

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

# **FACULTADES DISCRECIONALES EN EL NUEVO PROCESO PENAL**

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

**LUIS FRANCISCO ARAYA MAÑAS**

Profesora Guía: María Teresa Hoyos de la Barrera.

**Santiago, Chile 2004**



<b>CAPITULO I. Generalidades. .</b>	<b>1</b>
1.1- Introducción . .	1
1.2- Introducción. .	4
1.3- Principio de legalidad. . .	7
1.4- Crítica al principio de legalidad. . .	8
1.5.- Revisión histórica de modelos de persecución penal .	11
1.6- Principio de la discrecionalidad u oportunidad. . .	13
<b>CAPITULO II. Modelos de discrecionalidad u oportunidad en el derecho comparado. .</b>	<b>17</b>
2.1- Modelo norteamericano. .	18
2.1.1- Discrecionalidad absoluta. . .	20
2.1.2- Amplitud del modelo norteamericano. .	21
2.2- Modelo Alemán. .	25
2.2.1- Discrecionalidad relativa. . .	25
2.3- Criterios de selectividad relativa en el derecho comparado. .	26
2.3.1. Descriminalización .	26
2.3.2.- Eficiencia . .	27
2.3.3.- Priorización de Intereses . .	27
<b>CAPITULO III. Mecanismos de discrecionalidad en el nuevo proceso penal chileno. .</b>	<b>29</b>
3.1- Facultad de no iniciar la investigación. . .	31
3.1.1- Concepto y regulación. . .	31
3.1.2- ¿Constituye una manifestación de la discrecionalidad? . .	34
3.2- Archivo provisional. .	35
3.2.1- Concepto y regulación. . .	35
3.2.2- Manifestación de la discrecionalidad de esta facultad. . .	40
3.2.3- Consecuencias prácticas de su aplicación. .	41
3.3- Principio de oportunidad en sentido estricto. .	42
3.3.1- Concepto y regulación. . .	42

3.3.2- Facultades del Ministerio Público. . .	46
3.4.- Análisis empírico de la aplicación de las facultades discrecionales del fiscal al comienzo de la investigación. .	48
<b>CAPITULO IV. Conclusiones. .</b>	<b>61</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .</b>	<b>69</b>
WEBLIOGRAFIA: .	70

# CAPITULO I. Generalidades.

## 1.1- Introducción

### a.-) Importancia del tema.

La Reforma Procesal Penal chilena derogó el procedimiento existente en el país desde 1906, fecha de promulgación del Código de Procedimiento Penal. El antiguo procedimiento, no obstante tener modificaciones durante su vigencia, siempre mantuvo la influencia de sus raíces inquisitivas. Las principales características del sistema de justicia criminal anterior eran la inflexibilidad, los excesivos trámites formales, el principio de la escrituración, el secreto durante la etapa de sumario y el principio de la mediación. Todas estas características traían como consecuencia que la labor de los Jueces del Crimen fuera ineficiente, con sobrecarga de trabajo lo cual implicaba que tuvieran que delegar el exceso de trabajo y en definitiva, el proceso fuera manejado por actuarios lo cual afecta a todas las garantías y derechos constitucionales.

Las facultades de investigar, acusar y juzgar se encontraban en las manos del juez que conocía del asunto, lo cual afectaba la imparcialidad del respectivo tribunal, ya que con lo investigado en el sumario, sin posibilidades de intervención por parte del imputado, tenía todos los elementos para fallar, impidiendo, de esta

forma, el derecho de defensa, uno de los elementos mas importantes de la garantía constitucional del debido proceso.

Por otra parte, en el antiguo proceso penal, el Juez del Crimen tenía la obligación de investigar y perseguir todas las denuncias que a *prima facie* fueran constitutivas de delito, en conformidad al principio de legalidad procesal de la persecución penal, sin poder no iniciar o suspender aquellas investigaciones que tuvieran pocas posibilidades de éxito, o que se tratase de delitos que no comprometieren gravemente el interés público, lo cual generaba un colapso dentro de los juzgados del crimen debido a una sobrecarga de trabajo, lo cual hacía mas ineficiente su trabajo.

Además, como era imposible perseguir todas las denuncias que se hacían tanto en los Juzgados del Crimen, como en Carabineros, se producía una selectividad poco transparente de los casos que eran objeto de persecución penal, situación que es totalmente irregular, y en muchos casos arbitraria.

La reforma procesal penal, por el contrario, se funda en el sistema acusatorio, dentro del cual la etapa más importante es la del juicio oral, mediante el cual pueden intervenir todas las partes del proceso, respetando, de esta forma, el derecho al debido proceso.

En este contexto, una innovación de la reforma es la creación del Ministerio Público, el cual debe dirigir la investigación, ejercer la acción penal pública y sustentar dicha acusación en el juicio oral.

El nuevo proceso penal mantiene el principio de legalidad procesal de la persecución penal, pero a diferencia del antiguo proceso penal, esta labor se confiere al Ministerio Público exclusivamente, teniendo éste la obligación de investigar y perseguir todas las denuncias que a *prima facie* sean constitutivas de delito.

Para evitar colapsar con sobrecarga de trabajo la labor del Ministerio Público, se regularon tres instituciones en el nuevo proceso penal (facultad de no iniciar la investigación, archivo provisional y principio de oportunidad en sentido estricto) que tienen por objeto que el fiscal del Ministerio Público pueda no iniciar una investigación o suspender la ya iniciada, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos por el legislador y de esta manera una gran cantidad de casos podrán ser desestimados, impidiendo una sobresaturación del sistema.

En esta memoria se quiere establecer la importancia de la discrecionalidad que se le ha dado a los fiscales en el nuevo proceso penal de poder seleccionar los casos a investigar, comparar doctrinariamente los dos principios que rigen esta materia (legalidad y oportunidad), analizar los modelos de discrecionalidad utilizados en el derecho comparado (especialmente los casos de Estados Unidos, Alemania y Chile), así como también analizar los mecanismos de discrecionalidad existentes en el proceso penal chileno.

#### **b.-) Objetivos de la investigación.**

Esta memoria tiene por objeto establecer la necesidad jurídica, económica, social y

ética, de la aplicación efectiva de las facultades discrecionales del fiscal en el nuevo proceso penal, contribuyendo así a una mejor administración de justicia, mas eficiente, mas justa y mas transparente.

**c.-) Metodología utilizada.**

Esta memoria se propone efectuar un análisis descriptivo, acerca de las instituciones jurídicas establecidas en el nuevo proceso penal, que entregan a los Fiscales facultades discrecionales para la selección de los casos que están conociendo, las que se analizarán desde diversos puntos de vista con el objeto de establecer la necesidad de las mismas para la realización de una mejor administración de justicia, más eficiente, justa y transparente. Este análisis descriptivo, estará complementado con estadísticas acerca del funcionamiento de dichas instituciones.

**d.-) Delimitación de contenidos.**

Esta memoria consta de cuatro partes, y cada una se divide a su vez de sucesivos capítulos, de los cuales el último servirá para sacar conclusiones y tomar postura sobre los temas debatidos o explicados.

Para ello, en primer lugar se analizarán los principios fundamentales sobre esta materia, como lo son el principio de legalidad en virtud del cual es el Estado quien tiene la obligación de perseguir todos los delitos cometidos dentro de su territorio, principio que rige nuestro Código Procesal Penal, atenuado por el principio de oportunidad, en virtud del cual en ciertas y determinadas circunstancias puede el órgano encargado de la persecución penal abstenerse de tal acción. Este principio es una de las innovaciones del proceso penal, el cual permite a los fiscales seleccionar los casos que van a investigar y discriminar los que no han sido seleccionados, siempre y cuando reúnan los requisitos contemplados por el legislador, con el objeto de evitar una investigación ineficaz.

En el segundo capítulo efectuaré un análisis de los modelos de discrecionalidad que existen en el derecho comparado, empezando por el modelo norteamericano, el cual emplea un modelo de discrecionalidad absoluta, ya que los fiscales son los que determinan que casos persiguen penalmente, teniendo para ello una amplia libertad de selección.

Después, analizaré el modelo alemán, el cual se basa en un modelo de discrecionalidad relativa, ya que los fiscales en ciertas y determinadas circunstancias tienen la facultad de seleccionar los casos, puesto que en dicho país prima el principio de legalidad. Finalmente en este capítulo se analizará como se da aplicación a estas facultades en el modelo Chileno.

En el tercer capítulo, analizaré las instituciones reguladas en nuestro Código Procesal Penal que establecen mecanismos de discrecionalidad, conceptualizándolas y analizando si teóricamente constituyen o no mecanismos de discrecionalidad, junto con incluir datos estadísticos acerca de la aplicación de estas instituciones en las diferentes regiones en donde se encuentra vigente el nuevo proceso penal.

Finalmente, el cuarto capítulo estará constituido por las conclusiones del presente trabajo, en el cual se establecerán las necesidades de la aplicación de estas facultades discrecionales y sus beneficios de orden práctico.

### 1.2- Introducción.

A *grosso modo*, uno de los objetivos de la discrecionalidad es la selección de casos, permitiendo al sistema dar prioridad a la persecución de aquellos delitos que tienen una mayor gravitación social.

Esta selección debe ser efectuada por el Ministerio Público, ejerciendo las facultades discrecionales que le otorga la Ley.

Para que los efectos de dicha discrecionalidad sean útiles, es en la fase inicial de la investigación donde los fiscales deben ejercer dicha facultad, ya que al recibir estos la respectiva denuncia, tienen que analizar la plausibilidad de la misma, y decidir acerca de si se inicia o no la persecución penal.

Los fiscales, dentro de las numerosas denuncias que llegan a su conocimiento, pueden seleccionar aquellas que a su juicio tengan un contenido de mayor plausibilidad, esto es, aquellas que tengan un mayor número de antecedentes y elementos que permitan efectuar una investigación eficaz.

Por el contrario en aquellos casos en que no se den antecedentes que posibiliten efectuar una investigación, las denuncias podrán ser discriminadas, a menos que se presenten nuevos antecedentes, como podría ser por ejemplo, la aparición de un testigo, que mediante su declaración pueda aportar a la investigación pertinente.

En la práctica, los miembros que componen el aparato de persecución penal, son depositarios de un infinito número de denuncias, de las cuales la mayoría contienen escasos datos necesarios para una efectiva investigación por parte de los fiscales.

El caso de los delitos contra la propiedad, es el más claro ejemplo para graficar la situación descrita, dado que en la mayoría de ellos concurren las siguientes características:

- Son cometidos por una persona desconocida por la víctima.
- En la mayoría de los casos no hay testigos al momento de la comisión del delito.
- No se tienen mayores antecedentes de la persona del delincuente.
- No se efectúa detención flagrante, ni sospechosos reconocidos<sup>1</sup>.

En muchos casos, la persona de la víctima no puede establecer con precisión el lugar donde ocurrió el hecho u otras circunstancias igualmente determinantes.

Por lo demás, normalmente se trata de hechos que no comprometen gravemente el

---

<sup>1</sup> Cfr. Carocca, Alex; Duce, Mauricio; Riego, Cristian; Baytelman, Andrés; Vargas, Juan Enrique; Nuevo Proceso Penal; La etapa de investigación en el nuevo proceso penal; Editorial Conosur; Santiago de Chile; Chile; 2000; pp.114.



interés de la sociedad, por lo cual ameritan una investigación completa.

La discrecionalidad es una forma de organizar la persecución penal, en que el órgano del Estado competente es el encargado de dicha función persecutoria, la cual es una función pública, en contraposición a la persecución penal privada, en que el legislador le da la facultad al propio ofendido, para decidir si acciona o no.

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

Esta selectividad tiene por objeto que los fiscales cuenten con la posibilidad de orientar sus propios recursos y los de los órganos que les prestan auxilio, para desarrollar una investigación exitosa en aquellos casos en que ello resulta posible, estableciendo criterios de racionalidad en esta actividad<sup>2</sup>.

El autor Alberto Bovino, en su publicación “La persecución penal pública en el derecho anglosajón” establece ciertos criterios que en la doctrina norteamericana justifican la discreción de los fiscales, pero que a su juicio considera excesiva ya que tiende a la arbitrariedad de su actuación en perjuicio de los derechos del imputado.

Estos criterios son los siguientes:

1. La Inflación penal. Las legislaturas han prohibido un rango tan amplio de comportamientos que los recursos económicos del Estado resultan insuficientes para controlar la aplicación de todas las leyes.

Para este autor, la manera más adecuada de tratar este problema consiste en concentrarse en la actividad legislativa, antes que en aumentar la discrecionalidad de los fiscales.

2. Recursos limitados. Se sostiene que resultaría imposible proporcionar a los fiscales recursos suficientes para perseguir todos los delitos de los que tienen noticia.

Esta imposibilidad de perseguir todos los delitos siempre existirá, y, por ello, es necesario cierto grado de discreción.

Según el autor, la discrecionalidad no implica necesariamente la ausencia de todo control externo, criticando así el modo de discrecionalidad absoluta norteamericano.

**3. Justicia personalizada. En este aspecto, se concede discreción al fiscal para darle cierta flexibilidad para analizar los casos particulares, evitando así un sistema de reglas preestablecidas.**

**El sistema garantiza, en realidad, el tratamiento particular de cada caso sin consideración al principio general abriendo, de esta forma, la puerta a la arbitrariedad. La consecuencia de este tratamiento provoca prácticas persecutorias profundamente discriminatorias demostradas de modo concluyente por investigaciones empíricas.**

**Según el autor, la tendencia actual del derecho penal estadounidense es inequívocamente opuesta al ideal de justicia personalizada ya que se intentó**

<sup>2</sup> Cfr.; A.A. V.V.; Nuevo Proceso Penal, La etapa de investigación en el nuevo proceso penal; cit.; pp. 114.

reducir la discreción de los fiscales. Sin embargo, las disposiciones se han transformado, en la práctica, en herramientas útiles para aumentar el poder y la discreción de los fiscales para determinar la pena que se impondrá en el caso concreto.

4. La necesidad de controlar la discreción policial. Se sostiene que es deseable que el fiscal realice la evaluación particularizada de cada caso, para no depositar esta tarea en manos de la policía <sup>3</sup>.

Hay que tener presente que el modelo norteamericano, como ya explicaremos mas adelante, adopta el sistema de discrecionalidad absoluta, en virtud del cual los fiscales gozan de facultades casi absolutas para decidir cuales son los casos en los cuales inician la persecución penal, y también pueden llegar a acuerdos con el imputado en los cuales éste reconoce su responsabilidad en los hechos ilícitos, a cambio de una menor pena, acuerdos que son respetados por el órgano jurisdiccional, y que tiene como consecuencia evitar el juicio por jurados, el cual representa un mayor costo de recursos y de tiempo. Sin embargo, esta situación tiende a vulnerar las garantías esenciales del imputado, por lo que Bobino, hace una crítica a estos fundamentos que se dan en la doctrina norteamericana, pues son tan amplias las facultades discrecionales del fiscal, que tienden a caer en la arbitrariedad, perjudicando al imputado.

En el sistema chileno, como explicaremos en los capítulos posteriores, se adoptó el principio de legalidad de la persecución penal atenuado por el principio de oportunidad en aquellos casos en que lo permita la Ley.

En términos generales puede decirse que el principio de legalidad, el cual establece la obligación de perseguir todo delito, puede ser atenuado por razones prácticas y teóricas, criterios que fundamentan la discrecionalidad, dentro de las cuales destacamos las siguientes:

1.- Descongestionar el sistema judicial; permitiendo evitar los irracionales efectos que en la práctica provoca el abarrotamiento de causas.

2.- Limitar la elección de casos teniendo como fundamento la razón y justicia, para evitar las desigualdades en perjuicio de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, controlando la elección de los casos a través de un organismo superior, con facultades disciplinarias sobre el órgano selector.

3.- A veces es más conveniente no sancionar determinados ilícitos, ya que ello permitiría hacer patente la existencia de otros ilícitos que sean de mayor envergadura o de convenir (bajo ciertas condiciones) la menor extensión de la pena por acuerdo entre el acusador y el acusado, para acelerar y abaratar el proceso, permitiendo una mejor asignación de los recursos judiciales y una rápida decisión del conflicto.

4.- Dirigir la persecución penal hacia otros delitos que comprometan gravemente el interés público, y evitar la aplicación de las penas a otros delitos de

---

<sup>3</sup> Cfr.; Bovino, Alberto; La persecución penal pública en el derecho anglosajón - Publicación en la Revista Latinoamericana de Política Criminal - Ministerio Público N°2, Pena y Estado; Editores del Puerto; Buenos Aires; Argentina; 1997; pp. 63 - 65.

menos gravedad priorizando la reparación de la víctima y la resocialización del autor por tratamientos alternativos<sup>4</sup>.

Todos estos criterios tienen validez en aquellos casos que los ilícitos cometidos no sean de aquellos que comprometan gravemente el interés público.

### 1.3- Principio de legalidad.

El profesor José Cafferata Nores conceptualiza el principio de legalidad como: “la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predisuestos (generalmente la Policía o el Ministerio Público) que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública), se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar”<sup>5</sup>.

El Estado reacciona a través de la acción penal, haciendo valer su pretensión ante el órgano jurisdiccional, quien va a determinar en definitiva si procede o no la aplicación de la pena.

El sistema inquisitivo, se caracteriza porque predomina el principio de la legalidad procesal, en la que la obligación del órgano competente del Estado es efectuar la investigación de todos los delitos cometidos dentro de su competencia sin poder suspender, revocar o terminar anticipadamente la persecución penal.

La persecución penal por parte del órgano competente del Estado procede en cualquier caso en que se infrinja la ley penal, por mínima que sea la infracción o por inconveniente que aparezca<sup>6</sup>.

A juicio de José Cafferata Nores, este principio presenta dos características, las cuales vamos a explicar a continuación:

Primeramente, es característico del principio de legalidad la inevitabilidad, que significa que cuando se comete un hecho ilícito, ineludiblemente el dispositivo estatal debe actuar para la investigación, juzgamiento y castigo, sin que se pueda evitar de ninguna manera o por ninguna razón que esto así ocurra<sup>7</sup>.

La segunda característica que presenta el principio de legalidad es la “irretractabilidad”, que consiste en que una vez activado el mecanismo de persecución penal, éste no puede ser interrumpido, suspendido ni ser concluido hasta que se dicte

<sup>4</sup> Cfr.; Cafferata Nores, José I.; El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría Realidad y perspectivas, Nueva Doctrina Penal; Editores del Puerto; Buenos Aires; Argentina; 1996; pp.12.

<sup>5</sup> Cafferata Nores, José I.; El principio de oportunidad,...; ob. cit; pp. 4.

<sup>6</sup> Cfr.; Maier, Julio; Derecho Procesal Argentino; Editorial Hammurabi S.R.L.; Buenos Aires; Argentina; 1989; pp. 548.

<sup>7</sup> Cfr.; Cafferata Nores, José I.; El principio de oportunidad,...; cit.; pp.4

sentencia en el respectivo proceso penal.

El principio de legalidad está sustentado doctrinariamente por una serie de argumentos los cuales disponen:

En primer lugar, se fundamenta en que si el orden jurídico penal ha sido violado, es necesario para su reestablecimiento el castigo impuesto por la Ley, surgiendo así: “el deber absoluto de las autoridades estatales de realizar la persecución de los culpables”<sup>8</sup>

En segundo lugar, otro de los fundamentos de este principio consiste en el reconocimiento práctico de que la totalidad de los ilícitos pueden ser indagados y castigados; esto es, la utopía de acabar con la delincuencia a través de los mecanismos de persecución penal.

También se sustenta en el respeto al principio de independencia de los poderes del Estado, ya que es el poder legislativo el que a través de las leyes penales que promulga establece cuáles son las conductas delictivas y las penas asignadas a dichas conductas, y que dicha labor “no puede dejarse sin efecto por el órgano que ejercita la acción penal, ni por el que tiene que aplicar la sanción, que es el Poder Judicial”<sup>9</sup>.

Este argumento se refiere a la determinación legislativa, o sea, que es el legislador, y no los miembros del Poder Judicial o el órgano encargado de la persecución penal, el que decide cuando una persona debe ser castigada por la pena<sup>10</sup>.

Por último, otro de los cimientos en los que se basa el principio de legalidad es su congruencia con el principio de igualdad, específicamente el de igualdad ante la Ley penal<sup>11</sup>.

Este fundamento persigue eliminar: “los fueros personales o desigualdades raciales, religiosas, de posición social o económica”<sup>12</sup>, puesto que cualquier hecho ilícito cometido por cualquier persona, debe ser perseguido y castigado.

### 1.4- Crítica al principio de legalidad.

El principio de legalidad ha sido objeto de muchas críticas, ya sea desde el punto de vista teórico o el práctico.

<sup>8</sup> Guariglia, Fabricio; citando a SCHMIDT en Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria; Doctrina Penal N° 49/52; Buenos Aires; Argentina; 1990; pp. 87.

<sup>9</sup> Cafferata Nores, José I.; El principio de oportunidad,...; ob. cit.; pp.7.

<sup>10</sup> Cfr.; Maier, Julio; Derecho Procesal Argentino; cit.; pp.551.

<sup>11</sup> Cfr.; Cafferata Nores, José I.; El principio de oportunidad,...; cit.; pp. 8.

<sup>12</sup> Maier, Julio; Derecho Procesal Argentino; ob. cit.; pp.551.

Desde un punto de vista teórico, se crítica:

La concepción de la pena como retribución al mal causado, excluyendo así todo fin utilitario para la pena estatal <sup>13</sup> .

Tampoco se acepta su vínculo con el principio de separación de los poderes del Estado, ya que en la práctica existe control de unos poderes sobre otros, y en muchos casos algún Poder puede cumplir funciones de otro, como ocurre cuando el Poder Ejecutivo dicta un Decreto con Fuerza de Ley <sup>14</sup> .

