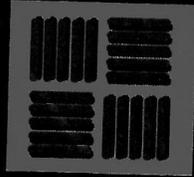


Pena y Estado



año 2 • número 2

Ministerio Público
O Ministério Público

revista latinoamericana de política criminal

Ministerio Público y selectividad

María Inés Horvitz Lennon

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público enviado por el Gobierno al Congreso¹, junto con la reforma del Código de Procedimiento Penal², significa la propuesta de un cambio radical de la estructura del sistema de enjuiciamiento criminal en Chile que se espera conlleve una modificación sustancial en los modos culturales de participación en el tema de la justicia. Desde luego, supone el traslado desde un modelo de justicia penal burocrático, ritualista, irracional, ineficiente y fuertemente afectador de los derechos individuales, hacia otro que confía la investigación a un cuerpo técnico esencialmente dedicado a ello, que diseña estrategias de persecución penal y la orienta selectivamente a partir de criterios político-criminales compatibles con el marco institucional de un Estado democrático de derecho, y reconoce como límite infranqueable a su pretensión punitiva el respeto a la dignidad de la persona y a las garantías inherentes al debido proceso. Este nuevo modelo, dinámico, flexible y más racional de justicia criminal que se propone exige –como se ha destacado– un cambio cultural radical de todos los actores en la forma de enfrentar e intervenir en el sistema, requerimiento que constituirá un claro desafío si se considera la arraigada ortodoxia inquisitiva de las instituciones jurídico-penales chilenas.

La existencia de un ministerio público a cargo de la investigación preparatoria supone recoger en nuestro ordenamiento jurídico un principio básico del sistema acusatorio de enjuiciamiento criminal, a saber, que un órgano distinto del jurisdiccional tiene a su cargo la tarea que resulta previa al eventual ejercicio de la acción punitiva a través de su

¹ Fue enviado el 1º de abril de 1996.

² El proyecto de nuevo código de procedimiento penal fue enviado por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados el día 9 de junio de 1995, encontrándose aún pendiente de tramitación parlamentaria.

función requirente³, y pareciera lógico que siendo —como se ha dicho— el “dueño” de la investigación pueda decidir autónomamente cómo llevarla a cabo y seleccionar los antecedentes que sirvan a los efectos de su acusación. Desde esta perspectiva, se justifica la existencia de un órgano jurisdiccional específico —el juez de control de la instrucción— a cargo de controlar las actuaciones del ministerio público en esta fase del procedimiento, especialmente cuando de su investigación pudieran derivarse afectaciones para los derechos fundamentales de la persona.

La discusión anteriormente planteada no resulta baladí: en ella subyace una cuestión fundamental, cual es la que atinge al tipo de investigación preliminar que resulte compatible con un modelo de Estado democrático. Un tipo de investigación burocrática y formalizada, en que se le entregue simultáneamente a un mismo funcionario las tareas antiéticas de investigar y de velar por el respeto de las garantías individuales eventualmente comprometidas, resulta una ficción que cumple únicamente propósitos simbólicos y, en la práctica, un conflicto que necesariamente se resuelve en la derogación del sistema de garantías ligadas al debido proceso. Como gráficamente explica Superti, “no se conoce ningún caso en el que el juez de instrucción, como investigador del Estado, y a los fines de la investigación que venía desarrollando, necesitó entrar a un domicilio privado, y como juez de garantías constitucionales, se denegó a sí mismo la posibilidad de allanar ese domicilio”⁴.

De allí que la estricta separación de las funciones de investigación y de control de los derechos individuales de las personas afectadas con la persecución penal estatal en órganos diferentes resulta la única forma de conciliar intereses tan contrapuestos y, al mismo tiempo, posibilitar el cumplimiento de otros objetivos igualmente deseables, como por ejemplo, dotar de eficacia técnica y racionalidad a la investigación preliminar, hacer responsable al órgano de persecución penal respecto de las políticas aplicadas y restituir al juez sus tareas propiamente jurisdiccionales.

