



**UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**

**EL CONTROL JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO DEL PRINCIPIO
DE OPORTUNIDAD, LA FACULTAD DE NO INICIAR LA
INVESTIGACIÓN Y EL ARCHIVO PROVISIONAL EN EL
PROCESO PENAL.**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.**

Autor: GASTÓN VILLAGRA SANTANDER.

Profesor Guía: SR. JORGE UGARTE ABREGO.

Santiago, Chile

2009

A mi querida madre, a quien le debo tanto...

AGRADECIMIENTOS.

Para empezar, y por sobre todas las cosas, doy gracias a Dios por haberme entregado la perseverancia y la capacidad para adentrarme y querer explorar el maravilloso mundo que entraña lo que conocemos como Derecho, el área madre de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

Por otro lado, mis más sinceros agradecimientos a mis padres, Gladys y Gastón, quienes han depositado su cariño y dedicación, que han sido pilares fundamentales para seguir avanzando en mi carrera profesional. Asimismo, extendiendo este agradecimiento infinito a mis amados hermanos, Valentín y Beatriz. A todos ellos, gracias por creer en mí y forjar mi destino.

A mis familiares, amigos, compañeros de carrera, compañeros de trabajo, y a mi querida Anita, extendiendo mis sinceros agradecimientos por sus muestras de apoyo y afecto, y por depositar las energías necesarias para que, con esperanza, vaya superando las metas y dificultades que día a día se presentan.

Doy, igualmente, mis agradecimientos a don Cristián Maturana Miquel, por haberme abierto una puerta para adentrarme al conocimiento y a la pasión que implica el estudio del Derecho Procesal; a don Jorge Ugarte Abrego, por todo su apoyo y por haber guiado por buenos pasos este humilde trabajo.

Finalmente, doy gracias a la Universidad de Chile, por la apertura de sus puertas para formar parte de sus aulas, y por todas las destrezas y herramientas que me han dado para enfrentar los desafíos que implica el mundo profesional.

¡A todos ustedes, mis bendiciones y mil gracias!

Gastón Villagra Santander.

ÍNDICE.

	Pág.
Introducción.....	10
PRIMERA PARTE: EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.	
Capítulo I: El Principio de Oportunidad.....	12
1- Concepto.....	12
2- El Principio de Oportunidad v/s el Principio de Legalidad.....	15
3- Tipos del Principio de Oportunidad en cuanto a su regulación: Discrecional y Reglado.....	25
4- Características generales del Principio de Oportunidad. Referencia a la legislación nacional: Requisitos de su procedencia.....	28
5- Comparación entre el Principio de Oportunidad y el Principio de Legalidad..	31
Capítulo II: El control del Principio de Oportunidad en Chile.....	34
1- Concepto del control del Principio de Oportunidad en Chile.....	34
2- Consagración normativa en cuanto a su control.....	35
2.1- Por vía judicial.....	35
2.1.1- Normas relacionadas.....	35
2.1.2- Procedimiento a aplicar.....	35
2.1.3- Sanciones (consecuencias).....	39
2.1.4- Jurisprudencia. Comentarios.....	40
2.2- Por la vía administrativa.....	49
2.2.1- Normas relacionadas.....	49
2.2.2- Procedimiento.....	50
2.2.3- Sanciones (consecuencias).....	53

Capítulo III: El Principio de Oportunidad en el Derecho Comparado: Instituciones	
Análogas.....	55
1- Alemania.....	55
2- Estados Unidos.....	58
3- Argentina.....	61
4- España.....	63
Capítulo IV: Eficacia de los mecanismos de control del Principio de Oportunidad en el Derecho Nacional.....	66
1- Necesidad del control del Principio de Oportunidad.....	66
2- Eventuales efectos positivos y negativos del actual mecanismo de control..	68
2.1- Efectos positivos del actual mecanismo de control.....	68
2.2- Efectos negativos del actual mecanismo de control.....	69
SEGUNDA PARTE: EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL ARCHIVO PROVISIONAL.....	70
Capítulo I: El Archivo Provisional.....	70
1- Concepto.....	70
2- Características Generales. Requisitos generales genéricos para su procedencia.....	71
Capítulo II: El control del Archivo Provisional en Chile.....	76
1- Concepto.....	76
2- Consagración Normativa del Control del Archivo Provisional en Chile.....	78
2.1- Por vía judicial.....	78
2.1.1- Normas aplicables.....	78
2.1.2- Procedimiento.....	78
2.1.3- Sanciones (consecuencias).....	80
2.1.4- Jurisprudencia. Comentarios.....	81
2.2- Por vía administrativa.....	88
2.2.1- Normas aplicables.....	88
2.2.2- Procedimiento.....	89
2.2.3- Sanciones (consecuencias).....	93

Capítulo III: El Archivo Provisional en el Derecho Comparado: Instituciones Análogas.....	95
1- Alemania.....	95
2- Estados Unidos.....	97
3- Argentina.....	98
4- España.....	101
Capítulo IV: Eficacia de los mecanismos de control del Archivo Provisional regulados en el Derecho Nacional.....	104
1- Necesidad del Control del Archivo Provisional.....	104
2- Los efectos positivos y negativos del actual mecanismo de control.....	106
2.1- Efectos positivos del actual mecanismo de control.....	106
2.2- Los Posibles efectos negativos del actual mecanismo de control.....	107
TERCERA PARTE: EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA FACULTAD DE NO INICIAR LA INVESTIGACIÓN.....	109
Capítulo I: La Facultad de No Iniciar la Investigación.....	109
1- Concepto.....	109
2- Características Generales. Requisitos generales genéricos para su procedencia.....	110
Capítulo II: El control de La Facultad de No Iniciar la Investigación en Chile.....	115
1- Concepto.....	115
2- Consagración Normativa en cuanto a su control.....	115
2.1- Por la vía judicial.....	116
2.1.1- Normas aplicables.....	116
2.1.2- Procedimiento.....	116
2.1.3- Sanciones (consecuencias).....	119
2.1.4- Jurisprudencia. Comentarios.....	120
2.2- Por la vía administrativa.....	122
2.2.1- Normas aplicables.....	122

2.2.2- Procedimiento.....	123
2.2.3- Sanciones (consecuencias).....	126
Capítulo III: La Facultad de No Iniciar la Investigación en el Derecho Comparado:	
Instituciones Análogas.....	128
1- Alemania.....	128
2- Estados Unidos.....	130
3- Argentina.....	131
4- España.....	133
Capítulo IV: Eficacia de los mecanismos de control de La Facultad de No Iniciar la Investigación regulados en el Derecho Nacional.....	
1- Necesidad del Control de La Facultad de No Iniciar la Investigación en el Derecho Nacional.....	135
2- Los efectos positivos y negativos del actual mecanismo de control.....	137
2.1- Efectos positivos del actual mecanismo de control.....	137
2.2- Los efectos negativos del actual mecanismo de control.....	138
CUARTA PARTE: COMPARACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO OPORTUNIDAD, LA FACULTAD DE NO INICIAR LA INVESTIGACIÓN Y EL ARCHIVO PROVISIONAL..	
1- Semejanzas entre las tres instituciones analizadas.....	139
2- Diferencias entre estas instituciones. Algunos datos estadísticos.....	141
Anexo: Aplicación de términos facultativos por el Ministerio Público años 2004-2007.....	143
CONCLUSIONES FINALES.....	145
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	148

RESUMEN.

Con la estricta finalidad de instruir previamente al lector, antes de comenzar a leer esta obra, es necesario advertir que su objetivo consiste en examinar los sistemas de control judicial y administrativo respecto al Principio de Oportunidad, la Facultad de No Iniciar la Investigación y el Archivo Provisional, algunos de los términos facultativos que puede utilizar el Ministerio Público. Sin perjuicio de lo anterior, incluye la definición de cada uno de ellos, como asimismo se destacan sus rasgos esenciales y, asimismo, su similitud con algunas legislaciones extranjeras.

Para dichos efectos, se ha dividido esta obra en cuatro partes, cada una de ellas con capítulos y subcapítulos, que tratan por separado cada una de estas instituciones. En cada uno de ellos, se analizó por separado cada característica, a fin de comprender el mecanismo de control judicial y administrativo de cada institución, determinando, en un apartado, las ventajas y dificultades (o desventajas) de cada uno de ellos.

Asimismo, luego de un extenso examen de bases de datos y textos de consulta, esta obra trae consigo jurisprudencia acerca de dichos temas, un aspecto que se echa de menos en las obras que se han escrito, como asimismo resalta la innovadora perspectiva en la que se aborda dicha temática en esta memoria.

Finalmente, a la luz del análisis que se advierte en el cuerpo de esta obra, junto a datos estadísticos utilizados para dichos efectos, se extraen ciertas conclusiones que permiten dar por sentada la existencia efectiva de una dualidad de mecanismos de control que, a la postre, resultan adecuados, no obstante advertir que una reforma legal, a fin de detallar los procedimientos y no dejar así vacíos, se tendría como oportuna y óptima, con la finalidad de evitar contradicciones y vicios en un sistema de

frenos y contrapesos necesario para el adecuado ejercicio de esta facultades, no perdiendo de vista, por cierto, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto, tal como su título lo señala, en analizar y explicar el control judicial y administrativo del Principio de Oportunidad, La Facultad de No Iniciar La Investigación y el Archivo Provisional en el Sistema Procesal Penal, vigente en nuestro país desde el año 2000 a la fecha.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir al lector, primeramente, que estas instituciones ya han sido objeto de textos estudiantiles, instructivos y tesis, las que se dedican a conceptualizarlas, caracterizarlas y señalar la normativa legal que las rige. No obstante, la presente memoria está diseñada, si bien en el mismo tema ya recurrido por muchos, bajo una perspectiva distinta, cuyo centro de análisis se aboca, más bien, en los mecanismos de control de los mismos, lo que implica no ahondar mayormente en dichos conceptos o en sus características que, por otras obras, son efectivamente conocidos y comprendidos.

En efecto, es esta misma razón –la similitud de las obras analizadas y encontradas al momento de elaborar este trabajo- la que ha motivado a diseñar esta memoria en la forma como se presenta a continuación. De esta manera, el lector podrá advertir que el tema central de este trabajo gira en torno a los mecanismos de control, judiciales y administrativos, de las tres instituciones en revisión, como asimismo en el análisis de instituciones similares en legislaciones comparadas.

Por otro lado, resulta significativo el interés del suscrito por incluir y analizar jurisprudencia que se ha ido desarrollando a lo largo de la vigencia del Sistema Procesal Penal, en relación con los criterios utilizados por los jueces frente al control de las facultades que el fiscal posee frente a las diligencias de investigación.

Con todo, el objetivo está centrado en estructurar dichos mecanismos de control y verificar la práctica de los mismos, por medio de los análisis jurisprudenciales que en esta obra se incluyen. Además, se añade a ello el examen de legislaciones comparadas para determinar la existencia de instituciones similares en sus sistemas procesales penales.

Todo lo anterior, está construido bajo la hipótesis de un real y efectivo mecanismo de control, tanto judicial como administrativo, de los principios en comento, de acuerdo al análisis que se esquematiza en cuatro partes: La primera, bajo el concepto del Principio de Oportunidad; la segunda, bajo el concepto de Archivo Provisional; la tercera, bajo el término de la facultad de no iniciar la investigación, para ponerle punto final bajo una serie de comparaciones entre dichas instituciones y algunos datos estadísticos, que permiten arribar a ciertas conclusiones finales.

En definitiva, este trabajo es una pequeña ambición para adentrarse dentro de las citadas figuras normativas integrantes del Sistema Procesal Penal moderno que rige en Chile visto desde una perspectiva distinta, con una mirada diferente.

PRIMERA PARTE: EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

1- Concepto.

Es, sin duda, trascendental, la existencia del proceso penal, el cual varía de tiempo en tiempo y de sociedad en sociedad.

A través del proceso penal, el Estado aplica su potestad punitiva, procurando su **eficiencia**, por una parte, y por otra, contar con una suerte de estatuto de resguardos o protecciones al individuo frente al uso de ese poder, es decir, el proceso es visto, asimismo, como una **garantía**.

Muchos sostienen que dichos objetivos son incompatibles. No obstante, se ha señalado que pueden ser fácilmente equilibrados por vía de un diseño técnicamente correcto, aunque sea una paradoja de las sociedades modernas.¹ Al respecto, se ha entendido que las garantías apuntan a la existencia de los llamados Derechos Fundamentales, mientras que por eficiencia se suele asociar a la capacidad del sistema de justicia criminal en condenar a las personas frente a la comisión de un delito, mediante una actividad previa y reglada, llamada investigación, y una actividad posterior, que es el proceso penal propiamente tal.

¹ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal. Volumen I, Santiago, Chile, Impresiones Alfabeto, año 2006, pp. 36.

Frente al elemento que se entiende por eficiencia, en cuanto capacidad para condenar a las personas, se encuentra sustentado por lo que se conoce como ejercicio de la acción penal por parte del Estado, amparado por el llamado **Principio de Legalidad**. Como señala Roxin, en este aspecto, “El principio de legalidad enuncia, por un lado, que la fiscalía debe realizar investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte que está obligada a formular la acusación cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente.”² Para los efectos del presente trabajo, nos quedaremos, inicialmente, con este concepto de principio de legalidad, el cual será tratado con mayor profundidad en el apartado siguiente.

En contraposición a este principio de legalidad, que, tal como se colige de él, impone un deber al Estado de promover la persecución penal (sea por medio del Juez, sea por medio de otro órgano de la administración del Estado), se ha impuesto otro principio que delimita el ejercicio de la acción penal: el llamado **Principio de Oportunidad**.

Definir el Principio de Oportunidad es, sin duda alguna, y como todo concepto en el Derecho, una labor compleja, aunque no imposible. Y es, por esa misma razón, que nos encontramos con diversos conceptos del Principio de Oportunidad. Analicemos, en primer lugar, algunas de ellas, para así llegar a un concepto propio, un pequeño aporte a la discusión.

Se ha señalado que el Principio de Oportunidad “es aquel en cuya virtud el deber estatal de imponer penas no habría de ser cumplido, siempre según los criterios legales, en todo caso en que concurriesen sus presupuestos, sino que estaría condicionado al poder atribuido al Ministerio Fiscal para disponer, bajo condiciones precisamente especificadas en la ley o con amplio arbitrio, del ejercicio y modo de ejercicio de la acción penal (...)”³

² ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto, 2000, pp.89.

³ DE LA OLIVA, Andrés « et al. ». Derecho Procesal Penal. Madrid, España. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pp.21.

En segundo lugar, se entiende por Principio de Oportunidad como “la decisión político-criminal del Estado de no ejercer una potestad que es de propio suya cuando se está frente a casos en que dada la menor lesividad al bien jurídico protegido no es necesario ejercer la acción penal”.⁴

Otros autores lo mencionan como discrecionalidad, entendida como “la facultad que disponen los órganos del Estado de promover la persecución penal para no iniciar, suspender o poner término anticipado a la misma.”⁵

Como si esto fuera poco, Julio Bernardo Maier, citado por Horvitz y López, indica que el principio de oportunidad “enuncia que el Ministerio Público, ante la noticia de un hecho punible o, inclusive, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales”.⁶

Roxin agrega que “el principio de oportunidad autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando la investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible”.⁷

Finalmente, Caferatta Nores expresa que se entiende por Principio de Oportunidad “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 pública, 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 concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”.⁸

⁴ OTERO, Miguel. Código Procesal Penal. Santiago, Chile. Editorial Lexis-Nexis, 2002, pp. 15.

⁵ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián, Ob. Cit., pp.181.

⁶ HORVITZ, María Inés, y López, Julián. Derecho Procesal Penal. Santiago, Chile, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 48.

⁷ ROXIN, Claus. Ob.Cit., pp 89.

⁸ CAFFERATA N., José. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2000, pp. 32.

De estos conceptos antes transcritos, pueden extrapolarse, como elementos comunes al Principio de Oportunidad, los siguientes:

- a) El principio de Oportunidad implica un ejercicio condicionado de la acción penal.
- b) El principio de Oportunidad permite que se interrumpa, se suspenda, no se inicie o, en fin, se sobresea una persecución penal.
- c) Los elementos que se invocan para ejercer el Principio de Oportunidad son la lesividad poco intensa de un bien jurídico, o razones político-criminales.
- d) Dicha decisión es ejercida a través de los órganos del Estado.

De los elementos enumerados precedentemente, podemos entender, entonces, a la Oportunidad o discrecionalidad como “principio que forma parte del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, en virtud del cual, el órgano a quien le corresponde su ejercicio se encuentra facultado libremente, o en los casos que la ley establece, a prescindir de él, suspenderlo, interrumpirlo o a solicitar el sobreseimiento, sea por la escasa lesividad del bien jurídico protegido o por otras consideraciones político-criminales”.

2. El Principio de Oportunidad v/s el Principio de Legalidad.

Ya hemos esbozado, someramente, el concepto del Principio de Legalidad en el apartado anterior, lo que, junto con el Principio de Oportunidad, constituyen postulados contrapuestos, como dos caras de una misma moneda, los que, sin embargo, han podido convivir dentro de un sistema procesal penal en común y que constituyen, en diferentes aristas, dos principios uniformadores del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, aunque no exentos de polémicas y críticas.

Frente a esta dicotomía Oportunidad-Legalidad, es menester comprender el motivo que llevó a que un principio u otro tuvieran existencia como principios formadores del proceso penal.

Una primera aproximación a esta dicotomía permite entender que, al hablar de principio de oportunidad o de legalidad, el punto a analizar es cómo el Estado ejercita la acción penal.⁹ Así, frente a esta disyuntiva, hay que partir de la base que la ley penal describe en abstracto una conducta como punible y amenaza con una sanción a quien incurra en ella. En este orden de cosas, se presentan, teóricamente, dos alternativas posibles, a saber: O la reacción del Estado, buscando acreditar el hecho para castigarlo (debiendo acreditar los requisitos necesarios para tener por establecido que se ha cometido un delito), o bien puede elegir en qué casos se va a provocar esta actividad y en qué casos no, según diversas razones. La primera, se denomina Legalidad. La segunda, oportunidad.¹⁰

Inicialmente, el principio de legalidad tendría su origen al consolidarse la persecución penal por parte de los órganos del Estado, una vez consolidado el Estado Moderno, en que el ejercicio de la acción penal deja de pertenecer, en casi su totalidad, de manos privadas. Suele ser entendido como “la obligación de los órganos estatales de persecución penal 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”.¹¹ Es, sin duda, la herencia del sistema inquisitivo, sea por motivos meramente institucionales o de carácter ideológico, los cuales, sin duda, son gravitantes para conservar o no un sistema determinado.

Si la persecución de los delitos debe tener lugar de oficio y si el juez no ha de hacerse cargo, al mismo tiempo, de la investigación, debe existir para la actividad de esta autoridad de investigación y acusación, un deber jurídico. Por tanto, por principio

⁹ OTERO, Miguel. Ob. Cit., pp. 11.

¹⁰ CAFFERATA N., José. Ob. Cit., pp. 21.

¹¹ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp 175. En otras palabras, los mismos autores señalan que puede ser presentado coloquialmente el concepto como la obligación que tendrían los órganos de persecución penal de “darle a todo con todo”.

de legalidad también puede entenderse como “aquel principio con arreglo al cual el ministerio público debe aclarar la situación y promover la acción pública”.¹²

El principio de legalidad, para López Masle, enuncia que el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio. A fin de profundizarnos en este concepto, el principio de legalidad resulta, al menos, de la suma de dos principios menores, como son el **principio de promoción necesaria** (que consiste en el deber de promover la persecución penal ante la noticia de un hecho punible)¹³ y el **principio de irretractabilidad** (prohibición de suspender, interrumpir, hacer cesar la persecución ya iniciada).¹⁴ Duce y Riego, por otra parte, manifiestan que el principio de legalidad descansa, en buena medida, en una creencia empírica o fáctica que podría denominarse “el mito de la no impunidad”, esto es, la creencia de 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.¹⁵

La misma idea de fondo, pero con distintas expresiones, es la que proporciona Cafferata Nores respecto al principio de legalidad. Se entiende como “la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo, se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar”.¹⁶ Otro concepto que no nos es imposible de dejar de lado es el que señala Andrés de la Oliva, aunque como el llamado “principio de la oficialidad”, entendido como “aquel criterio en virtud del cual el proceso ha de iniciarse, desarrollarse y finalizar, conforme a lo dispuesto en normas legales imperativas, en función de la necesidad de tutelar un interés público

¹² BAUMANN, Jürgen. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina. Ediciones De Palma, 1986, pp.59.

¹³ A la que Cafferata Nores, en su obra ya citada en este trabajo, entiende como inevitabilidad.

¹⁴ HORVITZ, María Inés y López Masle, Julián. Ob. Cit., pp. 46.

¹⁵ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp 176.

¹⁶ CAFERATTA N., José. Ob. Cit., pp 22.

predominante sobre cualquier otro, sin subordinación al poder de disposición de sujetos jurídicos en relación con la tutela de sus derechos e intereses legítimos”.¹⁷

En nuestra legislación procesal penal vigente, el principio de legalidad se encuentra consagrado en el artículo 166 del Código Procesal Penal, que dispone, al efecto, en sus incisos primero y segundo:

“Los delitos de acción pública serán investigados con arreglo a las disposiciones de este título.

Cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo los casos previstos por la ley”.

Frente a todas estas acepciones, es necesario señalar que el Principio de Legalidad tiene su nexo con el llamado principio de igualdad ante la ley, lo que implica que el Estado sea obligado a ejercer la acción penal, esto es, perseguir los delitos por igual. No obstante, este postulado se ha ido y se fue quedando, con el tiempo, sólo en una declaración de buenas intenciones. La hipertrofia del derecho penal sustantivo, unida a la incapacidad inherente de todo sistema procesal penal para perseguir la totalidad de los delitos que se comenten en una sociedad determinada, ha provocado que la aplicación estricta del principio sea insostenible. Debemos tener en cuenta que, potencialmente, todos los seres humanos estamos expuestos a situaciones propicias para cometer un delito, cifra que escapa al poder del aparato estatal para hacerse cargo de la sanción de cada uno de ellos. Así, paradójicamente, el principio de legalidad, que apunta a la igualdad ante la ley, encuentra, en la práctica, la creación de profundas desigualdades al crear métodos de selectividad de los casos que llegasen a su conocimiento.¹⁸

De acuerdo a la evolución social, se han suscitado criterios de selección de ingreso de los delitos al proceso penal, teniendo, como punto de partida, métodos de

¹⁷ DE LA OLIVA, Andrés « et al. ». Ob. Cit., pp.8.

¹⁸ HORVITZ, María Inés y López Masle, Julián. Ob. Cit., pp. 47-48.

selectividad natural¹⁹ y otros provocados por los mismos órganos que intervienen en la persecución. Duce y Riego resaltan los siguientes.

- a) La selección que realiza la policía al no registrar denuncias de poca relevancia;
- b) La selectividad que aplican los fiscales, cuyo control es elemento central de este trabajo y que más adelante se desarrolla;
- c) La actividad que realizan los mismos jueces.²⁰

De esta manera, el principio de legalidad entró en crisis, tanto por ser impracticable como por esta suerte de selectividad no regulada, lo que, en el caso de resultar efectivo, se configuraría como un evidente colapso por concepto de sobrecarga de trabajo, haciéndose necesaria la válvula de escape, que en el Código Procesal Penal se recoge bajo lo que se conoce como Principio de Oportunidad, como decisión político criminal del Estado de no ejercer una potestad que es de propio suya, cuando se está ante casos en que dada la menor lesividad al bien jurídico protegido no es necesario ejercer la acción penal.²¹ Es el concepto del principio de oportunidad, definido anteriormente, que surge como la denominación genérica para las excepciones al principio de legalidad.²²

¹⁹ Esta es la llamada « cifra negra », la que está constituida por la diferencia entre los delitos efectivamente cometidos y los realmente investigados. Ya esta circunstancia produce un criterio de selectividad natural, lo cual hace impracticable el postulado sostenido por el principio de legalidad, que tiene su motivo, entre otros, el temor de la población de verse victimizado –una vez más- al enfrentarse al proceso penal, como asimismo desconfianza en la efectividad del mismo.

²⁰ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp 178-179. En relación con la actividad que realizan los jueces, señalan estos autores que, fuera de los criterios de selectividad que las leyes especiales contemplan, se encuentra una práctica llamada “partes de mesón”, que consiste en que los tribunales no registran el ingreso del parte denuncia en la medida en que la víctima no concurra a ratificar su denuncia ante el tribunal o se produzca algún avance específico en la investigación del caso.

²¹ OTERO, Miguel. Ob. Cit., pp. 15. Este concepto se tuvo presente cuando el Ejecutivo planteó la necesidad de reformar el sistema procesal penal en nuestro país. Citado por Otero, le el mensaje N° 110-331, del 9 de junio de 1995, se explica que “Como ocurre en todos los sectores del Estado, los recursos para la persecución penal son inevitablemente escasos y, por ese motivo, no toda forma de conducta puede ser reprimida”. Además, se indica que “En los hechos, todo sistema es inevitablemente selectivo”.

²² BAUMANN, Jürgen. Ob. Cit., pp 62.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, citando a Maier, López Masle señala que hay dos objetivos principales que se han tenido a la vista a fin de aplicar el principio de oportunidad, a saber:

I- La descriminalización de hechos punibles, cuyos criterios son:

a) El concepto de adecuación social del hecho: el hecho cabe en la descripción que señala la ley, pero es un comportamiento que el legislado no tuvo en cuenta por ser tolerado socialmente;

b) La importancia ínfima del hecho: los llamados delitos de bagatela²³.

c) La culpabilidad mínima de autor: formas de realización insignificante de tipos penales que merecen ser desviadas a otras formas de control social.

d) La ausencia de necesidad preventiva: El autor sufre un daño propio producto de su comportamiento desviado, lo que supera con creces a la pena que se puede esperar de su persecución penal.

II- Respecto a los criterios que tienden a la eficiencia del sistema:

a) La posibilidad de prescindir de la persecución penal de un hecho punible o de un partícipe en él para procurar éxito en la persecución de otro hecho o de otro partícipe (de acuerdo a su gravedad);

b) La suspensión de la persecución penal para el sometimiento a prueba del imputado²⁴

²³ Los delitos de bagatela, como concepto, se plantea en Europa como problema de índole general y progresivamente creciente a partir de la Segunda Guerra Mundial, dándose en mayor medida a razón de las circunstancias socio-económicas de la época, aumentando los delitos de índole patrimonial y económica, una de cuyas características más propias consistía en su pequeña relevancia. Se han dividido éstos en propios o independientes (su lesión social es escasa) y dependientes o impropios (aquellos cuyos límites delictuales no están bien definidos). Véase ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España. Barcelona, España. Ediciones PPU, 1991, pp.23.

²⁴ La llamada "probation" en el Derecho Norteamericano, algo así como la suspensión condicional del procedimiento en nuestro derecho.

c) Formas de solución penal que no significan la aplicación del derecho penal²⁵

d) Aplicación de métodos autocompositivos.²⁶

En este punto, sin embargo, hay que hacer presente que no todo para el Principio de Oportunidad ha sido miel sobre hojuelas, pues, aunque como ya se advierte, nace éste como consecuencia necesaria de la falta de capacidad del proceso penal, sumado ello a una nueva concepción sobre los fines de la pena, lo que no obsta a que quede exento de polémicas. De hecho, muchos han alzado la voz, sosteniendo, en ciertos casos, que pugna con los principios constitucionales.