Otra de las críticas a los fundamentos del principio de legalidad es a propósito del principio de igualdad. Se niega este argumento señalando que no habría ningún tipo de discriminación arbitraria, ya que los casos en que se decida no perseguir penalmente, serán determinados legislativamente <sup>15</sup> .

Por otra parte, y en relación con la idea anterior, se ha afirmado que en la aplicación de la Ley penal ocurre una desigualdad en la práctica, ya que afecta mayormente a las colectividades marginadas de la sociedad, las que no se encuentran en un pie de igualdad con respecto a aquellos sectores de la sociedad con mejores condiciones económicas y sociales <sup>16</sup> .

El principio de legalidad se encuentra sumamente desacreditado en la actualidad, por las consecuencias prácticas que conlleva su aplicación irrestricta, puesto que el aumento del derecho penal sustantivo y la imposibilidad del aparato de persecución penal para hacer frente a la totalidad de los delitos que se cometen en una sociedad, trae como consecuencia que se generen mecanismos informales de selección, los que perjudican a los ciudadanos menos protegidos, generando enormes desigualdades <sup>17</sup> .

Pero también desde un punto de vista empírico se puede criticar el principio de legalidad.

Según la criminología moderna los sistemas de justicia criminal son esencialmente selectivos, o sea, con un nivel importante de discriminación de casos. En este sentido se asimila a un embudo, en virtud del cual en la parte amplia del embudo se encuentran la totalidad de los delitos cometidos, mientras que en la estrecha los casos que finalmente llegan a juicio.

Esto se explica por la existencia de una serie de instancias selectivas dentro de los sistemas de justicia criminal.

---

<sup>13</sup> Maier, Julio; *Ibidem*.

<sup>14</sup> Cfr.; Cafferata Nores, José I.; *El principio de oportunidad,...*; cit.; pp. 8.

<sup>15</sup> Cfr.; Maier, Julio; *Derecho Procesal Argentino*; pp. 552.

<sup>16</sup> Cfr.; Cafferata Nores, José I.; *Ibidem*.

<sup>17</sup> Cfr.; López Masle, Julián; *Principios del Sistema Procesal Chileno; Apuntes de clases para el diplomado de la Reforma Procesal Penal de la Universidad de Chile*; Santiago de Chile; Chile; 2001, pp. 19.

En primer lugar, existe una enorme cantidad de delitos ignorados por el sistema de justicia criminal, cifra que es imposible de determinar la cual representa la gran cantidad de casos que no son denunciados.

En este sentido, la mayoría de los casos que se conocen por el sistema de justicia criminal son aquellos en que la víctima o alguna persona próxima a ellos denuncian la comisión del mismo. De no suceder esto, el sistema va a tener muy pocas posibilidades de acceder autónomamente a esa información.

Entre las causas de la denominada cifra negra se han señalado las siguientes:

1.- La ignorancia de la victimización por parte de los afectados, esto es, que las personas ofendidas por el hecho delictivo, no saben que han sido objeto de un delito.

2.- La desconfianza de las víctimas hacia el sistema de justicia criminal, ya que sienten que efectuar la denuncia les va a causar más problemas, como someterse a ciertos actos procesales, contratar a un abogado, y por consiguiente, efectuar esfuerzos económicos.

3.- Las diferentes vías por las que opta la víctima para la resolución de su caso, y que por lo tanto no le interesa iniciar un proceso criminal (por ejemplo, por vía de las compensaciones que realizan las compañías de seguros, entre otros).

En una segunda etapa dentro del sistema de selectividad general se encuentra la policía, pues es ella la que efectúa una mayor discriminación de casos por los siguientes motivos:

a.-) La víctima aporta escasos antecedentes acerca del delito como para iniciar una pesquisa policial.

b.-) La víctima no recuerda datos acerca de la identidad física de los autores del delito.

c.-) Los hechos relatados por la víctima no son constitutivos de delito.

En la tercera etapa de selección hallamos a los fiscales que efectúan la discriminación en conformidad a las leyes preestablecidas.

En último lugar, se encuentra la etapa en la que los jueces seleccionan los casos, finalizando así todo este sistema de selección, que dentro del antiguo sistema procesal penal tenía las siguientes expresiones procesales:

a.-) Dictación del sobreseimiento temporal.

b.-) Término de causas por otros motivos, como el que la víctima no concurra a ratificar su denuncia ante el tribunal o no se produzca algún avance específico en la investigación del caso.

Este análisis que efectúa la criminología moderna, ha llevado a diversos autores afirmar la crisis del principio de legalidad procesal.

Esto se explica por que se trata de un modelo contra fáctico, es decir, uno que en la práctica no puede cumplir con los objetivos que se ha fijado, por lo que pierde credibilidad el funcionamiento del sistema, ya que los encargados de hacerlo funcionar no cumplen con el mandamiento establecido por la Ley.

Otra justificación es que los mecanismos de selección informales no pueden ser objeto de fiscalización. Por ende, dentro de cada juzgado o unidad policial se generan prácticas que están fuera del campo del derecho, incurriendo así en situaciones injustas que obstan al acceso de la justicia por parte de los afectados.

Además, la falta de fiscalización por parte de la autoridad competente trae como consecuencia que la selección de casos pueda ser ejercida en forma corrupta.

Por el contrario al regular esta materia se podrían controlar los mecanismos de selectividad y organizar de una mejor forma el trabajo de la policía, de los fiscales y de los tribunales<sup>18</sup>.

## 1.5.- Revisión histórica de modelos de persecución penal

En el contexto de este trabajo, nos parece oportuno hacer una referencia histórica a los diferentes mecanismos que ha habido en la historia de la persecución penal.

En Grecia, la facultad de perseguir penalmente a la persona del infractor le correspondía a cualquier ciudadano, pues se concedía acción popular para proteger los intereses comunitarios. Eran los propios ciudadanos atenienses los que perseguían, acusaban y juzgaban al infractor.

En caso que la infracción afectara solamente a la persona del ofendido, solo a él le correspondían las facultades de persecución penal.

En Roma, se pueden distinguir tres periodos:

En la época de la Monarquía se delegaba en la persona del *duumviri* la facultad de persecución penal y la de administrar justicia, quien efectuaba a su arbitrio la labor de *cognitio*, esto es, la labor de investigación.

En la República, surgen grandes cambios en el sistema de organización judicial a través de las Leyes *Valeriae*, que concedió la facultad de juzgar a los comicios, pero se mantiene la persona del magistrado o inquisidor público como el órgano encargado de la persecución penal.

A finales de la República el procedimiento cambia de estructura completamente, pues las facultades del magistrado de perseguir y juzgar se traspasan a los ciudadanos, en lo que respecta a la persecución y a un jurado, presidido por un magistrado o pretor, en lo que respecta al juzgamiento.

En la época del imperio, no hubieron grandes modificaciones en el procedimiento penal, salvo la función de perseguir penalmente, puesto que al residir la soberanía en el poder del emperador y no en el pueblo, dicha función le

<sup>18</sup> Cfr. Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema procesal penal, Volumen 1; Universidad Diego Portales; Santiago de Chile; Chile; 2002, pp. 176-180.

correspondería a los funcionarios estatales, lo que trajo consecuencias negativas debido a las grandes facultades concedidas al funcionario, el que cometía abusos por acusaciones infundadas que solamente tenían un fin vindicativo.

Esta evolución determinó el surgimiento de ciertos rasgos característicos de lo que hoy conocemos como sistema inquisitivo, ya que el procedimiento se inicia de oficio por el magistrado, se empiezan a escriturar los procedimientos, los actos procesales son secretos y existen facultades procesales de recurrir las resoluciones judiciales.

### **Sin embargo, fue solo durante la Edad Media que surgió la Inquisición.**

Con el reconocimiento del cristianismo como religión estatal en el siglo IV por los emperadores romanos, los herejes empezaron a ser considerados enemigos del Estado, sobre todo cuando habían provocado violencia y alteraciones del orden público.

La Inquisición se constituyó en el año 1231, mediante los estatutos *Excommunicamus* del papa Gregorio IX. En ellos el Papa redujo la responsabilidad de los obispos en materia de ortodoxia, sometió a los inquisidores bajo la jurisdicción del pontificado, y estableció severos castigos físicos.

En teoría actuaba un órgano del Estado que se denominaba “el inquisidor”, el que podía entablar pleito contra cualquier persona sospechosa.

A quienes se presentaban por propia voluntad y confesaban su herejía, se les imponía penas menores que a los que había que perseguir y condenar.

Las funciones del órgano inquisidor, entonces, se pueden resumir en las siguientes:

a.-) Practicar la encuesta, esto es, investigar acerca de la comisión de conductas consideradas como herejéticas.

b.-) Ejercer las funciones de juzgamiento.

c.-) Ejercer la defensa del imputado.

En Europa, a partir del siglo XV se empieza a gestar una transformación en el procedimiento penal, la cual perdurará hasta el siglo XVIII.

Esto se produce por la consolidación de una jurisdicción real en virtud de la cual existe un miembro de carácter profesional y permanente, el cual es el encargado de la persecución penal y juzgamiento de todos los delitos cometidos dentro de su territorio (*forum delicti commissi*).

El poder de administrar justicia le corresponde al Rey, pero se delega esta facultad en los funcionarios de carácter permanente, organizando dicha delegación en forma jerárquica.

La persecución penal de oficio se establece como una de las vías para sustentar la autoridad real y la paz social, dada la facultad que tiene el funcionario competente para perseguir e investigar aquellos delitos que incluso tienen como base el rumor público.

El derecho inquisitivo español tiene como fuente Las Siete Partidas, puesto que es allí en donde se recoge el sistema procedente del derecho romano canónico, en el que la persecución penal se inicia de oficio por medio de funcionarios que tienen esa misión.



Posteriormente, se produce una reacción ideológica que propugna la protección del individuo, que se manifiesta a través de un estatuto jurídico que comprenda un conjunto de garantías, una de las cuales es el derecho a defensa del imputado.

Este modelo presenta las siguientes características:

- a.-) Garantiza los derechos del imputado.
- b.-) Se mantiene el monopolio de la persecución penal pública en manos del Estado.
- c.-) Separa las funciones de investigación y juzgamiento.
- d.-) Crea un órgano acusador que debe sustentar los cargos que hay en contra del imputado.
- e.-) Se consagra el derecho a la debida defensa que debe tener el imputado para contestar los cargos sustentados por el órgano acusador<sup>19</sup>.

## 1.6- Principio de la discrecionalidad u oportunidad.

Se tienen dos concepciones acerca del principio de oportunidad en cuanto a su contenido:

a.-) **Sentido Amplio:** comprende las facultades de no iniciar la investigación de un delito, y la función de negociación de cargos determinando la procedencia de las salidas alternativas, que son formas de resolución de los conflictos con prescindencia de la aplicación de la pena, como por ejemplo la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos preparatorios.

b.-) **Sentido restringido:** comprende las facultades de no iniciar la investigación, suspender la investigación ya iniciada y terminar anticipadamente la persecución penal<sup>20</sup>.

El profesor Julio Maier defiende el concepto amplio, cuando señala que el principio de oportunidad: “es la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cfr.; Maier, Julio; Derecho Procesal Argentino; cit.; pp. 29-36 y 545.

<sup>20</sup> Cfr.; Horwitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián; Derecho procesal chileno, principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapa de investigación. Tomo I; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2002; pp. 450.

<sup>21</sup> MAIER, JULIO; Derecho Procesal Argentino; ob. cit.; pp. 556. <sup>22</sup> Cfr.; Cafferata Nores, José I.; El principio de oportunidad,...; cit.; pp.12.

Por su parte, el profesor José Cafferata Nores, adopta la posición contraria cuando afirma que el principio de oportunidad: “es la posibilidad que tienen los órganos encargados de la persecución penal, fundadas en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la investigación, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones necesarias para perseguir y castigar”<sup>22</sup>.

El principio de oportunidad, nace como consecuencia de la crisis de la aplicación irrestricta del principio de legalidad, puesto que al verse imposibilitado el sistema para tomar conocimiento de todos los ilícitos cometidos, se crean formas de selección natural produciéndose una discriminación arbitraria, puesto que no hay ley que la regule.

Los fundamentos que explican dicha situación, radican en que el aparato estatal no tiene los recursos humanos y materiales suficientes para procesar todos los casos penales que se producen en su seno<sup>23</sup>.

La manera en como se efectúa la selección natural de los casos, se extrapola a un conflicto de intereses entre el poder y las desigualdades sociales, situación empírica que va en contra del principio de igualdad sustentado por el ordenamiento jurídico<sup>24</sup>.

Por otro lado el principio de oportunidad se puede relacionar con la aplicación de las teorías utilitaristas de la pena estatal, por ejemplo la de la prevención general, en virtud de la cual, la pena tiene como misión recordar a los individuos de la sociedad cuales son los bienes jurídicos protegidos por el Estado, y que dichos bienes son relevantes para la convivencia social.

También se puede relacionar con algunos principios político-criminales de carácter utilitarista. Por ejemplo:

a.-) La descriminalización de determinadas conductas que si bien son subsumibles dentro del tipo penal, son comúnmente aceptadas por la sociedad.

b.-) La diversión, esto es, sacar del ámbito de la competencia penal ciertas materias que por Ley se encuentran sometidas a su conocimiento, para que sean reguladas por otras ramas del derecho, como por ejemplo el derecho comercial en materia de seguros, o el derecho civil en materia de acuerdos extrajudiciales.

En este sentido, uno de los postulados del principio de oportunidad es la selección de casos basada en principios concretos de utilidad pública, sujetos a la racionalidad impuesta por la Ley, los cuales deben tener las siguientes finalidades:

a.-) Evitar la desigualdad ante la Ley, y que la selección de casos no solamente

---

<sup>22</sup>

<sup>23</sup> Cfr.; Maier, Julio; Derecho Procesal Argentino; cit.; pp.555.

<sup>24</sup> Cfr.; Maier, Julio; Ibídem.

afecte a los sectores mas desvalidos de la sociedad.

b.-) Permitir al sistema de persecución penal que administre su propio trabajo para que haga más eficiente el sistema, priorizando aquellos casos de mayor relevancia social.

c.-) Ahorrar recursos estatales, ya que la disminución en la carga de trabajo de los fiscales permite un ahorro en tiempo y en dinero.

La discrecionalidad tiene por objeto atenuar la aplicación irrestricta del principio de legalidad, de tal manera que su utilización sea solamente en aquellos casos en que la Ley permita descartar la investigación del delito.

A juicio del profesor Julio Maier, estos criterios de oportunidad que atenuarían el ejercicio de la persecución penal, están inspirados en los siguientes postulados:

a.-) La descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder penal cuando otras formas de reacción pueden alcanzar mejores resultados o resulte innecesaria su aplicación;

b.-) La eficiencia del sistema penal en aquellas en las que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados preferentemente por el sistema.

En este punto queremos profundizar sobre el tema de la descriminalización. La mayoría de las conductas que manifiestan los hombres no están tipificados como ilícitos penales.

Esto se puede deber a dos razones:

a.-) Que el legislador al momento de tipificar las conductas delictivas no haya tenido en cuenta esos comportamientos.

b.-) Que dichos comportamientos fueron discutidos, optándose por dejarlos fuera del ámbito penal.

A juicio de Maier, siempre que nos encontremos frente a esta casuística, la mejor solución es no iniciar una investigación a través de mecanismos regulados por el legislador, puesto que se trata de comportamientos que no son perjudiciales para la sociedad. Además, de esta forma se evita poner en movimiento todo el aparato de justicia penal, iniciando una investigación y gastando recursos y tiempo de los funcionarios de la administración de justicia.

Este autor también propone la privatización del derecho penal, dando mayores posibilidades a la persona de la víctima de resarcir los perjuicios que le fueron causados llegando a acuerdos patrimoniales en virtud del cual se pueda poner fin al procedimiento, cuando los delitos sean de escasa significancia social<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr.; Maier, Julio; Derecho Procesal Argentino; cit.; pp.558.



## CAPITULO II. Modelos de discrecionalidad u oportunidad en el derecho comparado.

En el primer capítulo se hizo un largo análisis acerca del principio de legalidad, y de cuales eran las críticas que se le hacían a dicho principio desde un punto de vista teórico y práctico, y se explicó finalmente el principio de oportunidad analizando su concepto y explicando sus fundamentos teóricos y prácticos.

De la exposición efectuada en el capítulo anterior, se puede inferir que la aplicación irrestricta del principio de legalidad conlleva a la necesidad de dar aplicación a instituciones jurídicas que influyan en la selectividad de las denuncias que llegan a manos del órgano persecutor.

De hecho, en los sistemas contemporáneos de persecución penal, ni siquiera se discute la necesidad de introducir dichas instituciones regidas por el principio de oportunidad, que influyan de manera racional e igualitaria en la selección de casos.

Pero lo que no es un punto pacífico en el derecho comparado es:

- a.-) La amplitud de la discrecionalidad otorgada al órgano encargado de la persecución penal;
- b.-) De qué manera se van a legislar dichas instituciones jurídicas, y;

c.-) De qué manera se va a ejercer la fiscalización de las facultades de selección <sup>26</sup> .

En este sentido, en el derecho comparado existen dos modelos diferenciados de oportunidad, cuales son el modelo de discrecionalidad absoluta, que es propio de la legislación norteamericana, y el modelo de discrecionalidad relativa, propio de los países europeos.

La opción de un sistema u otro depende de la idiosincrasia del país en donde va a tener aplicación, ya que son opciones político-criminales totalmente diferentes. En el modelo de discrecionalidad absoluta, existen mínimas limitaciones al órgano de persecución penal, para los efectos de tomar su decisión de selectividad, puesto que el órgano tiene el pleno control de la persecución penal.

En cambio, el modelo de discrecionalidad relativa es preferido por aquellos sistemas de justicia criminal en donde sigue predominando el principio de legalidad, pero insertan instituciones de oportunidad por la necesidad práctica que tienen los sistemas de regular los mecanismos de selección.

En el presente capítulo, se analizarán los modelos de selectividad existentes en el derecho comparado y cuál es el modelo que adoptó el sistema chileno, señalando los principios básicos que influyeron en la regulación de instituciones de selectividad.

### **2.1- Modelo norteamericano.**

**En el originario derecho aplicado en Inglaterra existía un sistema de persecución privada con fines reparatorios según el cual el autor del hecho estaba obligado a reparar a la víctima.**

**La víctima ejercía la persecución penal a través de un procedimiento formalizado, desarrollado frente a jurados, aunque también podía pelear físicamente con el acusado.**

**El organismo oficial encargado de la persecución penal en representación de la Corona apareció en 1879. Denominado el acusador particular tenía todo el dominio sobre la persecución iniciada. En ese entonces se concedía acción popular para denunciar los delitos que se cometieran contra cualquier persona.**

**Mientras en el siglo XIII comienza a aparecer la inquisición en los demás países europeos, en el derecho anglosajón, surge la institución del jurado, el que tenía como misión:**

- a.-) Investigar los delitos que tenían que ser juzgados por el tribunal;**
- b.-) Reunir las pruebas;**
- c.-) Tasar las pruebas, y;**
- d.-) Expresar el resultado de esta evaluación en su veredicto.**

---

<sup>26</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp. 180.

Este rol, *cuasi* -inquisitivo que tenía el jurado, desapareció a finales de la Edad Media, donde pasó a actuar de una manera mas pasiva, mientras que la persecución penal quedó en manos de los particulares.

En aquellos casos de mayor importancia para la corona inglesa, el sistema de persecución penal pasaba a tener carácter público a través del fiscal general. Igualmente en aquellos casos en que se abusaba de la persecución penal privada, este funcionario debía fiscalizar el ejercicio de dichas facultades.

Una manera de ejercer este control sobre la facultad otorgada a los particulares de persecución penal, era terminar u obstaculizar la persecución en aquellos casos en que era considerada poco plausible o injustificada. Esta limitación explicaría el origen histórico de la discreción del fiscal estadounidense.

A partir de la revolución comercial en el siglo XVIII, la población se empezó a asentar en zonas urbanas, lo que trajo como consecuencia el aumento de la tasa de criminalidad, por lo que el sistema de persecución privada fue criticado por ineficiente, elitista y vengativo, motivo por el cual se empezó a buscar una solución de carácter público de persecución penal.

La persecución penal pública apareció en Estados Unidos antes que en Inglaterra, debido a la influencia holandesa, escocesa y francesa. Si bien es una institución completamente ajena a la tradición jurídica inglesa, heredó de ella la discrecionalidad del acusador privado.

Los fiscales, en Estados Unidos, son designados por el presidente y dependen de un fiscal general (*U.S. Attorney General*) . O sea, tienen una organización jerárquica dependiente del poder ejecutivo, aunque gozan de suficiente independencia.

Están organizados con un alto grado de descentralización, lo que permite la supervisión del fiscal general, logrando la armonía suficiente como para establecer una política de persecución local y un plan de política general a nivel de todo el país, para mantener la consistencia de la política de persecución penal.

En el modelo norteamericano, el ministerio público y también la policía que colabora en la actividad de persecución penal, tienen facultades discrecionales totales para los efectos de seleccionar los casos que llegan a su conocimiento con el objeto de iniciar una investigación.

El grado de discrecionalidad que se conceden a los fiscales, permite que se desarrolle una política de persecución penal dependiendo de las necesidades que existan en los diferentes estados.

Estas facultades discrecionales que poseen los fiscales en Estados Unidos, son esenciales dentro del sistema de justicia criminal norteamericano, puesto que se basa en el principio de la división de poderes que establece la Constitución norteamericana.

No se concibe que las decisiones adoptadas por los fiscales sean fiscalizadas por otros poderes del Estado.

En el derecho norteamericano es totalmente desconocido el principio de legalidad y, seguramente: “verían amenazados los cimientos de su sistema de administración de justicia penal, si adoptaran, aun parcialmente, reglas de legalidad”<sup>27</sup>.

En este sentido, no existen leyes en el modelo norteamericano que establezcan pautas o criterios de discrecionalidad que se le imponga al fiscal. Solamente para evitar desigualdades en los diferentes estados, los fiscales tienen que seguir ciertas pautas del Manual del Fiscal Federal

( *United Status Attorney Manual* ), pero que carecen de obligatoriedad, por lo que ni la víctima ni el imputado pueden solicitar que se de cumplimiento a dicho manual.