Ahora bien, la pieza central en el nuevo modelo de procedimiento penal propuesto —a diferencia del actual sistema inquisitivo— es el juicio oral, público y contradictorio, que se realiza ante un tribunal colegiado. Éste constituye un derecho irrenunciable del imputado y, en tal contexto, la investigación que lleva a cabo el ministerio público es sólo preparatoria del juicio y, en general, desprovista de formalidades y de todo valor probatorio. Ello no significa, sin embargo, que esta fase del procedimiento penal carezca de relevancia desde la perspectiva de la resolución del conflicto pues en ella pueden darse “cedazos” o “salidas” que constituyen la recepción de mecanismos de selectividad racionales y públicos y que tienen por protagonistas principales al Ministerio Público, al imputado y a la víctima.

Con ello se está reconociendo un dato elemental del funcionamiento de cualquier sistema penal: ninguno tiene capacidad para investigar y castigar todos los delitos que se co-

³ Maier, Julio, *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*, Córdoba, 1975, ps. 20 y siguientes.

⁴ Superti, Héctor, *Últimas reformas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal*, ponencia presentada en el VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal realizado en Córdoba, Argentina, los días 10, 11 y 12 de junio de 1992.



meten. Circunstancia que aparece siempre corroborada a través de los estudios empíricos que revelan la alta “cifra oscura”⁵ de la criminalidad y centran su atención en las diversas instancias de selectividad que exhibe el sistema de control penal⁶. Entre sus resultados aparece claramente evidente la irracionalidad y la desigualdad con que es aplicada la ley penal, especialmente cuando se pertenece a estructuras de poder o a estratos sociales altos, lo que hace más insoportable la discriminación⁷. Por ello que, siguiendo a Zipf y Hassemer nos preguntamos que, si el sistema del derecho penal no puede aprehender ni elaborar todas las infracciones normativas, debe entonces, por lo menos, asegurar que la oportunidad de permanecer en la cifra oscura sea distribuida por igual entre todos los miembros de la sociedad⁸. De allí que, como señala acertadamente Binder, “sólo pueden plantearse dos tipos de respuesta. O bien una respuesta caótica –que oculta, en realidad, el problema y deja, por lo tanto, que el sistema ejerza su propia selectividad sin ninguna orientación de tipo político–, o bien responder estableciendo líneas de política procesal que permitan orientar la selectividad del sistema conforme a ciertos valores”⁹.

La línea de argumentación arriba expuesta pone en tela de juicio la posición de quienes exaltan la vigencia irrestricta del principio de legalidad, de oficialidad de la persecución penal pública y de indisponibilidad de la acción penal pública, que no sólo significaría perseguir criminalmente todos los delitos que se cometen sino que impediría la posibilidad de llegar a acuerdos o efectuar negociaciones entre los actores del procedimiento, pues la finalidad principal de éste es –según los sostenedores de esta posición– la búsqueda de la verdad en representación del interés público¹⁰.

⁵ Cifra oscura o “dark number” no es sino la diferencia existente entre la criminalidad real y la registrada oficialmente, y varía según el tipo de estadística utilizada, ya sea policial o judicial. Su determinación parte de la siguiente comprobación: 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. A partir de estos datos, se trata de indagar qué criterios de selectividad operan en las diferentes instancias del sistema de control penal (policía, fiscal, juez, etc.) que expliquen las zonas de impunidad en ciertos ámbitos de delincuencia o, por el contrario, la persistencia del mismo tipo de “clientela” del sistema que, dada su edad, sexo o condición social tiene dificultades para sustraerse al control penal.

⁶ Cf. autores varios.

⁷ Sobre este tema, ampliamente, Kaiser, G., *Kriminologie*, 1980, § 14, marg. 11 y siguientes.

⁸ Zipf, H., *Política criminal*, Madrid, 1982, ps. 137 y ss.; Hassemer/Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y el derecho penal*, Valencia, 1989, p. 48.

⁹ Binder, Alberto, *Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina*, inédito, adjuntado a los “Materiales para la segunda reunión de trabajo del grupo sobre oralidad en los procesos”, realizada el 8 de septiembre de 1993, Corporación de Promoción Universitaria, p. 12.

¹⁰ En palabras de Eberhard Schmidt, de los preceptos del derecho penal material nace no sólo una pretensión penal pública, sino que, con ella, surge el “deber absoluto de las autoridades estatales de realizar la persecución y el castigo de los culpables”, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1957, p. 221.