Muchas son las críticas que se le han formulado:

- (i) En primer lugar, se le critica por ser inconstitucional, habida consideración de vulnerar el principio de igualdad ante la ley, pues, en los casos y en las formas que se analizarán más adelante, la decisión de aplicar el principio puede ser desigual para un mismo tipo de delitos. En los hechos, se garantiza el principio de igualdad ante la ley penal con el principio de legalidad, siendo la expresión más elocuente en este campo del derecho, de la venda que tiene la imagen de la justicia sobre sus ojos.²⁷
- (ii) A mayor abundamiento, vulneraría la garantía constitucional de la igual aplicación de la ley. En concreto, la aplicación de una sanción penal puede verse alterada, frente a una clase similar de delitos, al hacerles aplicable a algunos el principio de oportunidad.²⁸
- (iii) Por otro lado, estaría en pugna con el artículo 76 de la Constitución Política del Estado, en el sentido que, tal como veremos más adelante, se estaría adentrando en una decisión de índole jurisdiccional.

²⁵ La llamada “diversión” en el Derecho Norteamericano, en la que se aplican medidas “prejudiciales”, es decir, previas a un eventual juicio, donde se incluye la hipótesis que en Chile se conoce como Acuerdos Reparatorios.

²⁶ HORVITZ, María Inés y López Masle, Julián. Ob. Cit., pp. 49-51.

²⁷ CAFERATTA N., José. Ob. Cit., pp. 27.

²⁸ OTERO, Miguel. Ob. Cit., pp. 15.

En Chile, al discutirse el proyecto de ley que derivó en la Ley N° 19.696 que aprueba el Código Procesal Penal, el tema del Principio de Oportunidad surgió como un delicado punto de debate.

Por ejemplo, ante el debate acerca del Principio de Oportunidad, manifestó el diputado Juan Antonio Coloma lo siguiente:

“Aquí nos enfrentamos a un tema conceptual (...) Entiendo que es una norma muy importante para dar eficacia a las instancias investigadoras, pero también considera que aquí hay una declaración de principios (...) No puede permitirse algo que tiene que ver con el sentido de justicia inmanente cuando en el Código se tipifican determinadas conductas como delitos, se establecen procedimientos y se determinan las personas que van a investigar. El sistema debe funcionar más allá del concepto, un poco vago, de “insignificancia”, que permite renunciar a esta acción (...) como concepción de la justicia y señal pública, no es lo más adecuado decir a priori que no todos los delitos serán investigados. Con el transcurso del tiempo, los delincuentes pueden entender que hay una política de delitos que no se investigarán (...)”²⁹.

No obstante las críticas formuladas anteriormente, no todo son tinieblas para el Principio de Oportunidad. De hecho, su implementación no es reciente, pues, lo que se hizo, en el fondo, fue institucionalizar una práctica que se hacía en el antiguo sistema procesal penal con bastante irregularidad, e incluso como fuente de actos de corrupción.

Así, se han formulado los siguientes argumentos a favor de dicho principio por medio de las críticas a su principio “antagónico”:

- (i) La realidad indica que en el mundo no hay un sistema judicial que pueda dar tratamiento a todos los delitos que se cometen; ni siquiera a los que a él ingresan.

²⁹ HISTORIA DE LA LEY N° 19.696, Santiago, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 545-546.

- (ii) El procedimiento penal se presenta como un proceso de selección, lo que ha conspirado con la vigencia del principio de oportunidad. Así, tenemos la llamada “cifra negra”, ya mencionada y, por otro lado, que el sistema procesal penal goza de imposibilidad material del aparato judicial para dar tratamiento a todos los delitos que en él ingresan. Así, existía la problemática de afectar los recursos insuficientes a la investigación, juzgamiento y eventual castigo de los delitos más graves o de mayor interés público, que se destinaban a tratar los más leves, sin tener respuestas satisfactorias.³⁰ Así, frente a estos hechos, cabía sostener si era mejor, en definitiva, ante la evidente crisis de la legalidad y la existencia de un inevitable, arbitrario y extendido fenómeno de selección de casos, buscar un modo para evitar que el proceso de selección práctico en la investigación de delitos se siga haciendo sin criterio, sin responsables, sin control, sin razonabilidad y, sobre todo, sin recepción de los criterios teóricos que la postulan como conveniente, lo que ha dado origen al criterio de oportunidad o discrecionalidad.
- (iii) Por otra parte, el principio de oportunidad, así aplicado, permite que el proceso penal vigente sea más adecuado a la realidad imperante, siendo el principio de legalidad el que le otorgaba rigidez y falta de eficiencia al proceso.
- (iv) Por otro lado, el principio de oportunidad es económica y políticamente conveniente para invertir recursos para perseguir los hechos punibles.

Frente al debate del principio de oportunidad, en el proyecto de ley que aprueba el Código Procesal Penal, el Diputado Viera Gallo manifestó, al explicar dicho principio:

“Quiere decir que cuando el Ministerio Público le llegue una serie enorme de denuncias, podrá seguir el juicio de algunos u otros dejarlos de lado. Dejará de lado aquellos que tienen menos trascendencia social, porque el principio del procedimiento penal, por una parte, busca sancionar al delincuente, pero, por otra, que sirve de

³⁰ CAFERATTA N., José. Ob. Cit., pp. 30.

ejemplo paradigmático para impedir que se cometan nuevos delitos. Ante la imposibilidad práctica de perseguir todos los delitos, el Ministerio Público deberá tener la facultad como para escoger los más relevantes socialmente”.³¹

Hasta el día de hoy, el debate resulta, a veces, acalorado, dado que no ha sido sencillo interiorizar el concepto del principio de oportunidad en la sociedad, debido a que, sin ir más lejos, introducir formalmente el principio de oportunidad (más bien siempre ha existido, pues, lo que se ha hecho sencillamente es regularlo e introducirlo dentro de la norma jurídica) es parte de un proceso cultural lento y complejo, todo ello con miras a entenderlo y reconocerlo como necesario, aunque esto no implica que el principio de legalidad sea desechado por completo. Al contrario, son dos principios antagónicos pero que, tal como se verá más adelante al analizar el derecho comparado, pueden convivir para hacer del sistema más eficiente y, por cierto, ante el poderoso aparato estatal, protector de los Derechos Fundamentales. Es más: puede decirse, con mayor razón, que el principio de oportunidad es un elemento más del principio de legalidad.

3. Tipos de Principio de Oportunidad en cuanto a su regulación: Discrecional y Reglado.

³¹ HISTORIA DE LA LEY Nº 19.696, Santiago, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 558-559.

La implementación del Principio de Oportunidad en las legislaciones nacionales ha permitido distinguir dos variantes de la misma, en cuanto a su regulación en la ley respecto de su procedencia y aplicación. Se distinguen, así, el Principio de Oportunidad Discrecional y el Principio de Oportunidad Reglado.

3.1- El Principio de Oportunidad Discrecional o Libre.

El principio de oportunidad libre o, dicho en otras palabras, modelo de “discrecionalidad absoluta”, se caracteriza por entregarles a los organismos encargados de promover la persecución penal la facultad plena para decidir de llevar o no adelante la misma.

Este modelo es el adoptado en Estados Unidos, donde las facultades de selección que disponen los fiscales son tan amplias que ello constituye su sello característico.

De acuerdo a lo que explican Duce y Riego, la discrecionalidad del fiscal estadounidense abarca una serie de facultades:

- a) Dispone de la facultad de iniciar o no una investigación;
- b) Dispone de la facultad de decidir si va a perseguir formalmente un caso o no.
- c) Puede decidir entregar o no inmunidad al imputado;
- d) Puede negociar cargos con los imputados;
- e) Puede negociar la pena a solicitar ante los jueces.³²

Se le suele llamar a dicho sistema como el de principio de oportunidad como regla general, en donde no existe control de su ejercicio por parte de la jurisdicción. El único

³² DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 181-182.

control que conoce es su responsabilidad política frente a la ciudadanía, no rigiendo en parte alguna el principio de legalidad.³³

El sistema de oportunidad libre parte de una premisa: “el fiscal sólo lleva a juicio aquello que se puede “ganar” logrando una condena”.³⁴ En otras palabras, si el fiscal advierte que no hay posibilidades de éxito, no sostiene la acusación. Sin embargo, como ya señalamos recién, el sistema le permite negociar la pena, con lo cual puede llevarle a obtener un éxito relativo.

3.2- El Principio de Oportunidad Reglado.

Este sistema es propio del Derecho Continental-Europeo, en el que se consagra como regla general al principio de legalidad, mientras que el principio de legalidad es, más que nada, una excepción. Este es el modelo que se adopta para nuestra legislación procesal penal.

A diferencia del principio de oportunidad reglado, en este sistema interviene el órgano jurisdiccional a fin de que se cumplan todos los requisitos contemplados en la ley para la aplicación del principio de oportunidad. Así, se permite que los agentes u órganos de persecución penal puedan, por excepción, suspender, no continuar o poner término anticipado a la misma.

Se suele señalar que las ventajas del modelo tienen relación con la posibilidad de aplicar la oportunidad en condiciones más igualitarias, transparentes y sujeta a una mayor posibilidad de control. Este sistema se construye a base de criterios diversos que lo hacen aplicable, los cuales, pueden ser la tendencia a la descriminalización de ciertas conductas, sea porque no son delitos, o bien por su insignificancia (delitos de

³³ OTERO, Miguel. Ob. Cit., pp. 17.

³⁴ CAFERATTA N., José. Ob. Cit., pp. 33.

bagatela), por la existencia de un reproche mínimo de culpabilidad en la conducta desviada que no merece de aplicarle penas corporales, o en casos que la conducta dañosa cause por sí un daño mayor al imputado que el que podría causarle una pena corporal³⁵. También va de la mano la aplicación de criterios de eficiencia para descongestionar el sistema (tales como la inculpación de un sujeto como partícipe de un hecho que revistiere caracteres de delito; el arrepentimiento del autor, realizando conductas para evitar la consumación del delito al cual dio inicio, etc.) y la priorización de intereses sociales en la forma de reparación de una situación quebrantada, que bien puede encontrar mayor satisfacción con otra sanción que no sea una pena corporal.³⁶

En nuestro país, cabe hacer presente que el sistema en comento es aplicado, de acuerdo a lo que dispone el artículo 166 del Código Procesal Penal, que consagra el principio de legalidad, seguido por disposiciones legales que constituyen una excepción a la regla general, entre los cuales se encuentra el Principio de Oportunidad.

4- Características generales del Principio de Oportunidad: Referencia a la Legislación nacional: Requisitos de su procedencia

³⁵ Por ejemplo, que una conducta suya cause un mal a un ser querido, o en la que éste resulte ser víctima de dicho mal.

³⁶ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 191-193.

El Principio de Oportunidad, en nuestra legislación, se encuentra consagrado en el inciso primero del artículo 170 del Código Procesal Penal:

“Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

El proyecto enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional contemplada dicha disposición en el artículo 260, y bajo el título de “oportunidad”, al cual se le modificó con posterioridad, a fin de que quedase claro que la norma en comento contemplaba el principio de oportunidad.

Frente a esta disposición, la Cámara de Diputados manifestó que, para los efectos de establecer este principio, se trabajó sobre un modelo de simulación basado en una serie de entrevistas a jueces, para ver cómo operan, en la práctica, desestimando casos. Con el principio de oportunidad, más el archivo provisional y la facultad de no iniciar la investigación, y con la misma lógica que hoy emplean los jueces, se llegó a la conclusión que más del 80% de las causas terminarían por alguno de estos mecanismos.³⁷

Resalta Otero lo señalado por la Comisión respecto de este precepto: “La introducción de este principio obedece a un intento de conseguir una serie de ventajas que van encaminadas a la denominada descarga de una administración de justicia que se ve desbordada por el número de causas penales que llega a su conocimiento, particularmente por la criminalidad de bagatela”.³⁸

En su redacción final, podemos entender, entonces, que el principio de oportunidad se trata de una 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 comprometiére gravemente el interés público.

³⁷ PFEFFER Urquiaga, Emilio. Código Procesal Penal. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, pp. 192.

³⁸ OTERO, Miguel. Ob. Cit., pp. 21.

Así, partimos del presupuesto que de los antecedentes de investigación, puede desprenderse que el delito ha sido cometido y se encuentre debidamente identificado el autor del mismo. Sin embargo, la disposición en comento permite que el Ministerio Público pueda prescindir de su persecución, en caso de que se aprecie que no compromete gravemente el interés público, que es un concepto variable y amplio.

La antigua redacción del artículo 260 fue modificada en el Senado en este punto, por cuanto, inicialmente, se incluía, además, la expresión “que por su insignificancia”, lo que permitía aplicar el principio de oportunidad. Se eliminó por redundante, “ya que, aun cuando es un expresión utilizada por la doctrina, resulta superflua, porque el concepto queda perfectamente descrito con al expresión “dado que no comprometiére gravemente el interés público”.³⁹

Tratando de especificar el concepto de “no comprometiére gravemente el interés público”, Chahuán, a modo de orientación general, señala los siguientes casos en los cuales el interés público no concurre al afecto:

- (i) Cuando no es necesario o no es posible prevenir el hecho por medio de la conminación penal;
- (ii) Cuando en el caso concreto el desvalor de la acción o del resultado son insignificantes;
- (iii) Cuando, en el caso concreto, racionalmente es posible prever unos efectos criminógenos, como consecuencia de la intervención, más graves que la eventual merma preventivo-general derivada de la no intervención; y
- (iv) Cuando razones de humanidad y de indemnidad demanden no intervenir punitivamente.⁴⁰

³⁹ PFEFFER Urquiaga, Emilio. Ob. Cit., pp. 192.

⁴⁰ CHAHUÁN Sarrás, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, quinta edición, 2007, pp. 75.

En atención a que la cláusula que permite aplicar el principio de oportunidad es muy amplia y vaga, lo que hace dicha disposición, frente a ello, es objetivizar dicha facultad, estableciendo límites para su ejercicio. Así:

- a) No puede ejercerse respecto de delitos que tengan una pena mínima asignada por la ley correspondiente a presidio o reclusión menores en su grado mínimo (61 días a 540 días)⁴¹;
- b) No puede ejercerse si el delito, cualquiera sea su pena, sea cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

El tenor literal del precepto no deja duda alguna de que el principio de oportunidad sólo procede en presencia de un delito configurado, siempre que copulativamente la infracción penal tuviere asignada una pena que, considerada en abstracto, es decir, sin tomar en cuenta las circunstancias subjetivas modificatorias de responsabilidad penal, pero sí los elementos objetivos relativos a que el hecho punible sea consumado, tentado o frustrado, o que el imputado sea autor, cómplice o encubridor, resultare que la sanción no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo y no se tratare de un hecho cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.⁴²

Así, esta facultad está orientada a excluir una serie de situaciones que la práctica de 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 pena⁴³, pudiendo operar otros mecanismos para solucionar el conflicto de manera menos gravosa. Así, se vislumbra una razón de conveniencia

⁴¹ El Senado lo modificó por el propuesto inicialmente. Éste planteaba que la “pena probable” de acuerdo a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal resultare una sanción equivalente a presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

⁴² NÚÑEZ Vásquez, Juan Cristóbal. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo II, 2003, pp. 23.

⁴³ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 206-207.

social que permiten al sistema excluir casos en los que no resulta político-criminalmente adecuado continuar con la persecución penal.

Sin perjuicio de lo manifestado con anterioridad, en cuanto al restringido grado de aplicación, veremos más adelante que, a pesar de que concurran los requisitos de aplicación del principio, éste se encuentra sujeto a controles, por cuanto es una delicada excepción al principio de legalidad heredado del antiguo sistema inquisitivo y que, como tal le imponía al juez el deber de investigarlo todo. Así, con el principio de oportunidad, se descarga de un trabajo inútil y excesivo a la justicia criminal, al liberar a los fiscales del ministerio público de la obligación de investigar las infracciones penales calificadas por la doctrina como “insignificantes o hechos punibles de bagatela”, entendidos como hechos que no comprometieren gravemente el interés público.

5- Comparación entre el Principio de Oportunidad y El Principio de Legalidad.

Finalmente, y a modo de conclusión, podemos concluir las siguientes semejanzas y diferencias respecto del Principio de Oportunidad y el Principio de Legalidad.

5.1- Semejanzas.

a) Tanto el Principio de Oportunidad como el Principio de Legalidad son principios uniformadores del Proceso Penal.

b) Tanto el Principio de Oportunidad como el Principio de Legalidad son criterios que regulan la actuación del Ministerio Público para la actividad de investigación.

c) Ambos principios, por consiguiente, regulan el ejercicio de la acción penal pública.

5.2- Diferencias.

a) El Principio de Legalidad impone la obligatoriedad de la investigación y del ejercicio de la acción penal. El Principio de Oportunidad, por su parte, permite que se prescinda de la investigación y del ejercicio de la acción penal, sea de manera libre o discrecional, sea reglada.

b) El Principio de Legalidad es el pilar fundamental de los sistemas procesales penales de corte Inquisitivo, mientras que el Principio de Oportunidad forma parte de la base del sistema acusatorio.

c) El Principio de Legalidad se emparenta más con la visión del delito como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y con las teorías absolutas sobre la pena (retribución, mal por mal). El Principio de Oportunidad se emparenta más con la visión del delito como conflicto y con las teorías relativas sobre la pena (prevención general o especial), dando paso, a la vez, a la idea de alternativas frente a la pena, priorizando la posibilidad de solución real del conflicto.⁴⁴

d) El Principio de Legalidad sigue el lema “darle a todo con todo”. El Principio de Oportunidad, por su parte, supone la priorización de los recursos del Estado en la investigación de los hechos que fueren de mayor relevancia para la sociedad a fin de ser esclarecidos.

e) El Principio de legalidad, en su aplicación pura, implica un reducido papel de la víctima en el proceso penal, mientras que el Principio de Oportunidad permite mayor

⁴⁴ CAFERATTA N., José. Ob. Cit., pp. 22.

participación a la víctima, en el caso que ella puede oponerse a su aplicación, como se verá más adelante.

CAPÍTULO II: EL CONTROL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN CHILE.

1- Concepto del Control del Principio de Oportunidad en Chile.

Vimos en el capítulo anterior el concepto de Principio de Oportunidad, en comparación con el llamado Principio de Legalidad, de lo cual pudo advertirse, en definitiva, que el primero supone una suerte de válvula de escape de la congestión del sistema procesal penal.

Sin embargo, como válvula de escape de la congestión del sistema procesal penal y como excepción al principio de legalidad, el principio de oportunidad se encuentra dotado de un fuerte control para su correcta aplicación, aspecto que es exclusivo del llamado sistema de discrecionalidad reglado, en que el principio de oportunidad no es la regla general, sino que la excepción, el cual fue considerado por nuestro legislador para incluirlo en el Código Procesal Penal.

Así, se entiende por control del Principio de Oportunidad como “aquellos mecanismos, sean judiciales o administrativos, que tienen por objeto la correcta aplicación del sistema de oportunidad o discrecionalidad en los casos y formas que el legislador ha admitido su aplicación o por otras consideraciones político-criminales”.

A continuación, se someterá a análisis el control del Principio de Oportunidad en Chile, tanto en sede administrativa como en sede judicial, a fin de entender cómo operan estos mecanismos para una correcta aplicación del principio en comento en nuestra legislación procesal penal.

2- Consagración normativa en cuanto a su control.

2.1- Por la vía judicial.

2.1.1- Normas relacionadas

El control judicial de la aplicación del Principio de Oportunidad en Chile encuentra su regulación en los incisos segundo y siguientes del artículo 170 del Código Procesal Penal.

2.1.2- Procedimiento a aplicar.

Disponen los incisos segundo y siguientes del artículo 170 del Código Procesal Penal, a propósito de la procedencia del Principio de Oportunidad:

“Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Este, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal

La decisión que el juez emitiera en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal”

Puede apreciarse, a simple vista, y sin perjuicio del control administrativo que se analizará con posterioridad, que el control del Principio de Oportunidad resulta ser intenso, toda vez que el requisito que permite la procedencia de éste es muy amplio, pues, procede en caso que no comprometiére gravemente el interés público, un concepto que puede ir variando en el transcurso del tiempo y al que, sin embargo, el legislador le puso muros de contención a fin de no cometer excesos, que consisten en excluir ciertos delitos para su aplicación y, a su vez, establecer mecanismos de control en su aplicación.

Así, de acuerdo a la norma transcrita precedentemente, tenemos que el control judicial se lleva a cabo de la siguiente forma:

I) En caso que concurrieren los requisitos contemplados en el inciso primero del artículo 170 del Código Procesal Penal, la decisión del fiscal en aplicar dicho principio debe ser motivada.

En caso que el fiscal estime procedente aplicar el principio de oportunidad, deberá emitir una decisión de carácter motivada.

Al respecto, tal como indicó la diputada Martita Wörner, mientras el proyecto de Código Procesal Penal se debatía en la Cámara de Diputados en relación al control del principio de oportunidad, “Se subrayó que en ningún caso el principio de oportunidad es una decisión que queda sujeta al arbitrio del ministerio público, pues, además, está el juez de control (sic) y el derecho garantizado de la víctima”⁴⁵.

Mencionando lo señalado por la Comisión de Constitución del Senado, Otero enfatiza lo señalado por ésta en relación al control judicial, pues “tras el principio de oportunidad, existe una decisión de política criminal que es adoptada por el Ministerio Público de conformidad a su Ley Orgánica Constitucional y, puesto que es el propio Código el que determina las hipótesis legales de aplicación de este principio, el juez interviene para comprobar que no se esté ejerciendo dicha atribución fuera de ese marco. Para evitar la arbitrariedad o la negligencia de un fiscal adjunto de alguna localidad del país, que ha realizado una investigación poco acuciosa o deliberadamente poco acuciosa, se somete su decisión a revisión por las autoridades judiciales (...)”⁴⁶.

(II) Esta decisión deberá ser comunicada al juez de garantía, quien la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

La manera en la cual el fiscal deberá comunicar la decisión ante el juez de garantía deberá ser por medio de un escrito que contenga los requisitos comunes de éste, es

⁴⁵ HISTORIA DE LA LEY N° 19.696, Santiago, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 542.

⁴⁶ OTERO, Miguel. Ob. Cit., pp. 26-27. También es mencionado en PFEFFER Urquiaga, Emilio. Ob. Cit., pp. 192.

decir, debe ser encabezado por una suma, individualizar al tribunal respectivo, individualización de quien presenta el escrito y manifestar los motivos por los cuales se solicita la aplicación del principio de oportunidad.

La aplicación del artículo 170 del Código Procesal Penal, en este caso, 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 garantía competente, quien la notificará a los intervinientes del caso, si los hubiere.

(III) Con posterioridad, se da curso al control judicial propiamente tal respecto de la decisión tomada por el fiscal.

Una vez comunicada la decisión en comento, se da paso al control judicial propiamente tal respecto de la decisión sostenida por el juez de garantía.

En efecto, una vez tomado conocimiento el fiscal y notificado a las partes, dentro de los diez días siguientes, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando se considere que el fiscal ha excedido en sus atribuciones en cuanto a que la pena mínima prevista para el delito en cuestión excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o se tratase de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, o bien, cuando la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

Frente a la notificación, entonces, pueden suscitarse tres situaciones concretas:

a) Se notifica a los intervinientes sin que sea objetada por el magistrado ni por los intervinientes dentro del plazo, con lo que caduca el derecho a impugnarla en sede judicial.

b) Que el juez, de oficio, o a petición de cualquiera de los intervinientes la deje sin efecto por las razones aducidas en el precepto antes transcrito, es decir, por no concurrir los requisitos que hacen aplicable el principio de oportunidad.

c) Que el juez, en forma obligatoria derogue lo resuelto por el fiscal cuando, dentro de igual lapso, manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o continuación de la persecución penal.⁴⁷

En este último caso, se ha manifestado un delicado problema interpretativo, por cuanto no queda claro qué debe entenderse que la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal. Se ha señalado que esta frase debe interpretarse en sentido amplio, vale decir, no es necesaria formalidad alguna para forzar la investigación del Ministerio Público, no obstante que, si bien el Código Procesal Penal establece que el inicio de la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito sólo puede realizarse en virtud de los tres mecanismos que se enumeran, en el caso del principio de oportunidad estamos en presencia de un supuesto fáctico diverso: el Ministerio Público ya está en conocimiento de un hecho que reviste caracteres de delito por lo cual no es necesario reiterar dicho conocimiento mediante denuncia o querrela, siendo que el legislador no ha exigido una formalidad expresa, como sí ocurre con la facultad de no iniciar la investigación, que será analizada con posterioridad.⁴⁸

En el caso que suceda lo contemplado en la letra a) precedente, se extingue el derecho de aquellos a cualquier impugnación por caducidad del plazo (Artículo 64 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 52 del Código Procesal Penal). En el caso que suceda lo contemplado en la letra b) precedente, la resolución dictada en dicho sentido es inapelable, por no ser de aquellas que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación (Artículo 370 Código Procesal Penal); y, en el caso que suceda lo contemplado en la letra c) precedente, en caso que el juez de garantía la niegue, da lugar al recurso de apelación.

2.1.3- Sanciones (consecuencias).

⁴⁷ NÚÑEZ Vásquez, Juan Cristóbal. Ob. Cit., pp. 24.

⁴⁸ OTERO, Miguel. Ob. Cit., pp. 28.

Al hablar de sanciones aplicables, en este apartado, no debe entenderse como medidas disciplinarias en contra del fiscal respecto de la decisión de aplicar el principio de oportunidad, sino más bien se dirige a la decisión propiamente tal, habida consideración de verse afectado el propósito del fiscal al comunicar al juez de garantía la aplicación del principio de oportunidad.

En síntesis, en caso que suceda que el juez de garantía no dé su aprobación a la decisión del fiscal, sea de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, a lo que el juez estime procedente, o, en su defecto, que la víctima manifestare de cualquier modo su interés en proseguir con la acción penal, la sanción aplicada a la decisión del fiscal consiste en dejarla sin efecto y proseguir con las diligencias de investigación respectivas para sostener una eventual acusación en la etapa de preparación de juicio oral o por las vías que el Código Procesal Penal permite al respecto.

Sin perjuicio de lo anterior, puede el fiscal, al cierre de la investigación, inclusive, solicitar el sobreseimiento definitivo (Art. 248 Código Procesal Penal) en caso que se encuentre en las situaciones contempladas en el artículo 250 del mismo cuerpo legal, constituyendo, en definitiva, una nueva oportunidad que la ley le otorga al fiscal para no proseguir con el proceso penal.

En caso que se acoja la medida, sin reclamo ni petición alguna por parte de los intervinientes ni la víctima, en su caso, se extinguirá la responsabilidad penal siempre que transcurran los plazos que el artículo 170 contempla para hacerse efectivo el control administrativo respecto de la decisión fundada del fiscal, quedando a salvo la responsabilidad civil derivada del delito (inciso final artículo 170).

2.1.4- Jurisprudencia. Comentarios.

1- Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N° 119-2006. « Con Sergio Antonio Oyarzún Montoya y José Francisco Venegas Arriagada », Apelación Sentencia definitiva.⁴⁹

“Antofagasta, once de agosto de dos mil seis.

VISTOS: La audiencia celebrada en esta ciudad el día treinta y uno de julio del presente año, para substanciar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscal Gabriela Carvajal Bravo, en contra de la resolución dictada por la Juez de Garantía Claudia Godoy Aspee, de fecha 18 de julio pasado que sobreseyó definitivamente la causa respecto del imputado Sergio Antonio Oyarzún Montoya en causa RUC 0400104296-9, RIT 3687-2005, sobre cuasidelito de homicidio, para que se deje sin efecto y se continúe con la tramitación de la causa.

El Fiscal Adjunto Christian Castro Muñoz, reiterando los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, sostuvo que no procede el sobreseimiento respecto del cónyuge de la persona fallecida, porque ella no ha comparecido a una diligencia o actuación destinada a obtener acuerdo reparatorio, lo que representa una manifestación tácita de oponerse a alguna salida alternativa, por lo que corresponde acceder a la apelación sin que influya el principio de oportunidad aplicado respecto de otra víctima.