Desde un punto de vista práctico, los fiscales en Estados Unidos tienen pleno control del proceso penal. Son ellos quienes determinan cuál es el futuro procesal de cada procedimiento a través de instituciones jurídicas que le permiten:

a.-) Transformar el procedimiento a seguir. Los mecanismos que permiten dicha variación son:

a.1.-) *Plea Bargainig*.

a.2.-) *Guilty Plea*.

b.-) Concretar sus oportunidades específicas de perseguir penalmente con eficiencia optimizando los escasos medios humanos y económicos.<sup>28</sup>

### 2.1.1- Discrecionalidad absoluta.

---

Este modelo tiene, como característica principal, la facultad total entregada a los órganos encargados de la persecución penal para determinar si se inicia o no una investigación para la determinación del hecho punible.

El ejemplo de este modelo está constituido por los Estados Unidos de Norteamérica, en el cual los fiscales tienen amplias facultades de selección, constituyendo una de las funciones congénitas de la labor de los fiscales, que lo diferencian de otros sistemas de justicia criminal de idiosincrasia anglosajona que tienen tradiciones jurídicas similares, como es el caso de Inglaterra<sup>29</sup>.

El modelo norteamericano parte de una premisa: “el Fiscal sólo lleva a juicio aquellos casos que pueda ganar logrando una condena”<sup>30</sup>, por lo que se le da la facultad de iniciar o no una investigación, o de una vez iniciada, desistirse de la misma, pudiendo

<sup>27</sup> Cfr.; Maier, Julio; Derecho Procesal Argentino; cit.; pp.557.

<sup>28</sup> Cfr.; Bovino, Alberto; La persecución penal pública,...; cit.; pp. 36-52.

<sup>29</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.182.

<sup>30</sup> Cafferata Nores, José I.; El principio de oportunidad,...; ob. cit.; pp.13.



incluso llegar a acuerdos con el imputado.

La discreción otorgada a los fiscales de Estados Unidos, para el ejercicio de la acción penal pública, es lo que hace característico al sistema de justicia criminal de dicho país, en virtud del cual, son ellos los que en definitiva deciden si se inicia o no la acción penal, sin control alguno por parte de la autoridad, siendo en el sistema norteamericano, la regla general la aplicación irrestricta del principio de oportunidad.

Esta discrecionalidad tiene su fundamento en que la función de perseguir los delitos cometidos en el territorio norteamericano le corresponde únicamente al poder ejecutivo, ya que éste debe velar por el cumplimiento de las leyes<sup>31</sup>.

### **2.1.2- Amplitud del modelo norteamericano.**

---

Las expresiones de la discrecionalidad de la que gozan los fiscales en el sistema norteamericano son de un muy amplio carácter, ya que se pueden ejercer en las diferentes etapas de la persecución penal. Estas facultades son las siguientes:

1.-) El fiscal es quien decide si se inicia o no una investigación para perseguir la comisión del ilícito.

2.-) El fiscal tiene que decidir la entrega de inmunidad a un imputado a cambio de alguna contraprestación.

3.-) El fiscal tiene facultades para tratar con los imputados:

a.-) La solicitud de imputación de los cargos.

b.-) La determinación en cuanto a la imputación de los cargos.

4.-) Los fiscales también pueden tratar con los imputados, la pena que van a solicitar a los jueces<sup>32</sup>.

En el derecho norteamericano, estas facultades discrecionales, no tienen ninguna limitación.

Sin embargo, en algunos estados de Norteamérica se le conceden a los particulares acciones que tienen por objeto recurrir ante los tribunales de justicia a obligar a la autoridad competente para iniciar una investigación o realizar algún trámite.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema norteamericana ha rechazado las peticiones de víctimas afectadas por la decisión adoptada por los fiscales, de no perseguir el delito, argumentando que la pertinencia de una acusación es de exclusiva responsabilidad de los fiscales, así, la regla general de la persecución penal en los casos comunes es la discrecionalidad

absoluta de los fiscales<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Cfr.; Bovino, Alberto; La persecución penal pública,...; cit.; pp.58

<sup>32</sup> Cfr.; Guariglia, Fabricio Facultades discrecionales,...;cit.; pp.90.

<sup>33</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.182

Sin embargo, las facultades discrecionales del fiscal están sometidas a las siguientes restricciones:

La revisión de las solicitudes presentadas por el fiscal, para decidir si impiden el inicio o la continuación de la persecución. Esta labor se realiza a través de un jurado o mediante una audiencia preliminar.

La audiencia preliminar consiste en determinar la plausibilidad del caso investigado, a través de un juicio oral, en donde el fiscal tiene que probar los antecedentes en contra del imputado, y este último tiene derecho a defenderse.

Expuestos los argumentos por las partes, el órgano jurisdiccional determinará si el juicio investigado tiene la plausibilidad suficiente, aunque la exigencia no es muy estricta, por lo que el fiscal normalmente podrá iniciar o seguir con la investigación.

Por otra parte existe el Gran Jurado que tiene por objeto evaluar los casos que no contienen antecedentes suficientes para continuar con la persecución penal.

El Gran Jurado está compuesto por un grupo de ciudadanos que tienen que decidir si el caso tiene la plausibilidad necesaria o no.

El procedimiento empleado, ha sido objeto de grandes críticas, pues no se encuentra basado en el principio de la bilateralidad de la audiencia y, además, es secreto. El Fiscal presenta sus pruebas ante el jurado, y para que sea aceptada su plausibilidad requiere de la aprobación de la mayoría de sus miembros, dejando sin posibilidad de defensa al imputado.

El control judicial, para determinar la causa probable o plausibilidad de persecución, no significa una intromisión del Poder Judicial norteamericano en las funciones propias del poder ejecutivo, si no que el objeto de esta exigencia es que la discrecionalidad del fiscal sea ejercida mediante decisiones fundadas en motivos legítimos<sup>34</sup>.

### b.-) La persecución pe-nal selectiva (*Selective Prosecution*)

Esta institución encuentra su fundamento en la Enmienda Cator-ce de la Constitución de los Estados Unidos, que consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de derechos.

Su objeto es detener las investigaciones del Ministerio Público en aquellos casos en que el imputado pueda probar que esa indagación se sustenta en una decisión discrimina-toria del fiscal, ya sea en atención a razones de género, de sexo, de edad o cualquier otra que se pueda considerar discriminatoria.

### c.-) La persecución penal vindicativa (*Vin-dicative Prosecution*).

Su fundamento está en la Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana, que establece la cláusula del debido proceso legal.

El objeto de esta institución es detener las investigaciones del Ministerio Público en aquellos casos en que el imputado pueda probar que esa indagación se sustenta en una venganza, o sea, para castigar a quien ha ejercido en forma legítima sus derechos constitucionales o legales<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr.; Bovino, Alberto; La persecución penal pública,...; cit.; pp.61- 63.

En estas dos últimas limitaciones, solamente se permite el control jurisdiccional de la función persecutoria, esto es, cuando el fiscal decide no iniciar una investigación, esta es una decisión, especialmente respetada, por lo tanto no existen recursos legales a través del cual la víctima no pueda impugnar la decisión de no perseguir el delito<sup>36</sup>.

Estas limitaciones no son de gran relevancia con respecto a las facultades discrecionales de los fiscales norteamericanos para iniciar la persecución penal, puesto que son de aplicación excepcional.

La discreción del fiscal en Estados Unidos en definitiva, es un elemento determinante y estructural del sistema de justicia criminal.

### **2.1.3- Plea Bargaining.**

Siguiendo con la discrecionalidad absoluta, el principal mecanismo mediante el cual los fiscales en Estados Unidos materializan sus atribuciones es a través de lo que se denomina *Plea Bargaining*.

Es indispensable para explicar esta institución su traducción al castellano. Así el diccionario internacional "*Simon and Schuster's*" señala que la palabra *plea* puede tener varios significados, tales como alegato, alegación, defensa, acción, litigio, proceso; y *bargain*, a su vez, puede significar convenio, pacto, trato.<sup>37</sup>

Doctrinariamente se define como: "la facultad de los fiscales para realizar negociaciones o concesiones con el objetivo de obtener admisión de responsabilidad por parte del imputado"<sup>38</sup>.

El *Plea Bargaining* se fundamenta en el rol que cumple la confesión en el sistema jurídico norteamericano, denominado *Guilty Plea* y que consiste en que el imputado acepta su responsabilidad en el delito que se le atribuye, lo cual es suficiente, en dicho país, para condenar a una persona.

Como consecuencia de esto, el juicio no se realiza y se pasa directamente a una audiencia para determinar la condena.

En nuestra legislación, la confesión sólo permite acreditar la participación, pero jamás el delito y por tanto no se puede condenar a una persona sustentándose sólo en este medio de prueba, en lo que difiere sustancialmente del sistema norteamericano.

En la práctica, el *Plea Bargaining* puede adquirir dos formas en su ejercicio.

1.- Primeramente, el fiscal puede incentivar al imputado para que se declare culpable a cambio de realizar una recomendación al juez para la imposición de una pena mínima.

<sup>35</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.185.

<sup>36</sup> Cfr.; Bovino, Alberto; La persecución penal pública,...; cit.; pp.62.

<sup>37</sup> Diccionario Internacional *Simon and Schuster's*; Editorial *Simon and Schuster's*; Tercera edición; *New York*; Estados Unidos; 1980.

<sup>38</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.186.

Sin embargo, la determinación de la pena es una facultad exclusiva del juez, y por tanto, la recomendación del fiscal no lo obliga.

2.- El fiscal ofrece al imputado acusarlo por un hecho distinto o más leve de aquel que cometió o imputarle una menor cantidad de hechos de los supuestamente cometidos, siempre que admita su culpabilidad. Esta modalidad se sustenta en que es facultad del fiscal determinar el contenido de la imputación.

El *Plea Bargaining* ha sido objeto de innumerables críticas principalmente por el impacto social que produce su utilización.

Así, entre el 90 y 95% del total de las condenas son producto de la admisión de culpabilidad por parte del imputado, la que es consecuencia, a su vez, de la negociación realizada entre éste y el fiscal<sup>39</sup>.

Producto de lo anterior es que Estados Unidos tiene una de las tasas más alta de presos de occidente, y por lo cual muchos estados destinan mas presupuesto a mantener los recintos penitenciarios que a la educación<sup>40</sup>.

La renuncia de los imputados a ejercer su derecho constitucional a ser sometido a un juicio público, se debe a que los jueces y los fiscales presionan para obtener un *guilty plea* por parte de éstos, los cuales a su vez no tienen muchas alternativas ya que, por regla general, no cuentan con los medios económicos para financiar un abogado defensor ni lo que implica la preparación del caso cuando es sometido a la decisión de un jurado.

Por otra parte, si el imputado decide ir a juicio, y por tanto, no aceptar la oferta del fiscal, al ser condenado recibe una pena sustancialmente mayor en relación a los que la aceptan, es decir, su pena se agrava por el solo hecho de haber sido condenado a través de un proceso legítimo y que además se encuentra consagrado en la Constitución de dicho país.

De esta manera el procedimiento estadounidense, mediante el *Plea Bargaining* y, en definitiva, por las ilimitadas facultades de los fiscales, se ha convertido en un sistema sumamente ejecutivo en la obtención de condenas a un mínimo costo<sup>41</sup>.

En definitiva, el sistema norteamericano es un sistema inquisitivo en que el fiscal concentra la facultad acusatoria y, a través del *Plea Bargaining*, la de decidir el castigo. No obstante, este es un sistema moderno, rápido, de bajo costo y que permite descongestionar un sistema colapsado.

---

<sup>39</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.187.

<sup>40</sup> Cfr.; Langbein, John; La desaparición del juicio por Jurados; Nueva Doctrina Penal; Buenos Aires; Argentina; 1996; pp.47.

<sup>41</sup> Cfr.; Bovino, Alberto; La persecución penal pública,...; cit.; pp.68. <sup>42</sup> Maier, Julio; La Ordenanza Penal Alemana Vol. II; Buenos Aires; Argentina; 1982; pp.125.

## 2.2- Modelo Alemán.

En el modelo alemán, la regla general es el principio de legalidad, pero admite ciertos casos en los que se aplica el principio de oportunidad. Este sistema se encuentra fundado dogmáticamente en la ordenanza procesal alemana (OPP. 152, párrafo 2º).

En aquellos casos en que los órganos encargados incumplen su deber de persecución penal, como consecuencia del principio de legalidad dicho incumplimiento se encuentra tipificado como delito <sup>42</sup>.

En contradicción al modelo norteamericano las facultades discrecionales del fiscal se restringen a las siguientes:

- a.-) No iniciar la persecución penal.
- b.-) Abandonar el ejercicio de la acción penal.
- c.-) Desistirse de la acción penal pública una vez que se ha ejercido.

Estas facultades discrecionales, en virtud de las cuales se da cabida al principio de oportunidad esta sujeto a las siguientes limitaciones:

- a.-) Los casos en que se puede aplicar el principio de oportunidad, están taxativamente enumerados por la Ley.
- b.-) La víctima del delito puede oponerse a la decisión del fiscal.
- c.-) Exige la homologación judicial de la decisión del fiscal <sup>43</sup>.

### 2.2.1- Discrecionalidad relativa.

---

**Este modelo de discrecionalidad, tiene aplicación en los países centrales de Europa continental tales como España, Italia y Alemania, los cuales tienen raíces jurídicas similares. Además tiene aplicación en la mayoría de los países de Latinoamérica.**

**En estos países en los cuales su tradición cultural, ha afirmado el principio de legalidad, en los que su Derecho proviene de la Inquisición, la que arraigó a través del tiempo sus principios esenciales y posteriormente tuvo mayor desarrollo la filosofía especulativa del pensamiento de Kant o de Hegel, contraria a la línea del utilitarismo y sentido común inglés.**

Por regla general, tiene aplicación el principio de legalidad, como fundamento básico de la política de persecución penal, atenuado por la aplicación del principio de oportunidad a través de ciertas instituciones jurídicas que tienen por objeto suspender o

<sup>42</sup> <sup>43</sup> Cfr.; Guariglia, Fabricio; Facultades discrecionales,....;cit.; pp.92.

<sup>43</sup>

poner término a la investigación.

La superioridad pragmática de este modelo de discrecionalidad relativa por sobre el modelo norteamericano, radica en que la selectividad del sistema se efectúa en circunstancias de mayor equidad y transparencia, puesto que tiene una mayor fiscalización.

Con todo, un gran problema que debe ser discutido en el contexto de estos modelos es el de los alcances o la extensión que deberían tener las facultades discrecionales que se le entregan al Ministerio público a efectos que estas puedan ser desarrolladas y puedan cumplir los fines para los cuales han sido establecidas.

Los sistemas que no se orientan fuertemente a la selección de casos como excepción al principio de legalidad, la regulación normativa no permite canalizar adecuadamente la natural selectividad del sistema, ni menos orientarla para que efectivamente se ejerza en forma más igualitaria, transparente y controlada<sup>44</sup>.

Existen múltiples criterios para determinar la discrecionalidad del Ministerio Público en los sistemas de origen europeo continental, por este motivo es imposible escoger un modelo determinado como ejemplo, con el objeto de efectuar un análisis, tal como lo hicimos anteriormente con el modelo de discrecionalidad absoluta.

## 2.3- Criterios de selectividad relativa en el derecho comparado.

En este capítulo efectuaremos un análisis de los distintos criterios de selectividad relativa que existen en el derecho comparado.

Son estos criterios los que diferencia a cada uno de los modelos de discrecionalidad relativa.

En este punto seguiremos la distinción que efectúa Julio Maier al determinar los tres criterios principales que inspiran los mecanismos de oportunidad.

### 2.3.1. Descriminalización

---

Este es un criterio mediante el cual se pretende la no aplicación de la pena respecto de conductas constitutivas de delito, en aquellos casos en que existan otras formas de solución más beneficiosas que su aplicación.

En virtud de este criterio, los fiscales pueden abandonar la persecución penal, o no llevarla adelante en aquellos casos en que si bien *prima facie* constituyen conductas tipificadas como delito no cumplen su función protectora de bienes jurídicos esenciales debido al contexto histórico-cultural en que se dan.

<sup>44</sup> Cfr.; Maier, Julio; Derecho Procesal Argentino; cit.; pp.557.

Otra de las manifestaciones de este criterio, es otorgar a los fiscales la facultad de no iniciar la investigación de aquellos asuntos de ínfima importancia, aún cuando puedan ser subsumidos en un tipo penal.

Una tercera manifestación de este criterio se da en que existe un reproche mínimo a la persona del imputado, lo que trae como consecuencia que no exista una persecución penal en su contra, ya sea porque este imputado tuvo una contribución menor en el desarrollo del delito, o porque participó en una etapa muy preliminar del mismo.

En último lugar, está la retribución natural, la cual está constituida por aquellos casos en que el imputado ha sufrido un daño mayor como consecuencia del delito, lo que hace que la persecución penal no cumpla su objeto.

### **2.3.2.- Eficiencia**

---

En virtud de este criterio de oportunidad, los fiscales tienen la facultad de no iniciar determinadas investigaciones penales para descongestionar el sistema y priorizar aquellas áreas que sean de una mayor relevancia social.

En segundo lugar, se contemplan aquellos casos en que si bien se ha comenzado a ejecutar un delito, inmediatamente se desarrollan actos tendientes a evitar su consumación o a resarcir los daños causados.

En tercer término, se consideran distintas situaciones relacionadas a extradiciones activas o pasivas. Por ejemplo, casos en los que se persigue criminalmente al imputado por un delito relativamente menor, a la vez que existe otro país que está pidiendo su extradición por delitos que son mucho más graves.

En calificadas situaciones se permite al órgano encargado de la persecución penal poner término a la investigación cuando no existe suficiente prueba para llevar adelante la misma<sup>45</sup>.

### **2.3.3.- Priorización de Intereses**

---

En virtud de este criterio, se autoriza a finalizar la persecución penal en aquellos casos en que se puede aplicar una solución más idónea para el conflicto, en consideración al interés de la víctima o de la sociedad, surgiendo instituciones como la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Cfr.; Maier, Julio; Derecho Procesal Argentino; cit.; pp. 837-840. <sup>46</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.194.

46





## CAPITULO III. Mecanismos de discrecionalidad en el nuevo proceso penal chileno.

En los capítulos anteriores de esta memoria se analizó cuáles son los sistemas de persecución penal que existen y los principios que los rigen.

Por otro lado, los diferentes estudios acerca de los sistemas de persecución penal, han concluido que resulta casi ilusorio la persecución total de todos los delitos cometidos en un territorio determinado, y que: “no todo delito cometido es registrado; no todo delito registrado es denunciado; no todo delito denunciado es perseguido; no todo delito perseguido es averiguado; no todo delito averiguado llega a juicio y no todo juicio llega a sentencia”<sup>47</sup>.

En el sistema procesal penal chileno ha solido regir el principio de legalidad en sentido estricto; por lo tanto, los tribunales han estado obligados a perseguir todos los delitos denunciados, impidiéndoles efectuar un trabajo eficiente respecto de los delitos socialmente relevantes.

En el nuevo proceso penal se optó por mantener el principio de legalidad, pero

---

<sup>47</sup> Couse Salas, Jaime; Oportunidad versus Legalidad: entre Economía político-criminal, despenalización y principios garantistas. En Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal; Cuadernos de Análisis Jurídico N°39; Universidad Diego Portales; Santiago de Chile; Chile; 1998; pp. 183-195.

atenuado con la aplicación del principio de oportunidad, a través de una serie de nuevas instituciones creadas en el derecho procesal chileno, que tienen por objeto efectuar una selección de los casos que se van a investigar.

En Chile, la opción político-criminal por la cual se inclinó el legislador al momento de aprobar el Código Procesal Penal, fue la de establecer el principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad; esto es, un criterio de oportunidad reglada.

La nueva legislación prefirió utilizar un sistema de selectividad fundamentada en criterios visibles, razonables y explícitos hacia la comunidad ya que se da la posibilidad a la víctima afectada, en contraposición al sistema norteamericano, de recurrir la decisión tomada por el fiscal <sup>48</sup>.

Por lo tanto el nuevo sistema procesal penal mantiene el principio de inexcusabilidad, el cual emana del principio de legalidad, tal como lo establece el Código Procesal Penal en el inciso segundo del Artículo 166, pero morigerado por aquellas excepciones establecidas en la Ley.

A juicio de la profesora María Inés Horvitz Lennon, los mecanismos de discrecionalidad en que se fundó el nuevo Código Procesal Penal, son los siguientes:

1.-) Limitadas facultades discrecionales del Ministerio Público, a través del principio de oportunidad, y;

2.-) Mecanismos de negociación por parte de los intervinientes, que tiene como consecuencia la terminación del respectivo procedimiento penal, satisfaciendo los intereses privados de los mismos <sup>49</sup>.

Las atenuaciones al principio de legalidad en el nuevo sistema procesal penal pueden clasificarse en dos categorías:

1.-) Mecanismos de selección o descongestión de casos, dentro de los cuales se encuentra:

a.-) El archivo provisional, contemplado del artículo 167, y;

b.-) El principio de oportunidad del artículo 170.

2.-) Las salidas alternativas, dentro de las cuales se contemplan:

a.-) La suspen-sión condicional del procedimiento y;

b.-) Los acuerdos reparatorios, establecido en los artículos 237 a 246 del Código Procesal Penal <sup>50</sup>.

Todos estos mecanismos discrecionales tendrán eficacia si no sólo se entienden como medios para la solución de conflictos, sino que también como una herramienta para

---

<sup>48</sup> Cfr.; Horvitz Lennon, María Inés; Ministerio Público y Selectividad; Revista Penas y Estado N°2; Buenos Aires; Argentina; 1997; pp.115.