Como ya se ha expresado, la realidad desmiente categóricamente la vigencia de estos principios. La información disponible sobre causales de terminación de las causas en los tribunales chilenos dan cuenta de una alta tasa de sobreseimientos temporales, alrededor de un 73 %, para los delitos considerados habitualmente más graves dentro del sistema penal, con excepción de los delitos contra la vida, en que el porcentaje desciende a un 32,31 %¹¹. Estas mismas estadísticas señalan un bajísimo porcentaje de causas que ostentan sentencias condenatorias, entre un 2,59 % (robos con fuerza) y un 15,09 % (hurtos), con excepción nuevamente de los delitos contra la vida, en que el porcentaje se eleva a un 42,05 %. Algunos trabajos de investigación han interpretado negativamente esta tendencia, pero partiendo de la premisa que la “mortalidad” de las causas durante el procedimiento es necesariamente algo indeseable, circunstancia que se vería agravada —además— en el bajo porcentaje de sentencias condenatorias registradas¹². Es decir, en primer lugar la eficacia se mide por el número de sentencias *condenatorias* pronunciadas por los tribunales, lo que plantea toda la discusión sobre el objeto y los fines del proceso penal. Y por otro lado, este tipo de estudios no examina las causas ni los mecanismos que operan en la producción de tales resultados, no hay análisis cualitativos que expliquen el comportamiento de los diferentes agentes del sistema o los criterios de selección utilizados ni, en fin, cómo el bajo rendimiento del sistema pondría en entredicho las bases mismas que lo sustentan.

En efecto, un examen más fino de la forma de operar de los agentes del sistema nos revela no sólo que el principio de legalidad en la persecución penal es una ficción sino que existen mecanismos informales de composición dentro del proceso penal claramente prohibidos por el legislador y que quedan al margen del control público. Ciertas prácticas de “baja visibilidad” de los tribunales de justicia muestran que en el ámbito de determinados delitos, especialmente patrimoniales, la transacción entre imputado y víctima y el posterior desistimiento de ésta conduce, en forma prácticamente inexorable, al sobreseimiento temporal de la causa¹³. Sin contar con la circunstancia de que nuestra legislación admite, explícitamente, supuestos de extinción de la persecución penal pública cuando existe una actuación del imputado encaminada a reparar las consecuencias dañosas del delito, circunstancia que implícitamente se fundamentaría en la falta de interés público en dicha persecución¹⁴.

¹¹ Las estadísticas provienen del Instituto Nacional de Estadísticas correspondientes al año 1990 y se refieren únicamente a los juzgados de letras de Santiago. Parcialmente, las cifras indican un 78,23 % de sobreseimientos temporales para robos con fuerza en las cosas; un 76,18 % para violaciones; un 79,22 % para tráfico de drogas; un 65,97 % para lesiones; un 77,89 % para hurtos; un 64 % para robos con violencia.

¹² Cf. *Libertad y Desarrollo: Seguimiento de causas penales de robo y hurto*, en “Proceso penal y derechos fundamentales”, Colección Estudios n° 1, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, ps. 15 y siguientes.

¹³ Cf. Riego, C., *La víctima de los delitos en el proceso penal chileno*, en “Revista de Ciencias Penales”, t. XL, vol. 2, 1994, p. 68.

¹⁴ Piénsese en la “compra de la acción penal” en los delitos aduaneros; o en el sobreseimiento definitivo que favorece al girador del cheque que paga el valor total del cheque, los intereses y costas de la causa, en el delito de giro doloso de cheques.



De modo que el proyecto de reforma al procedimiento penal chileno no hace sino optar por la alternativa de una selectividad fundamentada en criterios “visibles”, razonables, explícitos hacia la comunidad, ofreciendo a la vez la posibilidad a la víctima de recuperar protagonismo en la solución del conflicto que la afecta a través de mecanismos compositivos dentro del propio procedimiento penal.

En tal sentido, los mecanismos de selectividad contemplados en el proyecto se apoyan, a mi juicio, en dos fundamentos principales: 1) la atribución al ministerio público de limitadas facultades discrecionales a través del principio de oportunidad, y 2) la introducción de formas de negociación entre los actores del procedimiento, que significan formas de terminación anticipada del procedimiento en el marco de una tendencia a la privatización de resolución del conflicto allí donde no aparezca inequívocamente la existencia de un interés público en la persecución.