La Defensa del imputado José Fuentealba Riquelme, sostiene que la resolución debe confirmarse, porque la víctima quedó debidamente emplazada y la audiencia sobre la comunicación del principio de oportunidad ya se había realizado, de manera que la falta de comparecencia de la viuda en los términos del artículo 170 del Código Procesal Penal, no trae ninguna consecuencia, enfaticando que en la audiencia del 17

⁴⁹ PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE
http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php. [Consulta: 2 de octubre de 2008]

de febrero del año 2006, el tribunal tuvo por aplicado el principio de oportunidad respecto de la causa y no de víctimas determinadas, sin que se haya impugnado por recurso alguno la aplicación de este principio.

El debate se centró en la participación de las demás víctimas y el efecto que habría tenido la audiencia del 17 de febrero en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad y en el argumento dado por la juez en el sentido de que la víctima Claudia Alfaro Tabilo estaba emplazada, según la constancia del Encargado de la Unidad de Servicios de Notificaciones sobre la comunicación telefónica que tuvo con ésta, expresando que no podía asistir por motivos laborales.

TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que de acuerdo al artículo 170 del Código Procesal Penal, los fiscales como titulares de la acción penal pueden no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando la investigación criminal consista en un hecho ilícito que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, o que se trate de un delito cometido por funcionario público en ejercicio de sus funciones. En estos casos, el fiscal debe emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía, quien a su vez deberá ordenar la notificación a los intervinientes, si los hubiere, puesto que dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que el fiscal ha excedido en sus atribuciones en cuanto a la pena mínima o en relación al delito y, por último, también debe dejarla sin efecto cuando la víctima, dentro del mismo plazo, manifieste de cualquier forma su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

SEGUNDO: Que la institución en comento reconoce al titular de la acción penal la facultad de disponer del ejercicio de la misma, bajo determinadas circunstancias establecidas para hacer un mejor uso de los recursos estatales, seleccionando la gravedad de los delitos y la posibilidad de obtener una investigación que entregue resultados satisfactorios; institución que se aplica respecto del hecho y el imputado, y

no de la víctima, de manera que la interpretación del artículo 170 del Código Procesal Penal, debe encaminarse en el sentido de emplear este principio, dentro de los parámetros legislativos, esto es, sin comprometer gravemente el interés público y que no exista la necesidad imperiosa de reprimir el ilícito haciendo desaparecer la ínfima importancia del hecho y la culpabilidad mínima del actor, por ello es necesario emitir una decisión motivada que debe comunicarse al juez, quien no tiene la obligación de notificar a los intervinientes, salvo que los hubiere, es decir, que estén indefectiblemente individualizados en la respectiva carpeta.

TERCERO: Que conforme se viene razonando, el recurso de apelación aparece inadmisibile, porque el Fiscal carece de agravio desde que fue él quien decidió renunciar a la acción penal respecto de un hecho y un imputado determinado, sin que pueda encaminar su renuncia a favor de una u otra víctima en virtud de la esencia de esta institución, según el análisis que se hizo precedentemente, pues como sostenedor de la acción penal se torna imposible renunciar a la misma al comunicar la decisión de aplicar el principio de oportunidad y a la vez, instar por la persecución, de manera que adoptada la decisión de aplicar este principio, ha precluido el derecho del Ministerio Público para continuar el procedimiento, sin perjuicio de las facultades del juez de garantía y de las víctimas, en los términos del artículo 170 del Código Procesal Penal. En efecto, según consta en el audio y en el resumen de la audiencia de fecha 17 de febrero del 2006 (fojas 39), se aceptó el principio de oportunidad, de manera que haciéndose efectiva esta forma de extinguir la responsabilidad propuesta y adoptada por el mismo Ministerio Público, ningún agravio le ha producido la resolución que es consecuencia inmediata del principio de oportunidad adoptado, debiendo en consecuencia, declararse inadmisibile el recurso. En este sentido, interesa dejar claramente establecido que la falta de debate sobre la procedencia del recurso, no constituye un presupuesto esencial para arribar a lo ya concluido, puesto que dicha exigencia según se desprende del artículo 341 del Código Procesal Penal, lo es para las pretensiones de las partes y no necesariamente para aspectos procedimentales sobre la admisibilidad de un recurso, cuyos requisitos son de derecho estricto y por lo tanto no es posible desentenderse de ello, pues el juez conserva en todo momento la dirección del procedimiento en cuanto a su substanciación de conformidad a la ley.

CUARTO: Que habiéndose renunciado a la persecución penal al pedir la aplicación del artículo 170 del Código Procesal Penal, en la audiencia del día 17 de febrero pasado, según se expresó en el debate, corresponde avocarse al derecho de la víctima Claudio Alfaro Tabilo que emana del artículo 170 aludido, en el sentido de la notificación de esta decisión motivada y la facultad de manifestar el interés por el inicio o la continuación de la persecución penal, debiendo establecerse que la sola notificación para que acuda a una audiencia sobre acuerdo reparatorio no supone, ni siquiera implícitamente, que ella haya aceptado la comunicación del fiscal sobre el principio de oportunidad.

QUINTO: Que el sobreseimiento definitivo apelado, ha sido dictado con inobservancia de leyes fundamentales de procedimiento, desde que el artículo 170 del Código Procesal Penal exige al juez de garantía notificar a los intervinientes, si los hubiere, la decisión del fiscal de adoptar el principio de oportunidad, diligencia que debió cumplirse respecto de Claudia Alfaro Tabilo y la omisión de ello representa un acto viciado que no se ha subsanado, cuyo perjuicio debe presumirse de derecho en los términos del artículo 160 del citado Código, porque la infracción referida a la falta de notificación ha impedido el ejercicio del derecho del interviniente para manifestar el interés por el inicio o la continuación de la persecución penal.

SEXTO: Que la actuación de oficio surge por la presunción de derecho del perjuicio ocasionado como consecuencia de un sobreseimiento definitivo improcedente y que pondría fin a una persecución final con autoridad de cosa juzgada, lo que representa la imposibilidad de la víctima de obtener la sanción penal del imputado, desconociéndosele los derechos básicos regulados en el Código Procesal Penal para ejercitar su facultad de oponerse al principio de oportunidad, sin que en parte alguna del proceso haya actuado como interviniente saneando la nulidad, razón por la cual deberá dejarse sin efecto el sobreseimiento, disponiéndose, exclusivamente la notificación de la comunicación del principio de oportunidad adoptado por el Ministerio Público, según consta a fojas 39 de esta carpeta a la víctima Claudia Alfaro Tabilo.

Por estas consideraciones, y visto a demás lo dispuesto en el artículo 358 del Código Procesal Penal, se declara inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por

el Ministerio Público, respecto del sobreseimiento definitivo dictado en la audiencia de fecha dieciocho de julio de dos mil seis, según consta del acta de fojas 48 de estos antecedentes, decretado por la Juez de Garantía Subrogante de Calama, Claudia Godoy Aspee, y actuando de oficio, se deja sin efecto el mismo, reponiéndose el procedimiento al estado de poner en conocimiento de la víctima Claudia Alfaro Tabilo la decisión adoptada por el Ministerio Público del principio de oportunidad, según consta de la audiencia del 17 de febrero pasado de fojas 39 de esta carpeta. Devuélvase. Rol 119-2006. Redacción del Ministro Titular Oscar Clavería Guzmán.”

Comentarios.

Es ilustrativa la sentencia en comento, habida consideración que se sientan, claramente, diversas conclusiones que permiten reflejar la efectividad del mecanismo de control judicial respecto a la decisión de adoptar el principio de oportunidad. A saber:

a) El principio de oportunidad, adoptado por el Ministerio Público, produce efectos absolutos respecto de la persecución penal, pues, expresamente, la jurisprudencia entiende que, al ser adoptada dicha decisión por el fiscal, no puede ser divisible respecto de las víctimas, afectándoles a todas por igual sin perjuicio de los mecanismos de control que permiten impugnarla tal como lo hemos analizado hasta ahora.

b) El principio de oportunidad solicitado por el fiscal no permite proseguir la investigación desde ningún punto de vista, salvo los mecanismos de impugnación que permiten dejarla sin efecto.⁵⁰

⁵⁰ Es por esta misma razón que se declara inadmisibile el recurso, pues, no hay agravio en la resolución recurrida, habida consideración que el fiscal ha solicitado aplicar el principio de oportunidad, lo que conlleva, en caso de que no proceda reclamo ni revocación alguna, en que

c) La aplicación del principio de oportunidad debe ser comunicada a los intervinientes, no presumiéndose la aceptación de la decisión el hecho de que se ausente una de las víctimas u otros intervinientes en la audiencia respectiva, ni mucho menos por el hecho de no haber sido emplazada legalmente.

d) En el caso de que no sea emplazada debidamente cualquiera de los intervinientes, se presume un agravio de derecho por cuanto no ha podido el afectado con el vicio pronunciarse respecto de dicha decisión, lo que es, en esencia, una vulneración a los derechos y garantías que la Constitución y las leyes le confieren a los intervinientes, procediendo la nulidad de oficio, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 160 del Código Procesal Penal.

2- Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 1429-2007. “Supermercado Líder con José Osvaldo Gerli Campos » Apelación artículo.⁵¹

“San Miguel, uno de octubre de dos mil siete.

se dicte sobreseimiento definitivo y, por consiguiente, la extinción de la responsabilidad penal de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 170 del Código Procesal Penal.

⁵¹ PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

<http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php> [Consulta: 5 de octubre de 2008]

Vistos y oídos los intervinientes:

PRIMERO: Que, doña Estela Farías Godoy, Abogado de la querellante, en representación de Supermercados Líder ha interpuesto recurso de apelación en contra de la resolución de fecha 7 de septiembre de 2007, por la cual el Juez de Garantía, resolvió no dar lugar a la petición de la querellante, de dejar sin aplicación el principio de oportunidad, comunicado por el Ministerio Público con fecha 4 de septiembre de 2007 lo que le ha causado agravio, solicitando de esta Corte de Apelaciones la revocación de la resolución en alzada y en su lugar se declare que se deja sin efecto el principio de oportunidad, ordenando la continuación del procedimiento.

SEGUNDO: Que, fundamentando el recurso interpuesto, la parte recurrente sostiene que la resolución impugnada le causa un agravio a su representada, que sólo es reparable con la revocación de la resolución conforme a derecho, al impedir la persecución penal en representación de los intereses de la víctima y lo funda en virtud de lo dispuesto en los artículos 170, 365, 366, 367, 368, 370 y 371 del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que asimismo señala que el Tribunal de Garantía apreció erradamente el artículo 170 inciso tercero del Código Procesal Penal al exigir que la petición debe ser fundada, requisito no establecido por la ley y bastando que la víctima manifieste “de cualquier modo su interés en el inicio o la continuación de la persecución penal.

CUARTO: Que en estrados, el Ministerio Público representado por don Raúl Guzmán Uribe, como el Defensor Penal Público, don Carlos Espinosa, solicitan la confirmación de la resolución recurrida, compartiendo ambos los mismos fundamentos. Asimismo señalan que lo que se busca es la eficiencia en la persecución penal, la que no se satisface con este tipo de delitos denominados en las actas como “de bagatela”.

QUINTO: Que de acuerdo a lo expuesto en los fundamentos anteriores corresponde a esta Corte, resolver si la resolución apelada es susceptible de ser enmendada y declarar que se deja sin aplicación el principio de oportunidad comunicado por el Ministerio Público, ordenando la prosecución del procedimiento conforme con las reglas generales.

SEXTO: Que, analizada la resolución del Juez de Garantía, en su declaración por la cual no acepta la oposición de la querellante por no haber invocado fundamento alguno tendiente a controvertir la decisión del Ministerio Público de aplicar el principio de oportunidad; cabe señalar que en concepto de estos sentenciadores, el inciso 3º del artículo 170 del Código Procesal Penal, no contiene exigencia alguna de fundamento, toda vez que en su tenor literal expresa “también la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de ‘cualquier modo’ su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal , por lo que lo actuado por el Tribunal a quo significa imponer un requisito que la disposición legal no contempla, por lo que la decisión del Juez obligará al Fiscal a continuar con la persecución penal, y en consecuencia lo cual lo obrado por el 11º Juzgado de Garantía no se encuentra ajustado a derecho.

SÉPTIMO: Que a mayor abundamiento esta interpretación de la norma legal resulta armónica con el sistema procesal penal que contiene el Código respectivo y que permite en su oportunidad lo que se ha denominado “el forzamiento de la acusación, prevista en el artículo 258 que posibilita que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que el Código establece.

Por estas consideraciones y atendido lo anteriormente señalado y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 170, 352, 370 del Código Procesal Penal, se declara que se revoca la resolución de fecha siete de septiembre del año en curso, en cuanto rechaza la petición de la querellante en el sentido de continuar con la persecución penal y se ordena proseguir con el procedimiento.

Redacción de la Abogada Integrante señora Sandra Pinto Pinto. Regístrese y comuníquese.

RUC 0700382418 1.RIT 3383 2007.Pronunciado por los Ministros Sr. María Stella Elgarrista Álvarez, Sr. Claudio Pavéz Ahumada y Abogado Integrante Sra. Sandra Pinto Pinto. Ingreso Corte 1.429 2007”.

Comentarios.

Uno de los aspectos delicados frente a la disposición contemplada en los incisos segundo y siguientes del artículo 170 del Código Procesal Penal, que contiene el control judicial, decía relación con la facultad que se le otorgaba a la víctima para proseguir con la acción penal frente a la decisión del fiscal de adoptar el principio de oportunidad, prescribiendo que puede dejarse sin efecto si la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal, una expresión poco detallada a simple vista. Sin embargo, en este fallo se aclara, al menos, lo que debe entenderse por dicha facultad, pudiendo deducir de ella lo siguiente:

- a) La facultad de la víctima otorgada por la disposición en comento, no requiere de fundamento alguno para darle curso, entendiéndose la jurisprudencia que la expresión “de cualquier modo” no necesariamente implica que sea fundado.
- b) Que, en caso de exigirse fundamento a dicha manifestación de voluntad, ésta gozaría de falta de sustento legal.
- c) Sin perjuicio de lo anterior, resulta problemática la falta de límites claros a esta facultad otorgada a la víctima, en contraposición a la finalidad de la aplicación del principio de oportunidad, pues, sin duda, fue contemplada la medida como una forma de descongestionar el sistema judicial, pero no debe desconocerse el derecho a la víctima al proceso penal. Resultaría positivo que, en reformas futuras, el legislador aclarara la extensión de esta facultad, con el fin de evitar problemas interpretativos.

2.2- Por la vía administrativa.

2.2.1- Normas relacionadas.

Tal como se ha mencionado precedentemente, el ejercicio del principio de oportunidad, en atención a su delicadeza y en calidad de decisión político-criminal, incluye, fuera de un control judicial, un control de carácter administrativo, al que se le hace aplicable los incisos quinto y sexto del artículo 170 del Código Procesal Penal.

Por otra parte, se hacen aplicables los artículos 17 letra a) de la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640, en relación con los oficios dictados por el Fiscal Nacional respecto a la aplicación del Principio de Oportunidad, que se analizará a continuación. Asimismo, y de manera indirecta, se hacen aplicables los artículos 45 y siguientes de la citada ley orgánica, a propósito de la responsabilidad de los fiscales.

2.2.2- Procedimiento.

Disponen los incisos quinto y sexto del artículo 170 del Código Procesal Penal:

“Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del Ministerio Público.

Conociendo de esta reclamación, las autoridades del ministerio Público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho que se tratare”.

El procedimiento a aplicar, para ejercer el control administrativo del principio de oportunidad, es el siguiente:

(i) El control administrativo se ejerce una vez vencido el plazo para formular reclamación judicial ante el Juez de Garantía (10 días), o en caso que se rechazare la reclamación respectiva⁵².

(ii) Dicha reclamación administrativa debe hacerse por escrito, debiendo presentarse ante el superior jerárquico respectivo, debiendo solicitarse que se revise la decisión adoptada en cuanto sea armónica con las políticas generales del servicio.

(iii) En caso que fuere rechazada la petición, o no se formulare objeción alguna, se entiende extinguida la acción penal, quedando a salvo la responsabilidad civil derivada del delito, como expresamente contempla el inciso final del artículo 170 del Código Procesal Penal.

Al respecto, resulta interesante resaltar el examen de la solicitud administrativa para ser contrastada con las políticas generales del servicio.

Respecto al diseño de estas políticas, el proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público preveía la existencia de un “Comité Asesor”, que formaban integrantes de los tres poderes del Estado, entre cuyas funciones podría emitir opiniones sobre estrategias y políticas generales de persecución penal, lo que no fue recogido finalmente en la ley.⁵³

Para conocer las políticas generales del servicio, el artículo 17 letra a) de la L.O.C. N° 19.640, dispone, al efecto:

“Corresponderá al Fiscal Nacional:

a) Fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y las leyes.”

⁵² Aunque, en este punto, hay que hacer presente que la resolución que rechaza la reclamación es una sentencia interlocutoria que pone término al juicio o hace imposible sus continuación, lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal, es susceptible del recurso de apelación.

⁵³ CHAHUÁN Sarrás, Sabas. Ob. Cit., pp. 75.

Dichos criterios se traducen en oficios dictados por el Fiscal Nacional, de los que emanan las políticas generales del servicio, que deben entenderse que rigen sólo en el ministerio público y en ningún caso son instrucciones dirigidas a la policía.

Al respecto, y dando estricto cumplimiento a la norma en comento, se ha dictado el Instructivo N° 35, de fecha 15 de diciembre de 2000, que imparte criterios de actuación e instrucciones en materia de principio de oportunidad, elaborada por Guillermo Piedrabuena Richard, Fiscal Nacional de ese entonces. En dicho instructivo, que es más criticado por ser doctrinario que ser práctico, se analiza, más que nada, la forma de interpretar el artículo 170 del Código Procesal

En primer lugar, en cuanto a sus requisitos de procedencia, resalta que, para aplicar el principio de oportunidad, como excepción al principio de legalidad, deben cumplirse con los requisitos copulativos que dicha norma en comento se señalan, señalando claramente que de ellos “el elemento que mayor dificultad envuelve, es el de la apreciación del compromiso grave del interés público, concepto subjetivo y un tanto ambiguo.”

A mayor abundamiento, explica el instructivo que “intentando acercarnos a elementos de juicio sobre el compromiso del interés público, conviene recordar que la norma en comento está tomada de la Ordenanza Procesal Penal Alemana y del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Dicha Ordenanza “contempla este principio con un triple objetivo, ofrecer una solución de índole procesal al problema del control de la criminalidad de bagatela; procurar un aceleramiento de la marcha de la administración de justicia; e, intentar evitar en delitos de dicha entidad, el efecto desocializante que suele ir unido al cumplimiento de una pena. Se perseguía de este modo, la descriminalización y la diversificación, como medios necesarios para concebir una persecución efectiva en el ámbito de la restante criminalidad”⁵⁴.

Importante es la salvedad que en el instructivo se indica, en cuanto a la forma de apreciar el principio de oportunidad que, por razones obvias, no puede ser apreciada

⁵⁴ INSTRUCTIVO N° 35. Ministerio Público, Fiscalía Nacional, [En línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>>, pp.4 [Consulta: 30 de octubre de 2008].

desde el punto de vista de la política criminal, sino desde el Derecho mismo: «En nuestro país, como no asisten, según dijéramos, al M.P. (sic) las funciones de política criminal de prevención general, los fiscales tendrán que efectuar aquella apreciación, a la luz de las valoraciones comparativas que para los diversos ilícitos el Derecho Penal sustantivo contempla, según la relevancia de los bienes jurídicos protegidos, junto a las consideraciones de prevención especial. Lo que creemos no debe ocurrir, eso sí, es que se guíen para dicha apreciación, por la importancia que los medios de comunicación social o el público en términos generales y difusos, le impriman a los hechos”.

Para efectuar dicha apreciación, el Ministerio Público debe considerar, entre otras cosas, el grado de participación del imputado en el delito, considerar elementos racionales y objetivos y no guiarse por las primeras impresiones de la opinión pública o los medios aludidos, a menos de tratarse de delitos que evidentemente, según se haya debatido en instancias internacionales o nacionales, o según lo estime la doctrina y la jurisprudencia, exista consenso en que afectan gravemente el interés público, como, por ejemplo, aunque sea obvio, el terrorismo. Dicha ponderación, en definitiva, tendrá que hacerse caso a caso, no arriesgándose a señalar un catálogo de delitos a los cuales deba aplicarse el principio.

En segundo lugar, en relación con los delitos que hayan sido cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, dicho requisito permite restringir su aplicación a delitos y faltas. Respecto a la pena asignada al delito, debe estarse a lo que dice el artículo 170 al respecto, ponderado de manera objetiva y en los términos que el Código Penal disponga.

2.2.3-Sanciones (consecuencias)

Las reclamaciones que los intervinientes en un procedimiento formulen en contra de un fiscal adjunto de conformidad a la ley procesal penal deberán ser presentadas por

escrito al Fiscal Regional, quien deberá resolverlas, también por escrito, dentro de cinco días hábiles (Art. 33 L.O.C. 19.640).

Frente al procedimiento administrativo y el control por parte del superior jerárquico, deben chequearse dos aspectos: primero, que la oportunidad haya sido ejercida dentro del margen de legalidad permitido por el código y, por otra parte, que lo haya sido, también, dentro del marco de las instrucciones de carácter general establecidas a nivel institucional para su ejercicio.⁵⁵

De dicho control puede suscitarse lo siguiente:

a) Que se ajuste a las políticas del servicio y esté dentro de los márgenes dados por el Código Procesal Penal.

En ese caso, se aplica la consecuencia señalada en el penúltimo inciso del artículo 170 del Código Procesal Penal, esto es, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho, quedando a salvo la responsabilidad civil emanada del mismo, la que se perseguirá en juicio sumario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 680 N° 10 del Código de Procedimiento Civil, agregado por la ley N° 20.192, publicada en el Diario Oficial el 26 de junio de 2007.

b) Que no se ajuste a las políticas del servicio o no se encuentre dentro de los márgenes dados por el Código.

En caso de acogerse el reclamo, debe continuar el fiscal con su investigación. En este orden de cosas, si la instrucción va dirigida al un Fiscal Regional, pueden éstos objetar las instrucciones de sus superiores, debiendo ser fundada la objeción. Si la instrucción impugnada es de índole procesal, debe ejecutarse mientras se resuelva la impugnación del fiscal.

Quien resuelve la controversia es el Fiscal Nacional, con diversos efectos: si acoge la objeción, debe modificar la instrucción impugnada, con efectos generales para el

⁵⁵ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 209.

conjunto del Ministerio Público. Por el contrario, si la rechaza, debe cumplirse sin más trámite (Art. 35 L.O.C. N° 19.640).

Igual atribución tienen los fiscales adjuntos respecto a los Fiscales Regionales, quienes pueden objetarlas por considerarles manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional, que será resuelta por el propio Fiscal Regional. Si la acoge, el fiscal adjunto continúa con el ejercicio de sus funciones en la forma que se llevó a cabo. En el caso de rechazo, el fiscal adjunto deberá cumplir su instrucción. Se extiende lo señalado anteriormente respecto de las impugnaciones de instrucciones que tengan relación con actuaciones procesales. (Art. 44 L.O.C. N° 19.640).

En caso que la decisión adoptada por el fiscal sea considerada abusiva o es manifiesto que se ha excedido del ejercicio de sus funciones, es susceptible de incurrir en sanciones disciplinarias, que van desde la amonestación privada hasta la remoción (Art. 49 L.O.C. N° 19.640).

CAPÍTULO III: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO. INSTITUCIONES ANÁLOGAS.

En este acápite, se hará una revisión somera, pero precisa, de legislación comparada, a fin de obtener una ilustración adecuada respecto a la forma como se ha establecido el principio de oportunidad en otros sistemas procesales y la visión que se tienen de los mismos en cuanto a su aplicación y eficacia.

1-Alemania.

El procedimiento penal alemán, frente a la investigación, da dos caminos posibles de ser tenidos en cuenta por parte del fiscal: Así, puede sobreseer el procedimiento o promover la acción.

Según Roxin, hay cuatro causales para sobreseer, que son, a saber:

- a) Por motivos procesales (como la prescripción);
- b) Por motivos de derecho material (como que el hecho investigado no reviste caracteres de delito);
- c) Por motivos fácticos (como que se compruebe que el imputado es inocente);
- d) Cuando proceda el principio de oportunidad.⁵⁶

Se entiende el principio de oportunidad como el mecanismo que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible.⁵⁷

En Alemania, se entiende al principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad, lo que resulta de la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad, esto es, la idea de que en el caso particular, se puede renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no lo exigen.

Existen cuatro causales por las cuales se hace aplicable el principio de oportunidad, que son, al efecto:

- (i) La existencia de reprochabilidad escasa, sea por casos de culpabilidad mínima que no incentive al fundamento de la persecución penal y en donde no hay interés público o

⁵⁶ ROXIN, Claus. Ob. Cit., pp. 335.

⁵⁷ Ibid., pp. 89.

por haber hechos de índole accesorios no esenciales (Parágrafo 153 Ordenanza Procesal Penal Alemana⁵⁸);

(ii) Por la existencia de interés en la persecución que puede verse satisfecho, en lugar del cumplimiento de la pena, mediante una serie de condiciones o mandatos, lo cual suele asemejarse, en nuestro Derecho, a la Suspensión Condicional del Procedimiento (Parágrafo 153a de la OPPA).

(iii) La existencia de un interés contrapuesto al de la persecución de mayor peso que éste, el cual se puede subdividir en tres: intereses estatales (parágrafo 153d OPPA); arrepentimiento activo en caso de delitos contra la seguridad del estado (parágrafo 153 e OPPA); chantaje, a menos que la gravedad del hecho por el que éste se produce sea tal que obligue a la persecución (parágrafo 154c OPPA); y,

(iv) En los casos de persecución penal privada, donde más que nada es el particular el que ejercerá la persecución penal, salvo casos excepcionales en los que el Ministerio Fiscal Alemán tenga que ejercerla por haber comprometido un interés público en la persecución, aún siendo un delito de acción privada (parágrafo 376 OPPA).⁵⁹

La consecuencia de aplicar el principio de oportunidad es el archivo de la causa. Sin embargo, se ha planteado el problema de los efectos jurídicos del archivo, sea libre o provisional.

Se ha señalado que, de acuerdo al sujeto que ejerce la facultad, el efecto será libre o provisional (entiéndase “libre” como “definitivo”).⁶⁰

Quienes están facultados para solicitar la aplicación del principio de oportunidad, en principio, eran los órganos jurisdiccionales correspondientes. A través de la evolución que el principio de oportunidad ha sufrido en la Alemania Federal y, fundamentalmente, desde que la fase investigadora del proceso se atribuyó al Ministerio Fiscal, han surgido nuevos casos en que la facultad recae en dicho órgano. Cabe señalar que sólo

⁵⁸ En adelante, OPPA (traducción de StPo o Strafprozeordnung).

⁵⁹ ARMENTA Deu, Teresa. Ob. Cit., pp. 47-48.

⁶⁰ GÓMEZ Colomer, Juan Luis. El Proceso Penal Alemán: Introducción y normas básicas. Barcelona, España. Editorial Bosch, España, 1985, pp.152.

esa facultad puede ejercerse por el Ministerio Fiscal antes de ejercer la acción penal, pues, una vez ejercida, recae sólo en el tribunal.⁶¹

En cuanto al control de la decisión de aplicar el principio de oportunidad, el Ministerio Fiscal puede tomar la decisión sin posterior confirmación judicial (como, por ejemplo, en los casos de culpabilidad mínima o se requiere la solución de una cuestión prejudicial civil, entre otras), siendo la regla general que debe existir control judicial previo. No obstante lo anterior, cabe hacer presente que debe comunicarse la decisión tanto al inculpado como al denunciante o solicitante. En el caso del ofendido, cabe el ejercicio de un recurso de queja en contra de la decisión adoptada, de acuerdo al parágrafo 172 de la OPPA⁶², susceptible de apelación en caso que sea rechazada la solicitud, ante el Tribunal Superior.⁶³

2- Estados Unidos.