<sup>49</sup> Cfr.; Horvitz Lennon, María Inés; Ministerio Público y Selectividad; cit.; pp.115.

<sup>50</sup> Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; ob.cit.; pp.195.

hacer frente a los problemas que suscita la aplicación de la Ley penal vigente, como por ejemplo, la necesidad de descriminalizar ciertas conductas tipificadas por la ley, y que por su poca

importancia social pueden ser: “objeto de otras formas de reacción mas útiles que la intervención punitiva”<sup>51</sup>.

Este trabajo tiene por objeto analizar los primeros mecanismos, o sea, aquellos destinados a la selección de casos, ya sea porque no se cuentan con los elementos necesarios para iniciar una investigación, o porque el delito denunciado no se subsume, *prima facie*, en el tipo penal, o, en el último término porque socialmente no resulta conveniente hacerlo.

Las salidas alternativas colaboran con los mecanismos de selección para ahorrar más recursos al sistema de persecución penal, pero difieren con éstos en que implican una solución al conflicto y, por ende, es necesario la voluntad de la víctima.

Es necesario señalar que cuando operan los sistemas de selección y, por consiguiente, se manifiesta la voluntad del fiscal de no tomar ciertas denuncias, esto no implica que el sistema de justicia criminal no pueda encontrar otro tipo de soluciones, dentro de los cuales se le permita tener participación a la víctima para satisfacer de mejor manera sus pretensiones.

## **3.1- Facultad de no iniciar la investigación.**

### **3.1.1- Concepto y regulación.**

---

La primera de las facultades de selección de casos que disponen los fiscales es la que el Código Procesal Penal denomina: “facultad de no iniciar la investigación”, la cual se encuentra regulada en el Artículo 168.

Esta disposición establece que “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”.

El texto propuesto por el Ejecutivo en relación a esta institución no difiere substancialmente del actual artículo 168 del Código Procesal Penal, la Cámara de Diputados aprobó dicho texto sin formular ningún reparo substancial. El Senado aceptó esta institución, pero con preocupación en relación a dos situaciones; la primera respecto de determinados delitos como por ejemplo las estafas o fraudes, en los cuales es difícil establecer si el hecho es o no constitutivo de delito; y la segunda respecto a la extinción

---

<sup>51</sup> Cfr.; Horvitz Lennon, María Inés; Ministerio Público y Selectividad; cit.; pp.117.

de la responsabilidad penal por prescripción ya que generalmente requiere de investigación previa por parte de los tribunales. Al ser estas dos situaciones cuestiones de derecho, el Senado estableció que dicha decisión requería de aprobación previa por parte del Juez de Garantía<sup>52</sup>.

La Ley le confiere esta facultad al fiscal, mientras no se haya producido la formalización de la investigación, en aquellos casos en que 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.

Pero existen situaciones reguladas por la Ley, en que resulta necesario realizar ciertas diligencias mínimas para determinar si se trata o no de un hecho delictivo, o para determinar si se encuentra o no extinguida la responsabilidad penal, como ocurre cuando se encuentra un cadáver, en cuyo caso el Artículo 201<sup>53</sup> exige que se efectúen ciertas diligencias<sup>54</sup>.

La facultad para no iniciar la investigación, desde un punto de vista práctico se puede aplicar, en su hipótesis en que el hecho denunciado no sea constitutivo de delito, en aquellos casos en que se denuncia actos culposos o fortuitos, siendo que solamente son constitutivos de delito los daños cometidos con dolo.

Otros casos que deberían discriminarse son aquellos en que se presentan denuncias que dicen relación con incumplimientos de contratos civiles que se pretenden cumplir en sede criminal<sup>55</sup>.

Respecto a la segunda hipótesis regulada por el Artículo 168, esto es, cuando la responsabilidad penal se encuentra extinguida, se puede dar como ejemplo la denuncia de un hecho delictivo cometido por una persona que actualmente se encuentra muerta, o cualquier caso en que la acción penal haya prescrito.

La idea es que esta facultad para discriminar casos sea utilizada en un momento muy inicial de la investigación, de forma que esta figura cumpla con su objetivo de evitar pérdida de tiempo y recursos humanos<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Cfr.;Pfeffer Urquiaga, Emilio; Código Procesal Penal anotado y concordado; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2001; pp.189-190.

<sup>53</sup> Código Procesal Penal, Artículo 201, el cual establece textualmente: "Hallazgo de un cadáver. Cuando hubiere motivo para sospechar que la muerte de una persona fuere el resultado de un hecho punible, el fiscal procederá, antes de la inhumación del cadáver o inmediatamente después de su exhumación, a practicar el reconocimiento e identificación del difunto y a ordenar la autopsia. El cadáver podrá entregarse a los parientes del difunto o a quienes invocaren título o motivo suficiente, previa autorización del fiscal, tan pronto la autopsia se hubiere practicado."

<sup>54</sup> Cfr.; Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián; Derecho procesal chileno; cit.; pp.485.

<sup>55</sup> Ministerio Publico; Instructivo N° 75 que fija texto sustitutivo del Instructivo N° 42 sobre archivo provisional y facultad para no iniciar investigación; <<http://www.ministeriopublico.cl/explorar/instructivos/instructivo75.htm>>.

En estos casos, las circunstancias entregadas por la denunciante deben ser claramente no constitutivas de delito o que aparezca *prima facie* que el delito se encuentra prescrito. El fiscal no puede estar en una posición de

duda frente a los hechos relatados por la denunciante, porque en ese caso deberá iniciar de todas maneras la investigación.

En los casos en que el Fiscal advierta que de los antecedentes entregados en la denuncia se desprenda que se halla en alguna de las dos hipótesis previstas en el Artículo 168, deberá ejercer la facultad discrecional de no iniciar la investigación, mediante una resolución que deberá ser fundada. Además esta medida deberá contar con la aprobación del juez de garantía.

El fundamento de esta disposición consiste en sacar del sistema de justicia criminal, en el menor tiempo posible desde que se inicia la investigación, aquellos hechos denunciados en que el Estado no tiene motivos para aplicar el *ius puniendi*, lo que implica una selectividad oportuna y racional que se traduce en un importante ahorro de recursos

57 .

A juicio de los profesores Duce y Riego, la resolución judicial que ratifica el uso de la facultad discrecional del fiscal de no iniciar la investigación, constituiría: “un equivalente jurisdiccional al sobreseimiento definitivo del caso”<sup>58</sup>, lo que a mi juicio es errado, puesto que si el hecho no es constitutivo de delito no hay un ejercicio de jurisdicción por parte del tribunal que ratifica esta decisión.

En relación con esta institución, se ha presentado un problema interpretativo respecto al Artículo 168, ya que éste señala que: “el fiscal podrá abstenerse de toda investigación”, generando una incompatibilidad con la posibilidad que el fiscal haya efectuado diligencias preliminares para constatar los hechos establecidos en la denuncia, para luego tomar la decisión de no iniciar la investigación.

El Fiscal Nacional, a través del Instructivo N°42, sobre Archivo Provisional y la Facultad de no iniciar la Investigación, señala textualmente: “De este modo, debe constar en la respectiva denuncia, en forma fehaciente e indubitable, que los hechos no son constitutivos de delito o que se encuentra extinguida la responsabilidad criminal.

Por el contrario, si para determinar lo anterior es estrictamente indispensable practicar diligencias, una vez realizadas estas, necesariamente se tendrá que cerrar la investigación y solicitar el sobreseimiento definitivo, por no ser el hecho investigado constitutivo de delito o por haberse extinguido la responsabilidad penal del imputado, de acuerdo con algunos de los motivos establecidos en la ley”<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.197.

<sup>57</sup> Cfr.; Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián; Derecho procesal chileno; cit.; pp.486.

<sup>58</sup> Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...;ob. cit.; pp.198.

<sup>59</sup> Ministerio Público; Instructivo N°42 sobre Archivo Provisional y la Facultad de no iniciar la Investigación, en Reforma Procesal Penal; Instrucciones Generales; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2001; pp. 261 - 268.

Esta interpretación del Ministerio Público es contrario a los fundamentos de esta institución, ya que justamente se pretende evitar que el Ministerio Público, la policía y los tribunales tengan que realizar actuaciones que, en definitiva, resultan absolutamente inconducentes.

Esta interpretación del Fiscal Nacional se encuentra efectuada desde la óptica del sistema de justicia criminal anterior, de carácter formal y “extremadamente burocrático”<sup>60</sup>, manifestando una idea del proceso marcadamente inquisitiva.

Es por ello que el criterio del Ministerio Público cambió a través del Instructivo N°75, texto sustitutivo del Instructivo N° 42 sobre Archivo provisional y Facultad para no iniciar investigación, el cual establece textualmente:

“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”<sup>61</sup>.

Esta nueva interpretación efectuada por el Ministerio Público, en el Instructivo N°75, se reconcilia con el espíritu de la Ley, en cuanto le permite al fiscal efectuar las averiguaciones necesarias para constatar los hechos relatados en la denuncia, sin que necesariamente deba cerrar la investigación y solicitar el sobreseimiento definitivo, lo cual son trámites completamente innecesarios, que suponen un mayor desgaste jurisdiccional.

### 3.1.2- ¿Constituye una manifestación de la discrecionalidad?

---

Efectuando un examen a las causales establecidas en el Artículo 168 del Código Procesal Penal, esta facultad “no constituye una excepción al principio de legalidad”<sup>62</sup>, ya que se trata de hechos que no pueden subsumirse dentro de ningún tipo penal, por lo que no nos encontraríamos frente a hechos delictivos.

Esta institución regulada por el legislador, desde un punto de vista doctrinario, no es una herramienta destinada a atenuar la aplicación irrestricta del principio de legalidad, pero desde el punto de vista de sus efectos, son los mismos, ya que ayuda al sistema de justicia criminal a la descongestión del sistema, permitiendo la priorización de aquellos casos socialmente más relevantes.

**Este mecanismo no implica manifestación de discrecionalidad, puesto que son**

<sup>60</sup> Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; ob. cit.; pp.199.

<sup>61</sup> Ministerio Público; Instructivo N° 75 que fija texto sustitutivo del Instructivo N° 42 sobre archivo provisional y facultad para no iniciar investigación; <<http://www.ministeriopublico.cl/explorer/instructivos/instructivo75.htm>>.

<sup>62</sup> Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; ob. cit.; pp.196.

hechos en los que verdaderamente no hay un verdadero caso penal, ya que el principio de legalidad obliga a perseguir aquellos hechos denunciados y que revistan caracteres de delito<sup>63</sup>.

Vale recordar que este mecanismo ya existía en el antiguo Código de Procedimiento Penal, en el Artículo 102 en su inciso primero<sup>64</sup> específicamente, pero carecía de importancia bajo el imperio del principio de legalidad, ya que debido a la obligación de los jueces del crimen de perseguir todos los delitos cometidos dentro de su territorio jurisdiccional, la facultad de no iniciar la investigación era de escasa aplicación.

Como consecuencia de lo anterior, se producía una congestión de los tribunales, además de dilapidarse recursos humanos y económicos en investigar los hechos relatados en las denuncias que llegaban a los tribunales, para determinar si se subsumían dentro de las hipótesis establecidas por la Ley penal, a lo que seguían trámites que demoraban varios meses hasta decretar el sobreseimiento respectivo.

Dentro de la estructura del nuevo sistema procesal penal, esta facultad discrecional que se le concede a los fiscales le permite confeccionar un mecanismo de clasificación de aquellas denuncias con el objeto de decidir al comienzo de la investigación no iniciar la persecución penal. El adecuado uso de esta herramienta por parte de los fiscales, les permitirá ahorrar tiempo, y dar mayor dedicación a los casos socialmente relevantes.

## 3.2- Archivo provisional.

### 3.2.1- Concepto y regulación.

---

Esta institución corresponde al derecho que la Ley le otorga al Ministerio Público para que pueda; como su nombre lo dice, archivar provisionalmente aquellos casos en que los antecedentes y evidencias en que se sustentan no permitan prever una investigación exitosa en relación al establecimiento del delito ni la persona del delincuente.

El archivo provisional constituye una decisión que “solo congela el caso, pero no lo mata”<sup>65</sup>, ya que la idea es depositar dichos casos hasta que aparezcan nuevos antecedentes determinantes que permitan reiniciar la investigación y seguir conociendo el caso.

<sup>63</sup> Cfr.; A.A. V.V.; Nuevo Proceso Penal; La etapa de investigación,...; cit.; pp. 117. <sup>64</sup> Código de Procedimiento Penal; Artículo 102 en su inciso primero, el cual establece textualmente: “Si no constituyeren un delito los hechos expuestos en la querrela, el juez no le dará curso y dictará al efecto un auto motivado”.

<sup>64</sup>

<sup>65</sup> Cfr.; AA.VV.; Nuevo Proceso Penal; La etapa de investigación,...; cit.; pp.115.

Esta facultad se encuentra regulada en el Artículo 167, el cual establece: “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.

La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público”.

El texto propuesto por el Ejecutivo en relación a esta institución resulta incompleto respecto del actual artículo 168 del Código Procesal Penal, puesto que no exige como requisito el establecido en el inciso segundo del mencionado artículo, esto es, la aprobación del Fiscal Regional de la decisión de archivar provisionalmente en aquellos casos en que el delito mereciere pena aflictiva. La Cámara de Diputados aprobó el texto enviado por el Ejecutivo sin formular ningún reparo substancial. El Senado aceptó esta institución sin perjuicio de que cuando aparecieren nuevos antecedentes el caso sea reabierto, además el Senado estableció que uno de los objetivos de la reforma procesal penal es concentrar los esfuerzos en los casos viables, con lo cual esta institución se ajusta totalmente a dicho objetivo. La preocupación del Senado se radicó en la ausencia de fiscalización respecto de esta facultad del fiscal, lo cual se prestaría para encubrir algún descuido del fiscal en aquellos casos en que no se conociera a las víctimas, ya que en el caso contrario ellas mismas podrían ejercer sus derechos, por esa razón agregó el inciso segundo mencionado anteriormente<sup>66</sup>.

Se infiere del artículo 169 que solamente se puede ejercer esta facultad en dos hipótesis:

1.-) En aquellos casos en que no hay ningún elemento fáctico sobre cuya base pudiese realizar una investigación, lo cual hace imposible iniciar cualquier tipo de diligencia investigatoria; y

2.-) En aquellos casos en que si bien se puede efectuar diligencias de carácter investigatorio, se prevé por parte de los fiscales que no se van a poder alcanzar logros satisfactorios, a partir de los cuales se pueda efectuar la persecución penal.

Esta facultad está sometida a ciertas limitaciones establecidas por la Ley con respecto a los fiscales, ya que ésta exige que se ejerza esta facultad hasta antes de que se formalice la investigación, y es a partir de este momento que el fiscal, en el caso de no tener los elementos necesarios como para iniciar la persecución penal, deberá solicitar que se decrete por el órgano jurisdiccional el sobreseimiento del caso.

En relación a este punto el Ministerio Público, a través de su instructivo N°75, interpreta la expresión utilizada por el legislador, el que establece que la facultad de

---

<sup>66</sup> Cfr.;Pfeffer Urquiaga, Emilio; Código Procesal Penal anotado y concordado; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2001; pp. 188.



archivar provisionalmente la investigación debe ejercerse en tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento. El instructivo establece lo siguiente: "Lo anterior significa que respecto a los hechos denunciados que revistieren características de delito, no debe haberse formalizado la investigación de conformidad a las disposiciones contenidas en el Párrafo 5° del Título I "Etapa de Investigación".

De la misma manera, en la investigación que se pretenda archivar en forma provisoria, no debe haberse solicitado autorización judicial para realizar alguna actuación que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de sus derechos constitucionales, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 9° y 236 del C.P.P.

Asimismo, se entiende que se ha producido la intervención del juez de garantía si es que el sujeto que se considera afectado por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, hubiere solicitado al juez de garantía que le ordene al fiscal informar de los hechos que fueren objeto de ella.

De igual forma, se produce la intervención del juez de garantía para estos efectos, si es que ha tenido lugar la denominada audiencia de control de la detención, en caso de delitos flagrantes. (Artículo 132 del C.P.P.)

También estimamos que se ha producido la intervención del juez de garantía, cuando éste ha declarado admisible una querrela y la ha sometido a tramitación.

En este orden de ideas creemos que, por el contrario, no se produce la intervención del juez de garantía en el caso previsto en el Artículo 173 del C.P.P., esto es, cuando la denuncia, como forma de iniciar el procedimiento, se haya presentado ante cualquier tribunal con competencia en lo criminal, ya que su intervención en ella es sólo accidental y no ha intervenido en el procedimiento.<sup>67</sup>

Esta facultad discrecional que tiene el fiscal es una de las instituciones jurídicas mas importantes del sistema de justicia criminal chileno en el cual se manifiesta el principio de oportunidad, y uno de sus objetivos primordiales es tratar de consumir lo menos posible los escasos recursos del sistema, por lo que es conveniente que se ejerza al inicio de la persecución penal.

Según Duce y Riego se genera una problemática en virtud del instructivo N°42 del Ministerio Público, el cual establece que "Por lo anterior, es necesario resaltar que el ejercicio del archivo provisional siempre requiere en forma previa de la realización de diligencias mínimas y fundamentales de la investigación, como por ejemplo, citación del ofendido o denunciante a la fiscalía para que aporte mayores antecedentes a la denuncia, de los cuales pueden surgir otros indicios para continuar con pesquisas útiles, realización de pericias por organismos técnicos policiales, empadronamiento e interrogación de testigos, según la naturaleza y gravedad de los casos".

Según los autores mencionados, lo que establece el instructivo hace perder los objetivos de esta institución jurídica, ya que obliga a los fiscales a efectuar diligencias investigatorias cuando en la práctica, de los elementos entregados en las respectivas

---

<sup>67</sup> Ministerio Público; Instructivo N° 75 que fija texto sustitutivo del Instructivo N° 42 sobre archivo provisional y facultad para no iniciar investigación: <<http://www.ministeriopublico.cl/explorer/instructivos/instructivo75.htm>>

denuncias aparece a *prima facie* que es posible tomar la decisión de archivar provisionalmente el caso<sup>68</sup>.

En este sentido, el Ministerio Público modificó el texto del instructivo N°42, a través del instructivo N°75, el cual atenuó la interpretación del Artículo 167, siendo menos riguroso en cuanto a la obligación de practicar determinadas diligencias investigatorias antes del archivo provisional.

Establece este instructivo los siguientes criterios de actuación:

“1. 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 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.

2. 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.

3. En los casos de delitos flagrantes, los fiscales continuarán con la investigación conforme a las reglas generales.

4. Cuando el ejercicio de esta facultad se encuentra sujeto a la aprobación del Fiscal Regional, esta autoridad deberá seguir los criterios de actuación anteriores”<sup>69</sup>.

Tanto la facultad de no iniciar la investigación como la de archivar provisionalmente la causa pueden perfectamente haber sido adoptadas por motivaciones oscuras y fraudulentas, o simplemente haber sido adoptadas por causa de un error de hecho por parte de los fiscales. El Código establece un procedimiento y mecanismos de control que tienen por objeto que no se violen las leyes y erradicar la corrupción en la aplicación de estos mecanismos, por parte de los fiscales.

Como consecuencia de lo anterior, las decisiones de archivo provisional y la facultad de no iniciar la investigación deberán ser fundadas, esto es, explicar cuáles son las razones que motivaron dicha decisión.

Las personas que se sientan vulneradas en sus derechos, como consecuencia de la decisión adoptada por el fiscal de archivar provisionalmente la causa o en el caso de que no inicie la investigación, pueden obligar al Ministerio Público para que inicie la investigación o para que la continúe, otorgándole la Ley dos vías para lograr dicho

---

<sup>68</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.204.

<sup>69</sup> Ministerio Público; Instructivo N° 75 que fija texto sustitutivo del Instructivo N° 42 sobre archivo provisional y facultad para no iniciar investigación; <<http://www.ministeriopublico.cl/explorar/instructivos/instructivo75.htm>>

objetivo: “un control interno y el control judicial”<sup>70</sup> .

Respecto al control interno, las personas afectadas pueden recurrir al propio Ministerio Público, para manifestar su disconformidad con la respectiva decisión, ante el superior jerárquico de dicho fiscal y en el caso que éste también esté disconforme con la opción del fiscal, puede modificarla.

Este reclamo se encuentra regulado en el Artículo 33 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, el cual establece textualmente: “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”.

En cuanto al control judicial, éste se encuentra regulado en el Artículo 169 del Código Procesal Penal, el cual establece: “En los casos contemplados en los dos artículos anteriores, la víctima podrá provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva.

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

En el caso de que la querrela cumpla con los requisitos del Artículo 113 del Código Procesal Penal, examen de admisibilidad efectuado por el Juez de Garantía, ello obliga al fiscal a seguir conociendo del asunto, y en el caso de que la investigación no sea exitosa, el fiscal solicitará que se dicte el sobreseimiento respectivo.

Para evitar los abusos que se puedan cometer la Ley exige que la facultad de no iniciar la investigación sea aprobada judicialmente y en el caso del archivo provisional, cuando se este en presencia de un caso que el delito merezca pena afflictiva, se requiere aprobación del Fiscal Regional.

Los controles establecidos por la Ley tienen las siguientes finalidades:

- 1.-) Evitar el ejercicio ilegítimo y excesivo de estas facultades.
- 2.-) Permitir a los fiscales administrar su trabajo mediante decisiones dotadas de racionalidad y que estén conforme a la Ley,
- 3.-) Darles la oportunidad a las víctimas de recurrir frente a la decisión del fiscal mediante la interposición de una querrela, que por una parte les obliga a hacerse parte en la causa, pero por otra les garantiza la investigación de los hechos<sup>71</sup> .

**Estos controles, tanto el interno como el judicial, son una manifestación de que el principio de oportunidad adoptado en Chile corresponde a la aplicación del modelo de discrecionalidad relativa, puesto que permite a la persona de la víctima recurrir frente a la decisión del fiscal, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, en que la decisión del fiscal es prácticamente irrecurrible.**

**En los casos en que se utilice el archivo provisional, pueden ser ingresados a**

---

<sup>70</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián; Derecho procesal chileno; Ob. cit.; pp.486.

