciones legales chilenas.

⁴⁷ Véase Instructivo N° 35, Que Imparte Criterios de Actuación e Instrucciones en Materia de Principio de Oportunidad, en Reforma Procesal Penal: Instrucciones Generales N° 26 a 50, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001, págs. 179 a 190.

Un segundo argumento que podría darse para explicar la poca utilización de estas facultades está en que debido a que el sistema no ha llegado a un estado de régimen (estado de funcionamiento normal con plena carga de trabajo), la presión por el uso de estas herramientas ha sido más baja que lo se debiera esperar en un futuro próximo cuando el sistema opere con niveles de trabajo mayor. Me parece que este segundo argumento es acertado para explicar en parte el fenómeno descrito en un momento inicial de funcionamiento de la reforma; sin embargo, no permite explicar la magnitud de la situación actual frente a la preocupación que las autoridades del Ministerio Público han manifestado en relación con el excesivo trabajo que han enfrentado los fiscales⁴⁸. Así, el Ministerio Público planteó a pocos meses de inicio de la reforma que la carga laboral de los fiscales exigía un aumento de los mismos logrando un aumento de la planta originalmente considerada en ambas regiones. Esto da cuenta que los fiscales han estado sometidos a una presión laboral desde hace varios meses que debiera haberse ya traducido en un ejercicio más intenso de las facultades en estudio, cosa que como hemos visto no ha ocurrido.

En definitiva, estos dos primeros argumentos permiten explicar parcialmente la subutilización de los mecanismos en estudio pero no logran dar cuenta de la totalidad del fenómeno que, en mi opinión, obedece a causas adicionales.

En este contexto, me parece que el principal problema en la no utilización intensa de estas facultades por parte del Ministerio Público se encuentra en lo que podría denominarse como un problema de carácter cultural, es decir, un problema vinculado a la falta de comprensión acerca de los objetivos y del rol que cumplen los mecanismos de descongestión en el nuevo sistema. Un ejemplo claro de lo anterior está constituido por la orientación general de los instructivos del Ministerio Público en la materia. Así, de acuerdo al análisis que he realizado precedentemente, se puede apreciar que los instructivos recomiendan prácticas que no resultan completamente funcionales a un uso amplio y extensivo de estos mecanismos. Por el contrario, se trata de instrucciones que tienden a crear trámites o procesos de trabajo adicionales a los que un uso rápido de estas facultades aconsejan, todo ello limitando las posibilidades reales de ser aplicadas.

A lo anterior es necesario agregar un medio ambiente fuertemente jerarquizado y de mucho control al interior del propio Ministerio Público, lo que se traduce en una reducción del espacio que disponen los fiscales para el ejercicio de estas facultades. Como apunté, ello no se produce debido a la regulación normativa de estas instituciones sino por la idea cultural que hay detrás de su uso en las autoridades superiores de la institución. Esta situación puede ser muy problemática cuando la reforma entre en vigencia en regiones con mayores niveles de población e índices de criminalidad, ahí un inadecuado manejo de la carga de trabajo podría traducirse en un colapso del sistema.

Me parece que una de las ideas detrás de las políticas actuales del Ministerio Público que perjudican un uso más amplio de las facultades de selección de casos, es una errada concepción acerca de las posibilidades reales que tiene la investigación criminal. Dicha concepción puede ser denominada "el mito de la investigación eficaz", es decir, la creencia que la investigación criminal puede ser eficiente en la investigación de delitos comunes y corrientes respecto de los cuales no existen datos en los momentos iniciales de la persecución penal. Dicho mito no corresponde a la realidad del funcionamiento del sistema y tiende a generar una comprensión burocrática del proceso de investigación criminal. Otra idea fuerte detrás de estas prácticas es la de entender el proceso de investigación criminal como un conjunto burocrático de trámites que deben siempre ser cumplidos antes de adoptar cualquier decisión. Esto tiende a alargar las investigaciones criminales aun cuando de antemano se tiene claro que ello no llevará a ningún resultado productivo.

Estas lógicas deben cambiar fuertemente para lograr el objetivo de racionalizar la carga de trabajo del sistema. Para un uso extenso de los mecanismos en análisis se requiere, en

⁴⁸ Así por ejemplo véanse las declaraciones de la fiscal regional de la IX Región en, *Críticas a la Reforma Procesal Penal son Injustas*, Diario Austral de Temuco, 18 de marzo de 2001.

primer lugar, una voluntad política de la institución. Esto no solo significa el promover a estos mecanismos, sino que dar respaldo a los fiscales frente a innumerables problemas que puedan tener en su utilización. Supone asumir los costos políticos que pueda tener una decisión errada en un caso específico, entendiéndose que detrás de ella pueden haber cientos o miles de casos en los que las decisiones han sido correctas.

A partir de una voluntad política es necesario construir un sistema orientado al uso amplio de las facultades. Un primer componente es contar con un sistema de evaluación de denuncias sofisticado ya que la decisión oportuna y de calidad para el ejercicio de los mecanismos de selección de casos pasa por la construcción de este. La evaluación inicial de las denuncias constituye una fase clave en el nuevo sistema. Para lograr esto, es imprescindible que los fiscales no solo tomen y se comprometan con decisiones de calidad sobre el caso, por ejemplo de archivar o no continuar la investigación, sino también que esas decisiones sean adoptadas en forma rápida, evitando la prolongación excesiva de los procesos y el consiguiente desgaste de recursos humanos y materiales siempre escasos que ello provoca. En definitiva, el objetivo del sistema de evaluación de denuncias es evitar que los fiscales eludan la responsabilidad de tomar decisiones relevantes en forma rápida y, en cambio, solo adopten medidas que signifiquen alargar injustificadamente el proceso, como por ejemplo, lo que ocurre en muchas ocasiones en el sistema actual, cuando se solicitan órdenes de investigar en casos respecto de los cuales se sabe de antemano que no se obtendrán resultados positivos o cuando se solicita que el denunciante comparezca a ratificar su denuncia como requisito para iniciar la investigación de los hechos. Situaciones de este tipo llevan a la burocratización de la etapa de investigación y a su extensión temporal injustificada, todo ello con un importante desgaste de los muy limitados recursos disponibles para la persecución penal y, además, con altos costos en la legitimidad del sistema, problemas que precisamente se intentan evitar en el nuevo esquema procesal.

Junto con lo anterior, es necesario dotar a los fiscales de todas las herramientas administrativas, de gestión, de organización del trabajo y de capacitación que les permitan actuar de conformidad a esos objetivos. Por ejemplo, la creación de programas computacionales de apoyo para la evaluación de los casos, sistemas administrativos orientados a prestar servicios de alta calidad en los primeros momentos en los que se reciben las denuncias por parte del Ministerio Público, una organización del trabajo de fiscales que intente lograr especialidades en las destrezas de evaluación, etc.

Me parece que en la medida que estas condiciones sean trabajadas por el Ministerio Público el gran avance normativo del nuevo Código se puede reflejar en la práctica en un mejor sistema de administración de justicia penal.