Tal como se señaló precedentemente, el principio de oportunidad se clasifica en discrecional o reglado. El primero es recibido ampliamente en el Derecho anglosajón, mientras que el segundo es propio de la tradición continental.

En este orden de cosas, el modelo de discrecionalidad absoluta entiende que se entrega a los organismos encargados de promover la persecución penal la facultad plena para decidir si llevar o no adelante la misma, cuyo paradigma es el sistema que posee Estados Unidos.⁶⁴

Cuando hablamos del sistema de discrecionalidad absoluta en el Derecho Estadounidense, éste cubre diversos aspectos de la persecución penal, a saber:

⁶¹ ARMENTA Deu, Teresa. Ob. Cit., pp. 48.

⁶² GÓMEZ Colomer, Juan Luis. Ob. Cit., pp. 153.

⁶³ BAUMANN, Jürgen. Ob. Cit., pp. 60

⁶⁴ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 181.

- a) El fiscal tiene la libertad de decidir o no la investigación. Dentro de esta facultad, se encuentra la de decidir si persigue formalmente un caso o no;
- b) Por otra parte, puede decidir si entrega o no inmunidad a un imputado a cambio de contraprestaciones (como una suerte de salidas alternativas de nuestro proceso penal);
- c) En tercer lugar, puede negociar los cargos con el imputado, como asimismo las penas a solicitar a los jueces.

Cabe señalar que el sistema no tiene límites positivos a su ejercicio, lo que se contrasta con otros ámbitos de actuación estatal, como con los *Writ of Mandamus*, en virtud del cual puede recurrirse a los tribunales de justicia para obligar a una autoridad pública a llevar adelante o realizar una determinada actuación.

Sin perjuicio de lo anterior, dicha facultad goza de límites negativos, que están dirigidos a poner término o impedir que se lleve adelante una investigación que el fiscal ha decidido llevar adelante. A saber, dichas instituciones son:

(i) Revisión del caso fiscal por el Gran Jurado: Cuando un fiscal decide investigar formalmente a una persona y llevarla a juicio oral, debe someter esa investigación a un control para verificar una causa probable de que el delito se ha cometido y que la persona pueda tener un grado de responsabilidad en la comisión del mismo.⁶⁵

Dicho análisis se somete al Gran Jurado, que está compuesto por ciudadanos (cuyo número es variable), que deciden si el caso “es serio o no”.

(ii) Revisión del caso por el Juez en Audiencia Preliminar (*Preliminary Hearing*): Ella tiene por objeto que un juez pueda determinar si existe o no una causa probable en el caso del fiscal.

Consiste en la celebración de una audiencia similar al juicio oral, en que el fiscal deberá presentar la prueba que sustenta su caso sometido a examen, en que el

⁶⁵ Ibid., pp. 183.

imputado puede intervenir. Frente a dicho debate, el juez decide si hay o no causa probable para continuar con un eventual juicio.

(iii) La Persecución Penal Selectiva: Tiene por objeto impedir que se lleve adelante la investigación fiscal en aquellos casos en que la persona afectada por esta pueda demostrar que esa persecución penal se basa en una decisión discriminatoria que pueda estimar dentro de una categoría que signifique discriminación en su contra.

(iv) La Persecución Penal Vindictiva: Permite que una persona, objeto de una investigación, paralice ésta cuando pueda mostrar que esta ha sido llevada adelante por el fiscal debido a razones vindicativas o de venganza.⁶⁶

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, es necesario destacar que la institución más emblemática que demuestra el amplio poder discrecional de los fiscales estadounidenses se encuentra en la institución conocida como el *Plea Bargaining*, que consisten en que el imputado debe haber optado por declararse culpable, lo que constituye una de las réplicas (*pleadings*) que el acusado puede efectuar ante los cargos efectuados por la fiscalía (las otras réplicas pueden ser declararse inocente; alegar la insania para no declararse culpable, o utilizar el *nolo contendere*, que consiste en una declaración de culpabilidad que no constituye, en el fondo, una admisión de culpa propiamente tal y que no puede ser usada en su perjuicio en otras acciones civiles o penales)⁶⁷

El *Plea Bargaining* consiste en concesiones que el fiscal hace luego de haber formulado los cargos al imputado, a cambio de la aceptación de la responsabilidad por parte de éste, lo que implica la renuncia al juicio. Dicha aceptación es procedente para todo tipo de delitos y debe ser promovida antes del juicio, pues, el objetivo, en concreto, es evitar el juicio precisamente. Se ha señalado que esta salida se sustenta en el rol que cumple la confesión en el sistema de justicia norteamericano, conocida

⁶⁶ Ibid., pp. 185.

⁶⁷ HENDLER, Edmundo. Sistemas Procesales Penales Comparados. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 1999, pp. 424.

como *Guilty Plea*, teniendo presente que la confesión es causal suficiente como para condenar a una persona.⁶⁸

Las modalidades del *Plea Bargaining* son:

- (i) Que el fiscal se compromete a solicitar una pena más baja que la que podría requerir en caso de no llegar a un acuerdo con el imputado;
- (ii) Que 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 la que hubiera habido negociación.

En definitiva, el sistema aplicado en el Derecho estadounidense goza de ostentar un sistema de discrecionalidad libre, que, ciertamente, puede llegar a ser riesgoso a la hora de velar por la estricta aplicación de la legislación criminal, pues, si bien existen mecanismos de control ya mencionados, éstos no son suficientes para frenar la potestad del fiscal de manera equilibrada, incidiendo tímidamente en dichas potestades. Por otra parte, la aplicación del *Plea Bargaining* tiene una segunda lectura: puede prestarse a una aplicación muy represiva de las penas y puede servir como mecanismo de presión ejercido por la fiscalía en contra del imputado, lo que puede derivar en la aplicación de sanciones injustas y en incurrir, dicho sea de paso, en una falta al *due process of law*, principio que no puede dejarse de lado para que estemos frente a una correcta aplicación de la ley.

3.-Argentina.

Es aplicable, con cierta similitud al nuestro, en principio de oportunidad en el Derecho Argentino.

⁶⁸ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 186.

De hecho, es menester manifestar, en primer lugar, que frente a la decisión de oficializar la persecución penal, como regla general, se ha estimado necesario imponer a los órganos del ministerio público por vía de principio, el deber de promover la persecución penal, la que, una vez promovida, no se puede suspender, interrumpir o hacer cesar (principio de legalidad). Desde un punto de vista negativo, ello significa que ningún criterio de oportunidad autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible. En este orden de cosas, el principio de oportunidad se aplica por razones estrictamente utilitarias.⁶⁹

En el país trasandino, la incorporación del principio de oportunidad ha sido paulatina respecto de cada una de las provincias, cuya regulación, sin perjuicio de la variedad de legislaciones, gira siempre en torno a un elemento común, cual es la materialización de un proceso de selección natural de los delitos. Frente a esa selección natural, ella trae como consecuencia la creación de desigualdades notorias, criminalizando a un sector social y descriminalizando al otro, cuyos filtros son, en primer lugar, las víctimas, y, por otra parte, el sistema penal mismo.⁷⁰

Por ejemplo, dispone el Código Procesal Penal de Mendoza, al efecto:

“Art. 26. Principio de Oportunidad. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se suspenda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando:

1-La lesión al bien jurídico protegido fuera insignificante;(…)

(…)La solicitud de todo lo aquí expuesto deberá formularse por escrito ante el Tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación.”⁷¹

⁶⁹ MAIER, Julio Bernardo. Derecho Procesal Penal Argentino. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, tomo I, 1989, pp. 550-552.

⁷⁰ Ibid., pp. 553.

⁷¹ MANGIAFICO. David. Algunas consideraciones sobre el principio de legalidad y la posible inclusión del principio de oportunidad. [en línea]

De la disposición en comento, se destaca que, por una parte, para que se haga aplicable dicho principio, el fiscal debe solicitar autorización del superior jerárquico y, por otra parte, debe formularse la solicitud por escrito ante el tribunal.

Otro ejemplo destacable lo encontramos en el artículo 15 del Código Procesal Penal de La Pampa, que dispone, al efecto, bajo el rótulo de “criterios de oportunidad”:

“Los fiscales tendrán el derecho de ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, el fiscal de oficio o a petición de parte, podrá abstenerse de ejercer la acción penal en los siguientes casos, previo consentimiento de la víctima o del ofendido penalmente:

1) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no afecte gravemente el interés público, o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, exceptuando que la acción atribuida tenga una pena privativa de libertad cuyo máximo exceda los tres años (...).”

El artículo 16, por su parte, señala que el efecto de la decisión de aplicar el principio de oportunidad, implica tener por extinguida la pretensión penal.⁷²

En síntesis, considerando esta somera pero ilustrativa revisión, cabe hacer presente que, al igual como sucede en nuestro país, en la legislación argentina, hay conciencia de aplicar necesariamente el principio de oportunidad para concretar un hecho evidente, cual es la selección natural de los delitos en sede penal, pero dicho concepto es aplicado sólo entre los márgenes que el mismo principio de legalidad le impone, lo que implica un sistema de control para que su aplicación no sea abusiva y no afecte los derechos de las personas.

4- España.

< <http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/PRINCIPIO%20DE%20OPORTUNIDAD.pdf>> [Consulta: 20 de noviembre de 2008] pp. 7.

⁷² DESCALZI, José Pablo. La acción penal y el principio de oportunidad. La reforma procesal penal de La Pampa. [en línea]

< http://www.jpdesc.com.ar/subc/m2_procesal/pdf/001.pdf> [Consulta: 20 de noviembre de 2008], pp. 6.

En España, respecto al ejercicio de la acción penal, está presidido por el principio de legalidad, lo cual se consagra en el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷³, conforme al cual “del delito nace la acción penal”. Por su parte, los artículos 105 a 271 obligan al Ministerio Fiscal al ejercicio de todas las acciones penales que consideren procedentes, pero ello no significa que el principio de oportunidad se halle ausente de dicha legislación.⁷⁴

Frente a este escenario, el principio de oportunidad se contempla en tres aristas:

(i) Por medio de la institución que Gimeno Sendra indica como de la “conformidad” (Art. 655, 694 a 700 LECRIM). En estos casos, la finalización anormal del procedimiento se produce mediante la sola declaración de voluntad de la defensa, sin que el acusado pueda ser sometido al cumplimiento de prestación alguna.

Dispone, así, el artículo 655 de la LECRIM:

“Artículo 655. Si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional, al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida; expresándose además por el Letrado defensor, si esto no obstante, conceptúa necesaria la continuación del juicio.

Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.

Si ésta no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio.

También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad.

⁷³ En adelante, LECRIM.

⁷⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, et al. Derecho Procesal Penal. España, Editorial Colex, 1999, pp. 112.

Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad”.⁷⁵

Cabe señalar que, en relación con los artículos 694 a 700 de la LECRIM, éstos tratan las situaciones relativas a la confesión de los imputados respecto de la comisión de un delito, lo que conlleva a que el fiscal decida no proseguir con el ejercicio de la acción penal y, por ende, del juicio propiamente tal.

(ii) Hay causales directas e indirectas que se pueden situar en dicho concepto. Así, en el primer caso, se encuentra la denuncia en los delitos semipúblicos, la querrela en los delitos privados y el perdón del ofendido. En el caso de los segundo, se destaca la llamada “licencia” del juez o del tribunal en las calumnias o injurias vertidas en el juicio o el indulto, entre otras.

Se advierte claramente que el principio de oportunidad permite flexibilidades que, según el principio de legalidad, sería jurídicamente imposibles: que se persigan procesalmente o no las conductas de apariencia delictiva; que se seleccionen los elementos fácticos que han de ser tomados en consideración, excluyendo tal vez algunos legalmente relevantes; que se formule, o no, acusación; que se califiquen los hechos, a efectos de petición de pena, de una u otra forma; que se sustituya la solicitud de pena o su aplicación por la imposición de medidas diferentes, etc.⁷⁶

⁷⁵ LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL [en línea] <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l3t3.html#c3s1> [Consulta: 20 de noviembre de 2008], pp. 6.

⁷⁶ DE LA OLIVA, ANDRÉS, et al. Ob. Cit., pp. 21.

CAPÍTULO IV: EFICACIA DE LOS MECANISMOS DE CONTROL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO NACIONAL.

1- Necesidad del control del principio de oportunidad.

A lo largo de los tres capítulos anteriores de esta primera parte, hemos analizado el Principio de Oportunidad y sus mecanismos de control, que se han establecido expresamente en el Código Procesal Penal, como asimismo en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

La pregunta a formular, en definitiva, una vez analizado el principio de oportunidad, es : ¿Porqué es necesario el control del mismo ?

Debemos partir, en primer lugar, por tener presente que la Constitución Política de la República reconoce, en el artículo 19 N° 2 la igualdad ante la ley, que es profundizado por el número 3 del citado artículo, en cuanto a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, que contempla, entre otros, el llamado « Debido Proceso de Ley ».

Importante es destacar lo que el inciso quinto del citado precepto legal dispone, el cual fue modificado por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, del año 1997, en relación con la investigación sostenida por el Ministerio Público que, a saber, dice lo siguiente :

«Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado .Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

En este orden de cosas, el artículo 166 del Código Procesal Penal establece lo que se conoce como El Principio de Legalidad, estableciéndole un deber al Ministerio Público de iniciar la persecución penal una vez que tomare conocimiento de un hecho que revistiere caracteres de delito, todo ello con auxilio de la Policía.

Frente a esto, y por las razones que ya hemos analizado latamente, se alza el Principio de Oportunidad como excepción a lo dispuesto en el citado artículo 166 del Código Procesal Penal, consagrado en el artículo 170, donde se indican los requisitos de procedencia, como asimismo sus mecanismos de control, que se alzan como dos brazos o barreras de contención, a fin de que se no se aplique abusivamente por parte del Ministerio Público.

Son estos motivos los que justifican el control del Principio de Oportunidad. Precisamente, el resguardo del principio de legalidad, que se consagra como regla general en nuestro sistema procesal penal el que da pie para que el Principio de Oportunidad sea debidamente controlado, que, visto desde otra arista, lo consagra la ley (así puede decirse, como en un juego de palabras, que el Principio de Oportunidad

pertenece al Principio de Legalidad). A mayor abundamiento, si el Constituyente exige que la investigación sea racional y justa, dentro de sus facultades y dentro de los imperativos legales, debe ser racional y justa, asimismo, la aplicación del Principio de Oportunidad, lo cual podrá verificarse a través de los mecanismos de control que la misma ley proporciona al efecto.

En apoyo a la tesis anteriormente señalada, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público establece mecanismos para hacer valer las responsabilidades que los fiscales incurran en el ejercicio de sus funciones, que puede conllevar sanciones desde una amonestación privada hasta la remoción, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal en la que incurran por este mismo motivo.

En definitiva, sin este control, la aplicación del Principio de Oportunidad puede, eventualmente, ser aplicada de manera maliciosa y provocar corrupción del sistema, causando un desvío en su aplicación respecto a la finalidad que tuvo en mente el legislador para ser establecida como mecanismo de descongestión del sistema, como asimismo para la racionalización de los recursos.

2- Eventuales efectos positivos y negativos del actual mecanismo de control.

No obstante haber comprendido, efectivamente, el porqué de la existencia de mecanismos de control para el ejercicio del principio de oportunidad, corresponde hacer un juicio crítico a los mecanismos de control que se contemplan respecto del Principio de Oportunidad.

2.1- Efectos positivos del actual mecanismo de control.

Los efectos positivos que conlleva el mecanismo de control del principio de oportunidad, que son dignos de ser destacados, son los siguientes:

(i) Existe un sistema de control doble, vale decir, uno ejercido por el Juez de Garantía, y, por otra parte, del Ministerio Público.

(ii) El doble mecanismo de control se sitúa uno en pos de otro. Así, en caso de no ser ejercido el primer mecanismo (Judicial), se aplica el segundo (Administrativo).

(iii) Para que se solicite la aplicación del Principio de Oportunidad, ésta debe ser fundada por el fiscal, la cual debe centrarse en invocar la procedencia de los requisitos que hacen aplicable el citado principio.

(iv) La aplicación del Principio de Oportunidad no extingue la responsabilidad civil derivada del ilícito, la cual podrá perseguirse de acuerdo a las normas del Juicio Sumario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 680 N° 10 del Código Procedimiento Civil.

2.2- Efectos negativos del actual mecanismo de control.

No obstante las bondades del sistema de control, es preciso señalar algunos aspectos que eventualmente son negativos, sin perjuicio de que es susceptible de mejoras a futuro, en posteriores reformas legislativas:

(i) No se encuentran claras las políticas generales del Ministerio Público respecto a la aplicación del Principio de Oportunidad. En otras palabras, el Instructivo N° 35, de fecha 15 de diciembre de 2000, en estricta coordinación con lo dispuesto en el artículo 170 del Código Procesal Penal, no refleja claramente las políticas del servicio a fin de hacer aplicable el control administrativo de la aplicación de dicho principio, lo que dificulta la comprensión de lo que el Ministerio Público decida respecto de la reclamación administrativa que se formule al efecto.

(ii) Existe marcada tendencia a aplicar mayoritariamente el control judicial que el administrativo, especialmente en consideración a que el inciso tercero del artículo 170

del Código Procesal Penal señala que se dará curso a la investigación si la víctima manifestare de cualquier modo la continuación de la persecución penal.

Tal como se puede apreciar, constituyen aspectos subsanables que, a la postre, pueden ser solucionados con reformas a la disposición en comento y a la planificación de políticas generales del servicio, a través de futuros instructivos que permitan entender la posición del Ministerio Público frente al principio de oportunidad.

SEGUNDA PARTE: EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL ARCHIVO PROVISIONAL.

CAPÍTULO I: EL ARCHIVO PROVISIONAL.

1- Concepto.

En los capítulos precedentes, ha quedado claro que el principio de oportunidad surge como una excepción al principio de legalidad, establecido en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, frente a un análisis del citado código, nos encontraremos con otras instituciones que, por cierto, se alzan como una excepción al principio de legalidad, que han sido establecidas, en sentido amplio, como criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal.

En otros términos, si hablamos del Archivo Provisional, nos encontramos en uno de esos casos que podemos situar como criterios de oportunidad. En efecto, y con el ánimo de otorgar un lineamiento general, el Archivo Provisional permite al Ministerio Público prescindir del ejercicio de la acción penal, ya no por la falta de un interés público, sino por consideraciones económicas en la adecuada distribución de los recursos del Estado que se otorgan para el desarrollo de una investigación que, en las circunstancias que la ley señala, pueden constituir una situación permanente o temporal, sujeta a mecanismos de control para evitar su ejercicio abusivo.

De este modo, Archivo Provisional puede definirse como “aquella facultad que forma parte del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, generalmente situado dentro de los criterios de oportunidad, en virtud del cual, el órgano a quien le corresponde su ejercicio se encuentra facultado, en la hipótesis que la ley expresamente señala, a prescindir de ella, sea de manera temporal o de manera definitiva, a fin de obtener una adecuada canalización de los recursos estatales destinados para su ejercicio”.

La existencia del Archivo Provisional forma parte de aquella serie de facultades que en el Código Procesal Penal se establecen para evitar el colapso del sistema judicial, partiendo de la base que, con dichas instituciones, no más de un 10% de los delitos llega a esta etapa.⁷⁷

2- Características generales. Requisitos legales genéricos para su procedencia.

⁷⁷ OTERO Lathrop, Miguel. Ob. Cit., pp. 11.

El Archivo provisional, en cuanto facultad del Ministerio Público, se encuentra consagrado en el artículo 167 del Código Procesal Penal, inmediatamente a continuación de la consagración del Principio de Legalidad, el cual dispone, en sus incisos primero y segundo, al efecto, que:

“En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional.”

De acuerdo a la disposición en comento, para que sea aplicable el Archivo Provisional, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

a) Que estemos ante la presencia de una investigación sin la intervención del juez de garantía. Al respecto, debemos entender, en este orden de cosas, que no debe encontrarse la etapa de investigación en la situación contemplada en los artículos 229 y 230 del Código Procesal Penal, esto es, que se haya producido la formalización de la investigación.

A mayor abundamiento, dispone el artículo 229 del Código Procesal Penal:

“Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.”

Así, si ya ha intervenido el juez de garantía, de acuerdo al supuesto que la norma reza, no podrá aplicarse el archivo provisional, que expresamente señala la letra c) del artículo 233 del Código Procesal Penal.

En caso que interviniere del juez de garantía, con posterioridad podrá el fiscal solicitar, en caso que no existan antecedentes suficientes para formular acusación, la aplicación de la facultad de no perseverar en la investigación, que contempla expresamente la letra d) del artículo 248 del Código Procesal Penal.

b) Que, de las diligencias de investigación, no aparecieran antecedentes que permitieran desarrollar actividades conducentes para el esclarecimiento de los hechos.

Se desprende, primeramente, que el archivo de las investigaciones realizadas por el fiscal con respecto a un hecho eventualmente delictual, tiene las siguientes características: es una atribución exclusiva del Ministerio Público, esencialmente provisional y no extingue la acción penal.

El archivo provisional es transitorio o accidental y no extingue la acción ni la responsabilidad penal, y por ende, el fiscal tiene el deber de dejarlo sin efecto y reabrir la investigación desde que aparecieran nuevos antecedentes, esto es, datos, referencias o evidencias probatorias que hagan desaparecer el impedimento en cuanto al desarrollo de actividades conducentes al establecimiento de los hechos punibles y a la determinación de la persona del delincuente.⁷⁸

Para poder obtener convicción acerca de la procedencia de los supuestos que permiten aplicar la institución en análisis, supone por parte del fiscal el estudio del caso y la práctica de actividades pesquisivas preliminares, pero indispensables para demostrar la falta absoluta de antecedentes probatorios y la imposibilidad de realizar indagaciones que permitan comprobar la existencia del cuerpo del delito o la persona del delincuente, en términos de ser imposible o infructuoso proseguir la investigación.⁷⁹

Al elaborarse la norma en comento, el senado estuvo de acuerdo en que esta institución se traduce en la práctica en que el fiscal, al recibir una denuncia, debe decidir si tiene o no un caso susceptible de ser investigado. Si así no ocurriera, procederá a archivarlo, lo que no obsta a que, cuando aparezcan nuevos antecedentes, lo reabra. La decisión de archivo provisional será adoptada rutinariamente, puesto que uno de los fundamentos de la reforma procesal penal radica en la conveniencia de concentrar los esfuerzos en casos viables, a diferencia del supuesto de del sistema vigente hasta nuestros días de investigar cada denuncia, lo que es imposible, según demuestran todos los estudios realizados sobre la materia y

⁷⁸ NÚÑEZ Vásquez, Juan Cristóbal. Ob. Cit., pp. 15.

⁷⁹ Ibid., pp. 16.

que corrobora nuestra práctica judicial con los denominados “partes de mesón”, que evitan la formación de un proceso para investigar asuntos que no tienen posibilidad de éxito.⁸⁰

Respecto al requisito señalado en la letra b) precedente, Duce y Riego sostienen, al efecto, que es posible pensar que esta facultad cubre dos hipótesis de carácter general: (i) casos que técnicamente son ininvestigables (hipótesis prácticamente inexistente); y (ii) casos en que, aun pudiendo investigarse, es posible proyectar que no se obtendrán resultados positivos que permitan llevar adelante una persecución penal en forma razonable.

En la práctica, resulta impracticable la investigación de todos los delitos denunciados, siendo el Archivo Provisional una facultad que permite a los fiscales orientar los escasos recursos proporcionados a éstos y a las instituciones que les prestan auxilio en sus funciones, a fin de invertirlos en investigaciones eficaces, introduciéndose un criterio de racionalidad en su actividad, aspecto que, como veremos a continuación, no obsta de mecanismos de control por parte del mismo sistema. Esta misma exigencia implica que el Archivo Provisional deba ejercerse con amplios criterios de transparencia y publicidad, los que deben incluirse en las políticas del Ministerio Público que deben ser instruidas en un solo todo.

Frente al análisis de los requisitos expuestos precedentemente, hay que destacar precisamente lo que dispone el inciso segundo del artículo 167 del Código Procesal Penal, que dispone, al efecto, que “Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional”.

Se ha establecido esta última exigencia en atención a la gravedad del delito, teniendo presente que el archivo provisional, en principio, fue establecido para ser aplicado ampliamente en delitos de baja o mediana gravedad, a lo cual el legislador tuvo especial cuidado respecto a los delitos que merecieren pena aflictiva, los que deberán pasar por un control previo y especial, cual es la aprobación administrativa del Fiscal Regional.

⁸⁰ PFEFFER Urquiaga, Emilio. Ob. Cit., pp.188-189.

Agrega, en este punto, el instructivo N° 75, de fecha 26 de septiembre de 2001, que “se trata que la pena abstracta asignada al delito sea aflictiva, es decir, que la ley imponga al ilícito penal la pena de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos u otra mayor, aunque comiencen en un grado inferior”.⁸¹

Los efectos del Archivo Provisional, en definitiva, son dos, a saber:

(a) Provoca la suspensión temporal de la investigación, la cual podrá reanudarse apenas se pueda remover el impedimento que concurre para hacer aplicable dicha facultad, esto es, la falta de elementos cognitivos suficientes para el esclarecimiento de los hechos.

Es necesario tener presente que dicho efecto podrá hacerse valer siempre que no haya prescrito la acción penal, lo cual, si bien el artículo 167 del Código Procesal Penal no lo dispone expresamente, se desprende de la aplicación del Código Penal respecto a la prescripción de la acción penal.

(b) Dicha suspensión no implica la extinción de la responsabilidad penal, sin perjuicio de lo que se ha señalado en relación con la prescripción de la acción penal.

En términos más pedestres, constituye una decisión que sólo congela el caso, pero no lo mata. Así, la idea es que pueda existir una base de datos en la que se registren los casos a los que se les aplicó el archivo provisional 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.⁸² En términos prácticos, supone “guardar” la carpeta de investigación hasta que aparezcan nuevos antecedentes para sustentar dicha investigación, los que serán desechados si la acción penal ha prescrito, la que se desprenderá de los antecedentes allegados para la investigación.

⁸¹ INSTRUCTIVO N° 75. Ministerio Público, Fiscalía Nacional, [En línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>>, pp.4 [Consulta: 30 de octubre de 2008].

⁸² DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 203-204.

CAPÍTULO II: EL CONTROL DEL ARCHIVO PROVISIONAL EN CHILE.

1- Concepto.

El Archivo Provisional, dentro del concepto amplio del principio de oportunidad que generalmente utiliza la doctrina para reunir las instituciones que configuran la excepción al principio de legalidad, supone una facultad administrativa que puede adoptar el fiscal en caso que no existan antecedentes suficientes para el adecuado esclarecimiento de los hechos, a través de diligencias de investigación. Todo ello, como se señaló precedentemente, se encuentra establecido con miras a la adecuada utilización de los recursos escasos para las diligencias de investigación, que, sin lugar a dudas, son ilimitadas.

Si se tiene claro que el principio de legalidad constituye la regla general tanto en el ordenamiento penal como en el procesal penal, la aplicación del Archivo Provisional, a discreción total del fiscal, puede ir en pugna con el citado principio, no pudiendo convivir ambos en un mismo sistema, lo que implica que el legislador deba establecer los parámetros para su utilización, so pena de una aplicación poco feliz.

En ese orden de ideas, el citado y analizado artículo 167 del Código Procesal Penal establece los mecanismos de control del Archivo Provisional, sumándose, a lo que se señala en dicha disposición, la regla contemplada en el artículo 169 del citado cuerpo legal.