<sup>71</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.206.

bases de datos, para que posteriormente se puedan estudiar todas aquellas situaciones que tengan un patrón común para su eventual esclarecimiento<sup>72</sup>.

### 3.2.2- Manifestación de la discrecionalidad de esta facultad.

---

A diferencia de la facultad de no iniciar la investigación, el archivo provisional sí que constituye una manifestación del principio de oportunidad en nuestro sistema de justicia criminal, ya que se faculta a los fiscales a archivar provisionalmente las denuncias en aquellos casos en que los antecedentes incorporados en ellas, no permitan iniciar una investigación que sea capaz de establecer el delito cometido y determinar la persona del delincuente.

El objetivo del legislador al establecer esta institución es darle la posibilidad a los fiscales de efectuar una labor de selección de todos los hechos que se denuncian al sistema de justicia criminal, para que puedan así elegir aquellos casos en que se aporten antecedentes suficientes y necesarios que les permita iniciar una investigación satisfactoria, y las denuncias que no cumplan con estos requisitos, archivarlas en forma provisional hasta que aparezcan nuevos antecedentes que permitan perseguir criminalmente los hechos denunciados.

Este mecanismo de selectividad tiene por objeto ahorrar recursos al sistema, puesto que no existe: “expectativa razonable”<sup>73</sup> de éxito para la persecución penal de los hechos denunciados que revisten caracteres de delito.

Es decir, se les da la posibilidad a los fiscales de que puedan distribuir sus recursos y los de los órganos que contribuyen a la investigación de los delitos cometidos, como la policía, introduciéndose así criterios de racionalidad en esta actividad. Esta decisión debe ser adoptada poco tiempo después de recibida la denuncia, de otra forma, la finalidad de esta institución, de racionalizar los escasos recursos del sistema de justicia criminal, no tendría sentido<sup>74</sup>.

Estas decisiones tomadas dentro del sistema de justicia criminal deben ser justificadas, atendiendo a los criterios de la razón, para que sean concebidas como útiles por el resto de la ciudadanía, y no como una forma de evacuar el exceso de trabajo en forma arbitraria e irracional, perjudicando a las víctimas y generando una obstrucción a la justicia.

Es por esto que la decisión del fiscal de archivar provisionalmente la causa, debe ejercerse en forma clara y pública, de modo de evitar cualquier tipo de ilegalidad, para lo cual es necesario que el Fiscal Nacional dicte instrucciones que la enmarquen, determinando los delitos y las hipótesis en que ella es aplicable<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Cfr.; Chahuan Sarras, Sabas; Manual del Nuevo Procedimiento Penal; Editorial Lexis Nexis; Santiago de Chile; Chile; 2002; pp. 76.

<sup>73</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián; Derecho Procesal Chileno; ob. cit.; pp.486.

<sup>74</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp. 203.

### 3.2.3- Consecuencias prácticas de su aplicación.

---

Con respecto a las consecuencias prácticas de la aplicación de esta institución, el Ministerio Público, mediante su Instructivo N°75, señala lo siguiente: “Lo que se busca con el archivo provisional es descongestionar el sistema criminal, ya que existe una numerosa cantidad de delitos denunciados que no tienen posibilidad de ser aclarados por lo que es necesario archivarlos, sin perjuicio de procesar los datos y antecedentes que contengan las respectivas denuncias, para acumularlos a otras de similares características y eventualmente de esta manera lograr el esclarecimiento futuro de alguno o algunos de aquellos”.

La Ley no establece un rango de gravedad en base al cual se pueda ejercer esta facultad, pero cuando se trate de determinados delitos de mucha gravedad, esta facultad no debería ser ejercida “siempre debiera intentarse una investigación para tomar una decisión respecto de su futuro”<sup>76</sup>.

En los casos en que se presenten delitos de mucha gravedad y que comprometan seriamente el interés público, lo más lógico es que el Ministerio Público focalice todos sus recursos, humanos y materiales, en solucionar este tipo de conflictos, puesto que suponen la violación de nuestras normas más básicas de conducta, que tratan de proteger aquellos bienes jurídicos considerados como esenciales por la sociedad para una convivencia pacífica.

Es por esto que se debiera aplicar esta facultad discrecional respecto de aquellos delitos que no lesionen aquellos bienes jurídicos más importantes, que se ejerza respecto a delitos menos graves.

Un claro ejemplo de la aplicación de esta facultad es el típico caso del robo por sorpresa que se comete en la calle, en que a la víctima se le despoja de su patrimonio una cadena de oro, y el delincuente huye del lugar con la misma sin poder la víctima darse cuenta de los aspectos físicos de la persona del delincuente.

En este caso la víctima denuncia el hecho ilícito ante el órgano competente, pero no es capaz de dar los suficientes datos necesarios como para iniciar eficazmente una investigación criminal.

Estos son delitos que se cometen, pero que por la circunstancia de comisión de los mismos se le hace muy difícil al sistema de justicia criminal perseguirlos penalmente, a menos que posteriormente aparezcan nuevas circunstancias y medios probatorios en que el sistema se pueda apoyar para continuar con la labor persecutoria.

En la práctica se reciben miles de denuncias ineficaces para los efectos de la persecución penal, ya que el contenido de las mismas no da mayores antecedentes para la investigación. Además, se trata de casos en que la víctima muchas veces no recuerda a la persona del delincuente, o no recuerda el lugar de los hechos, y también en aquellos

---

<sup>75</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp. 203.

<sup>76</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.201.

casos en que no hay testigos presenciales y tampoco hay una situación de delito flagrante.

Para estos casos recién mencionados, no resulta conveniente iniciar una investigación, ya que ella hace perder recursos al sistema, tanto humanos, como materiales, puesto que va a ser difícil que se obtengan resultados positivos.

Otro elemento importante en la aplicación práctica de esta facultad, es el de la importancia de los bienes jurídicos violados en la comisión de estos delitos, ya que en su mayoría son delitos contra la propiedad, tales como hurtos, robos por sorpresa y robo con fuerza en bienes nacionales de uso público, que, mirados desde un punto de vista práctico, son muy frecuentes, y son los más complejos para los efectos de su prueba.

Es por lo anterior que es preferible que el sistema de justicia criminal archive dichas causas, esperando mejores antecedentes, y que se invierta la mayoría de los recursos en proteger aquellos bienes jurídicos de mayor relevancia social.

Es lo que ocurre en la actualidad con el sistema procesal vigente, en el que prima el principio de legalidad sin atenuaciones, y los tribunales se encuentran obligados a investigar toda denuncia que llegue a sus manos, incluso aquellas que tienen pocas perspectivas, generándose en la práctica un colapso en el trabajo del tribunal y de la policía, lo cual impide dedicarse con mayor acuciosidad a aquellos casos realmente importantes desde un punto de vista social.

### **3.3- Principio de oportunidad en sentido estricto.**

#### **3.3.1- Concepto y regulación.**

---

La última facultad discrecional que tienen los fiscales al inicio de la investigación, regulada por el legislador en el Código Procesal Penal, está constituida por el principio de oportunidad en sentido estricto, que consiste en la facultad que la ley le otorga al Ministerio Público para no iniciar o terminar determinados casos, en los que aún cuando hay antecedentes paraincluso acusar, a juicio del fiscal los hechos son de una gravedad muy reducida y no comprometen gravemente el interés público. Esta es una nueva e importante herramienta para racionalizar la persecución penal de los delitos<sup>77</sup>.

Esta facultad se encuentra regulada en el Artículo 170 del Código Procesal Penal, el cual establece textualmente: “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.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará

---

<sup>77</sup> Cfr.; Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián; Derecho Procesal Chileno; cit.; pp.487.

al juez de garantía”.

**Esta norma proviene de los artículos 230 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, 22 y 23 del Anteproyecto de Código Procesal Penal de El Salvador<sup>78</sup>.**

**El texto propuesto por el Ejecutivo en relación a esta institución no difiere substancialmente del actual artículo 170 del Código Procesal Penal, la Cámara de Diputados aprobó dicho texto sin formular ningún reparo substancial.**

**La Cámara de Diputados presentó un estudio con el objeto de establecer este principio para ver cómo operan en la práctica la desestimación de casos, concluyendo que con las facultades discrecionales del fiscal más del 80% de las causas terminarían por algu-no de estos mecanismos.**

**El Senado estableció que para evitar la injusticia o la desidia de un fiscal debido a su negligencia en una investigación, se someta su decisión a revisión judicial y administrativa, que permite asegurar un co-rrecto ejercicio de esta institución<sup>79</sup>.**

**El Código adoptó el criterio de insignificancia o importancia mínima del hecho como aplicación del principio de oportunidad, limitado por un máximo de sanción penal asignado al respectivo delito, lo cual se consideró conveniente para restringir la discrecionalidad del fiscal por una parte, y por otra, cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, en que se encuentra comprometido el interés público, aunque esto no es siempre así, como por ejemplo en los fraudes menores cometidos por funcionarios públicos<sup>80</sup>.**

El Código, al disponer en el Artículo 170 “cuando se tratase de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público”, lo hizo en términos confusos, por lo que el mismo código trató de delimitar dicha facultad estableciendo que en ciertos delitos que excedieren de determinada pena, (la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo) o que fueren cometidos por funcionario públicos en el ejercicio de sus funciones (sin importar la pena asignada al delito), no se puede ejercer dicha facultad.

Hay una serie de ejemplos que grafican cuales serían los casos de aplicación práctica del principio de oportunidad regulado por la Ley. Estos son:

1.-) Respecto de delitos en que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo:

a.-) El delito de hurto del Artículo 446 N° 3 del Código Penal, que establece una pena de presidio menor en su grado mínimo Pero un fiscal no podría ejercer esta facultad

<sup>78</sup> Cfr.; Aguilar Aranela, Cristian; Código Procesal Penal comentado y concordado; Editorial Metropolitana; Tomo I; Santiago de Chile; Chile; 2001;pp. 370.

<sup>79</sup> Cfr.;Pfeffer Urquiaga, Emilio; Código Procesal Penal,...; cit.; pp.191-193. <sup>80</sup> Cfr.; Horvitz Lennon, Maria Inés; Ministerio Público y Selectividad; cit.; pp .116.

respecto del hurto del Artículo 446 N° 2 del Código Penal.

b.-) Respecto de las faltas.

c.-) Las infracciones a la ley de alcoholes, como la ebriedad simple del Artículo 113 del Código Penal.

d.-) Los daños contenidos en el Artículo 486 del Código Penal.

e.-) Los hurtos de especies de poco valor sancionados en el Artículo 446 N° 3 del Código Penal.

f.-) Los delitos de estafa regulados en el Artículo 473 del Código Penal.

g.-) Las lesiones menos graves del Artículo 399 del Código Penal.

h.-) El delito de ultraje público a las buenas costumbres del Artículo 373 del Código Penal.

2.-) Respecto de los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, sin importar la pena asignada al delito:

a.-) El delito de nombramientos ilegales, regulado por el Artículo 220 del Código Penal.

b.-) El delito de prevaricación, regulado en los artículos 223 a 230 del Código Penal.

c.-) El delito de malversación de caudales públicos, regulado en los artículos 233 a 237 del Código Penal.

d.-) El delito de usurpación de atribuciones, regulado en los artículos 221 y 222 del Código Penal.

e.-) El delito de cohecho, regulado en los artículos 248 a 250 del Código Penal.

Se desprende de los ejemplos propuestos precedentemente que el legislador limitó ampliamente la facultad de aplicar el principio de oportunidad, ya que solamente se aplica a ciertos delitos con mínima pena y que no sean cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, lo cual es una pequeña manifestación de discrecionalidad impuesta por el legislador.

Esta facultad del principio de oportunidad es la institución más fuerte dentro de los mecanismos de discrecionalidad regulados por el legislador, puesto que en los otros mecanismos el fiscal decide no efectuar la persecución penal porque no se trata de un delito o por que la investigación del delito no va a ser exitosa.

En la facultad discrecional del principio de oportunidad ocurre exactamente lo contrario, ya que sí que existe un delito y elementos aportados por el denunciante para iniciar una investigación exitosa, pero que por causa del interés público, se decide no iniciar la investigación penal.

Por lo tanto, es por esta razón anteriormente señalada que el código establece una regulación más compleja y se establecen sistemas de control más rigurosos, lo que hace que se limite más aún su aplicación.

En conformidad al inciso séptimo del Artículo 170, la aplicación del principio de oportunidad tiene el efecto jurídico de producir la extinción de la acción penal, efecto que



no genera la facultad de archivar provisionalmente la investigación, ya que este último solamente suspende la persecución penal.

Pero la Ley señala en el último inciso del Artículo 170 que no obstante el principio de oportunidad produzca el efecto de extinguir la acción penal, no extingue la responsabilidad civil generada como consecuencia del hecho ilícito, ya que el ejercicio por parte del fiscal no descriminaliza la conducta, sino que solamente la posibilidad de perseguirla, existiendo como consecuencia de ello la responsabilidad civil generada por el hecho ilícito<sup>81</sup>.

En conformidad con el Artículo 170, la facultad discrecional del principio de oportunidad supone que el fiscal decreta una resolución fundada, en la cual explique cuáles fueron los razonamientos que tuvo al momento de emitir su decisión, la cual será notificada al Juez de Garantía competente, quien la notificará, a su vez, a los intervinientes del caso, si los hubiere.

El Artículo 170 dice a continuación que, notificada esta decisión, el Juez de Garantía, de oficio o a petición de parte, tiene un plazo de diez días, en el que puede dejarla sin efecto cuando considere que el fiscal del Ministerio Público se ha excedido en el ejercicio de sus atribuciones, “no pudiendo controlar el mérito de la decisión del fiscal, sino sólo la legalidad de la misma”<sup>82</sup>.

Las víctimas que se sientan afectadas por esta decisión pueden recurrir frente a ella, ya sea a través del Ministerio Público, por la vía administrativa, ya sea judicialmente en el mismo plazo de 10 días señalado por el legislador (por cualquier medio) y obliga al juez de garantía a dejar sin efecto la resolución del Ministerio Público y, consiguientemente, a continuar la investigación.

El fundamento de esta posibilidad de la víctima de impugnar la decisión del fiscal a través de estos dos mecanismos es el de no generar una sensación de impunidad y desprotección ante el sistema, como consecuencia de una decisión emitida por el fiscal que perjudica a la víctima, obligando al fiscal a seguir con la investigación<sup>83</sup>.

También la víctima puede recurrir mediante la vía administrativa ante el superior jerárquico del fiscal que adoptó la decisión, en el plazo de 10 días, que comienza desde el día que venció el plazo para recurrir ante el Juez de Garantía.

En este caso, el superior jerárquico del fiscal ha de revisar si la decisión adoptada por el fiscal inferior, se encuentra ajustada a derecho, correspondiendo a los casos establecidos por el legislador, y además si se encuentra ajustada a los instructivos emitidos por el Fiscal Nacional respecto a esta materia, y en caso de que no se encuentre ajustada a estos parámetros, el superior jerárquico revocará dicha resolución adoptada por el fiscal y le obligará a seguir conociendo de la investigación penal.

---

<sup>81</sup> Cfr.; Chahuan Sarras, Sabas; Manual del Nuevo Procedimiento,....; cit.; pp.80.

<sup>82</sup> Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,....; ob. cit.; pp.208.

<sup>83</sup> Cfr.; Horvitz Lennon, María Inés; Ministerio Público y Selectividad; cit.; pp.116.

### 3.3.2- Facultades del Ministerio Público.

---

Las facultades de que dispone el Ministerio Público tienen por objeto prescindir de ciertas conductas que si bien se enmarcan dentro de una figura penal, por las especiales circunstancias en que se han desarrollado dichos sucesos ya no son socialmente relevantes, y no va a resultar beneficioso iniciar un procedimiento en contra del infractor de la norma penal y eventualmente aplicar la pena. En estos casos, el sistema permite que operen otros mecanismos de solución de conflictos, o que opere una cierta tolerancia social respecto de hechos sin mayor significación<sup>84</sup>.

Se infiere de lo expuesto anteriormente, que el fundamento de estas facultades del Ministerio Público es el de excluir este tipo de conductas, constitutivas de delito, por razones de conciencia social, ya que no es conveniente continuar con determinados procedimientos.

Por ejemplo, en los casos de delitos de menor entidad, como determinados hurtos de bienes muebles de escaso valor, o de la comisión de cuasidelitos que tengan un resultado de mínima gravedad, pero que el mismo hecho ha generado gravísimas consecuencias físicas para el autor.

En estos casos iniciar una persecución penal tendría peores consecuencias en contra de la persona del autor, o sea, desde un punto de vista político criminal resulta poco conveniente iniciar dichas diligencias, ya que causarían un daño aún mayor. Por ejemplo, las lesiones producidas al hechor son suficiente castigo y agregar a su sufrimiento una persecución penal puede ser inconveniente desde el punto de vista social, ya que conviene al interés común que la persona se recupere y: “vuelva a sus funciones productivas y no que sea marginalizado al extremo”<sup>85</sup>.

Las facultades del Fiscal en el principio de oportunidad, se ven claramente limitadas, por el Fiscal Nacional, a través de su Instructivo N°35, que de manera introductoria establece lo siguiente: “las limitaciones que debemos enfrentar, relacionadas con la ausencia de un Código Penal que recoja una elaboración dogmática penal sistemática y moderna, representativa en sus ilicitudes y sanciones de las valoraciones sociales reales y propias de la presente época, así como de estadísticas completas y regionalizadas confiables, hacían aconsejable adoptar una actitud prudente y un tanto conservadora, al menos por ahora, teniendo en cuenta que los criterios de actuación son esencialmente modificables, dependiendo de la variación y evaluación que se vaya produciendo y efectuando del comportamiento delictual en la zona del país a que vayan dirigidos”<sup>86</sup>.

Esta forma introductoria del Instructivo N°35 nos parece sumamente criticable, puesto que implica la decisión del Fiscal Nacional de orientar a sus subalternos a que

<sup>84</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.207.

<sup>85</sup> Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; ob. cit.; pp.207.

<sup>86</sup> Ministerio Publico; Instructivo N°35, que imparte criterios de actuación e instrucciones en materia de principio de oportunidad; <<http://www.ministeriopublico.cl/explorer/instructivos/instructivo35.htm>>

actúen “con prudencia”, puesto que no se encuentran en condiciones, por falta de un Código Penal moderno, y además teniendo en cuenta que los criterios son modificables dependiendo de la zona.

Esas no son razones para que no se actúe conforme a lo que establece el legislador, en cuanto a no iniciar o suspender una investigación de causas que no comprometan gravemente el interés público, y que están claramente delimitadas por la Ley en cuanto a que no pueden exceder de determinada pena y a que no pueden ser cometidos por funcionarios públicos, ya que la Ley pretende un cambio substancial estableciendo el principio de oportunidad, como atenuación del principio de legalidad, sin embargo el Ministerio Público establece la siguiente limitación:

Respecto de la interpretación que efectúa el Fiscal Nacional acerca de la frase establecida por el legislador “cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público”, explicando qué deben entender los fiscales por interés público, y cómo deben ponderarlo, en el sentido de que deben atenerse a criterios racionales y no mediáticos, y posteriormente establece lo siguiente: “Los antecedentes anteriores, le sugieren a este Fiscal Nacional, al menos por esta vez, la conveniencia de establecer o fijar delitos precisos -dependiendo de la relevancia del bien jurídico protegido y de las circunstancias de su comisión- que podrán ser objeto del ejercicio de este principio, durante el período de vigencia del respectivo criterio de actuación.”<sup>87</sup>

El Ministerio Público establece en forma taxativa cuales son los delitos en que procede el ejercicio del principio de oportunidad, lo cual no nos parece correcto, ya que limita la aplicación del principio de oportunidad, siendo que el espíritu del legislador era darle mayores facultades al fiscal para poder dejar estas investigaciones y dedicar su trabajo a delitos de mayor relevancia social que comprometan bienes jurídicos tales como la vida, la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones, la salud pública y privada.

El Ministerio Público deberá elaborar criterios generales para los efectos de que los fiscales puedan ejercer esta facultad, y pueda ser ocasionalmente discutida y controlada públicamente, de modo que todos los fiscales del país tengan una sola línea de actuación<sup>88</sup>.

La aplicación del principio de oportunidad debe adecuarse a la estimación que realicen las autoridades respecto de los recursos disponibles de la institución y los criterios de actuación que éstas entreguen a los fiscales en particular.

El ejercicio de esta facultad debe realizarse en términos igualitarios para las mismas categorías de delitos, debiendo elaborarse una política que permita una aplicación significativa de esta facultad, pero en términos transparentes, igualitarios y flexibles.

Duce y Riego critican el Instructivo N° 35 de la Fiscalía Nacional, el que afirman es una descripción general y teórica de la facultad del Artículo 170 y no un conjunto de

---

<sup>87</sup> Ministerio Público; Instructivo N°35, que imparte criterios de actuación e instrucciones en materia de principio de oportunidad; <<http://www.ministeriopublico.cl/explorer/instructivos/instructivo35.htm>>

<sup>88</sup> Cfr.; A.A. V.V.; Nuevo Proceso Penal; La etapa de investigación,...; cit.; pp. 116.

parámetros a seguir que establezcan una política criminal para el uso del principio de oportunidad <sup>89</sup> .

### **3.4.- Análisis empírico de la aplicación de las facultades discrecionales del fiscal al comienzo de la investigación.**

El presente acápite, tiene por objeto mostrar datos estadísticos sobre la aplicación de la reforma procesal en Chile, en el que incluiré tres tablas con diferentes gráficos, que dan cuenta de la aplicación de dichas facultades, en relación con otros mecanismos de término de los casos, así como también la aplicación de dichas facultades en los distintos tipos de delitos.