Si bien el Archivo Provisional se aplica sólo en los casos y en las circunstancias que los incisos primero y segundo del artículo 167 prescriben al efecto, al pasar el proyecto de Código Procesal Penal al Senado, en este punto, “tuvo, no obstante, la inquietud de que la falta de control sobre esa decisión pudiera prestarse para encubrir algún descuido o desidia del fiscal, particularmente en aquellas situaciones en que no se conoce a la víctima o a las personas a quienes la ley considera víctimas, porque si así fuere, deberá informárseles y ellas tendrían la oportunidad de hacer valer sus derechos”⁸³.

No menor es lo que indica el Mensaje del Ejecutivo, a propósito del Archivo Provisional: “Se propone también facultar al Ministerio público para archivar provisionalmente todas aquellas denuncias que no parezcan susceptibles de una investigación exitosa. El uso de esta facultad, bajo el control de las víctimas y limitada a delitos de ocurrencia común pero de poca gravedad, debiera ahorrar muchos recursos al sistema, evitando su desgaste en casos respecto de los cuales no existe expectativa razonable de éxito”.⁸⁴

En ese trasfondo, el legislador estableció tanto mecanismos de control judiciales como administrativos, que tienen por objeto la correcta aplicación del principio. Así, en definitiva, se entiende por control del Archivo Provisional como “aquellos mecanismos,

⁸³ NÚÑEZ Vásquez, Juan Cristóbal. Ob. Cit., pp 17.

⁸⁴ LEY N° 19.696. Aprueba Código Procesal Penal. Mensaje del Ejecutivo. Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 20.

sean judiciales o administrativos, que tienen por objeto la correcta aplicación de la facultad entregada al fiscal destinada al uso eficiente de los recursos del sistema, en caso que no existan antecedentes suficientes para el adecuado esclarecimiento de los hechos en la forma y en los casos que dispone la ley”.

2- Consagración Normativa del Control del Archivo Provisional en Chile.

2.1- Por vía judicial.

2.1.1.- Normas aplicables.

Respecto al control del Archivo Provisional, por vía judicial, se hace aplicable, al efecto el artículo 169 del Código Procesal Penal.

2.1.2- Procedimiento.

El inciso primero del artículo 167 del Código Procesal Penal expresa que se hará aplicable el archivo provisional en la forma y en el supuesto que en dicho precepto legal se indica, esto es, en caso que las investigaciones a que se diere inicio no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Sin perjuicio de lo anterior, y si bien se ha señalado que el archivo provisional es esencialmente temporal (eventualmente), el artículo 169 de dicho cuerpo legal dispone el control judicial del archivo provisional.

Dispone el artículo 169, al efecto:

“En los casos contemplados en los dos artículos anteriores⁸⁵, la víctima podrá provocar la intervención del juez de garantía, deduciendo la respectiva querella.

Si el juez admitiere a tramitación la querella, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales”.

Para que opere el control judicial, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- (a) Ejercicio de dicha facultad por parte de la víctima⁸⁶.
- (b) Interposición de querella ante el Juez de Garantía respectivo.
- (c) Admisión a tramitación de la querella interpuesta.

Por esta vía de control, se limita la disposición del Ministerio Público sobre la acción penal, evitando que la víctima quede desprotegida en sus derechos, si el fiscal no persigue penalmente.⁸⁷

⁸⁵ Se refiere al artículo 167 en comento y a la facultad de no iniciar la investigación, contemplado en el artículo 168 del Código Procesal Penal.

⁸⁶ Para ello, debe entenderse como víctima a la luz de lo que dispone el artículo 108 del Código Procesal Penal.

⁸⁷ CHAHUÁN Sarrás, Sabas. Ob.Cit., pp. 73.

En estricto rigor, el control judicial supone la intervención del Juez de Garantía en la investigación, lo que implica, de alguna manera, que precluya la facultad del ministerio público de ejercer dicha facultad.

A mayor abundamiento, se ha señalado que la intervención de Juez de Garantía se puede producir de las siguientes formas: (i) En el caso de la formalización de la investigación⁸⁸; (ii) Si se solicita autorización judicial para realizar alguna actuación que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de sus derechos constitucionales de conformidad a los artículos 9 y 236 del Código Procesal Penal; (iii) Si el Juez de Garantía ordena al fiscal, a petición del imputado, informarle sobre los hechos que motivan la investigación, fijándole un plazo para su formalización de conformidad con el artículo 186 del Código Procesal Penal; (iv) Si se lleva a cabo la audiencia de control de detención, en caso de delitos flagrantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 del Código Procesal Penal; (v) Si el juez de garantía se pronuncia sobre la admisibilidad de la querrela, rechazándola.⁸⁹

Es preciso señalar que, a través del control judicial, se intentan compatibilizar varios objetivos. En primer lugar, darle herramientas a la persecución penal para racionalizar la cara de su trabajo; en segundo lugar, permitirles a las víctimas afectadas que formalicen su disconformidad con una querrela, la que, de ser admitida a tramitación, les asegura que se investigarán los hechos; en tercer lugar, evitar el ejercicio abusivo o ilegal de estas facultades.⁹⁰

2.1.3.- Sanciones (consecuencias).

⁸⁸ El artículo 233 del Código Procesal Penal señala expresamente que, una vez producida la formalización de la investigación, que se define en el artículo 229, el fiscal pierde la facultad de archivar provisionalmente la causa.

⁸⁹ NÚÑEZ Vásquez, Juan Cristóbal. Ob. Cit., pp. 18.

⁹⁰ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 206.

En este apartado, es necesario distinguir, en primer lugar, si se ha hecho efectivo el archivo provisional sin mediar el control judicial, o si ha operado éste, y, en segundo lugar, cabe señalar que, más que una sanción propiamente tal, debe entenderse como consecuencias de suscitarse estas dos posibilidades.

(a) En caso que se haga efectivo la aplicación del Archivo Provisional, la consecuencia surgirá para la víctima: su aplicación provocará que no se efectúen diligencias de investigación por parte del fiscal, aunque, tal como se ha señalado más arriba, ésta es estrictamente provisional, que podrá dejarse sin efecto una vez que surjan nuevos antecedentes que permitan esclarecer los hechos, los cuales podrán ser proporcionados, sea mediante solicitudes directas ante el Ministerio Público, sea mediante la interposición de una querrela ante el Juez de Garantía Respectivo.

(b) En caso que se haga efectivo el control judicial sobre la decisión adoptada por el fiscal, la consecuencia inmediata se contempla en el inciso segundo del artículo 169 del Código Procesal Penal, que dispone al efecto que:

“Si el juez admitiere a tramitación la querrela, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales”.

Por su parte, dicho inciso en comento mantiene estricta relación, en caso que opere la formalización de la investigación, con lo que señala el artículo 233 del Código Procesal Penal, esto es, el fiscal pierde la facultad de aplicar el archivo provisional. En definitiva, resulta que, de las dos disposiciones señaladas precedentemente, se destaca que en ambas ha intervenido el Juez de Garantía, lo que provoca la preclusión del ejercicio del archivo provisional.

2.4- Jurisprudencia. Comentarios.

1- Corte de Apelaciones de Arica. Rol N° 25-2008. « Con Jorge Eduardo Frías Esquivel y Freddy Spencer Núñez », Apelación Sentencia definitiva.⁹¹

Arica, catorce de abril de dos mil ocho.

VISTO:

El Fiscal del Ministerio Público, Francisco Ganga Dinamarca, deduce recurso de apelación en contra de la resolución pronunciada por el Juez de Garantía, Juan Araya Contreras, que sobreseyó definitivamente al imputado Jorge Eduardo Frías Esquivel, del cargo de autor por el delito de amenazas, sobre la base de no haber formalizado dentro del plazo –fijado por el Tribunal– sobre la base del artículo 186 del Código Procesal Penal. Solicita se revoque la resolución y se declare sin efecto el referido sobreseimiento.

Se concretó la audiencia de vista de los antecedentes con la asistencia del representante del Ministerio Público y del Abogado Defensor Arnaldo Salas Valladares. Escuchados los alegatos de rigor, la resolución de esta Corte de Apelaciones queda en acuerdo, nominándose como redactor al Ministro Señor Javier Aníbal Moya Cuadra.

CONSIDERANDO:

1º Que el Recurso de Apelación deducido por el Ministerio Público, refiere la resolución dictada por el Juez del Juzgado de Garantía, que sobreseyó definitivamente a Jorge Frías Esquivel y otro, imputados por el delito de amenazas proferidas en contra de Jaime Arancibia, Concejal Municipal, en virtud del artículo 250 letra e) del Código Procesal Penal, es decir, el haber sobreseído un hecho que puso fin a la responsabilidad del imputado consistente en que el Ministerio Público no concretó la

⁹¹ PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE
<http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php> [Consulta: 5 de octubre de 2008]

formalización respectiva, dentro del plazo establecido por el Tribunal, situación procesal acorde al artículo 186 del Código referido.

La resolución apelada acepta que aunque no empece al Ministerio Público el hecho de formalizar, la última norma citada, permite admitir que la inactividad del órgano prosecutor conlleva la aplicación del artículo 250 citado, máxime que fue citado por el Juez de Garantía para que dentro de 30 días provocara la actuación de formalización; la sentencia precisa, además, que se pone termino a las incertidumbre que puede verse expuesto el imputado por el retardo en el cierre de la investigación.

2º Que el Ministerio Público hace presente que con fecha 10 de diciembre del año 2006, se denunció por el Concejal Jaime Arancibia el haber sido objeto de amenazas de muerte e insultos por parte de Jorge Frías Esquivel y Freddy Spencer Núñez, en la vía pública de la ciudad de Arica, data desde la cual se inició una investigación que fue archivada provisionalmente el 19 de junio del año 2007, atento a que no existían antecedentes que permitieran “desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos” .

3º Que, el Ministerio Público, en el escenario referido, hace presente que el artículo 186 del Código Procesal Penal, si bien permite que el Juez de Garantía puede establecer un plazo para formalizar la investigación, en ningún caso, corresponde a una obligación para el fiscal toda vez que su actuación lo es dentro de sus atribuciones específicas en cuanto a estimar el mérito de los antecedentes.

Concordante, la no concreción de formalización atento el plazo establecido por el Juez de Garantía en virtud a la parte final del artículo 186 citado, tampoco contempla sanción como si se establece en el artículo 247 incisos 3º y 5º del Código Procesal Penal; así, resulta inaplicable el artículo 250 de igual Código pues refiere a hechos sobrevinientes que conforme a la ley pongan fin a la responsabilidad penal (como la muerte del imputado); eso sí, el Ministerio Público acepta que la no formalización provoca efectos tales como no poder solicitar diligencias intrusivas, o rendir pruebas anticipadas o medidas cautelares, pero no el sobreseimiento contra el cual se reúna.

4º Que lo concreto resulta ser la actuación del Ministerio Público, cuando iniciada la investigación, concretó el archivo provisional realizado que fueron las primeras indagaciones; tal decreto ocurre en un escenario sin la intervención del Juez de Garantía.

El instituto procesal del Archivo Provisional, al margen de haberse consagrado en el sistema en términos de la no persecución de un hecho por ausencia razonable de expectativas de éxito, corresponde a una atribución exclusiva al Ministerio Público; concordante, la víctima mantiene un control externo sobre solicitar la reapertura de la investigación, es decir, para judicializarla, estándose al efecto a lo dispuesto en el artículo 169 del Código Procesal Penal.

5º Que, sobre la materia, la Profesora Señora Maria Paula Soza, refiere en materia de limitación del poder político punitivo, de “cuánto informa (el Fiscal) al Juez que luego decidirá en la causa (Derecho Penal Mínimo y Sistemas Informales de Evolución de Conflicto. Pág. 65 del Libro “Resolución Alternativa de Conflictos Penales. Ed. Del Puerto, Ar.), interrogante que, puesta en el contexto de igualdad con el imputado, conduce a una eficacia en términos de avalar lo actuado por el Ministerio Público cuando decide “resolver la investigación; lo anterior, toda vez que, categóricamente, percibe la ausencia de pruebas para el éxito investigativo sin que por este acto vulnere el derecho a la defensa, pues ésta tuvo el acceso respectivo a la investigación; es el principio *sulla accusatio sive defensione* .

La actuación “informal (no judicial) de la resolución del Ministerio Público, significa un cierre o forma de concluir una investigación, distante de lo judicial y no puede servir de base para el reclamo de un eventual derecho que amague al imputado, pues no lo hay; lo anterior, resulta acorde al sistema acusatorio que requiere de la conveniencia de alejarse de las estructuras formales, en concordancia con las distintas respuestas al conflicto penal; todo, salvaguardando las garantías procesales de los intervinientes.

6º Que, el cierre de investigación por el Archivo Provisional practicado por el Ministerio Público, mantiene su efecto natural centrado en la no constatación de antecedentes que “permitiere desarrollar actividades conducentes al establecimiento de los hechos.

Si hubieren existido, ponderados que fueren por el Ministerio Público, la formalización aparece obvia. Nada de eso ocurre.

Así, estando la causa archivada, cerrada, se satisface la exigencia de seguridad jurídica.

7º Que, en este escenario, la petición de la defensa para provocar “la audiencia de apercibimiento de formalización”, como la posterior actuación del Juez de Garantía de fijar un plazo para formalizar, bajo apercibimiento de sobreseimiento definitivo y, la resolución del decreto consecuencial por la no presentación de cargos, basado en el artículo 250 letra e) del Código Procesal Penal, aparecen ajenas a lo procedimental del sistema que sí admite lo resuelto por el Archivo Provisional como facultad privativa del Fiscal; el caso está cerrado, la investigación está cerrada, pues no aparecen “antecedentes que permitieren...”, precisándose que la víctima no dedujo querrela y tampoco aporta “antecedentes”, para la reactivación.

La circunstancia, entonces, de que el Archivo Provisional tenga la calidad (y naturaleza) provisorio, no es una exigencia para “promover un plazo judicial de formalizar la investigación, como tampoco y menos, que ocurra el sobreseimiento definitivo.

Entonces, el real sentido del artículo 186 del Código Procesal Penal, debe entenderse cuando la investigación está abierta o pendiente que en el caso actual, como se insiste, se encuentra cerrada. Todavía, dicho cierre y consecuencial archivo provisional, no supone la afectación de los derechos del imputado, toda vez que sigue absolutamente vigente su derecho a la defensa ante la eventual aparición de los antecedentes.

8º Que, no puede pretenderse que por el hecho de la prescripción, el imputado persiga el sobreseimiento sobre una base de perjuicio por la permanencia de una investigación en su contra, pues, tal investigación –ahora– no ocurre; lo anterior, conlleva la oportunidad de reapertura dentro del plazo de prescripción de la acción penal, si procediere.

Concordante, y como precisa el Profesor Don Cristian Riego Ramírez, la facultad del Ministerio Público (para el archivo) cubre un aspecto trascendente: “casos en que, aún pudiendo investigar, es posible proyectar que no se obtendrán resultados positivos que permitan llevar adelante una persecución penal en forma razonable (Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal. UDP. 2002. Pág. 20. Cristian Riego y Mauricio Duce.)

9º Que lo explicitado corresponde a lo actuado por el Ministerio Público, máxime cuando su decisión aparece fundada en los términos del artículo 167 del Código Procesal Penal, decisión que el orden jurisdiccional no puede discutir al no considerarse por el marco legal respectivo. Así, la ausencia de dicho marco, atento la figura del artículo 186 del Código Procesal Penal, invocado por la defensa, es ajeno e inconducente ante la decisión del Ministerio Público de archivar provisionalmente la investigación.

Concordante, aflora lo dispuesto en el artículo 167 citado, cuando “el caso no ofrece esta perspectiva (léase investigación productiva) y por ende, no la desarrollará mientras no surjan antecedentes que permitan generar un proceso.

El sobreseimiento decretado no puede prosperar pues la investigación está cerrada por el Archivo Provisional, que es una “forma de cierre y solución del caso denunciado.

Por estas consideraciones, citas legales y lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal, se deja sin efecto lo resuelto por el Juez de Garantía al dictar el sobreseimiento definitivo en esta investigación, consagrándose el Archivo Provisional materializado por el Ministerio Público, en uso de su exclusivo derecho.

Regístrese y comuníquese vía correo electrónico.

Redacción del Ministro Señor Javier Aníbal Moya Cuadra. Rol Nº 25 2008.

Comentarios.

a) De la sentencia en comento, queda claramente establecido que el Archivo Provisional es una facultad estrictamente privativa del fiscal al tomar conocimiento de un hecho cuyos antecedentes no sean suficientes para esclarecerlos.

b) La sentencia en comento resalta estrictamente que la decisión del fiscal de adoptar el archivo provisional se efectúa sin la intervención del Juez de Garantía.

c) En tercer lugar, se desprende que el archivo provisional implica el cierre de las diligencias mínimas de investigación que permiten justificar la toma de dicha decisión, pudiendo la víctima reactivar las mismas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 del Código Procesal Penal.

d) Que, en este orden de ideas, no procede el ejercicio de la facultad dispuesta en el artículo 186 del Código Procesal Penal⁹², pues, supone la existencia de diligencias de investigación, lo que no sucederá en caso que el fiscal adopte la decisión de aplicar el archivo provisional.

e) De lo anterior, se desprende que el archivo provisional no es un presupuesto para ejercer la facultad contenida en el artículo 186, sino que la del artículo 169 del Código Procesal Penal y, más aún, no puede decretarse el sobreseimiento definitivo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 250 del citado cuerpo legal. Así las cosas, el razonamiento del tribunal de alzada es acertado, pues, no puede existir sobreseimiento definitivo al haberse aplicado una institución en que el Juez de Garantía no interviene en su conocimiento, sin perjuicio de sus mecanismos de control establecido por el propio legislador, habida consideración que el sobreseimiento definitivo supone un procedimiento en que haya intervenido el juez de garantía respectivo.

⁹² "Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación".

f) Finalmente, debe rescatarse que la sentencia en comento dispone que el plazo para ejercer los mecanismos de control en contra de la decisión del fiscal de aplicar el archivo provisional tiene como límite la prescripción de la acción penal.

2.2- Por vía administrativa.

2.2.1- Normas aplicables.

Al hablar del control administrativo del Archivo Provisional, es menester hacer referencia a las siguientes disposiciones legales que así lo contemplan:

(i) Inciso segundo del artículo 167 del Código Procesal Penal, para el caso en particular que se analizará a continuación.

(ii) El procedimiento establecido en la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640, en su artículo 33, y las sanciones contempladas en los artículos 45 y siguientes.

(iii) Los instructivos N° 42, de fecha 17 de enero de 2001; Instructivo N° 75, que sustituye el N° 42, de fecha 26 de septiembre de 2001, y el oficio N° 542, de fecha 23 de noviembre de 2004, que refuerza el criterio establecido en el Instructivo N° 75, todos ellos emanados de las facultades otorgadas al Fiscal Nacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N° 19.640.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que resaltar que el legislador procesal penal no adoptó la misma rigurosidad en cuanto al control administrativo como sí lo efectuó en relación con el principio de oportunidad, analizado latamente en la primera parte de este trabajo. Ello se debe, principalmente, a tres motivos:

a) En primer lugar, porque el principio de oportunidad es una decisión más drástica y delicada que la de aplicar el archivo provisional, especialmente en cuanto a sus efectos anteriormente descritos.

b) Finalmente, por haberse establecido el artículo 169, respecto del control judicial, antes analizado. En efecto, este artículo impone el control judicial para los casos en que los fiscales del ministerio público dispongan el archivo provisional o ejerzan la facultad de no iniciar la investigación.

c) Finalmente, por haberse establecido un procedimiento administrativo residual en el artículo 33 de la Ley N° 19.640, junto con establecer las responsabilidades que indican los artículos 45 y siguientes de la citada ley.

2.2.2- Procedimiento.

En primer lugar, hay que hacer referencia al control administrativo establecido en el inciso segundo del artículo 167 del Código Procesal Penal, que dispone, al efecto, a propósito de la decisión tomada por el fiscal de aplicar el archivo provisional:

“Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional”.

Frente a este mecanismo, el instructivo N° 75 dictado por el Fiscal Nacional Señor Guillermo Piedrabuena Richard, indica que “se trata que la pena abstracta asignada al delito sea aflictiva, es decir, que la ley imponga al ilícito penal la pena de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos u otra mayor, aunque comiencen en un grado inferior”⁹³.

Así, en caso que el fiscal decida aplicar el archivo provisional al caso concreto, debe elevar el conocimiento de los antecedentes ante el Fiscal Regional para su aprobación, el que debe ajustarse a los criterios de actuación fijados para el actuar del Ministerio Público.

El Instructivo N° 75 señala que “en los casos de delitos que tienen asignada pena aflictiva, el fiscal deberá evaluar con detención la necesidad de realizar diligencias preliminares, en atención a la viabilidad de obtener algún resultado exitoso en el esclarecimiento de los hechos, antes de decretar el archivo provisional”⁹⁴.

En el mismo caso, y aunque sea obvio, es necesario destacar que, tratándose de un delito que merezca pena aflictiva, sólo una vez que el respectivo Fiscal Regional haya dado su aprobación al archivo provisional y no antes, puede comunicarse a la víctima la decisión de archivar provisionalmente una investigación, ya que ésta decisión sólo producirá sus efectos una vez que el Fiscal Regional “confirme” la salida adoptada. Los procesos de trabajo o de gestión de cada Fiscalía deberán adecuarse al criterio antes señalado.⁹⁵

Interesante es, en este punto, rescatar lo que indica el Instructivo N° 75 en análisis, respecto de los casos que no se contemplan en el inciso segundo del artículo 167 del Código Procesal Penal, que son, a saber:

(i) En los casos de delitos que no tienen asignada por la ley una pena aflictiva, los fiscales podrán decretar el archivo provisional si, puesta una denuncia en su

⁹³ INSTRUCTIVO N° 75. Ministerio Público, Fiscalía Nacional, [En línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>>, pp.3 [Consulta: 30 de octubre de 2008].

⁹⁴ Ibid., pp. 4.

⁹⁵ OFICIO N° 542-2004. Ministerio Público, Fiscalía Nacional, [En línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>>, pp.3 [Consulta: 30 de octubre de 2008].

conocimiento, no emanaren de ésta antecedentes que pudieren conducir a una investigación exitosa. El ejercicio de esta facultad no requiere el despacho de una orden de investigar, pero sí la citación a la víctima o denunciante a fin de que aporte mayores antecedentes. En este último caso, la citación se hará por cualquier medio idóneo, fijándose un plazo breve para que comparezca a la fiscalía. Vencido este plazo, el fiscal podrá decretar el archivo provisional aun cuando la víctima no haya comparecido. El relato de la víctima podrá ser otorgado incluso por vía telefónica.

(ii) En los casos de delitos flagrantes, los fiscales continuarán con la investigación conforme a las reglas generales.⁹⁶

El Ministerio Público, a través del Oficio N° 542-2004, de fecha 23 de noviembre de 2004, con el fin de complementar el Instructivo N° 75, incorporó criterios especiales para hacer aplicable el archivo provisional respecto de ciertos delitos que, por su delicadeza, les dio un tratamiento especial. En resumidas cuentas, dichos criterios son, a saber:

1.- En relación con delitos de menor entidad y de receptación, el ejercicio de dicha facultad no debe realizarse de manera automática, sino que requiere la realización de algunas diligencias básicas.

2.- En los delitos que afecten la libertad sexual, la vida y la libertad personal, no puede decretarse el archivo provisional sin antes haber agotado efectivamente los medios razonables de esclarecimiento del ilícito denunciado y de sus autores.

3.- No se aplica el archivo provisional en delitos tributarios, de contrabando y delitos contemplados en la Ley de Valores.

Finalmente, es obligación del Ministerio Público procesar los datos y antecedentes que se obtengan en las causas archivadas provisionalmente, a fin de permitir a futuro

⁹⁶ En caso que sea el Fiscal Regional quien se encuentre realizando diligencias de investigación, deberá ceñirse a los mismos criterios de investigación en análisis.

reabrir las si existen indicios que permitan lograr el esclarecimiento de alguno o algunos de aquellos delitos archivados.⁹⁷

Por otra parte, fuera de los casos contemplados en el inciso segundo del artículo 167 del Código Procesal Penal, para hacer efectivo el control administrativo sobre la decisión adoptada por el fiscal, las víctimas pueden recurrir internamente en el Ministerio Público ante las autoridades superiores del fiscal que adoptó la decisión respectiva para respetarle la inconveniencia de tal decisión. Así, dicho reclamo podría originar que, administrativamente, los superiores del fiscal respectivo alteren su decisión.⁹⁸

La forma de hacer efectiva tal mecanismo se encuentra contemplado en el artículo 33 de la Ley N° 19.640, que dispone, al efecto:

“Las reclamaciones que los intervinientes en un procedimiento formulen en contra de un fiscal adjunto de conformidad a la ley procesal penal deberán ser presentadas por escrito al Fiscal Regional, quien deberá resolverlas por escrito dentro de cinco días hábiles”.

En virtud de dicha disposición legal, se desprende entonces que:

- a) Para reclamar en contra de la decisión de adoptar el archivo provisional, deberá formularse una petición escrita dirigida al superior jerárquico, señalando los fundamentos de hecho y de Derecho pertinentes que justifiquen su reclamación.
- b) Una vez recibidos los antecedentes, deberá el Fiscal Nacional resolver dentro de cinco días hábiles.

Ahora bien, el problema se suscita respecto al plazo que tiene la víctima para deducir el reclamo en contra de la decisión que implica adoptar el archivo provisional. Es posible sostener que existe un plazo tácito respecto a dicha reclamo, que está determinado por la prescripción de la acción penal. Así, debe determinarse, de acuerdo a la naturaleza del delito al cual se ha aplicado el archivo provisional, el plazo para ejercer dicho mecanismo de control, el que, dicho sea de paso, se hace extensible, en

⁹⁷ Ibid., pp. 5-6.

⁹⁸ DUCE, Mauricio, y Riego, Cristián, Ob.Cit. pp. 205.

silencio de la ley, al control judicial que dispone el artículo 169 del Código Procesal Penal.

2.2.3- Sanciones (consecuencias).

Las consecuencias de adoptar el archivo provisional, frente al control administrativo, son las mismas que se señalaran en este mismo acápite respecto al control judicial. Sin embargo, especial énfasis hay que hacer, frente al ejercicio del control administrativo, que es más efectivo el control judicial, toda vez que el examen de admisibilidad de la querrela que debe hacer el Juez de Garantía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 del Código Procesal Penal, resulta la vía más segura de darle curso a la investigación que, en ese orden de cosas, se realiza de manera incipiente. Pues, lo que debe efectuar el juez es un examen de forma concreto, siendo más difuso el examen que, de acuerdo a las instrucciones impartidas por el Fiscal Nacional, debe hacer el Fiscal Regional respecto de la decisión adoptada por los fiscales adjuntos. Sin perjuicio de lo anterior, es posible efectuar el control administrativo, en primer lugar, para continuar con el control judicial, en caso que no se revoque la decisión impugnada por parte del Fiscal Regional.

Formulado el reclamo ante el Fiscal Regional, pueden suscitarse las siguientes posibilidades:

(i) Que el Fiscal Regional estime que la decisión adoptada por el Fiscal adjunto se encuentre acorde a las políticas generales del servicio: En ese caso, la víctima puede

aún ejercer el control judicial, teniendo presente el plazo de prescripción de la acción penal.

(ii) Que el Fiscal Regional estime que la decisión adoptada por el Fiscal adjunto no haya sido ejercida de acuerdo a las políticas generales del servicio. Si este es el caso que llega a suscitarse, se dará la instrucción expresa de reanudar las diligencias de investigación, sea por parte del mismo fiscal o por otro que fuere designado al efecto. Además, no debe olvidarse lo que dispone el artículo 45 de la Ley N° 19.640, esto es, los fiscales del Ministerio Público incurrir en responsabilidad civil, disciplinaria y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la que podrá hacerse valer de acuerdo a las reglas generales. En caso que sea responsabilidad penal en la que incurre el fiscal, deberá ejercerse la respectiva querrela de capítulos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 425 y siguientes del Código Procesal Penal. Las diligencias de investigación se llevarán a efecto de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la citada ley.

Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad disciplinaria, debe hacerse valer ante la autoridad superior respectiva, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 48, pudiendo aplicarse las sanciones que indica el artículo 49⁹⁹.

⁹⁹ Estas sanciones pueden ser: la amonestación privada, censura por escrito; multa equivalente hasta media remuneración mensual por el lapso de un mes; suspensión de funciones hasta por dos meses, con goce de media remuneración y la remoción. Ellas serán tomadas de acuerdo a la gravedad de la falta, la reiteración de la conducta, las circunstancias atenuantes y agravantes que arroje el mérito de los antecedentes.

El artículo 50, en efecto, dispone los casos en que procede aplicar la máxima sanción, esto es, la remoción del fiscal:

- (i) Incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones;
- (ii) Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave, debidamente comprobadas;
- (iii) Ausencia injustificada a sus labores, o sin aviso previo, si ello significare un retardo o perjuicio grave para las tareas encomendadas e
- (iv) incumplimiento grave en sus obligaciones, deberes o prohibiciones. El procedimiento se encuentra regulado en el artículo 51 de la Ley N° 19.640.

CAPÍTULO III: EL ARCHIVO PROVISIONAL EN EL DERECHO COMPARADO. INSTITUCIONES ANÁLOGAS.

A continuación, se analizará someramente algunas legislaciones comparadas, a fin de establecer si existe una institución análoga al archivo provisional chileno y, en caso de ser así, cómo operaría en cada caso.

1- Alemania.

Hay que señalar, primeramente, que en el Derecho Alemán no se contempla una institución como el Archivo Provisional en Chile de manera directa, vale decir, con una regulación específica como sí lo hace el artículo 167 del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible señalar que la causal que constituye la aplicación de la institución del Archivo Provisional se encuentra dentro de las causales que permiten la aplicación del sobreseimiento.

Según lo señalado por Roxin, el procedimiento de investigación se cierra cuando la causa está tan aclarada que el fiscal puede decidir si debe o no promover la acción. La

decisión de la fiscalía puede consistir en sobreseer el procedimiento o en promover la acción. En este orden de ideas, hace hincapié que en la mayoría de los casos, el procedimiento de investigación no concluye con la promoción de la acción, sino con el sobreseimiento, que puede suscitarse por cuatro motivos:

(i) Por motivos procesales, por ejemplo, cuando se comprueba la existencia de un impedimento procesal (como la prescripción);

(ii) Por motivos del Derecho material, por ejemplo, cuando resulta que el hecho no es punible;

(iii) Por motivos fácticos, ya sea porque resulte la inocencia del imputado o porque no se pueda comprobar que él cometió el hecho.

(iv) Por la aplicación del Principio de Oportunidad.¹⁰⁰

Si se toma atención en el caso señalado con el número (iii), se contemplan los motivos fácticos para aplicar el sobreseimiento, como, por ejemplo, la no comprobación que tal persona imputada por la comisión de un hecho que revistiere caracteres de un delito, lo que permite aplicar el sobreseimiento. Dicha hipótesis es la que contempla, por ejemplo, la institución del Archivo Provisional, al señalar que no existen los antecedentes suficientes para el esclarecimiento de los hechos. En esta causal, entonces, encontramos una suerte de aplicación de Archivo Provisional en la legislación alemana.

En este caso, debe aplicarse el parágrafo 170 de la OPPA, que expresamente señala las opciones del fiscal respecto a la acción penal.¹⁰¹

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. Ob. Cit., pp. 335.

¹⁰¹ Dice el parágrafo 170 de la OPPA: "Ejercicio de la acción pública; archivo del proceso. (1) Si las investigaciones ofrecieran suficientes motivos para el ejercicio de la acción pública, la ejercerá la Fiscalía, por medio de la presentación del escrito de acusación ante el Tribunal competente. (2) En otro caso, archivará la Fiscalía el proceso. Pondrá en conocimiento del inculpado ello, si éste hubiera sido interrogado en cuanto tal, o hubiera sido decretada contra él una orden de prisión; lo mismo registrará cuando él hubiera pedido la comunicación de la decisión, o tuviera visiblemente un interés especial en la puesta en conocimiento". Véase GÓMEZ Colomer, Juan Luis. Ob. Cit., pp 344.

Para sostener, con mayor énfasis, la similitud de la causal de sobreseimiento en revisión respecto al Archivo Provisional, cabe agregar que la aplicación de aquélla no tiene fuerza de cosa juzgada, pues, ésta puede reanudarse en todo momento del procedimiento. Para que esto no proceda, es necesario que no hayan aparecido nuevos hechos de cargo.

En segundo término, a mayor profundización del aspecto en comento, la decisión de sobreseer debe ser comunicada al imputado y al ofendido por el delito, instruyéndole, en el acto, sobre la posibilidad de impugnación y su plazo (parágrafo 171 OPPA). El plazo para dicha oposición es de dos semanas contadas de la puesta en conocimiento ante el funcionario superior de la Fiscalía. Ese plazo no correrá si no se ha instruido de él al momento de comunicar la decisión en comento.

En caso que exista denegación de la autoridad superior fiscal, puede impugnarse judicialmente, dentro de un mes después de la puesta en conocimiento, todo ello a fin de obtener una resolución judicial que indique los hechos que deberían fundar el ejercicio de la acción privada y los medios de prueba (parágrafo 172 OPPA).

Finalmente, y para concluir este apartado, es importante destacar cómo la OPPA contempla un procedimiento de impugnación frente a la decisión del fiscal de aplicar el sobreseimiento, como asimismo, en los tres primeros casos señalados precedentemente (salvo en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad), le resta el valor de cosa juzgada la decisión adoptada, con miras a evitar un abuso en su aplicación y la indefensión de las víctimas. No debe olvidarse lo que el mismo Roxin señala respecto a la fiscalía alemana, que está obligada a acusar ante la existencia de hechos punibles.¹⁰²

2- Estados Unidos.

¹⁰² ROXIN, Claus. Ob. Cit., pp 53.

Tal como se señaló más arriba respecto al sistema estadounidense, éste se encuentra construido a base del modelo de discrecionalidad absoluta, en comparación con el nivel de discrecionalidad reglado.

Esto llevaba a la conclusión que el fiscal se encontraba dotado de las siguientes facultades:

- a) El fiscal tiene la libertad de decidir o no la investigación. Dentro de esta facultad, se encuentra la de decidir si persigue formalmente un caso o no;
- b) Por otra parte, puede decidir si entrega o no inmunidad a un imputado a cambio de contraprestaciones (como una suerte de salidas alternativas de nuestro proceso penal);
- c) En tercer lugar, puede negociar los cargos con el imputado, como asimismo las penas a solicitar a los jueces.

Estas amplias facultades, tal como se expresó en su oportunidad, se encuentran insertas bajo tímidos o, más bien, casi inexistentes límites. En esta situación, se concluye que no existe en el derecho estadounidense una institución semejante al Archivo Provisional. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de la esfera de posibilidades que tiene el fiscal en este sistema, es dable indicar que, en la situación contemplada con la letra a) precedente, pueden incluirse los casos en que no existan antecedentes suficientes para el adecuado esclarecimiento de los hechos, pues, este sistema se estructura exclusivamente a partir del análisis que el fiscal efectúa para determinar si tal o cual investigación resultará exitosa para los intereses que éste defiende.

3- Argentina.

Sin perjuicio que no es posible encontrarlo bajo el mismo nombre, la legislación argentina contempla la causa basal del archivo provisional como parte de las causales que permiten dictar sobreseimiento en una investigación penal.

En este aspecto, Cafferata Nores señala que, en relación con el principio de oportunidad aplicado en Derecho argentino, la práctica procesal ha hecho que su expansión sea intensa. Estas prácticas han hecho que se filtren nuevos criterios de oportunidad, los que son generalmente aceptados.

Uno de esos criterios tiene que ver con la hipótesis contemplada para el sobreseimiento que se dicta cuando no hay pruebas suficientes para acusar, pero tampoco hay evidencia de que el imputado no puede ser castigado, es decir, lo que se denomina “sobreseimiento por duda insuperable”, cuando no es previsible que esta situación de incertidumbre cambie y, por ende, que si se realiza el juicio, no pueda condenarse. Esta decisión lleva implícitamente consigo un criterio de oportunidad, que se aplica con el fin de evitar gastos inútiles al Estado. Citando a Zaffaroni, Cafferata indica que este criterio se le ha señalado como “discrecionalidad política”, pero este último prefiere llamarle “discrecionalidad técnica”. Así, el principal efecto de este criterio es el cierre anticipado del proceso.¹⁰³

En la legislación positiva, esta situación no se contempla en el Código Procesal Penal de la Nación, en atención a lo dispuesto en el artículo 336, 337 y 361 del citado cuerpo legal.¹⁰⁴¹⁰⁵

No obstante, es posible encontrar una mención expresa de lo indicado precedentemente en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, que ha incursionado más allá de su símil en análisis.

¹⁰³ CAFFERATA Nores, José. Ob. Cit., pp. 38.

¹⁰⁴ Al efecto, dispone el artículo 336 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina:

“336. Procedencia. El sobreseimiento procederá cuando:

1. La acción penal se ha extinguido.
2. El hecho investigado no se cometió.
3. El hecho investigado no encuadra en una figura legal.
4. El delito no fue cometido por el imputado.
5. Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.

En los incisos 2, 3, 4 y 5 el juez hará la declaración de que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado.”

¹⁰⁵ Código Procesal Penal de la Nación Argentina, Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina. [en línea]< http://www.csjn.gov.ar/cmfc/cod_procesal_penal.html> [Consulta: 22 de diciembre de 2008].

Los artículos 348 a 353, ambos inclusive, se refieren al tema del sobreseimiento en la investigación criminal.

Para una mejor comprensión de la regulación en comento, dispone, en primer lugar, el artículo 354 del Código Procesal Penal de Córdoba, respecto a la clausura de la instrucción:

“Artículo 354.- Procedencia. El Fiscal de Instrucción requerirá la citación a juicio cuando, habiéndose recibido declaración al imputado, estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado (261). Caso contrario, procederá con arreglo al artículo 348”.

Nótese que el artículo 354 sólo contempla la hipótesis de la existencia de antecedentes suficientes que permiten acreditar la participación punible. En caso que esto no proceda, debe aplicarse el artículo 348, que permite el sobreseimiento. Dentro de su regulación, el artículo 350 del citado cuerpo legal dispone, respecto a la procedencia del sobreseimiento:

“Artículo 350.- Procedencia. El sobreseimiento procederá cuando sea evidente: 1) Que el hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado; 2) Que el hecho no encuadre en una figura penal. 3) Que media una causa de justificación; inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria. 4) Que la pretensión penal se ha extinguido. 5) Que habiendo vencido todos los términos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas (337 y 346), no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio (354) y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.”¹⁰⁶

Hay que resaltar, en relación con la disposición legal en comento, que el efecto de aplicar el sobreseimiento, aun si la causal invocada es la contemplada en el numeral 5) del artículo 350 del Código Procesal Penal, es el contemplado en el artículo 349:

“Artículo 349.- Valor. El sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta.”

Finalmente, el artículo 353 profundiza los efectos del sobreseimiento:

¹⁰⁶ Ley Nº 8.123, Córdoba, Argentina. Código Procesal Penal. [en línea]<<http://www.pensamientopenal.com.ar/15062007/cppcordoba.pdf>> [Consulta: 22 de diciembre de 2008].

“Artículo 353.- Efecto. Dictado el sobreseimiento, se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido, se despacharán las comunicaciones al Registro Nacional de Reiniciencia y, si fuere total, se archivarán el expediente y las piezas de convicción que no corresponda restituir.”

4- España.

Al igual que en la legislación argentina y alemana, la causa basal del Archivo Provisional que contempla nuestra legislación en el artículo 167 del Código Procesal Penal se encuentra inserta a propósito del sobreseimiento.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 634 de la LECRIM, se distinguen los siguientes tipos de sobreseimiento:

a) Libre, contemplado en el artículo 637 de la LECRIM, que constituye, prácticamente, las causales que se contemplan en nuestra legislación respecto a la facultad de no iniciar la investigación.

b) Provisional: Es aquel que se trata con mayor profundidad en este apartado (Art. 641 LECRIM).

c) Total o parcial, si afecta a todos los imputados o sólo a algunos de ellos (Art. 634 LECRIM).¹⁰⁷

En particular, el sobreseimiento provisional se encuentra regulado en el artículo 641 de la LECRIM. A diferencia de los que determinan el sobreseimiento libre, los dos motivos consignados en este precepto ponen de manifiesto un estado de duda que puede despejarse; se han practicado las diligencias de averiguación pertinentes y, no obstante, no se ha conseguido contar con los elementos necesarios para entrar en el

¹⁰⁷ ASCENCIO Mellado, José María. Derecho Procesal Penal. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, 1998, pp 211.

juicio, y no porque nada se haya averiguado, sino porque los resultados no se muestran suficientes para acreditar el hecho delictivo o la participación de una persona en su comisión. En este orden de cosas, se trata de hechos temporales, al menos en principio, ya que nada obsta a que con posterioridad se obtengan nuevos datos que permitan completar lo actuado. De ahí que el legislador haya previsto la posibilidad de que en estos casos se pueda seguir el proceso que se sobreseyó.¹⁰⁸

En concreto, los presupuestos contemplados en la norma en comento, para la procedencia del sobreseimiento provisional, son, a saber:

a) “Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa” (Art. 641.1 LECRIM).

Es conocida esta causal como la falta de justificación fáctica. En este caso, existen indicios de que el delito fue perpetrado, pero no como para obtener la convicción de su ejecución. En caso que no existieran indicios, deberá sobreseerse libremente¹⁰⁹. En otros términos, no existe prueba suficiente como para entrar a juicio.

b) “Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores” (Art. 641.2 LECRIM).

Conocida como la “falta de identificación personal”; esta causal se encontraba en la legislación vigente en el siglo XIX, a través de la LECRIM de 1882.¹¹⁰

Al decretarse el sobreseimiento provisional, en caso que concurren estas causales para su aplicación, se producen dos efectos importantes: el primero, el archivo de las actuaciones, que consiste en guardar físicamente los antecedentes de manera estrictamente provisional. En segundo lugar, respecto a las piezas de convicción que

¹⁰⁸ MORENO Catena, Víctor, et al. El Proceso Penal. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, 2000, Volumen III, pp. 1916.

¹⁰⁹ Ibid., pp. 1917.

¹¹⁰ Ibid., pp. 1918.

no fueron suficientes para esclarecer los hechos, éstas se archivan en caso de no tener dueño conocido, y se devuelven a sus dueños en caso contrario. (Art. 634, 635 LECRIM).

Sin perjuicio de estos efectos, y tal como se desprende de lo señalado precedentemente, puede el ofendido impulsar a la apertura del procedimiento con nuevos antecedentes, teniendo como límite la prescripción de la acción penal.

CAPÍTULO IV: EFICACIA DE LOS MECANISMOS DE CONTROL DEL ARCHIVO PROVISIONAL REGULADOS EN EL DERECHO NACIONAL.

1- Necesidad de control del Archivo Provisional.

A lo largo de esta segunda parte, se ha efectuado un extenso análisis del Archivo Provisional como mecanismo administrativo establecido por el legislador procesal penal alternativo al ejercicio de la acción penal pública.

Si bien ha quedado claro que el Archivo Provisional ha sido establecido como un mecanismo que permite canalizar adecuadamente los recursos públicos para la adecuada investigación de los hechos constitutivos de delito, es importante destacar que un mecanismo de esta envergadura, sin un mecanismo de control, resultaría del todo imposible su aplicación.

En primer lugar, es necesaria su aplicación por cuanto el artículo 166 del Código Procesal Penal establece el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal. Ello se suma a lo que señala expresamente el artículo 1 de la L.O.C. N° 19.640, al señalar que es función del Ministerio Público, entre otras, el ejercicio de la acción penal pública en la forma prevista por la ley.¹¹¹ Así, por regla general, debe ejercer la acción penal, salvo los casos excepcionales que la ley establezca para su no ejercicio.

¹¹¹ « Art. 1. El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a víctimas y a los testigos. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

En segundo lugar, el artículo 167 permite el archivo provisional en caso que, frente a un hecho que hubiese acontecido y tomare las características de hecho punible del cual no existan antecedentes suficientes para sustentar una investigación, que implicará que la acción penal pública no sea ejercida, ordenando el archivo de los antecedentes en espera de nueva información relativa al delito cometido para impulsar la investigación. Frente a esta facultad, puede advertirse que es una decisión meramente administrativa la cual, sin un adecuado control, puede llevar a excesos y a actos faltos de transparencia y probidad, principios que los organismos públicos deben guardar en el ejercicio de sus funciones. Para evitar una desviación de fines en cuanto a su aplicación, que perfectamente puede llevar a su adopción para descongestionar al fiscal de sus labores y a posibles actos de corrupción, el legislador ha establecido mecanismos judiciales y administrativos para su reclamación, que fueron ya analizados en su oportunidad.

En tercer lugar, es importante el control de dichos mecanismos por una razón de política-criminal. En efecto, el hecho que se archiven provisionalmente ciertas diligencias de investigación no debe ser indiferente para la autoridad en cuanto no han existido la ocurrencia de ciertos hechos que constituyen delitos, pues, en caso que sean de una misma especie, deben ser tomados en consideración para adoptar políticas criminales. Todo ello es sin perjuicio que se proporcionen nuevos antecedentes para dar curso a las diligencias de investigación, como asimismo que los afectados por el delito deduzcan la querrela respectiva de conformidad a lo dispuesto en el artículo 169 de Código Procesal Penal.

Frente a todas estas consideraciones, y tal como se analizó en su oportunidad, el artículo 167, como asimismo el artículo 169 anteriormente citado, consagran mecanismos de control de esta institución, que permiten disipar las dudas que su aplicación pueda ocasionar frente a la sociedad.

2- Los efectos positivos y negativos del actual mecanismo de control.

Con la intención de esbozar un análisis, pero no con el ánimo de crear argumentos polémicos, en este apartado se destacarán los aspectos positivos y, eventualmente, los negativos de los mecanismos de control establecidos para el archivo provisional.

2.1- Efectos positivos de los mecanismos de control.

Los efectos positivos de estos mecanismos de control son, a saber:

- a) En primer lugar, el sistema de mecanismo de control es doble, contemplándose, al igual que para el Principio de Oportunidad, un mecanismo judicial y otro administrativo. Así, una vez agotado uno de los mecanismos, el ofendido por el delito puede acudir a otro mecanismo para dar curso a la investigación.
- b) El actual sistema de control permite que, en caso que el delito mereciere pena aflictiva y el fiscal decidiera aplicar el archivo provisional, someter dicha decisión a la aprobación del Fiscal Regional, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 167 del Código Procesal Penal.
- c) El control judicial del archivo provisional permite deducir la querrela en cualquier momento, la que, una vez acogida a tramitación, implica reanudar la investigación. El único plazo tácito que cuenta el ofendido para deducir la querrela respectiva es la prescripción de la acción penal. Hay que recordar que sólo con la formalización de la investigación se interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal, o, en su caso, con la querrela deducida ante el Juez de Garantía. En definitiva, es la intervención

judicial la que provoca dicha interrupción, siendo el elemento común de ambos mecanismos.

d) Para los efectos del control administrativo del Archivo Provisional, la Fiscalía Nacional ha dictado instructivos para su adecuada aplicación, excluyendo ciertos delitos de envergadura y gravedad, como asimismo dando instrucciones especiales frente a la investigación de delitos graves a los cuales cabe aplicar el archivo provisional.

2.2- Posibles efectos negativos del actual mecanismo de control.

Frente al mecanismo de control que el legislador ha establecido para la aplicación del archivo provisional, es posible advertir ciertos aspectos críticos, eventualmente negativos de éste. A saber, son los siguientes:

a) Frente al control administrativo, no existe un plazo en virtud del cual el fiscal pueda decretar el archivo provisional, lo cual pueden afectar seriamente las posibilidades del ofendido de impugnarla y así, dicho sea de paso, interrumpir la prescripción de la acción penal.

A la fecha de redacción de este trabajo, se encuentra pendiente un proyecto de ley en el Congreso Nacional que tiene por objeto modificar los artículos 167 (archivo provisional), 168 (facultad de no iniciar la investigación) y 230 (formalización de la investigación), que fue ingresado el 13 de mayo de 2008 a la Cámara de Diputados. Al efecto, se pretende agregar la siguiente frase al inciso final del artículo 167 del Código Procesal Penal: "Esta decisión deberá ser adoptada en un plazo máximo de seis

meses, contado desde la recepción de la respectiva denuncia o querrela". Actualmente se encuentra en tramitación, sin urgencia.¹¹²

b) En segundo lugar, respecto al control judicial del archivo provisional, si bien resulta positivo que no existan trabas a dicho mecanismo de control, no resulta menor hacer presente que la falta de requisitos concretos establecidos por el legislado al reanudar las diligencias de investigación tras la interposición de una querrela puede provocar una pérdida en los fines tomados en cuenta por el legislador para establecer dicha institución. Vale decir, la no exigencia de mayores requisitos para interponer la querrela y reactivar las diligencias de investigación (pues, de hecho, sólo se exigen las establecidas en el artículo 113 del Código Procesal Penal), puede ocasionar que los recursos no sean efectivamente aprovechados de manera racional. Sin perjuicio de lo anterior, puede el fiscal, al proceder al cierre de la investigación, ejercer la facultad de no perseverar en el procedimiento, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, aunque dicha facultad no sea el remedio más adecuado para evitar el desvío de esfuerzos y recursos en diligencias de investigación poco fructíferas para el esclarecimiento de los hechos.

En definitiva, resultaría del todo útil y esclarecedora una modificación a las disposiciones legales que hacen referencia a la facultad en análisis, habida consideración de existir detalles que, eventualmente, pueden resultar conflictivos a la hora de aplicar el archivo provisional y sus mecanismos de control.

¹¹² Véase proyecto de Ley Boletín N° 5869-07. Biblioteca del Congreso Nacional [en línea] < <http://www.bcn.cl> > [Consulta: 24 de diciembre de 2008].

TERCERA PARTE: EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA FACULTAD DE NO INICIAR LA INVESTIGACIÓN.

CAPÍTULO I: LA FACULTAD DE NO INICIAR LA INVESTIGACIÓN.

1- Concepto.

Dentro del análisis de las excepciones al principio de legalidad que contempla el Código Procesal Penal, no debe dejarse de lado la facultad que tiene el fiscal, en ciertos casos, de no iniciar la investigación, que se suma a las facultades analizadas en los dos capítulos anteriores.

Inserto también, en cierta manera, dentro de los criterios de oportunidad que reúnen los casos en que el principio de legalidad no es efectivamente aplicado, la facultad de no iniciar la investigación permite, al igual que el archivo provisional, no realizar diligencias de investigación para dar esclarecimiento a hechos punibles a fin de evitar una poco adecuada distribución de los recursos del Estado que se otorgan para el desarrollo de una investigación. Sin embargo, y a diferencia del archivo provisional, al hablar de la facultad de no iniciar la investigación, ésta situación tiende a ser permanente y definitiva, y, por otro lado, no apunta a una falta de antecedentes suficientes para el esclarecimiento de los hechos, sino que aparecen antecedentes que permiten colegir, derechamente, que realizar diligencias de investigación respecto de éstos llevarán a obtener un producto estéril y absurdo, en atención a que dichos antecedentes permiten acreditar que no existe un delito, o bien, si existió, ya no permite su persecución punible, que, asimismo, se sujeta a mecanismos de control para evitar su uso abusivo.

De este modo, La Facultad de No Iniciar La Investigación puede definirse como “ aquella facultad que forma parte del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, generalmente situado dentro de los criterios de oportunidad, en virtud de la cual, el órgano a quien le corresponde su ejercicio se encuentra facultado, en las hipótesis que la ley expresamente señala, a prescindir de ella de manera definitiva, a fin de obtener una adecuada canalización de los recursos estatales destinados para su ejercicio, en atención a que los antecedentes proporcionados para la realización de la investigación permitan deducir que no se ha cometido un delito o existen circunstancias que acrediten que ya no es posible su persecución punible, en caso de constituir un delito.”

La Facultad de No Iniciar la Investigación permite eliminar diligencias y solicitudes que no conducirán a soluciones concretas y útiles, toda vez que no se obtendrán, con absoluta certeza, resultados efectivos en caso que se realicen diligencias de investigación, todo ello sin perjuicio de los mecanismos de control que el legislador contempla para su adecuado ejercicio, que serán analizados más adelante.

2- Características generales. Requisitos legales genéricos para su procedencia.

La Facultad de No Iniciar la Investigación se encuentra contemplada en el artículo 168 del Código Procesal Penal, que dispone, al efecto:

“Art. 168. Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía”.

Tal como se desprende de la norma en comento, 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.¹¹³

Para que proceda, entonces, la facultad de no iniciar la investigación, deben concurrir los siguientes requisitos:

(a) Es necesario que no se haya producido la intervención del Juez de Garantía en el procedimiento. En caso que así fuere, el caso entraría en una etapa jurisdiccional y, por lo tanto, correspondería continuar la investigación hasta su cierre para los efectos de que el fiscal solicite; ora el sobreseimiento; ora se abstenga de perseverar en el procedimiento; ora formule acusación en los términos indicados en el artículo 248 del mismo código.¹¹⁴

(b) El Fiscal no debe haber realizado investigación alguna, de acuerdo a que el artículo 168 indica que “el fiscal podrá abstenerse de toda investigación”.

Un tema relevante para el ejercicio de esta facultad se refiere al grado de convicción exigido para el fiscal para adoptar la decisión de no investigar. En el contexto señalado por la norma en análisis, queda claro que el Ministerio Público debería resolver rápido sobre la base de antecedentes disponibles al momento de evaluar la denuncia o en un momento muy inicial de la investigación, para evitar el desgaste innecesario de recursos humanos y materiales.

Respecto a este requisito, es necesario señalar que no ha sido un tema pacífico, dado que existen algunos problemas interpretativos de la misma. En efecto, al contemplarse la facultad de “abstenerse de toda investigación”, la duda que se ha

¹¹³ DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob.Cit., pp. 196. Sin perjuicio de lo señalado en el acápite anterior, es totalmente factible señalar, tal como lo señalan estos autores, que “esta facultad no constituye una excepción al principio de legalidad, porque se trata de situaciones en las que realmente no hay un verdadero caso penal”. Sin embargo, agrega que “nos parece conveniente analizar esta facultad en el contexto de los mecanismos de selección que dispone el Ministerio Público, ya que los efectos que genera se asemejan y, además, porque forma parte de un conjunto de herramientas destinadas al logro de objetivos similares.

¹¹⁴ NÚÑEZ Vásquez, Juan Cristóbal. Ob. Cit., pp. 20.

generado de esa redacción se produce en las hipótesis de procedencia del artículo 168. Es decir, debe ser absoluta la falta de diligencias de investigación para que se aplique dicha facultad.

Es esta inquietud la que al Senado le surgió al aprobar la norma en comento, especialmente respecto a la evaluación sobre la concurrencia de sus supuestos de hecho, considerando que en diversos casos, especialmente los relacionados con figuras como las estafas o fraudes, con frecuencia es difícil de determinar si el hecho reviste caracteres de delito, y que, a la vez, la extinción de la responsabilidad penal, sobre todo por prescripción, es uno de los temas más discutidos en los tribunales, y generalmente requiere hacer una investigación inicial”.

Para los efectos de cumplir con el espíritu de la norma, es conveniente concluir que el fiscal, para decidir si se aplica la norma o no, debe hacer un análisis somero e indagaciones mínimas y rápidas, a fin de ejercer esta facultad, pues, efectivamente, la facultad de no iniciar la investigación es eso, esto es, no practicar diligencias de investigación.

A continuación, los siguientes requisitos son los que la norma expresamente contempla expresamente el artículo 168 del Código Procesal Penal, los cuales no son copulativos. Estos son, a saber:

(c) Que los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito.

En relación a este requisito, llama la atención que el artículo 168 señala que los hechos deben constar en una denuncia. Su comprensión, al respecto es clara, dado que si provienen de una querrela, sucederían dos consecuencias que no son compatibles con la norma en comento:

- En primer lugar, habría intervención del juez de garantía, lo que no coincide con lo señalado en la disposición en análisis.

- En segundo lugar, en caso de deducirse querrela, el juez de garantía la declarará inadmisibles en caso que se desprenda de los antecedentes que éstos no constituyen delito o que se encuentra extinguida la responsabilidad penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 letras c) y d) del Código Procesal Penal.

Este requisito ha sido tenido a la vista como un hecho que puede ser de usual ocurrencia. Así, uno de los eventos de mayor ocurrencia es que se presenten denuncias que dicen más bien relación con el incumplimiento de contratos civiles que se pretenden cumplir en sede criminal, aspecto que el legislador quiere evitar.¹¹⁵ Más comunes en la práctica son los casos de denuncias de presuntas desgracias de personas desaparecidas que no lo están efectivamente, o personas que han cometido suicidio o muerte accidentalmente.¹¹⁶

(d) Que, de los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal.

Esta causal es aplicable cuando se haga efectiva cualquier causal de extinción de la responsabilidad penal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal. Por ejemplo, si ha operado la prescripción de la acción penal o se denunciare la comisión de un delito en que el imputado hubiere fallecido o en que el imputado efectivamente ya cumplió la pena impuesta por sentencia condenatoria ejecutoriada.

En la Cámara de Diputados se observó que la investigación puede no iniciarse cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Se dijo que esto ha generado problemas en el caso de los Derechos Humanos, pues algunos sostienen que determinados delitos de lesa humanidad, y otros, no están afectados por los principios tradicionales de la responsabilidad.

¹¹⁵ Ibid., pp. 21.

¹¹⁶ DUCÉ, Mauricio, y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 197.

En este caso, se salvó la situación mediante la incorporación de una disposición transitoria que señale que las disposiciones de este Código sólo se aplicarán a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

Finalmente, se destaca que, estando el proyecto en tramitación en el Senado, se rechazó la indicación de Honorable Senador Aburto, que permitía deducir, en contra de la resolución del fiscal, apelación en el sólo efecto devolutivo.¹¹⁷

(e) Finalmente, la decisión debe ser formulada con argumentos de hecho y de Derecho y debe ser aprobada por el Juez de Garantía.

En relación con este requisito, que forma parte del control judicial de la facultad de no iniciar la investigación, será analizada con mayor detención en el capítulo siguiente, sin perjuicio de lo que se señale respecto del control administrativo.

¹¹⁷ PFEFFER Urquiaga, Emilio. Ob. Cit., pp. 189-190.

CAPÍTULO II: EL CONTROL DE LA FACULTAD DE NO INICIAR LA INVESTIGACIÓN EN CHILE.

1- Concepto.

De acuerdo a lo señalado precedentemente, la facultad de no iniciar la investigación, sea como aplicación de criterios de oportunidad, sea como una forma de aplicación del principio de legalidad general propio de nuestra legislación, constituye un mecanismo que permite descongestionar el sistema procesal penal de ciertos hechos que llegan a conocimiento de los órganos respectivos para que se lleven a cabo las diligencias de investigación en la forma y en los casos que señala el artículo 168 del Código Procesal Penal ya analizado.

Sin embargo, al igual como se advirtió en el análisis del Principio de Oportunidad y del Archivo Provisional, el legislador ha pretendido que esta facultad sea correctamente aplicada, esto es, que el fiscal haga efectiva esta atribución siempre que concurran los requisitos que la ley expresamente contempla. Para ello, ha establecido mecanismos de control que los particulares (en su caso, el ofendido por el delito) pueden ejercer a fin de dar inicio, en este caso, a las respectivas diligencias de investigación que impulsan el procedimiento penal.

Así, se entiende por control del Principio de Oportunidad como “aquellos mecanismos, sean judiciales o administrativos, que tienen por objeto la correcta aplicación de la facultad de no iniciar la investigación en los casos y formas que el legislador ha admitido su aplicación o por otras consideraciones político-criminales”.

A continuación, se someterá a análisis el control de la facultad de no iniciar la investigación en Chile, tanto en sede administrativa como en sede judicial, a fin de entender cómo operan estos mecanismos para una correcta aplicación de la institución en comento en nuestra legislación procesal penal.

2- Consagración normativa en cuanto a su control.

2.1- Por la vía judicial.

2.1.1- Normas aplicables.

El control judicial de la aplicación de la facultad de no iniciar la investigación en Chile encuentra su regulación en la parte final del artículo 168 y en el artículo 169, ambos del Código Procesal Penal.

2.1.2- Procedimiento.

A diferencia del control del principio de oportunidad y del archivo provisional, en el caso del control judicial de la facultad de no iniciar la investigación, es posible advertir dos fases de dicho control que, desde el punto de vista del ofendido por el delito, pueden denominarse como control de oficio o no provocado y control provocado.

A) Control de oficio o no provocado (Art. 168).

Constituye el mecanismo de control que el legislador impone como obligatorio para hacer aplicable la facultad de no iniciar la investigación.

Fuera de los requisitos analizados en el capítulo anterior, dispone la parte final del artículo 168 del Código Procesal Penal:

“Esta decisión (la facultad de no iniciar la investigación) será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía”.

En consecuencia, concurriendo los requisitos para su aplicación, el fiscal deberá emitir su decisión, indicando que ha decidido aplicar la facultad de no iniciar la investigación. A continuación, deberá señalar los hechos que han llegado a su conocimiento y enunciar los fundamentos de Derecho que le permiten concluir que, o bien el hecho no constituye delito, o que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida. Dicha solicitud debe presentarse ante el Juez de Garantía, el que, verificando la efectividad de los antecedentes legales y fácticos, aprobará o desechará la misma.

En caso que el Juez de Garantía apruebe la decisión, se pone fin a toda actividad relativa al hecho que se ha tomado conocimiento por parte del Juez de Garantía, por lo que procederá a dictarse sobreseimiento definitivo.¹¹⁸

B) Control provocado (Art. 169).

El control provocado se encuentra señalado en el artículo 169 del Código Procesal Penal, el que, asimismo, es aplicado sin restricciones para el Archivo Provisional.

¹¹⁸ Aunque, ciertamente, no podrá hablarse precisamente de sobreseimiento definitivo propiamente tal cuando la facultad de no iniciar la investigación se aplica en el caso que el hecho denunciado no constituye delito, pues, no hay delito que sobreseer. Más bien, sería una suerte de resolución judicial declarativa en cuanto determinar que el hecho no constituye delito a la luz del Código Penal.

Al efecto, dispone el artículo 169 del Código Procesal Penal:

“En los casos contemplados en los dos artículos anteriores, la víctima podrá provocar la intervención del juez de garantía, deduciendo la respectiva querrela.

Si el juez admitiere a tramitación la querrela, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales”.

Así, frente a la facultad de no iniciar la investigación, las víctimas 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, obligará al Ministerio Público a seguir adelante con la investigación conforme a las reglas generales.¹¹⁹

Entonces, para que opere el control judicial provocado en análisis, se requiere que:

- (i) El Fiscal del Ministerio Público haya adoptado la decisión de ejercer la facultad de no iniciar la investigación.
- (ii) La decisión ejercida por el fiscal hubiere sido aprobada por el Juez de Garantía.
- (iii) La víctima deduzca la respectiva querrela, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 113 del Código Procesal Penal.

Hay que tener presente que, si bien no se señala un plazo para su interposición, existe, al igual que en el Archivo Provisional, un plazo tácito para ello, que no es otro que la prescripción de la acción penal. Para evitar dicho obstáculo, la víctima deberá proporcionar antecedentes que permitan advertir al Juez de Garantía que el plazo para su interposición aún se encuentra vigente.

Pero, a diferencia del Archivo Provisional, debe tenerse en cuenta en este caso, además, la situación en que el Fiscal adopte la decisión en análisis en atención a que

¹¹⁹ DUCE, Mauricio, y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 205.

concurra una circunstancia eximente de responsabilidad penal. Así, además de considerar el plazo de prescripción de la acción penal, la víctima deberá proporcionar antecedentes que permitan advertir al Juez de Garantía la posibilidad de que no concurra efectivamente una circunstancia eximente de responsabilidad, de aquellas contempladas en el Código Penal.

En definitiva, en el caso que el Juez de Garantía admite a tramitación dicho escrito, el Ministerio Público debe seguir adelante con la investigación.¹²⁰ Sin perjuicio de lo anterior, puede el fiscal verse en la necesidad de tomar una decisión en caso que, aún así, la investigación no prospere. En ese caso, deberá solicitar el sobreseimiento definitivo (Art. 248 y 250 del Código Procesal Penal).

2.1.3- Sanciones (consecuencias).

Para determinar las sanciones o consecuencias de aplicar la facultad de no iniciar la investigación, es menester distinguir las siguientes situaciones:

(a) En caso que el fiscal adopte la decisión y el Juez de Garantía apruebe la misma: Se entenderá aprobada y, en definitiva, aplicado el sobreseimiento definitivo toda vez que:

- La víctima no deduzca la querrela respectiva.

- Si la víctima deduce la querrela respectiva y es declarada inadmisibles, sea que efectivamente, de los antecedentes proporcionados en ella, no se acredite que el delito no se encuentra prescrito o que no existen circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

(b) En caso que el fiscal adopte la decisión y no sea aprobada por el Juez de Garantía: Como consecuencia lógica de lo anterior, el Fiscal deberá continuar con las diligencias

¹²⁰ CHAHUÁN Sarrás, Sabas. Ob. Cit., pp. 73.

de investigación pertinentes, sin perjuicio de ejercer las facultades contempladas en los artículos 248 y 250 del Código Procesal Penal una vez cerrada la investigación

(c) En caso que se deduzca querrela y se acoja a tramitación: Esta situación se encuentra contemplada expresamente en el inciso segundo del artículo 169 del Código Procesal Penal, que dispone, al efecto:

“Si el juez admitiere a tramitación la querrela, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales”.

Al igual que la situación comentada precedentemente, una vez reanudada la investigación, y al ser concluida ésta, puede el fiscal ejercer las facultades contempladas en los artículos 248 y 250, ambos del Código Procesal Penal, esto es, solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, a razón de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, por encontrarse definitivamente extinguida la responsabilidad penal o, en su caso, por no constituir delito el hecho investigado.

2.1.4.- Jurisprudencia. Comentarios.

* Juzgado de Garantía de Antofagasta. Resolución en causa RIT N° 335-2004; RUC N° 0300199881-0, seguidos en contra de Alex Rony Vega Fernández.¹²¹

Antofagasta, 28 de abril de 2004.

A lo principal y otrosíes, Vistos:

1º Que el Ministerio ha interpuesto un requerimiento en procedimiento monitorio en contra de Álex Rony Vega Fernández por la falta del artículo 495 N° 5 del Código Penal cometida en perjuicio de Gabriela Fernández Iribarren.

¹²¹ REVISTA PROCESAL PENAL. Santiago, Chile (N° 22), Editorial Lexis Nexis, 2004 ; pp. 571.

2º Que consta que en estos antecedentes el Ministerio Público de Antofagasta, con fecha 19 de enero de 2004, ejerció la facultad no iniciar la investigación respecto de los mismos hechos, fundado en que tales hechos no son constitutivos de delito.

3º Que aprobada por el Tribunal la decisión del Ministerio Público de no iniciar la investigación, como en este caso, no le es posible al órgano persecutor renovar la acción por cuanto su decisión sancionada por el Tribunal le es vinculante, precluyendo su derecho a accionar. En efecto, no puede entenderse de otra forma, toda vez que la ley le concede a la víctima, mas no al Ministerio Público, el derecho a reactivar el procedimiento mediante la querrela respectiva, una vez aprobada la decisión adoptada de conformidad al artículo 168 del Código Procesal Penal.

Por lo anterior, se rechaza el requerimiento por improcedente.

Dictada por el Juez el Tribunal de Garantía de Antofagasta Señor Jorge Eduardo Sáez San Martín, Juez del Tribunal de Garantía de Antofagasta.

RUC N° 0300199881-0

RIT N° 335-2004.

Comentarios.

De acuerdo a la Jurisprudencia transcrita precedentemente, resulta interesante efectuar los siguientes comentarios que, a la sazón, permiten entender los efectos de la facultad de no iniciar la investigación contemplada en el artículo 168 del Código Procesal Penal:

a) En primer lugar, la facultad de no iniciar la investigación constituye una decisión adoptada exclusivamente por el Ministerio Público en el caso contemplado en el artículo 168 del Código Procesal Penal.

b) En segundo término, el hecho de aplicar la facultad de no iniciar la investigación trae, como consecuencia lógica, el efecto vinculante de dicha decisión respecto de las posibilidades diversas de actuación que tiene el Ministerio Público frente a la investigación de hechos que revistieren, eventualmente, caracteres de delito.

c) En atención a lo anterior, el Ministerio Público, al haber adoptado la decisión de no iniciar la investigación, habiendo sido aprobada ésta por el Juez respectivo, provoca la preclusión de toda otra facultad que la ley contemple en su actuar dentro de sus atribuciones.

d) Así, la única forma contemplada y permitida por el legislados para reiniciar las diligencias de investigación consiste en la interposición de una querrela por parte de la víctima, no siendo posible, por improcedente, el requerimiento de aplicarse a un imputado el procedimiento monitorio una vez ejercida la facultad de no iniciar la investigación.

2.2- Por la vía administrativa.

2.2.1- Normas aplicables.

Es importante tener presente, primero que nada, que el Código Procesal Penal no contempla, expresamente, un procedimiento de control administrativo de la facultad de no iniciar la investigación.

Sin embargo lo anterior, hay que resaltar que no obsta a la existencia de un efectivo control administrativo, el cual es posible a partir de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley N° 19.640, como asimismo el Instructivo N° 75 dictado por el Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena Richard que trata de la facultad de no iniciar la investigación,

entregando directivas para su adecuado ejercicio, los que serán analizados a continuación.

2.2.2.- Procedimiento.

Las víctimas que se sientan afectadas por la decisión de no iniciar una investigación tienen la posibilidad de recurrir administrativamente en contra de dicha medida, a fin de que se deje sin efecto la misma.

Al hablar, así, de control administrativo, las víctimas pueden recurrir al 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, en términos administrativos, lo superiores del fiscal respectivo alteren su decisión.¹²²

Al efecto, dispone el artículo 33 de la Ley N° 19.640:

“Las reclamaciones que los intervinientes en un procedimiento formulen en contra de un fiscal adjunto de conformidad a la ley procesal penal, deberán ser presentadas por escrito a la Fiscalía Regional, quien deberá resolverlas, también por escrito, dentro de cinco días hábiles”.

Así, para que proceda la reclamación administrativa, es necesario que la víctima presente un escrito, solicitando la revocación de la medida de no iniciar la investigación, señalando los fundamentos que hacen procedente acoger la solicitud.

En este orden de cosas, y de acuerdo a la Jurisprudencia comentada en el capítulo relativo al control judicial de la facultad de no iniciar la investigación, surge el problema de determinar el orden de prelación de uso de los mecanismos de control de la decisión de no iniciar la investigación. Esto es, no queda claro ni en la Ley N° 19.640

¹²² DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. Cit., pp. 205.

como en el Código Procesal Penal respecto al orden en que deben ser aplicados el control judicial y administrativo en torno a esta decisión.

De acuerdo a la Jurisprudencia analizada y, en atención al control administrativo que se encuentra regulado expresamente, a propósito del archivo provisional y del principio de oportunidad, en los artículos 167 y 170, respectivamente, del Código Procesal Penal, es posible sostener lo siguiente:

a) Que, en primer lugar, es procedente el ejercicio del control administrativo en contra de la decisión adoptada por el fiscal de no iniciar la investigación, sin perjuicio de haber un pronunciamiento judicial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 168 del Código Procesal Penal.

b) Sin perjuicio de lo anterior, no existen incompatibilidades ni la intromisión en esferas de atribuciones diversas si, por vía administrativa, se deja sin efecto lo resuelto en sede judicial, pues, por una parte, el juez de garantía debe analizar que procedan los requisitos que las leyes procesal penal y penal exigen para que proceda su aplicación y, por otro lado, que la revisión administrativa apunta a que el fiscal ha adoptado dicha medida en concordancia con las políticas del servicio, sin perjuicio que éstas se construyan conforme a la ley.

Importante es tener presente lo que el Instructivo N° 75, dictado por el Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena Richard, establece respecto a las políticas que el servicio debe tener presente en relación con la facultad de no iniciar la investigación.

Frente a la facultad de no iniciar la investigación, se han señalado, a propósito de los requisitos para su concurrencia, los siguientes criterios de actuación para su adecuada aplicación acorde a las políticas del Ministerio Público, que hace especial énfasis en cuanto a la oportunidad para ejercerla:

“1°.- Que no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento. Para la determinación de la concurrencia de este requisito, no debe haberse producido la formalización de la investigación.

2°.- Que se decrete por el fiscal después de recibida la denuncia y antes de efectuar diligencias de investigación conducentes al esclarecimiento del hecho punible y de la participación.

El fiscal podrá ejercer esta facultad después de efectuar diligencias destinadas a determinar si el hecho relatado en la denuncia no es constitutivo de delito o si se encuentra extinguida la responsabilidad penal, esto es, dirigidas a determinar si concurre alguno de los presupuestos contenidos en el artículo 168 del Código Procesal Penal. En caso de que no haya certeza del cumplimiento de alguno de estos presupuestos, deberá continuarse con la investigación.

En todo caso, los fiscales deberán considerar, para el ejercicio de esta facultad, la jurisprudencia de los tribunales correspondientes.¹²³

3°.- La decisión que se adopte ejerciendo esta facultad de no iniciar investigación será fundada. Esto es, se deberá señalar por el fiscal circunstanciadamente los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya dicha decisión.

4°.- Aprobación del juez de garantía. El fiscal deberá presentar al juez de garantía una solicitud de aprobación de la decisión anterior acompañándole los antecedentes que tuvo en cuenta para dictarla.”¹²⁴

De acuerdo a lo señalado en el Instructivo N° 75 en revisión, es importante que sea fundada la decisión de no iniciar la investigación, acompañando los antecedentes que permiten fundar su decisión, tanto de hecho como de Derecho, y, por otra parte, las

¹²³ Sin duda que esta directiva propuesta por el Fiscal Nacional permite que no existan roces entre las facultades administrativas y judiciales respecto al control en la adopción de la facultad en comento.

¹²⁴ INSTRUCTIVO N° 75. Ministerio Público, Fiscalía Nacional, [En línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>>, pp.5-6 [Consulta: 30 de octubre de 2008].

diligencias que debe realizar el fiscal para determinar si se hace aplicable o no la facultad en análisis, deben apuntar a la procedencia de los requisitos para su aplicación y no con el fin de esclarecer los hechos denunciados o de los que tomare conocimiento.

2.2.3- Sanciones (consecuencias).

Frente al control administrativo, hay que advertir dos situaciones:

a) Del control administrativo, se determina que el fiscal ha aplicado la facultad de no iniciar la investigación de acuerdo a las políticas del servicio.

En este caso, la decisión del fiscal quedará a firme, sin perjuicio del control judicial contemplado en el artículo 169 del Código Procesal Penal.

b) Del control administrativo, se determina que el fiscal no ha aplicado correctamente la facultad de no iniciar la investigación, de acuerdo a las políticas del servicio y de conformidad a lo establecido en el artículo 168 del Código Procesal Penal.

En este caso, existe una situación compleja, pues, el artículo 168 del Código Procesal Penal establece que la decisión de aplicar la facultad de no iniciar la investigación será fundada y debe ser aprobada ante el juez de garantía. Teniendo presente esa aprobación judicial, resulta, en cierto modo inaceptable, que una decisión de índole administrativa deje sin efecto una resolución judicial, pudiendo ocasionarse una intromisión en las atribuciones judiciales, que, dicho sea de paso, gozan de autoridad de cosa juzgada, vulnerando el inciso quinto del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, respecto al debido proceso de ley.

Para evitar colisión de normas, la solución más adecuada consiste en que el rechazo de dicha medida, en sede administrativa, no conlleva una reapertura de la investigación, debiendo aplicarse, en consecuencia, el artículo 169 del Código Procesal

Penal (control judicial), para reactivar las diligencias de investigación, todo ello por el debido respeto de las facultades jurisdiccionales. En otros términos, lo que se obtendría, a través del control administrativo frente a esta hipótesis, es buscar la responsabilidad del fiscal en la errada o improcedente adopción de dicha facultad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 49, ambos de la Ley N° 19.640, cuya aplicación debe ceñirse de conformidad a lo dispuesto al artículo 50 de la misma ley.

En caso que sea responsabilidad penal en la que incurre el fiscal, deberá ejercerse la respectiva querrela de capítulos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 425 y siguientes del Código Procesal Penal. Las diligencias de investigación se llevarán a efecto de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la citada ley.

CAPÍTULO III: LA FACULTAD DE NO INICIAR LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. INSTITUCIONES ANÁLOGAS.

En el presente apartado, se analizarán legislaciones comparadas, con el fin de determinar la existencia de una institución análoga o similar a la facultad de no iniciar la investigación de nuestra legislación.

1- Alemania.

En el Derecho Alemán, frente al término de la fase de averiguación, la fiscalía tiene dos posibilidades:

- a) Ejercer la acción penal.
- b) Solicitar el archivo de la causa.

En este último caso, el archivo de la causa puede aplicarse, en base al principio de oportunidad o por que el hecho no puede ser imputado al inculpado, circunstancias que se conocen como “Motivos fácticos”.

Sin perjuicio de lo anterior, también se contemplan los llamados “Motivos procesales”, que, haciendo el símil entre la institución contemplada en el Código Procesal Penal en análisis, reúne una de las causales de la facultad de no iniciar la investigación, cual es el delito se encuentra prescrito, que forma parte de la extinción de la responsabilidad penal.

Por otra parte, se contemplan los “Motivos jurídico-materiales”, que reúne otra de las causales de la facultad de no iniciar la investigación, cual es los hechos no son constitutivos de delito.¹²⁵

Es el Ministerio Fiscal quien decide generalmente el archivo del proceso. Dicha consecuencia se encuentra recogida en el parágrafo 170 de la OPPA:

¹²⁵ GÓMEZ Colomer, Juan Luis. Ob. Cit., pp. 151.

“Ejercicio de la acción pública; archivo del proceso.

(1) Si las investigaciones ofrecieran suficientes motivos para el ejercicio de la acción pública, la ejercerá la Fiscalía, por medio de la presentación del escrito de acusación ante el Tribunal competente.

(2) En otro caso, archivará la Fiscalía el Proceso. Pondrá en conocimiento del inculcado ello, si éste hubiera sido decretada contra él una orden de prisión; lo mismo regirá cuando él hubiera pedido la comunicación de la decisión, o tuviera visiblemente un interés especial en la puesta en conocimiento”.

Sin perjuicio de haberlo reiterado con anterioridad, al haber estudiado el Archivo Provisional y el Principio de Oportunidad, el parágrafo 171 de la OPPA establece que, de dicha decisión, la Fiscalía deberá comunicarla al solicitante, indicando los fundamentos. En la decisión, se instruirá al solicitante que fuera al mismo tiempo el ofendido, sobre la posibilidad de impugnación y el plazo previsto para ello.

En caso que el ofendido no se manifieste de acuerdo con la decisión adoptada por el fiscal, podrá ejercer la acción de queja contemplada en el parágrafo 172, en el plazo de dos semanas después de la puesta en conocimiento ante el funcionario superior de la fiscalía. En caso de denegatoria, podrá solicitar la respectiva resolución judicial, dentro del plazo de un mes contado desde la puesta en conocimiento. En caso de no haberse realizado la instrucción, no correrá plazo alguno.

2- Estados Unidos.

Tal como se ha señalado, respecto del sistema estadounidense, éste se encuentra construido a base del modelo de discrecionalidad absoluta, en comparación con el nivel de discrecionalidad reglado.

Esto llevaba a la conclusión que el fiscal se encontraba dotado de las siguientes facultades:

- a) El fiscal tiene la libertad de decidir o no la investigación. Dentro de esta facultad, se encuentra la de decidir si persigue formalmente un caso o no;
- b) Por otra parte, puede decidir si entrega o no inmunidad a un imputado a cambio de contraprestaciones (como una suerte de salidas alternativas de nuestro proceso penal);
- c) En tercer lugar, puede negociar los cargos con el imputado, como asimismo las penas a solicitar a los jueces.

Estas amplias facultades, tal como se expresó en su oportunidad, se encuentran insertas bajo tímidos o, más bien, casi inexistentes límites. En esta situación, se concluye que no existe en el derecho estadounidense una institución semejante a la facultad de no iniciar la investigación en la forma en que sí la contempla nuestra legislación vigente. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de la esfera de posibilidades que tiene el fiscal en este sistema, es dable indicar que, en la situación contemplada con la letra a) precedente, pueden incluirse los casos que forman parte de las hipótesis que hacen aplicable el archivo provisional, pues, este sistema se estructura exclusivamente a partir del análisis que el fiscal efectúa para determinar si tal o cual investigación resultará exitosa para los intereses que éste defiende, y, claramente, en caso que los hechos no constituyan delito o que se encuentre extinguida la responsabilidad penal, constituirán supuestos en que dicha investigación carecerá de éxito para los intereses fiscales.

3- Argentina.

La aplicación del Principio de Oportunidad, en el Derecho Argentino, y tal como se indicó, a propósito del Archivo Provisional, ha estado sujeta a la inclusión de nuevos criterios que aumentan su grosor, respecto al ámbito de aplicación, todos ellos provenientes de la práctica procesal penal.

Así las cosas, se ha aplicado el sobreseimiento por prescripción, que es utilizado en la práctica como una forma de selección por los tribunales, que no tramitan o aceleran algunos procesos en virtud de criterios de oportunidad.

Dicho sea de paso, en este punto, acota Cafferata que “pensemos también en el acuerdo entre fiscales sobre la circunstancia de que un hecho no configura delito, lo que en los sistemas de instrucción jurisdiccional impide que el juez inicie la investigación del caso, aun aunque él crea que sí existe delito, lo que a veces puede prestarse a encubrir un criterio de oportunidad acordado entre fiscales.”¹²⁶

Sin embargo, estas prácticas se encuentran recogidas en la legislación procesal penal argentina.

Es un concepto básico que el proceso penal tiene dos etapas bien diferenciadas: la instrucción¹²⁷ y el juicio. La instrucción puede ser iniciada a instancia de un requerimiento fiscal o de una prevención o información policial (Artículo 195 del Código Procesal Penal de La Nación). A su vez, el juez tiene la facultad de recibir denuncias, las cuales deben ser puestas en conocimiento del fiscal a fin de que formule requerimiento de instrucción o solicite su desestimación o la remisión a otra jurisdicción (Art. 180).

En relación con la actuación del fiscal frente al hecho denunciado, debe destacarse lo que dispone el artículo 195 del Código Procesal Penal de La Nación:

¹²⁶ CAFFERTA Nores, José. Ob. Cit., pp 37.

¹²⁷ Entiéndase “instrucción” por “investigación”, concepto que no prosperó de ser insertado dentro de los conceptos que utiliza el Código Procesal Penal chileno.