Lo mencionado anteriormente se encontrará en las dos primeras tablas, y quiero destacar que dichas cifras corresponden al año 2001, específicamente a los diez primeros meses de la aplicación de la reforma procesal en Chile, en que podremos notar una escasa aplicación de estos mecanismos por parte de los fiscales.

En la tercera tabla incluiremos datos más recientes, correspondientes a las regiones II, III, IV, VII y IX, cifras estadísticas que corresponden al año 2002, en los que veremos una menor timidez en la aplicación de estos mecanismos de selección.

Estos datos han sido extraídos del Análisis de Flujos de la Reforma Procesal Penal, efectuado por la Fundación Paz Ciudadana y por datos aportados por el Ministerio Público.

Los siguientes gráficos que se indicarán a continuación, están realizados sobre la base de datos de estadísticas del Ministerio Público, a la fecha de 16 de Septiembre de 2001.

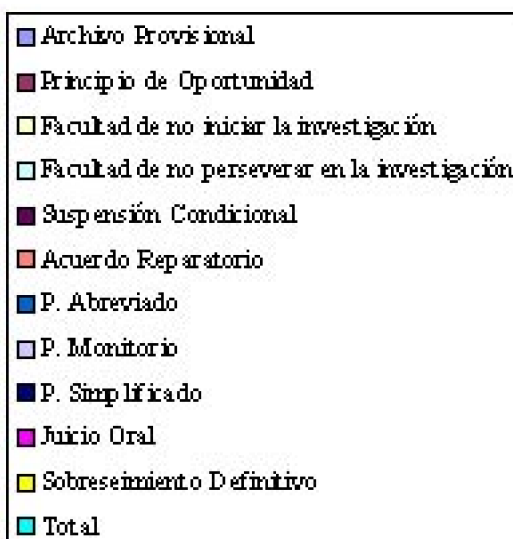
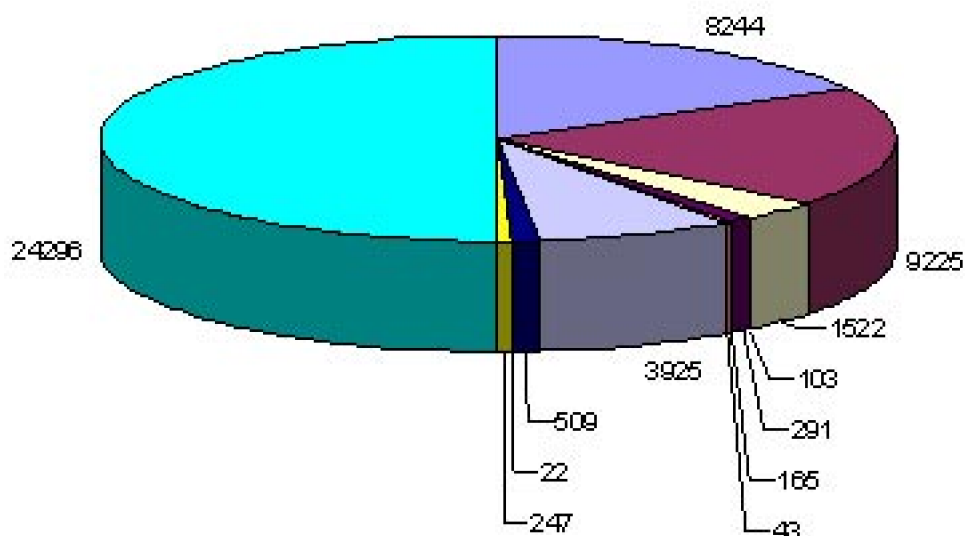
En la primera tabla se analiza la totalidad de los casos terminados, señalando aquellos que ha sido resueltos por parte del sistema de justicia criminal, como aquellos que han sido desechados por el sistema, y que como consecuencia han salido del circuito procesal penal. En el primer gráfico se establece la totalidad del número de casos terminados, señalando de que manera fueron terminados. En el segundo gráfico se establece un porcentaje que representa las diferentes formas de concluir los respectivos casos terminados, y el tercer gráfico representa el porcentaje de las diferentes formas de terminar los casos, respecto del total de los de los casos ingresados <sup>90</sup> .

Tabla 11

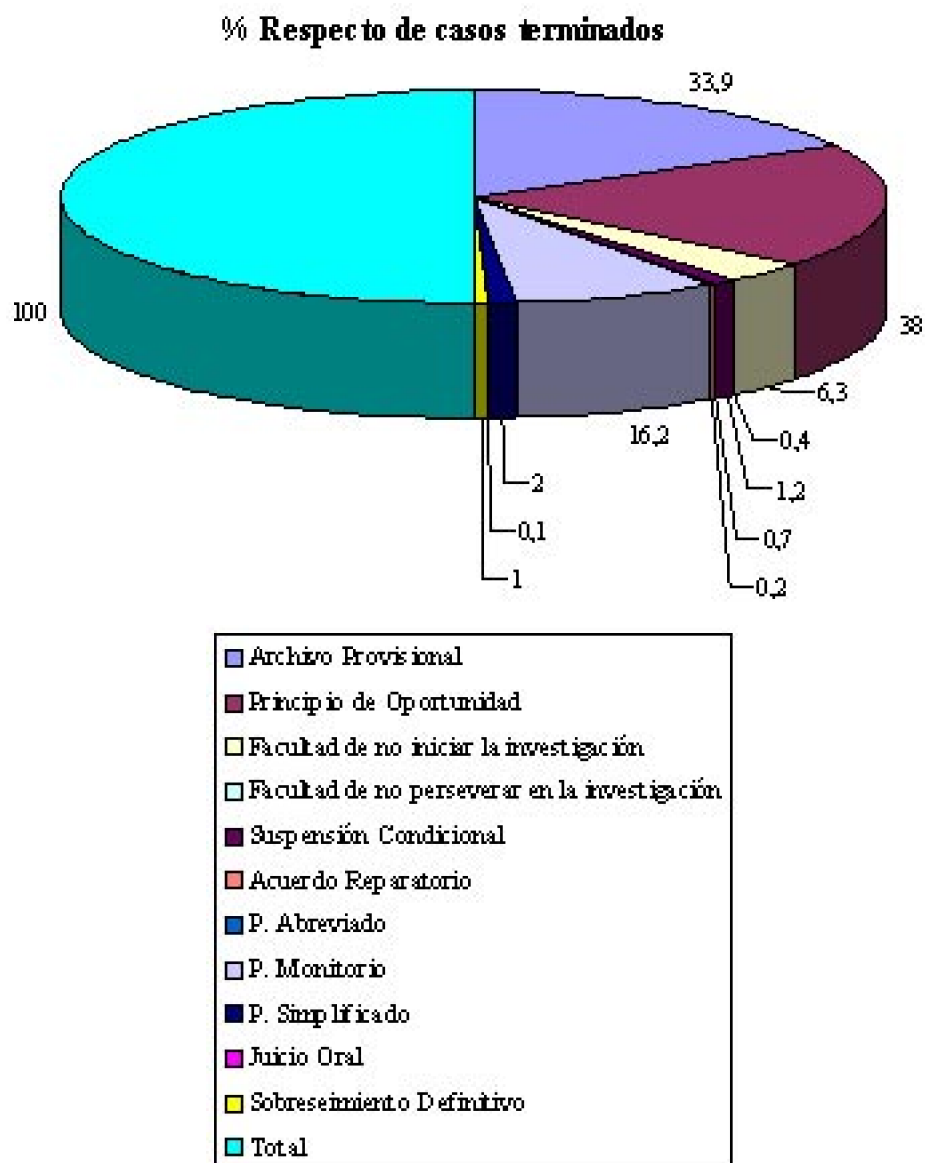
---

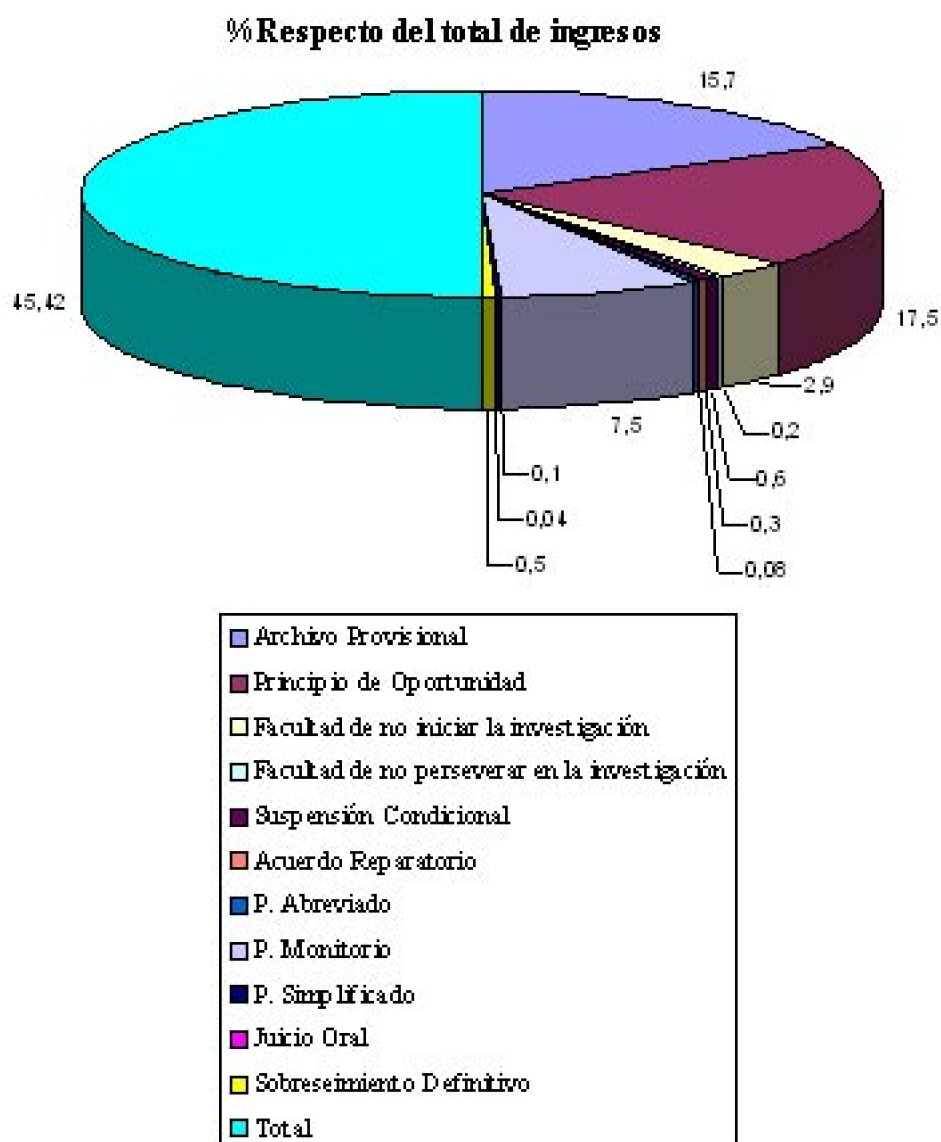
<sup>89</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema,...; cit.; pp.210.

**Casos terminados**



<sup>90</sup> Baytelman, Andrés; Evaluación de la Reforma Procesal Penal; Centro de Investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Centro de Investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho Universidad de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2001; pp. 21.





Las cifras señaladas en estos gráficos indican que el porcentaje de casos en los que se utilizaron estas facultades es inferior al 50%. Unidos los tres mecanismos de discrecionalidad en estudio, ellas representan sólo un 36,1%, que se reparten de la siguiente manera: archivo provisional 15,7%, principio de oportunidad 17,5% y facultad de no iniciar la investigación 2,9%. Las cifras proyectadas para estos mecanismos se estimaban en un 70%, y estos gráficos expresan que las facultades se estarían utilizando muy por debajo de la cifra proyectada originalmente<sup>91</sup>.

En la segunda tabla se expresa el número de casos, distinguiendo en los distintos delitos, la aplicación de las facultades discrecionales del fiscal al comienzo de la investigación, en relación al total de las causas que terminaron por dichos delitos.

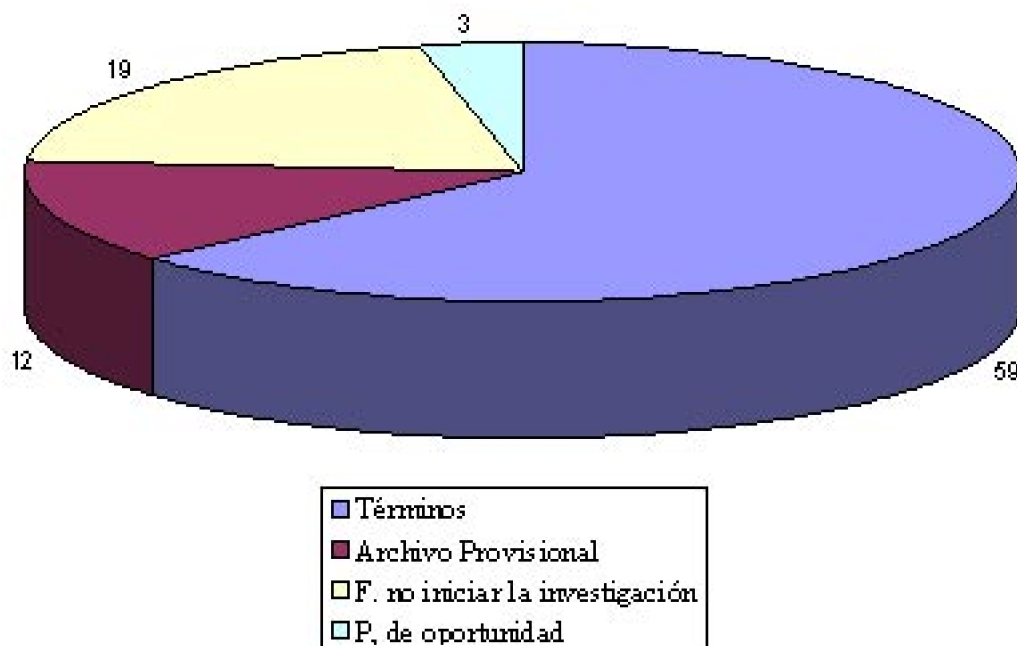
Tabla 2

<sup>91</sup> Cfr.; Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema, ...; cit.; pp.210.

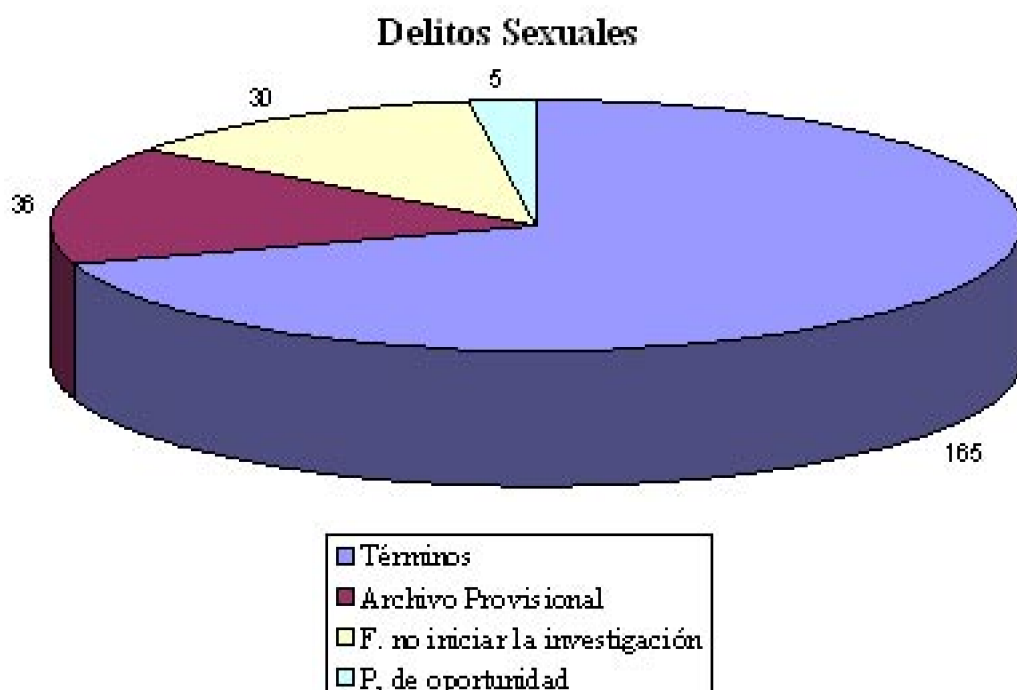
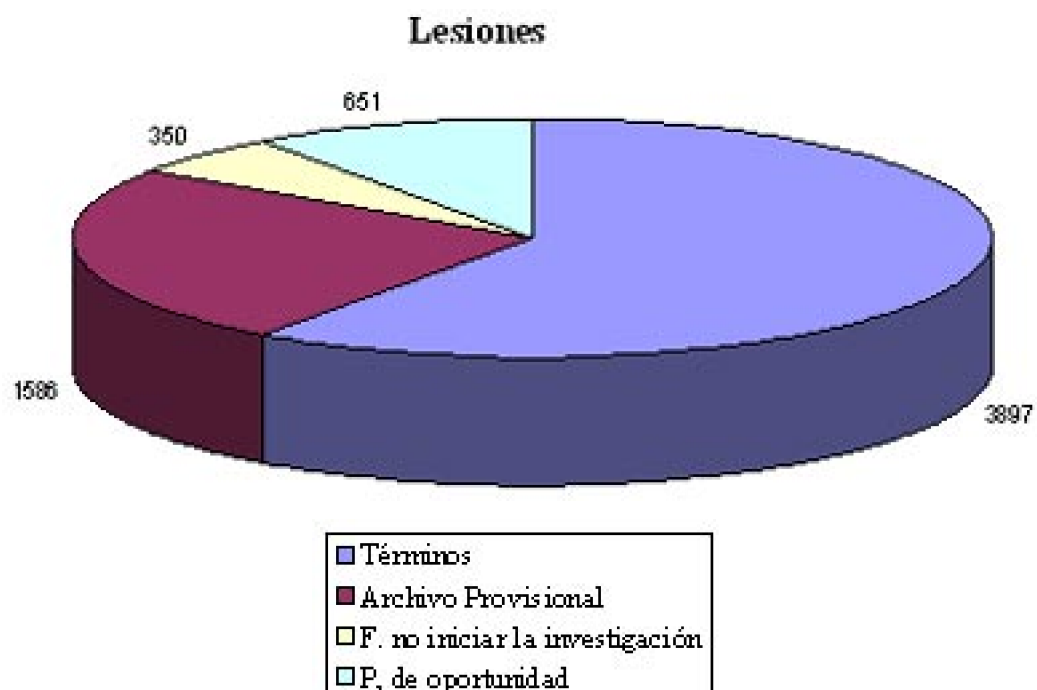
### Delitos contra la Propiedad

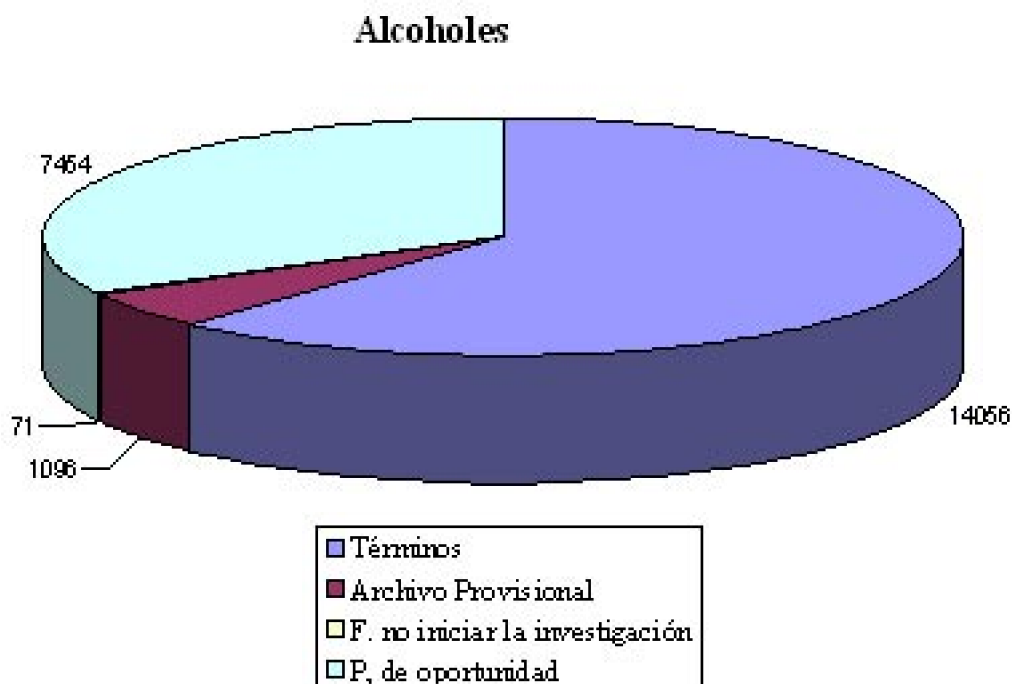
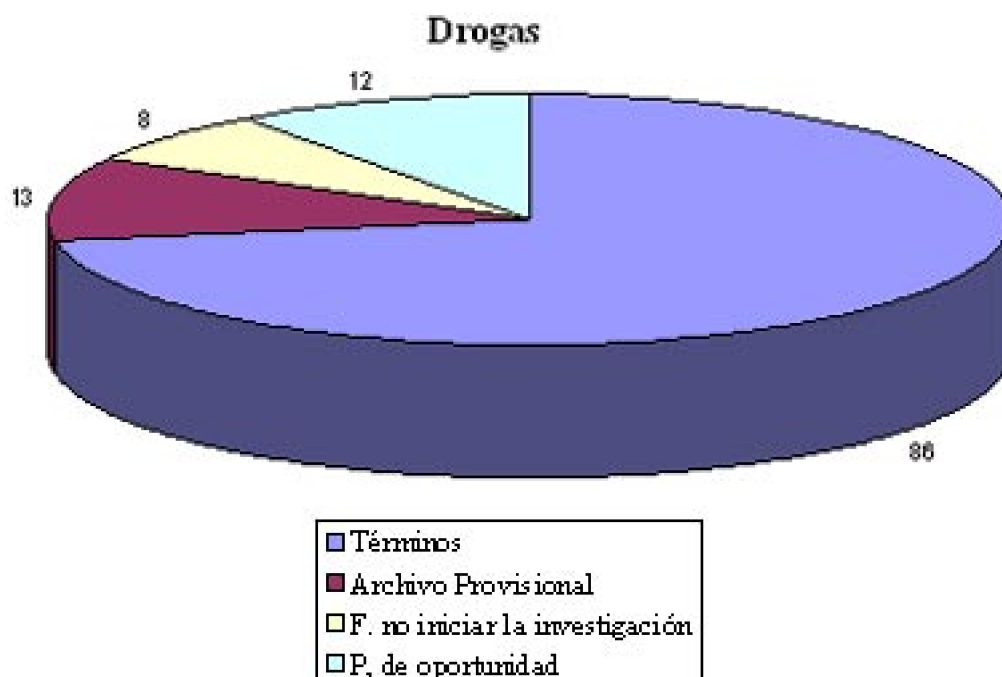