“Art. 195. - La instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial, según lo dispuesto en los artículos 188 y 186, respectivamente, y se limitará a los hechos referidos en tales actos.

El juez rechazará el requerimiento fiscal u ordenará el archivo de las actuaciones policiales, por auto, cuando el hecho imputado no constituya delito o no se pueda proceder. La resolución será apelable por el agente fiscal y la parte querellante.”¹²⁸

De acuerdo a lo que dispone el artículo 195, se archivarán las actuaciones policiales cuando:

a) El hecho imputado no constituya delito.

b) No se pueda proceder penalmente.

En esta disposición, es posible advertir una institución similar a la facultad de no iniciar la investigación penal, lo que implica, en consecuencia, que en la legislación argentina se consagra normativamente una hipótesis similar. En este planteamiento, al señalar la disposición en análisis que se aplicará el archivo de los antecedentes en caso que “no se pueda proceder penalmente”, perfectamente puede situarse, dentro de dicho caso, la extinción de la responsabilidad penal.

En contra de dicha decisión jurisdiccional, es susceptible de recurrir de apelación por parte del querellante y/o el agente fiscal.

La desestimación de la denuncia no es procedente una vez que haya sido realizada alguna diligencia en las actuaciones por insignificante que resulte, que importe un acto investigativo, puesto que ello se traduce tácitamente la admisión de dicha denuncia, resultando que la única alternativa procesal válida a partir de ese entonces es el dictado del auto de sobreseimiento.¹²⁹

¹²⁸ Código Procesal Penal de la Nación Argentina, Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina. [en línea]< http://www.csjn.gov.ar/cm/cod_procesal_penal.html> [Consulta: 29 de diciembre de 2008].

¹²⁹ DARÍO Jarque, Gabriel. Ob. Cit., pp. 72.

En este punto, sigue siendo discutible que se deba provocar todo un procedimiento de comprobación judicial si desde la misma noticia del hecho resulta, con evidencia, cualquier causa de exclusión de su punibilidad, en general. De allí que los códigos prevean, sin perjuicio del control judicial del principio de legalidad, la posibilidad de que el tribunal desestime la denuncia, querrela o prevención, cuando los hechos en que se fundase no constituyan delito, estableciendo fórmulas como la del artículo 195 en análisis.¹³⁰

4- España.

En la legislación española, es posible, asimismo, advertir la consagración de una institución similar a la facultad de no iniciar la investigación, al estudiar los tipos de sobreseimiento en la legislación procesal penal.

En la legislación española, es posible distinguir el sobreseimiento libre como el sobreseimiento provisional, acercándose este último al Archivo Provisional.

En el caso del sobreseimiento libre, es aquel que se acuerda por los motivos expuestos en el artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) y que se equipara a una sentencia absolutoria, impidiendo, por ello, un proceso posterior para el enjuiciamiento del mismo hecho frente al mismo imputado.

El artículo 637 de la LECRIM contempla los motivos por los cuales se aplica el sobreseimiento libre, siendo los dos últimos los que recogen las causales que, en nuestra legislación, configuran la facultad de no iniciar la investigación:

- 1- Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.

¹³⁰ MAIER, Julio Bernardo. Ob. Cit., pp. 549.

2- Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

3- Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.

En el segundo caso, se trata de un hecho que ha existido en la vida como tal, pero que se ha acreditado no ser constitutivo de delito y, por tanto, ser atípico, razón por la cual no puede ser sometido a enjuiciamiento penal. En este caso, se trata de realizar una valoración, tanto fáctica como jurídica de la acción, aplicando la economía procesal a fin de no desgastar el sistema en estos casos.¹³¹

En el último caso, es posible subsumir cualquier causa de extinción de la responsabilidad penal que se contemple expresamente.

La aplicación del sobreseimiento libre es susceptible de recurrir de casación y únicamente por infracción de ley y no por quebrantamiento de forma.

CAPÍTULO IV: EFICACIA DE LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA FACULTAD DE NO INICIAR LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO NACIONAL.

1- La necesidad de control de la Facultad de No Iniciar la Investigación en el Derecho Nacional.

¹³¹ ASCENCIO Mellado, José María. Ob. Cit., pp 211-212.

Luego de un profundo análisis, ha quedado establecido cómo la Facultad de No Iniciar la Investigación se encuentra inmersa bajo mecanismos de control que tienen por objeto la aplicación adecuada en la forma y en los casos que establece el artículo 168 del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, estos mecanismos de control gozan de una particularidad especial respecto del Archivo Provisional y del Principio de Oportunidad, la que fuere advertida en los capítulos anteriores. Pues, a diferencia del Archivo Provisional y del Principio de Oportunidad, no se encuentra expresamente establecido el control administrativo de la Facultad de No Iniciar la Investigación. Sin embargo, se desprende su existencia a partir del procedimiento general establecido en el artículo 33 de la Ley N° 19.640, que pretende, en el evento de no ser aplicada acertadamente, de aplicar las sanciones contempladas en los artículos 46 y 49 de la citada ley.

Ahora bien, como parte de los criterios de oportunidad (entendido en sentido amplio), la facultad de no iniciar la investigación cobra mucha importancia por cuanto consiste en un criterio racionalizador de los recursos estatales para sustentar las diligencias de investigación, que no se aplicarán en caso que los hechos denunciados no sean constitutivos de delito, o bien, que se trate de casos en que se encuentre extinguida la responsabilidad penal.

Teniendo en cuenta su ámbito de aplicación, al igual que en las otras instituciones estudiadas precedentemente, resulta de gran importancia el control de la facultad de no iniciar la investigación, pues, efectivamente, es una de las excepciones al ejercicio de la acción penal pública, que comprende la posibilidad de no ejercer la investigación en los casos contemplados en la norma. En efecto, la necesidad de controlar el ejercicio de esta facultad consiste en lo siguiente :

a) En primer lugar, en caso que no se ejerciera eficaz y efectivo control sobre la facultad de no iniciar la investigación, terminaría siendo éste un mecanismo informal de selección de asuntos los que, más que por concurrir los requisitos que la ley exige para

su procedencia, constituiría un medio para evitar exceso de trabajo por parte de los fiscales, sin que pudiese exigir el fundamento de su decisión.

b) Por otro lado, el ejercicio de dicha facultad sin mecanismos de control podría ser susceptible de abusos y actos de corrupción dentro del sistema. Y es, precisamente, la probidad administrativa la que los fiscales del Ministerio Público deben cuidar, siendo éste un principio que se resalta como fundamental, pues, debe velarse por el correcto ejercicio de los mecanismos de selectividad frente al tradicional principio de legalidad, que se reconoce en el artículo 8 de la Ley N° 19.640, que dispone, al efecto, que :

« Los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público deberán observar el principio de probidad administrativa.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

El Ministerio Público adoptará las medidas administrativas tendientes a asegurar el adecuado acceso a los fiscales por parte de cualquier interesado, con pleno respeto a sus derechos y dignidad personal ».

c) En tercer lugar, un adecuado control de la Facultad de No Iniciar la Investigación permite un adecuado destino de los recursos del Estado, el cual se centrará en los casos que necesariamente requieren de dichas diligencias. En caso que sea aplicado incorrectamente, deberá darse curso a la investigación, lo que permite discriminar los asuntos que merecen ser investigados respecto de los que carecen de fundamento y posibilidades de éxito.

En consecuencia, puede concluirse que la existencia de mecanismos de control frente a las facultades que son conocidas dentro de los criterios de oportunidad, constituyen una suerte de frenos y contrapesos a una facultad que se entrega a un órgano administrativo, que permite la correcta aplicación de la ley y, por cierto, el respecto a los derechos y garantías que tanto la Constitución Política del Estado como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes reconocen a todas las personas.

2- Efectos positivos y negativos del actual mecanismo de control.

2.1- Efectos positivos del actual mecanismo de control.

Dentro del estudio de los sistemas de control de la Facultad de No iniciar la investigación, pueden destacarse los siguientes efectos positivos del mismo :

- a) En primer lugar, la decisión adoptada por el fiscal siempre requerirá la aprobación del Juez de Garantía, quien verificará que la decisión sea aplicada conforme a Derecho, tal como dispone el artículo 168 del Código Procesal Penal.
- b) En segundo lugar, la decisión adoptada por el fiscal siempre requiere ser fundada, es decir, debe sustentar con los hechos y el Derecho la decisión de no iniciar la investigación.
- c) En tercer lugar, la existencia de un control judicial provocado (como se le denominó al establecido en el artículo 169 del Código Procesal Penal), permite a la víctima no quedar en la indefensión respecto de la facultad de no iniciar la investigación.
- d) Por la razón anterior, cabe señalar que el control judicial de la facultad de no iniciar la investigación tiene dos fases claras : una revisión de oficio o no provocada (Art. 168 Código Procesal Penal) y una fase provocada (Art. 169).

2.2- Efectos negativos del actual mecanismo de control.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, existen algunos elementos negativos, de susceptible solución, frente al actual mecanismo de control :

- a) En primer lugar, no se encuentra regulado específicamente el control administrativo de la facultad de no iniciar la investigación, sin perjuicio de haber desprendido este

mecanismo en el artículo 33 de la Ley N° 19.640. Sin embargo, habría sido adecuado establecer un mecanismo de control específico frente a esta facultad otorgada por la ley procesal penal al fiscal, por cuanto resultaría útil como mecanismo de control de las políticas generales establecidas por el Fiscal Nacional a los fiscales en el ejercicio de sus funciones.

b) Tal como acontecía, asimismo, respecto del Archivo Provisional, no se contempla un plazo expreso para que el fiscal adopte la facultad de no iniciar la investigación. Esto puede afectar las posibilidades de impugnar la decisión por parte de la víctima y, dicho sea de paso, del ejercicio de la acción penal.

A la fecha de redacción de este trabajo, se encuentra pendiente un proyecto de ley en el Congreso Nacional que tiene por objeto modificar los artículos 167 (archivo provisional), 168 (facultad de no iniciar la investigación) y 230 (formalización de la investigación), que fue ingresado el 13 de mayo de 2008 a la Cámara de Diputados. Al efecto, se pretende sustituir el texto de la frase final del artículo 168 del Código Procesal Penal: "Esta decisión, que deberá ser adoptada en un plazo máximo de seis meses desde la recepción de la denuncia o querrela, será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía". Actualmente se encuentra en tramitación, sin urgencia.¹³²

CUARTA PARTE: COMPARACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, LA FACULTAD DE NO INICIAR LA INVESTIGACIÓN Y EL ARCHIVO PROVISIONAL.

A lo largo de este trabajo, se ha hecho un extenso y preciso análisis de las facultades que el Código Procesal Penal ha entregado a los fiscales del Ministerio Público frente al estricto ejercicio de la acción penal pública, que se contempla

¹³² Véase proyecto de Ley Boletín N° 5869-07. Biblioteca del Congreso Nacional [en línea] < <http://www.bcn.cl> > [Consulta: 24 de diciembre de 2008].

expresamente en el artículo 166 del Código Procesal Penal, envueltos dentro del concepto “criterios de oportunidad” para el no ejercicio de dicha acción penal.

En atención a lo anterior, y con fines estrictamente didácticos, resulta útil efectuar un paralelo entre estas tres instituciones en estudio, tanto en cuanto a su contenido como respecto a sus mecanismos de control, que se desarrolla en los apartados siguientes.

1- Semejanzas entre las tres instituciones analizadas.

Las semejanzas más relevantes entre estas tres instituciones son, a saber, las siguientes:

(i) En primer lugar, las tres instituciones en comento son mecanismos entregados al fiscal por la ley procesal penal para no ejercer la acción penal pública en los casos que la misma ley señala. En otras palabras, estas tres instituciones constituyen los casos de no ejercicio de la acción penal pública.

(ii) En segundo lugar, las tres instituciones estudiadas se aplican de manera estricta sólo en la forma y en los casos que la ley establece, esto es, en los artículos 167, 168 y 170 del Código Procesal Penal.

(iii) En tercer término, las tres instituciones estudiadas se aplican con miras a descongestionar el sistema procesal penal en ciertos casos que el legislador ha establecido con precisión para su aplicación.

(iv) En cuarto lugar, las tres instituciones en comento constituyen, asimismo, medidas para la adecuada y racional distribución de los recursos económicos destinados a la investigación de hechos constitutivos de delito.

Sin embargo, esto es mayormente delicado frente al Principio de Oportunidad, que se contempla en el artículo 170, dado que se prescindirá de la persecución de ciertos hechos constitutivos de delito cuando no se comprometiere gravemente el interés público, concepto que la ley no define y que se ha entregado a la interpretación doctrinaria, jurisprudencial y administrativa para su debida aplicación.

(v) En quinto lugar, en cada institución estudiada se aplica un doble control: judicial y administrativo.

Sin embargo, dicha semejanza se hace menos evidente al hacerse referencia a la facultad de no iniciar la investigación (Art. 168), pues, no se contempla expresamente un control administrativo en el Código Procesal Penal, con lo cual hubo que hacerse referencia a las reglas generales para establecer su control administrativo (Art. 33 de la Ley N° 19.640).

En otro orden de cosas, la facultad de no iniciar la investigación contiene un doble mecanismo de control judicial, que se han denominado control de oficio o no provocado por la víctima y el control provocado por la víctima (Art. 168 y 169 respectivamente).

(vi) En los tres mecanismos estudiados, la víctima se encuentra dotada de medios para impugnar la decisión adoptada, todo ello con miras a que se ordene proseguir con las diligencias de investigación.

(vii) Finalmente, en relación con la aplicación de cada una de estas instituciones, se establece un sistema de responsabilidad y sanciones a los fiscales del Ministerio Público frente a la torcida aplicación de las mismas.

2- Diferencias entre estas instituciones. Algunos datos estadísticos.

Así como es posible advertir semejanzas entre las tres instituciones en estudio, es posible, asimismo, contemplar algunas diferencias entre las instituciones en comento. Estas son:

(i) En primer término, tanto el principio de oportunidad como el archivo provisional suponen la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito. En cambio, la facultad de no iniciar la investigación supone un hecho que no constituye delito.

(ii) En segundo lugar, tanto el principio de oportunidad como el archivo provisional suponen la existencia de la responsabilidad penal. En cambio, respecto de la facultad de no iniciar la investigación supone la extinción de la responsabilidad penal.

(iii) En tercer lugar, el Principio de Oportunidad y la facultad de no iniciar la investigación no suponen la insuficiencia de antecedentes. En cambio, el Archivo Provisional supone la falta de antecedentes.

(iv) En cuarto lugar, la facultad de no iniciar la investigación supone doble control judicial (de oficio y provocado) y no contempla un procedimiento administrativo especial. En cambio, en el Archivo Provisional y el Principio de Oportunidad, se contemplan, para cada caso, un mecanismo de control judicial y otro de corte administrativo.

(v) En quinto lugar, respecto al plazo para ejercer los mecanismos de control sobre las facultades en estudio, solamente los mecanismos contemplados para el Principio de Oportunidad contemplan un plazo expreso, contemplado por el legislador en el artículo 170 del Código Procesal Penal. Respecto al Archivo Provisional y la Facultad de No Iniciar la Investigación, no se contempla plazo expreso, sin perjuicio de tener como límite el plazo de prescripción de la acción penal, y el contemplado en el artículo 33 de la Ley N° 19.640, para el caso de la facultad de no iniciar la investigación.

(vi) Finalmente, el Principio de Oportunidad supone el no ejercicio de la acción penal por no comprometer el hecho el interés público, mientras que el Archivo Provisional,

como asimismo la Facultad de No Iniciar la Investigación no suponen el no ejercicio de la acción penal de acuerdo a la existencia o no de interés público.

Sin perjuicio de las distinciones que puedan desprenderse de la comparación entre estas tres instituciones, no puede determinarse cuál de ellas es la más utilizada en la práctica sin la ayuda de las estadísticas que se han reunido por el propio Ministerio Público respecto a la utilización de los criterios en estudio, que se muestran a continuación.

Anexo: Aplicación de términos facultativos por el Ministerio Público años 2004-2007.¹³³

Causal Aplicada	Año 2004 ¹³⁴	%	Año 2005 ¹³⁵	%
------------------------	--------------------------------	----------	--------------------------------	----------

¹³³ Para una lectura comprensiva de estos datos, debe tenerse en cuenta que : (i) En el ítem “otros”, se consideran otras medidas facultativas, como la acumulación de juicios, nulidad administrativa o incompetencia del Tribunal; (ii) Respecto a los índices proporcionados, debe considerarse que, en el incremento de los casos, se debe, entre otros factores, a la paulatina entrada del sistema en el país.

¹³⁴ MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico Anual 2004, pp. 26 en línea<<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletines%20Estadísticos/Boletín%20Estadístico%20Anual%202004.pdf>> [Consulta: 9 de enero de 2009].

¹³⁵ MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico Anual 2005, pp. 18 en línea<<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletines%20Estadísticos/Boletín%20Estadístico%20Anual%202005.pdf>> [Consulta: 9 de enero de 2009].

Archivo Provisional	258.028	51,20%	356.528	49%
Facultad No Iniciar Investigación	56.070	11,10%	55.526	10,5%
Principio de Oportunidad	48.195	9,60%	76.507	7,6%
Otros	44.955	8,90%	63.299	8,7%
Total de Casos ¹³⁶	213.579	80,80%	551.860	75,8%

Causal Aplicada	Año 2006 ¹³⁷	%	Año 2007 ¹³⁸	
Archivo Provisional	512.598	48,7%	568.315	46,4%
Facultad No Iniciar Investigación	20.517	1,9%%	32.551	2,5%
Principio de Oportunidad	115.989	11,0%	140.685	11,7%
Otros	21.393	2,1%	18.471	1,5%
Total de Casos	670.497	63,7%	780.022	62,1%

De estos antecedentes, puede apreciarse que, ampliamente, dentro de los casos en que se aplican los “términos facultativos” (que le corresponden, por ley, al Ministerio Público, en contraposición a los “términos judiciales”, que le corresponden a los Tribunales de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en Lo Penal”, asimismo, por ley), la gran mayoría termina con la aplicación del Archivo Provisional, en atención a los escasos antecedentes que los denunciadores proporcionan al fiscal para dar curso progresivo a la investigación, tendencia que se mantiene a lo largo de los años, de acuerdo a los cuadros estadísticos en comento, seguido por el facultad de no iniciar la investigación y, en tercer término, con el Principio de Oportunidad.

¹³⁶ Debe tenerse presente que el total indicado comprende sólo la cantidad de casos a los cuales se aplicaron los términos facultativos, con lo cual el porcentaje restante no comprendido en el cuadro comprende los casos a los cuales se aplicaron los términos judiciales, como sentencias condenatorias, absolutorias, juicios simplificados, salidas alternativas, etc.

¹³⁷ MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico Anual 2006, pp. 18 en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletines%20Estadísticos/Boletín%20Estadístico%20Anual%202006.pdf>> [Consulta: 11 de enero de 2009].

¹³⁸ MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico Anual 2007, pp. 17 en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletines%20Estadísticos/Boletín%20Estadístico%20Anual%202007.pdf>> [Consulta: 11 de enero de 2009].

CONCLUSIONES FINALES.

Finalmente, como corolario del presente trabajo, no queda más que establecer algunas conclusiones generales respecto de los temas analizados, de acuerdo al desarrollo de cada uno de los temas en los capítulos correspondientes.

Es importante advertir que las presentes conclusiones generales tienen por objeto establecer ciertas bases respecto a la temática desarrollada, cual grano de arena

frente a una discusión jurídica enriquecida y en vías de enriquecerse, si de ella surgen nuevos y distintos análisis respecto del establecido en este trabajo.

Frente al control judicial y administrativo del Principio de Oportunidad, el Archivo Provisional y la Facultad de No Iniciar la investigación, es posible concluir que:

I- Los mecanismos de control establecidos para cada uno de ellos son necesarios.

En un sistema procesal penal en que el principio de legalidad resulta ser la regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal, la existencia de las instituciones estudiadas consisten, claramente, en una excepción a la regla general. En efecto, la facultad de no iniciar la investigación, el principio de oportunidad y el archivo provisional permiten al fiscal prescindir del ejercicio de la acción penal pública, cosa que no sucede en el resto de los casos que no se contemplan en dichas facultades, donde rige plenamente la disposición legal anteriormente citada.

Cabe señalar, por otra parte, que al contemplar el legislador los mecanismos de control ya estudiados, fuera de velar por la correcta aplicación de la ley en cada caso, también tiene por objeto controlar el actuar de los fiscales en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de los mecanismos de control y las medidas sancionatorias que la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público establece para ello.

Finalmente, cabe mencionar que el control de estas instituciones permite que el espíritu del sistema procesal penal se mantenga íntegro, evitando, así, posibles desviaciones de fines que el legislador contempló para estructurar el sistema acusatorio que con la Reforma Procesal Penal se ha querido incluir en nuestro Derecho.

II- El sistema de control establecido para cada uno de ellos consiste en un mecanismo administrativo y en un mecanismo judicial.

Si bien se establece con distintas variantes, el sistema de control de las instituciones que se reúnen dentro de los criterios de discrecionalidad en sentido amplio, gozan de un doble mecanismo de control: uno de índole judicial, y otro de índole administrativo. Sólo con la excepción de la facultad de no iniciar la investigación (en virtud de la cual se contempla un doble mecanismo judicial y un mecanismo administrativo conforme a las reglas generales), cada institución en análisis contempla expresamente, entre los artículos 166 y siguientes del citado cuerpo legal, una regulación expresa, aunque no exhaustiva, de los mecanismos de control que permiten su aplicación correcta.

Sin embargo, es importante apreciar que existe una marcada tendencia a optar por los mecanismos judiciales de la institución respectiva en caso que se desee evitar su aplicación, atendido a que, en el caso de darse curso a la solicitud, se reanudan las diligencias de investigación directamente, tras mediar una orden, en ese sentido, por parte del juez de garantía que haya dictado la presente resolución. Es este orden de cosas, no debe olvidarse que cada medida rige de acuerdo la finalidad por la cual ha sido impuesta.

III- Los sistemas de control se basan en lo que la ley expresamente establece junto con los criterios fijados por el Ministerio Público en cada caso.

En efecto, junto con los lineamientos generales dados por la ley en cada caso, el Ministerio Público ha condicionado su actuar frente a dichos criterios. Sin perjuicio de lo anterior, se han establecido las llamadas « políticas generales del servicio », que han sido impuestas por el Fiscal Nacional, por medio de los llamados instructivos. Así, se han dado lineamientos generales respecto del Archivo Provisional, el Principio de Oportunidad y La Facultad de No Iniciar la Investigación tanto en términos procesales, administrativos como sustantivos.

No obstante, cabe señalar que, para los efectos de no provocar conflictos en su aplicación, sería óptimo nuevas reformas legales a los artículos 167 y siguientes, a fin de detallar los procedimientos que implica cada mecanismo, como asimismo en la Ley

Orgánica Constitucional del Ministerio Público, todo ello con el objeto de llenar los vacíos y las posibles dudas en el ejercicio de dichos mecanismos de control, advirtiéndose ya, a la fecha de redacción de esta trabajo, una reforma en dicho sentido, respecto de la cual se espera su concretización legal.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I- TEXTOS .

1-ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España. Barcelona, España. Ediciones PPU, 1991.

2-ASCENCIO Mellado, José María. Derecho Procesal Penal. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, 1998.

3-BAUMANN, Jürgen. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina. Ediciones De Palma, 1986.

4-CAFFERATA N., José. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2000.

5-CHAHUÁN Sarrás, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, quinta edición, 2007.

6-DE LA OLIVA, Andrés « et al. ». Derecho Procesal Penal. Madrid, España. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.

7-DUCE, Mauricio y Riego, Cristián. Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal. Volumen I, Santiago, Chile, Impresiones Alfabeto, 2006.

8-GIMENO SENDRA, Vicente, et al. Derecho Procesal Penal. España, Editorial Colex, 1999.

9-GÓMEZ Colomer, Juan Luis. El Proceso Penal Alemán: Introducción y normas básicas. Barcelona, España. Editorial Bosch, España, 1985.

10-HENDLER, Edmundo. Sistemas Procesales Penales Comparados. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 1999.

11-HORVITZ, María Inés, y López, Julián. Derecho Procesal Penal. Santiago, Chile, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

12-MAIER, Julio Bernardo. Derecho Procesal Penal Argentino. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, tomo I, 1989.

13-MORENO Catena, Víctor, et al. El Proceso Penal. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, Volumen III, 2000.

14-NÚÑEZ Vásquez, Juan Cristóbal. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo II, 2003.

15-OTERO, Miguel. Código Procesal Penal. Santiago, Chile. Editorial Lexis-Nexis, 2002.

16-PFEFFER Urquiaga, Emilio. Código Procesal Penal. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001.

17-ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto, 2000.

II- TEXTOS EN INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS:

1-DESCALZI, José Pablo. La acción penal y el principio de oportunidad. La reforma procesal penal de La Pampa. [en línea]<
http://www.jpdesc.com.ar/subc/m2_procesal/pdf/001.pdf> [Consulta: 20 de noviembre de 2008].

2- MANGIAFICO. David. Algunas consideraciones sobre el principio de legalidad y la posible inclusión del principio de oportunidad. [en línea]<
<http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/PRINCIPIO%20DE%20OPORTUNIDAD.pdf>>
[Consulta: 20 de noviembre de 2008].

III- LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA:

1-CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina. [en línea]<

http://www.csjn.gov.ar/cmfcod_procesal_penal.html> [Consulta: 22 de diciembre de 2008].

2 -HISTORIA DE LA LEY Nº 19.696, Santiago, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 2000.

3-LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL [en línea]
<http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l3t3.html#c3s1> [Consulta: 20 de noviembre de 2008].

4-LEY Nº 8.123, Córdoba, Argentina. Código Procesal Penal. [en línea]<
<http://www.pensamientopenal.com.ar/15062007/cppcordoba.pdf>> [Consulta: 22 de diciembre de 2008].

5-LEY Nº 19.696. Aprueba Código Procesal Penal. Mensaje del Ejecutivo. Editorial Jurídica de Chile, 2003.

IV- OTROS INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS.

1-MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico Anual 2004, en línea]<
<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletines%20Estadisticos/Boletín%20Estadístico%20Anual%202004.pdf>> [Consulta: 9 de enero de 2009].

2-MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico Anual 2005, en línea<
<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletines%20Estadisticos/Boletín%20Estadístico%20Anual%202004.pdf>> [Consulta: 9 de enero de 2009].

3-MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico Anual 2006, en línea]<
<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletines%20Estadisticos/Boletín%20Estadístico%20Anual%202006.pdf>> [Consulta: 11 de enero de 2009].

4-MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico Anual 2007, en línea] <
<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletines%20Estadisticos/Boletín%20Estadístico%20Anual%202007.pdf>> [Consulta: 11 de enero de 2009].

5-MINISTERIO PÚBLICO, Fiscalía Nacional. Instructivo N° 35 [En línea] <
<http://www.ministeriopublico.cl/index.asp> >, [Consulta: 30 de octubre de 2008].

6-MINISTERIO PÚBLICO, Fiscalía Nacional. Instructivo N° 75, [En línea] <
<http://www.ministeriopublico.cl/index.asp> >,[Consulta: 30 de octubre de 2008].

7-MINISTERIO PÚBLICO, Fiscalía Nacional. Oficio N° 542-2004, [En línea] <
<http://www.ministeriopublico.cl/index.asp> > [Consulta: 30 de octubre de 2008].

8- PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, [en línea] <
<http://www.poderjudicial.cl>> [Consulta: 5 de octubre de 2008].

9- PROYECTO LEY BOLETÍN N° 5869-07. Biblioteca del Congreso Nacional [en línea] <
<http://www.bcn.cl>> [Consulta: 24 de diciembre de 2008].