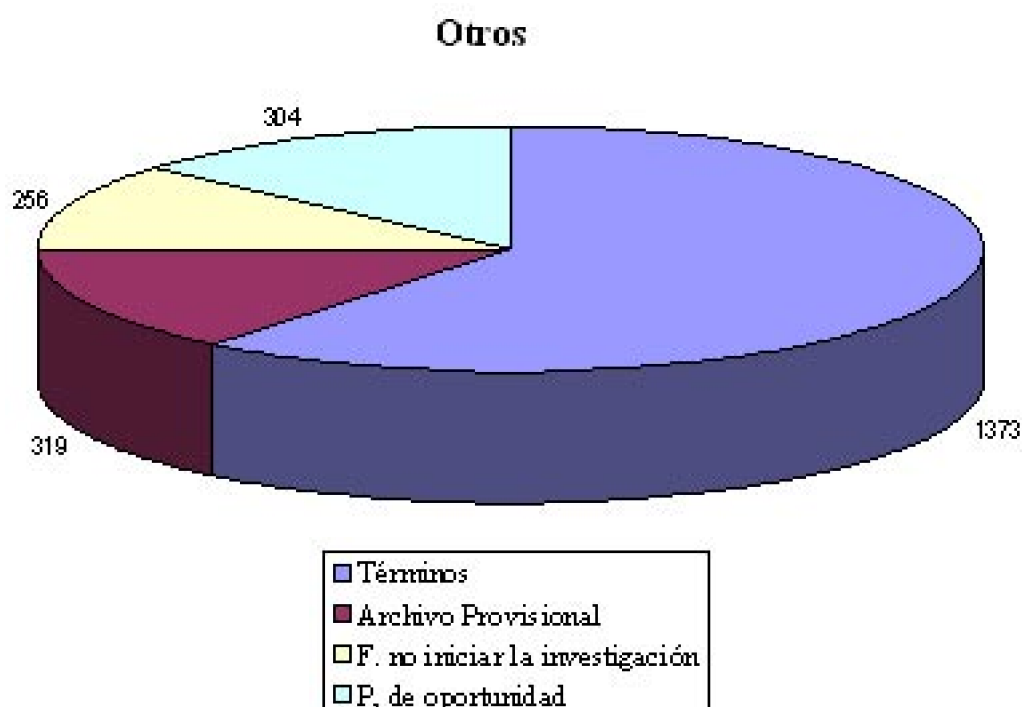
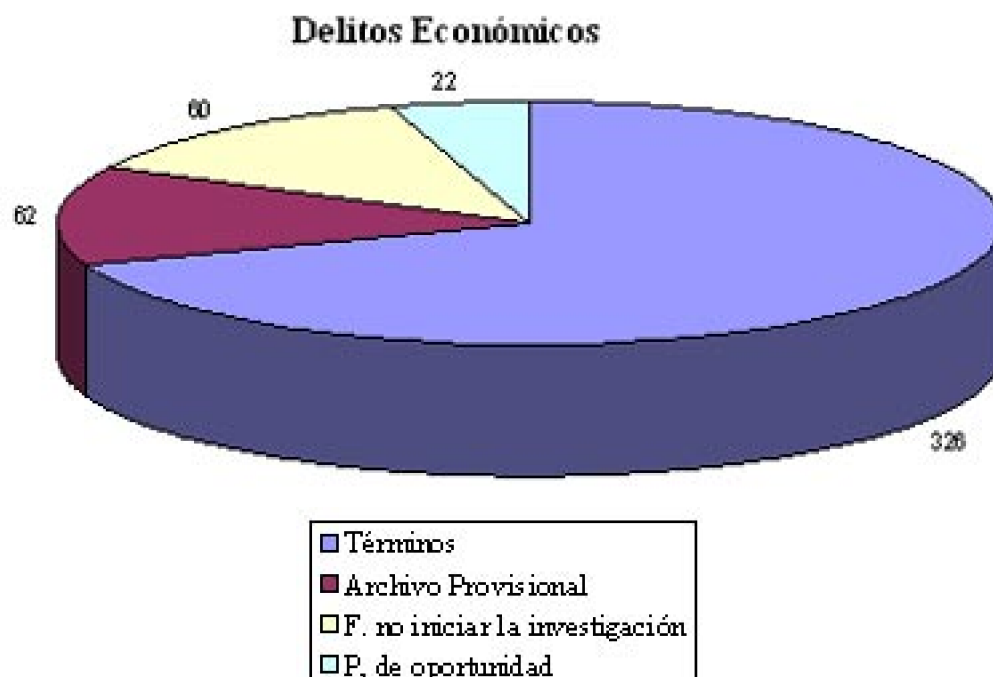
### Delitos contra la Vida











Como se puede desprender del análisis de los respectivos gráficos los fiscales no efectúan una cabal aplicación de los diferentes mecanismos de discrecionalidad, para los efectos de descongestionar el sistema de justicia criminal. Estos mecanismos se encuentran subutilizados si se toma en cuenta las proyecciones que se efectuaron acerca de la reforma procesal<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> Cfr.; Baytelman, Andrés; Evaluación de la Reforma,...; cit.; pp.21.

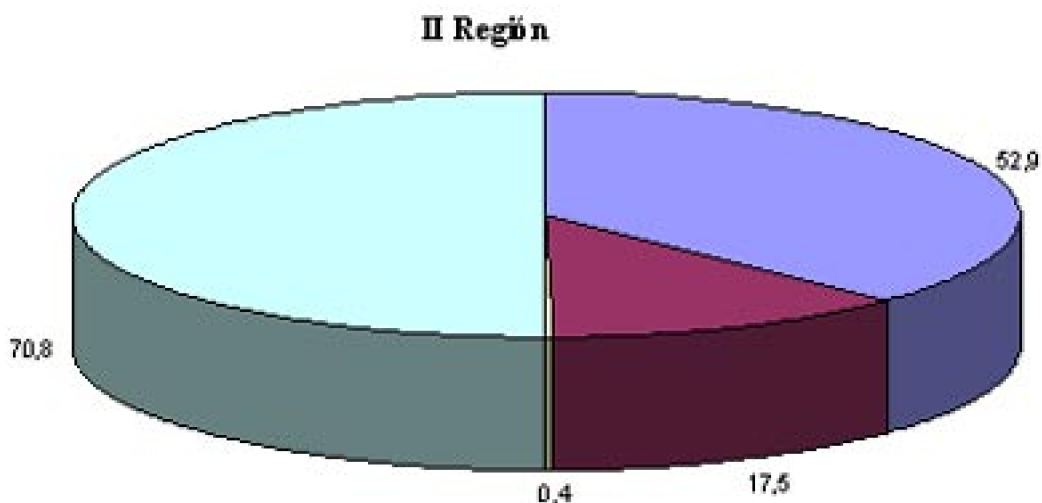
Una de las problemáticas en la valoración de los resultados de la aplicación de la reforma procesal en el año 2001, fue la escasa disposición del Ministerio Público para terminar temprana-mente aquellos casos que lo ameritaban, distribuyendo sus propios recursos y filtrando el ingreso de causas.

Las causas principales de esta problemática son:

- 1.-) Falta de meticulosidad en la gestión del ingreso de causas, con distribución individual de causas, perdiendo los beneficios del trabajo en equipo.
- 2.-) Reticencia de los fiscales a terminar tempranamente las causas, por temor a la opinión pública y a la deslegitimación.
- 3.-) Falta de conducción y liderazgo a nivel regional.
- 4.-) Instructivos de la Fiscalía Nacional disfuncionales al término temprano de los casos.
- 5.-) Falta de costumbre en cuanto a la terminación temprana impuestas por ciertas prácticas judiciales <sup>93</sup>.

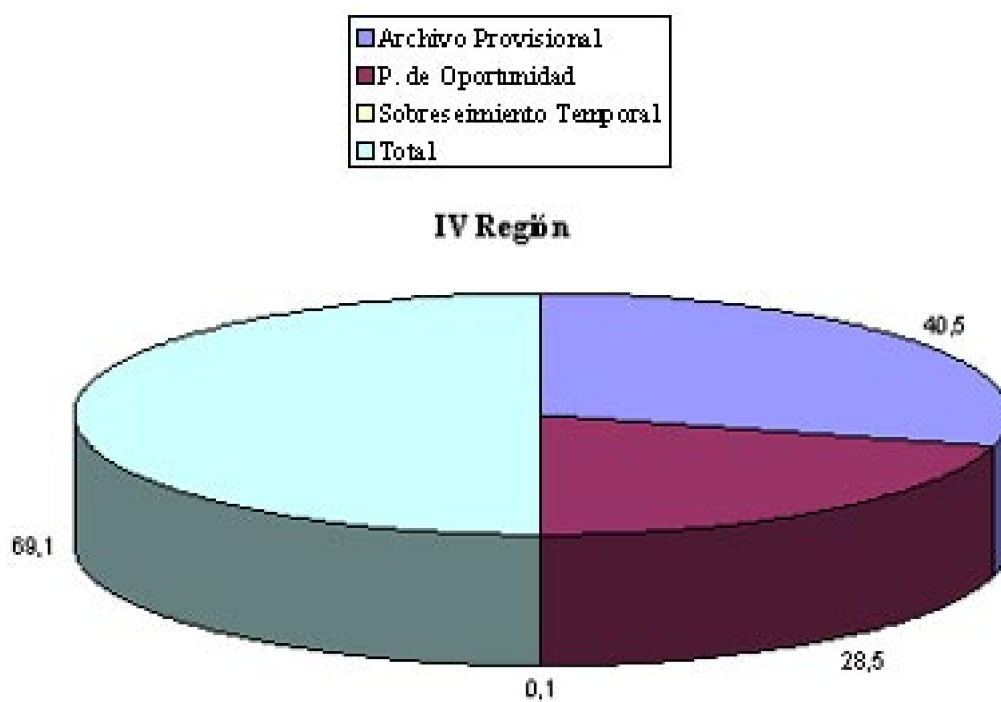
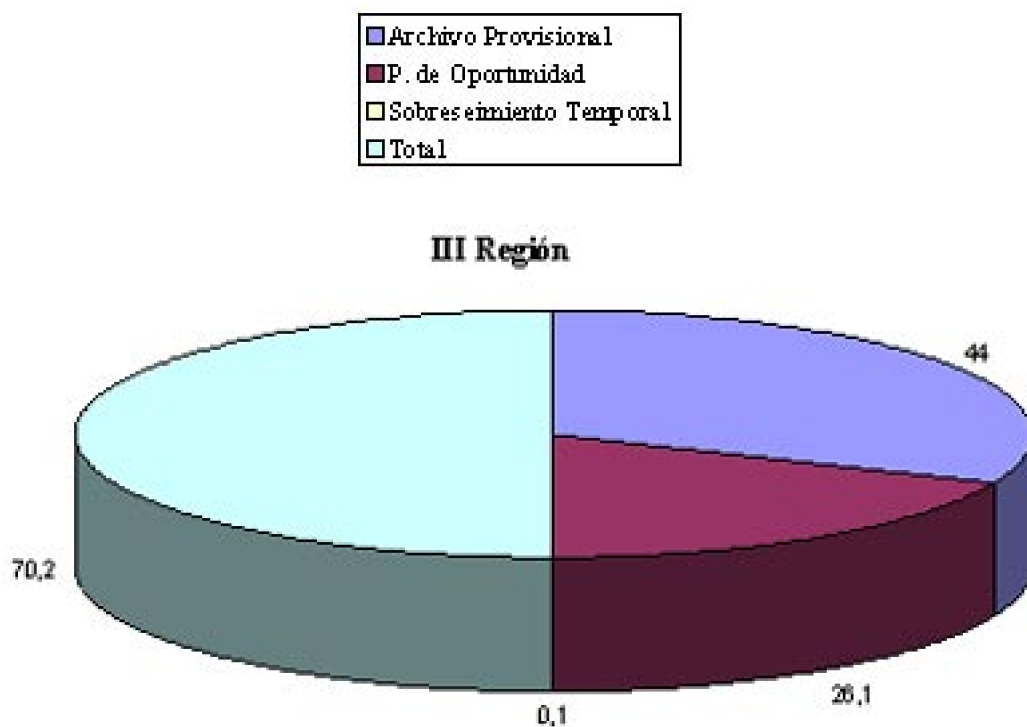
**En la tercera tabla se establecen las estadísticas de las desestimaciones totales aplicados por región, correspondientes al período del 16 de Diciembre de 2000 al 15 de diciembre del 2004 en las regiones IV y IX, y al período de 16 de octubre de 2001 al 15 de diciembre del 2002 en las regiones II, III y VII <sup>94</sup>.**

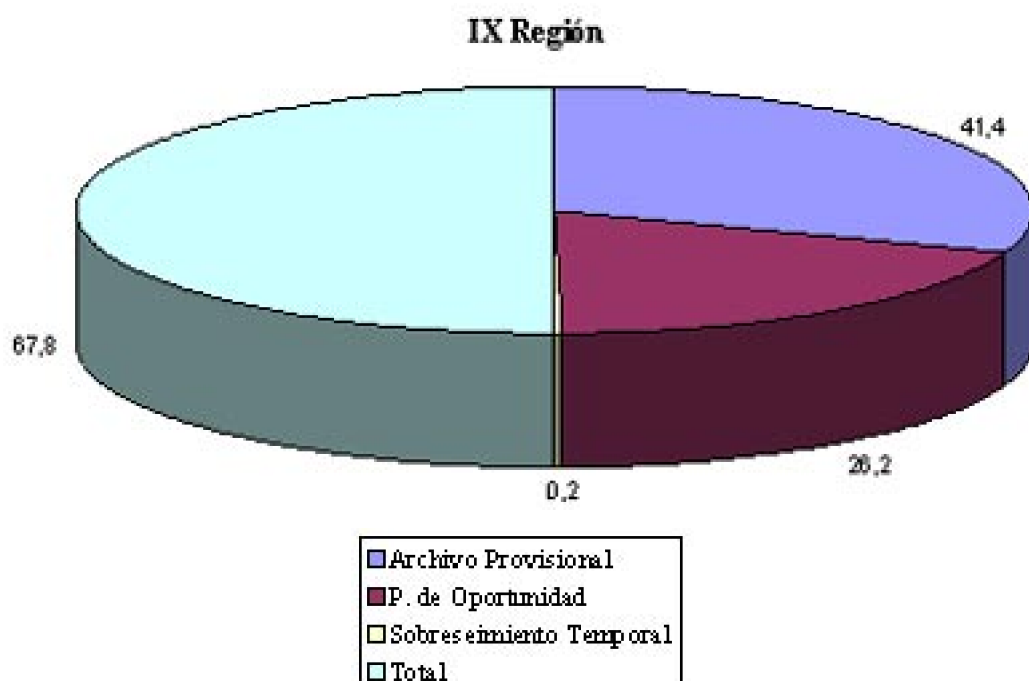
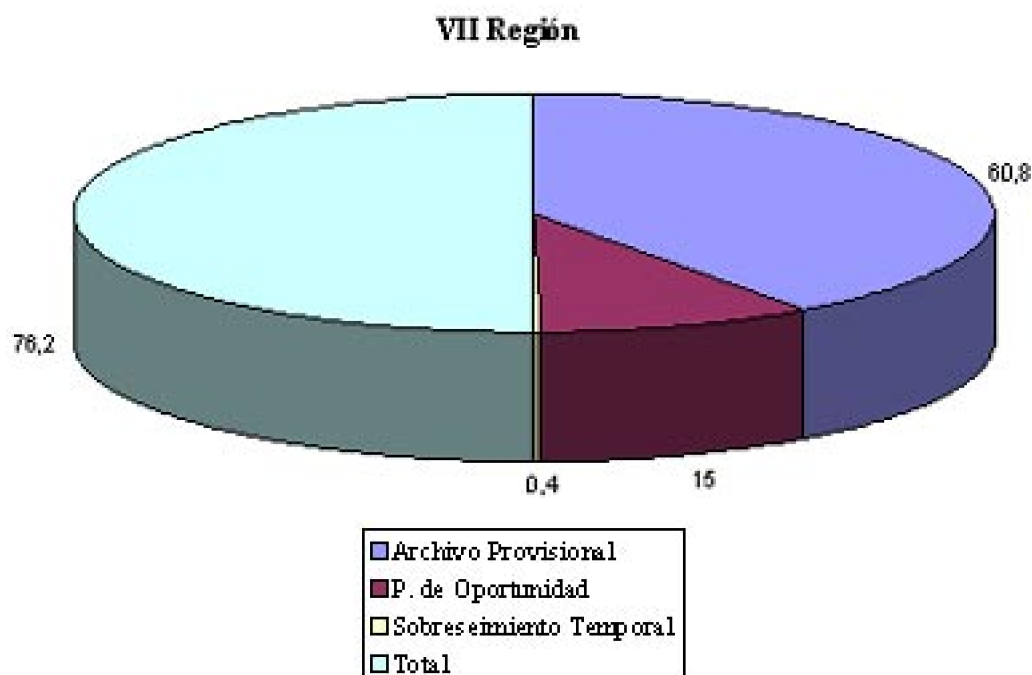
Tabla 3



<sup>93</sup> Cfr.; Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio; Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una reforma en marcha; Centro de Investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, y Centro de Estudios de Justicia de las Américas; Santiago de Chile; Chile; 2003; cit. pp.91.

<sup>94</sup> Cfr.; Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio; Evaluación de la Reforma, ...; cit.; pp.244.





Estas estadísticas demuestran que la facultad de archivar provisionalmente los casos es el mecanismo más importante en la selección de casos, ya que la mitad de todos los términos se ha efectuado por esta vía.

Las Regiones II y VII tienen un mayor número de desestimaciones de causas, lo que demuestra una mayor capacidad de sus sistemas de terminación temprana, lo cual no tiene relación con el mérito de la resolución tomada<sup>95</sup>.

<sup>95</sup> Cfr.; Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio; Evaluación de la Reforma, ...; cit.: pp.244.

Estas cifras que corresponden al año 2002, son muy superiores a las cifras que se analizaron con anterioridad que corresponden al año 2001, ya que se han ido solucionando aquellos problemas iniciales, como consecuencia de aplicar un sistema de justicia criminal completamente diverso y novedoso.

Este mejoramiento en cuanto a la aplicación de los mecanismos de discrecionalidad se debe a una nueva reorganización por parte de los fiscales, ya que han sofisticado la organización del trabajo, lo cual les permite terminar tempranamente aquellos casos que lo ameritan, ya que no se efectúa una distribución de causas a cada fiscal individualmente, si no que trabaja en grupo, ya sea a través de fiscales especializados encargados solamente de aplicar estas facultades, o del fiscal jefe que personalmente ejerce estas facultades con el objeto de que los fiscales trabajen con causas en que no procede la aplicación de estos mecanismos<sup>96</sup>.

Otra de las causas que ha influido en el mejoramiento en la aplicación de estas medidas, consiste en la adaptación efectuada por la Fiscalía Nacional de los instructivos acerca de los mecanismos de selección de casos, ya que se amplía el campo de actuación por parte de los fiscales en relación a esta materia.

---

<sup>96</sup> Cfr.; Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio; Evaluación de la Reforma,...; cit.; pp.91.





## CAPITULO IV. Conclusiones.

El nuevo Código Procesal Penal cambia toda la estructura de la justicia criminal que estaba implementada en Chile, ya que separa las funciones de investigar, acusar y sentenciar. Para ello creó el Ministerio Público, órgano independiente del Poder Judicial, que está encargado de investigar aquellos hechos que revisten caracteres de delito, acusar en aquellos casos que tengan antecedentes fundados y dar protección a las víctimas, como facultades principales.

Estos cambios implementados por la nueva legislación se encuentran acordes con los principios consagrados en nuestra Constitución Política de la República, en el sentido de que respetan los principios del debido proceso, de un modo distinto a lo que ocurría con el proceso penal anterior este último tenía unas marcadas raíces inquisitivas y el tribunal practicaba las funciones de investigar, acusar y sentenciar, lo que viola expresamente los principios del debido proceso.

Durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal, el juez se encontraba obligado en virtud de los principios de legalidad y de inexcusabilidad, a perseguir e investigar todos aquellos hechos que revestían caracteres de delito que llegaban a su conocimiento. No podían eludir su obligación legal de persecución aún alegando falta de competencia, ya que la Ley les obligaba a practicar aquellas diligencias urgentes, sin poder no iniciar, suspender o terminar la investigación por razones político criminales.

Esta situación generaba consecuencias negativas en varios aspectos, ya sea desde un punto de vista jurídico, económico, social y ético, ya que resulta muy

difícil exigir a un tribunal con escasos recursos materiales y económicos la persecución de la totalidad de los delitos que se cometen en un territorio jurisdiccional, con mediana eficiencia.

En primer lugar, desde un punto de vista jurídico, la aplicación irrestricta del principio de legalidad procesal sobre la base de un procedimiento penal inquisitivo, era defendida en el sentido que era correspondiente con el principio de igualdad ante la Ley, ya que si se obliga al órgano encargado de la persecución penal, a investigar la totalidad de los delitos, se está dando un trato igualitario a las personas. Por otra parte, se criticaba el principio de oportunidad por no ajustarse al principio de igualdad, ya que el órgano persecutor puede discrecionalmente no perseguir determinados hechos que por su menor significancia social es preferible sacarlos del sistema y darles otro tipo de soluciones.

Desde esta perspectiva, el sistema anterior no tenía un criterio selectivo de denuncias, con lo cual los tribunales tenían una carga enorme para cumplir con sus obligaciones impuestas por la Ley, y por lo tanto el ejercicio de sus funciones era totalmente deficiente. Ello traía como consecuencia la creación de ciertas prácticas judiciales que impedían el acceso a la justicia, violando en forma encubierta el principio de igualdad mencionado, ya que resulta una utopía la persecución de la totalidad de los delitos en forma eficiente y justa con medios materiales y humanos limitados.

En segundo lugar, desde el punto de vista económico, imponer la obligación de perseguir la totalidad de los ilícitos cometidos en territorios jurisdiccionales extensos, con escasos recursos humanos por parte del tribunal y de los agentes policiales, genera un exceso de la carga de trabajo, lo cual impide que la tramitación de los procesos sea efectuada con cierta rapidez, produciéndose el amontonamiento de los expedientes. Ello traía como consecuencia el colapso de los tribunales, carentes éstos de medios legales y técnicos que les permitieran distribuir sus propios recursos de trabajo, dirigiéndolos hacia la persecución de delitos de una mayor relevancia social.

En tercer lugar, desde el punto de vista social, bajo la vigencia del antiguo sistema de justicia criminal, la obligación de perseguir la totalidad de los delitos cometidos generaba grandes desigualdades, ya que frente a la imposibilidad de realizar con éxito dicha labor, se generaban prácticas de selección, por parte de los funcionarios de la policía y de los tribunales, no regulados expresamente por la Ley, en virtud del cual se filtraban las denuncias recibidas por dichos organismos y sólo algunas eran perseguidas, en tanto que otras eran sacadas del sistema. Con este tipo de prácticas, violadoras de principios tan importantes como el de igualdad y el acceso a la justicia, se perjudicaba siempre a los sectores de la sociedad más desfavorecidos.

En cuarto lugar, desde el punto de vista ético, estas prácticas judiciales que violaban el principio de igualdad eran efectuadas de manera oscura, oculta e ilegal, e incluso en determinados casos nunca llegaban al conocimiento de los tribunales, puesto que los órganos de la policía no cumplían con su obligación de poner en conocimiento de ellos los hechos denunciados.

---

**Ciertos hechos llegaban a manos del tribunal y estos eran investigados someramente, terminando normalmente en la dictación del sobreseimiento, que estadísticamente la mayoría de los casos terminan por este tipo de resoluciones. Este era el único medio procesal de terminar los respectivos casos, sin tener que llegar al juicio (plenario), para esperar que se cumplan los plazos de prescripción respectivos y poder archivar definitivamente la causa.**

El Código Procesal Penal importa un gigantesco avance en relación a la consagración del carácter esencialmente selectivo, que es el que tienen los sistemas de justicia criminal en derecho comparado, a diferencia del Código de Procedimiento Penal con raíces inquisitivas, que en virtud del principio de legalidad obliga a la persecución de todos los delitos que se cometen.

El nuevo Código Procesal Penal incorpora tres instituciones jurídicas nuevas en nuestro derecho en virtud de las cuales se le da la facultad a los fiscales de no iniciar una investigación, suspender la ya iniciada o terminar una investigación en ciertas circunstancias reguladas expresamente por el legislador. El fundamento de estas facultades que se le entregan a los fiscales, es que estos puedan regular el ingreso de causas al sistema, y que con ello se despliegue una política de organización del trabajo, que les permita rebajar su nivel de trabajo y funcionar dentro de unos márgenes prudentes de eficacia.

En derecho comparado existen dos modelos de selectividad de casos uno es el modelo de discrecionalidad absoluta, que rige el sistema de justicia criminal norteamericano, que a su vez proviene del sistema procesal penal inglés en que se efectuaba una persecución privada de los delitos. Este sistema fue aplicado en los Estados Unidos, pero como la persecución privada generaba grandes abusos, se creó el órgano del fiscal, que era el encargado de la persecución penal.

El otro es modelo de discrecionalidad relativa, aplicado en los países europeos, los cuales mantenían las tradiciones de la inquisición, por lo que hacían una aplicación irrestricta del principio de legalidad procesal, en virtud del cual para evitar aquellas conductas ilegítimas, era menester la aplicación de la pena, como forma de retribución al daño causado.

La diferencia de ambos modelos radica en que en el modelo de discrecionalidad absoluta el fiscal goza de amplias facultades para seleccionar los diferentes casos, sin que tenga limitación alguna; él es el dueño del procedimiento y decide cuáles son aquellos casos que se van a investigar y cuáles no. El órgano jurisdiccional no tiene ninguna potestad de modificar la resolución que toma el fiscal, salvo las excepciones ya analizadas, ni la persona de la víctima puede recurrir la decisión del fiscal.

Además el fiscal es quien decide si ejercita la acción penal o no y también tiene la facultad de decidir no llegar al juicio por jurados a través de dos instituciones, que son el *plea bargainig* y el *guilty plea*. Mediante estas instituciones puede llegar a acuerdos con los imputados, para que reconozcan su responsabilidad en los hechos ilícitos, o para que el fiscal acuse al imputado por un hecho distinto o más leve de aquel que supuestamente cometió o imputar menor cantidad de hechos de los supuestamente cometidos. Estos acuerdos que tienen como consecuencia que el juez debe aceptar y dictar la respectiva

condena, ahorrándose el juicio por jurados y disminuyendo así la carga de trabajo y los recursos para el sistema que implica efectuar un juicio por jurados.

Esta amplitud del modelo norteamericano ha sido sumamente criticada, ya que las excesivas facultades que se les dan a los fiscales muchas veces violan las garantías individuales del imputado, puesto que los fiscales presionan y amenazan a los imputados para que acepten dichos acuerdos y en caso de que no acepten les dicen que se arriesgan a una pena mayor, con lo cual aceptan dichos acuerdos y no se llega al juicio por jurados.

Por otra parte si a juicio de un fiscal no existe mérito para investigar un determinado caso, nadie puede recurrir la decisión del fiscal, ni por vía administrativa ni por vía judicial, ya que el sistema norteamericano ésta basado en la separación de poderes, con lo cual recurrir judicialmente por la decisión tomada por el fiscal es considerado como una intromisión del poder judicial en la esfera del poder ejecutivo.

En el modelo de discrecionalidad relativa, el nivel de discrecionalidad que se le da a los fiscales en el procedimiento penal, para los efectos de no iniciar, suspender o terminar la investigación, es mucho menor, ya que en este modelo sigue vigente el principio de legalidad. Pero como está demostrado en la práctica que es imposible la persecución total de los delitos, y que su aplicación genera muchos problemas de eficiencia del sistema de justicia criminal, se optó por dar cierta discrecionalidad al órgano encargado de la persecución penal, pero fiscalizada por el órgano jurisdiccional y por la víctima, de manera que el fiscal en ciertas y determinadas circunstancias, pueda verse obligado a modificar su decisión y seguir adelante con la respectiva investigación.

De esta manera, en los países europeos continentales, como Alemania, Italia y España, se sigue aplicando el principio de legalidad procesal en la persecución de los delitos, pero en forma atenuada, ya que también existe aplicación del principio de oportunidad, respecto de ciertas categorías de delitos y con algunos límites impuestos por el legislador. Además esta decisión tomada por el fiscal puede ser objeto de impugnación ya sea por parte del órgano jurisdiccional o por parte de la víctima.

Este modelo de discrecionalidad relativa fue el que tomo como guía el legislador en Chile para la elaboración del Código Procesal Penal, y en virtud de éste se crearon tres mecanismos a través de los cuales el fiscal efectúa una selección de casos, con lo cual se le da a éste la facultad de regular el ingreso de causas. Ello además les permite realizar una organización en su trabajo, tener menos presión y mejorar los niveles de eficiencia del sistema, atendido el hecho que son miles las causas que ingresan al sistema de justicia criminal y es mucha la presión a la que se encuentran sometidos los fiscales para el cumplimiento de sus funciones.

El Código Procesal Penal mantuvo la vigencia del principio de legalidad procesal, en el sentido que al órgano encargado de la persecución penal de los hechos que revisten caracteres de delito, no se les permite suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de sus investigaciones, sino en los casos establecidos por la Ley. Y son en estos casos en los que el legislador atenúa el principio de legalidad, estableciendo instituciones jurídicas nuevas en nuestro derecho, en que se permite efectuar una selección de los casos al comienzo de la investigación, lo que en definitiva permite una mayor eficacia en el

proceso penal.

Dentro de las nuevas instituciones se encuentra la facultad de no iniciar la investigación, en virtud de la cual el fiscal puede abstenerse de iniciar una investigación en aquellos casos en que pueda desprenderse de los hechos denunciados que no son constitutivos de delito, o en que la responsabilidad penal se encuentra prescrita. Además la institución del archivo provisional, en que se da la posibilidad de conservar temporalmente aquellas investigaciones en que el fiscal no tenga los medios suficientes como para iniciar una persecución eficiente. Estos mecanismos están sujetos a control por parte de la víctima (mediante la deducción de una querrela) además del control administrativo.

El legislador regula también como facultad discrecional el principio de oportunidad en sentido estricto, en virtud del cual se le da la facultad al fiscal de no iniciar o abandonar una investigación en aquellos casos en que el hecho investigado no comprometiére gravemente el interés público, poniendo como límite una pena máxima asignada al delito, y que los respectivos delitos no sean cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Las cortapisas impuestas por el legislador para el ejercicio de estas facultades es que la decisión que emita el fiscal debe ser fundada, es decir, debe ser tomada sobre la base de criterios racionales y que debe ser comunicada al juez de garantía para que éste la notifique a todos los intervinientes. Así en el plazo señalado por la Ley puede ser dejada sin efecto de oficio por el juez de garantía o a petición de los intervinientes, en aquellos casos en que el juez de garantía estime que no se encuentra en las situaciones previstas por el legislador.

La Ley le dio la facultad también a la víctima de expresar de cualquier forma su interés de continuar con la investigación, en tal evento el juez de garantía dejará sin efecto la aplicación del principio de oportunidad y el fiscal estará obligado a continuar con la investigación. Finalmente la Ley también le dio la facultad a la víctima de recurrir administrativamente ante el Ministerio Público.

Para los efectos de mejorar el sistema de justicia criminal no es suficiente la innovación legal de introducir el principio de oportunidad como atenuación del principio de legalidad, puesto que en la práctica no se aplicaron en forma cabal estas instituciones por parte de los fiscales. Por ejemplo, en el año 2001 el uso de estas facultades equivalía al 30%, siendo que las cifras pronosticadas eran alrededor de un 70%.

Sin embargo, al año siguiente en algunas regiones se llegó al 60% de desestimaciones, debido a que se flexibilizaron los instructivos dados por el Fiscal Nacional y se incentivó una mayor aplicación de estas medidas, puesto que es la salida de que dispone el sistema para evitar el colapso que tiene hoy el antiguo procedimiento.

Estimamos que el criterio del legislador al establecer dichas instituciones, es el de dar al Ministerio Público el control sobre el ingreso de causas a investigar por parte del sistema, y estas medidas son de suma importancia para la aplicación del sistema de reforma procesal en Chile, puesto que la eficiencia del sistema radica en tener una carga razonable y prudente de trabajo. De lo contrario, se volvería al sistema anterior desde el punto de vista del colapso, con un sistema de justicia criminal de formato diferente, pero

igual de ineficiente que el anterior.

Para lograr este objetivo se requiere de la colaboración del Fiscal Nacional, ya que debe establecer criterios generales de carácter amplio en cuanto a la aplicación de estas instituciones y no limitar más de lo que ha limitado el legislador el ejercicio de estas facultades. Lo anterior tiene que ver con que nuestro Código Penal es anacrónico respecto de determinados delitos, tipificando conductas que hoy no comprometen gravemente el interés público, y al no haber una modificación total del Código Penal, como la que se hizo en materia procesal penal, se le debe dar amplias atribuciones a los fiscales para aplicar estas facultades.

Estimamos que la introducción en nuestro derecho de mecanismos de discrecionalidad en la etapa preliminar de la investigación penal, como forma de atenuar el principio de legalidad, resulta de vital importancia en la aplicación del nuevo proceso y mejora globalmente la eficiencia del sistema desde los siguientes puntos de vista:

1.-) Desde el punto de vista jurídico, estos mecanismos importan una mejora notable con respecto al sistema anterior, en que regía irrestrictamente el principio de legalidad, puesto que permite al órgano persecutor efectuar una selección formal, transparente y regulada de casos, que por su mínima significancia social no interesa al sistema que se que investiguen.

Así, se puede sacar estos casos del sistema penal para dar otro tipo de soluciones, de manera tal de satisfacer tanto al propio sistema como a la persona de la víctima. Siguiendo este camino se dirigirán los esfuerzos del Ministerio Público hacia la persecución de aquellos casos que importan una lesión significativa de los bienes jurídicos protegidos de mayor importancia.

Además, al descartar ciertos casos, se le permite al sistema actuar con una mayor eficacia en los casos de mayor relevancia, dando mayor celeridad y eficiencia a las investigaciones, conforme a las normas del debido proceso, y permitiendo a los fiscales cumplir con sus deberes conforme a un trabajo racional, eficiente y rápido.

Es por estas razones que acabamos de argumentar que consideramos la real necesidad jurídica de implementar las facultades discrecionales del fiscal en el proceso penal como medio de desechar denuncias o abandonar investigaciones, siempre y cuando se cumpla con los requisitos legales, mediante decisiones fundadas, con aprobación judicial en ciertos casos, de modo que sea una discriminación efectuada en forma transparente y racional, a diferencia del sistema anterior que la discriminación era completamente anómala y desamparada por el Derecho.

Jurídicamente es de especial importancia la aplicación de las facultades discrecionales de los fiscales ya que dan cumplimiento al postulado del derecho penal de “última *ratio*” puesto que evita la aplicación de esta rama del derecho a delitos de insignificancia social denominados criminalidad de bagatela, pudiendo aplicarse otras medidas más efectivas que la pena<sup>97</sup>.

2.-) Desde un punto de vista económico, esta reforma va a significar un importante

---

<sup>97</sup> Cfr.; Aguilar Aranela, Cristian; Código Procesal Penal,...; cit.; pp. 366.

ahorro de recursos al sistema de persecución penal, ya que al seleccionar casos se disminuye la carga de trabajo por parte de los fiscales, permitiendo destinar ese tiempo a las investigaciones más importantes. Ello significa un importante ahorro de recursos humanos, lo que contribuye a la administración eficiente de la justicia, sin tener que perder tiempo en casos en que no hay antecedentes necesarios como para comenzar una investigación eficaz, o en iniciar investigaciones que no tienen relevancia social y en que se puede genera un daño mucho mas fuerte iniciando una investigación.

En definitiva la finalidad económica de la aplicación discrecional de los fiscales consiste en una: “descarga de una administración de justicia”<sup>98</sup> que

se ve sobrepasada por el gran número de causas que llega a su conocimiento, ahorrándose recursos y mejorando la eficacia del trabajo realizado.

3.-) Desde un punto de vista social, la nueva legislación evita la problemática que se generaba con el sistema anterior al perseguir la totalidad de los delitos cometidos, creando grandes desigualdades, por la imposibilidad del sistema de realizar una persecución total.

En efecto, en el antiguo sistema se creaba un sistema de selección irregular, afectando a los sectores más desprotegidos. Estas situaciones ya no se van a producir, ya que la policía se encuentra obligada a comunicar a los fiscales las denuncias recibidas y la selección solamente corresponde al fiscal, quien la debe efectuar de manera pública, aplicando las leyes que se refieren a esta materia y rigiéndose por las directrices generales del Ministerio Público.

De esta manera la selección necesaria de causas se efectuará por los fiscales ajustándose a los requisitos establecidos por la Ley para su aplicación, obedeciendo a criterios de razón y justicia, en contravención a lo que ocurría con el sistema anterior que normalmente discriminaban desfavoreciendo a aquellos sectores más desprotegidos de la sociedad.

4.-) Desde el punto de vista ético, se pone fin a una serie de situaciones que se producían en el anterior sistema relacionadas con prácticas por parte de los funcionarios de la policía y de los juzgados del crimen en la selección de casos.

La nueva legislación regula en forma transparente la forma de selectividad de casos, lo cual permite una administración de justicia penal mas justa, limpia y pública.

Toda esta nueva regulación favorece a todo el sistema de persecución penal pública ya que le da una mayor seriedad, transparencia y eficacia al sistema; estos son las directrices a seguir por todos los tribunales de justicia para poder así recuperar la confianza de la ciudadanía.

---

<sup>98</sup> Aguilar Aranela, Cristian; Código Procesal Penal,...; ob. cit.; pp. 365.





---

## BIBLIOGRAFIA

- 1.-) Aguilar Aranela, Cristian; Código Procesal Penal comentado y concordado; Editorial Metropolitana; Tomo I; Santiago de Chile; Chile; 2001.
- 2.-) Baytelman, Andrés; Evaluación del al Reforma Procesal Penal; Centro de Investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Centro de Investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho Universidad de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2001
- 3.-) Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio; Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una reforma en marcha; Centro de Investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, y Centro de Estudios de Justicia de las Américas; Santiago de Chile; Chile; 2003.
- 4.-) Binder, Alberto M.; Introducción al derecho procesal penal; Editorial Ad Hoc; Segunda Edición; Buenos Aires; Argentina; 2001.
- 5.-) Bovino, Alberto; Procedimiento abreviado y juicio por jurados; Editorial Revista Extranjera; Revista Ciencias Penales Número 18; Buenos Aires; Argentina; 2000.
- 6.-) Bovino, Alberto; La persecución penal pública en el derecho anglosajón; Revista Penas y Estado N°2; Buenos Aires; Argentina; 1997
- 7.-) Cafferata Nores, José I.; El principio de oportunidad en el derecho argentino; Teoría Realidad y perspectivas; Nueva Doctrina Penal; Editores del Puerto; Buenos Aires; Argentina; 1996.

- 8.-) Código Procesal penal; Segunda Edición Oficial; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2003.
- 9.-) Carocca, Alex; Duce, Mauricio; Riego, Cristian; Baytelman, Andrés; Vargas, Juan Enrique; La etapa de investigación en el nuevo proceso penal; Editorial Conosur; Santiago de Chile; Chile; 2000.
- 10.-) Couso Salas, Jaime; Oportunidad versus Legalidad: entre Economía político-criminal, despenalización y principios garantistas. En Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal; Cuadernos de Análisis Jurídico N°39; Universidad Diego Portales; Santiago de Chile; Chile; 1998.
- 11.-) Chahuán Sarrás, Sabas; Manual del Nuevo Procedimiento Penal; Editorial Lexis Nexis Chile; Santiago de Chile; Chile; 2002.
- 12.-) Diccionario Internacional Simon and Schuster's; Editorial Simon and Schuster's; Tercera edición; New York; Estados Unidos; 1980.
- 13.-) Duce, Mauricio y Riego, Cristian; Introducción al nuevo sistema procesal penal Volumen 1; Universidad Diego Portales; Santiago de Chile; Chile; 2001.
- 14.-) Ferrajoli, Luigi; Derecho y razón, teoría del garantismo penal; Editorial Trotta; Quinta edición; Madrid; España; 2001.
- 15.-) Garnick, Murray R.; *Two Models of Prosecutorial Vindictiveness* en *Georgia Law Review*; vol.17; 1983.
- 16.-) Guariglia, Fabricio; Facultad discrecional del Ministerio Público e investigación preparatoria: Principio de oportunidad; Revista El Ministerio Público en el Proceso Penal; Editorial Ad Hoc; Buenos Aires; Argentina; 1993.
- 17.-) Horvitz Lennon, María Inés; Ministerio Público y Selectividad; Revista Penas y Estado N°2; Buenos Aires; Argentina; 1997.
- 18.-) Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián; Derecho procesal chileno, principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapa de investigación. Tomo I; Primera edición; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2002.
- 19.-) Langbein, John; La desaparición del juicio por Jurados; Nueva Doctrina Penal; Buenos Aires; Argentina; 1996.
- 20.-) Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.
- 21.-) López Masle, Julián; Principios del Sistema Procesal Chileno; Apuntes de clase para el diplomado de la Reforma Procesal Penal de la Universidad de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2001.
- 22.-) Maier, Julio; Derecho Procesal Argentino; Editorial Hammurabi S.R.L.; Buenos Aires; Argentina; 1989.
- 23.-) Maier, Julio; La Ordenanza Penal Alemana Vol. II; Buenos Aires; Argentina; 1982.
- 24.-) Ministerio Publico; Instructivo N°42 sobre Archivo Provisional y la Facultad de no iniciar la Investigación, en Reforma Procesal Penal; Instrucciones Generales; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2001.
- 25.-) Pfeffer Urquiaga, Emilio; Código Procesal Penal anotado y concordado; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; Chile; 2001.

## WEBLIOGRAFIA:

- 1.-) Ministerio Publico; Instructivo N° 75 que fija texto sustitutivo del Instructivo N° 42 sobre archivo provisional y facultad para no iniciar investigación;  
<<http://www.ministeriopublico.cl/explorer/instructivos/instructivo75.htm>>.
- 2.-) Ministerio Publico; Instructivo N°35, que imparte criterios de actuación e instrucciones en materia de principio de oportunidad;  
<<http://www.ministeriopublico.cl/explorer/instructivos/instructivo35.htm>>.