A nuestro juicio, la operatividad de estas nuevas instituciones y la aplicación de los criterios de selectividad que subyacen en ellas dependen, fundamentalmente, de la autonomía institucional del ministerio público y de su organización interna, factores que permiten desarrollar políticas racionales y eficientes de persecución penal. Por ello, trataremos brevemente esta cuestión al final de este trabajo.

I. Ministerio público y principio de oportunidad

Reconocida teóricamente en el proyecto la vigencia general del principio de legalidad en la persecución de los delitos de acción penal pública¹⁵, se admite excepcionalmente la facultad restringida del ministerio público para no iniciar un procedimiento penal o abandonar el comenzado en relación a determinados casos definidos por la ley¹⁶. Frente a las opciones posibles en el marco de una oportunidad reglada, se planteó la problemática de los límites de discrecionalidad atribuibles al ministerio público dentro del abanico

¹⁵ Se mantiene, pues, especulativamente, el principio de legalidad como criterio rector de la persecución penal en el proyecto de nuevo procedimiento penal chileno a pesar de las enormes críticas que se le dirigen por su falta de sustento empírico, ya analizado, e ideológico: al perder legitimidad las teorías absolutas o retributivas sobre la pena que plantean la necesidad de la persecución penal y de la aplicación de la pena como un imperativo de justicia que excluye cualquier fin de carácter utilitario, no resulta justificable la obligatoriedad de la persecución penal en todo caso de *notitia criminis*. Las razones de su pervivencia en el proyecto han de buscarse en factores de orden cultural y de oportunidad política.

¹⁶ Como es sabido, existen dos modelos generales de aplicación de criterios de oportunidad: uno, en que la oportunidad es la regla y en que el fiscal es el “dueño” de la persecución penal pública, pudiendo seleccionar de entre todos los casos que ingresan al sistema aquellos que considera relevantes desde la perspectiva del interés público, interés que se supone representa pues es un funcionario elegido por votación popular y responde ante la ciudadanía. Éste es el sistema que rige en los países de raigambre anglosajona. El otro modelo, que es el que sigue el proyecto, es el de la oportunidad restringida, en que la tradición cultural continental europea y el mayor desarrollo de la filosofía especulativa (Kant, Hegel) contraria al utilitarismo y sentido común inglés, cimentó el predominio de la legalidad en la persecución penal. Cf. al respecto, Maier, J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Ed. Hammurabi, t. 1b, Fundamentos, 1989, ps. 544 y siguientes.



co más o menos amplio de la criminalidad bagatelaria y de mediana gravedad, cuestión que resultaba especialmente relevante si se atendía a la gravedad y la excesiva desproporcionalidad de las penas que contempla el Código Penal chileno y leyes penales especiales¹⁷ y a la imposibilidad política coyuntural de promover un programa de descriminalización mínima.

El proyecto se inclinó por adoptar únicamente el criterio de insignificancia o importancia ínfima del hecho como motivo de aplicación del principio de oportunidad limitado legalmente por dos factores: un marco máximo de sanción penal asignado al delito de que se trate —que se consideró adecuado para limitar la discrecionalidad del ministerio público en forma absoluta— o que se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, en que aparecería siempre comprometido el interés público¹⁸.

A fin de proteger los derechos de la víctima que pudiere estar interesada en la persecución penal, se prevén dos mecanismos que permiten enervar la decisión del fiscal: cuando la víctima manifiestare de cualquier modo al juez de control de la instrucción su interés en el inicio o la continuación de la persecución penal, o cuando reclamare la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público que corresponda. Con ello se introducen controles jurídicos y políticos a la selección realizada por el ministerio público, que debe adecuarse a criterios de política criminal transparentes y previamente debatidos¹⁹, y que contribuirá a la configuración de responsabilidades de los órganos y funcionarios competentes para aplicarla, hoy oculta o disfrazada tras la ficción del principio de legalidad. Y por otro lado, pero al mismo tiempo, se ha querido evitar la habitual crítica que se dirige al modelo de oportunidad existente en Estados Unidos de Norteamérica, que deja desprotegida a la víctima cuando el fiscal no inicia la persecución penal²⁰, confiriéndole expresamente la facultad de forzar la investigación y persecución del hecho punible aun contra la decisión del fiscal. Dispone también de la facultad de provocar la intervención del juez de control de la instrucción en los casos de archivo provisional de la investigación por falta de antecedentes o de archivo definitivo por no constituir un delito el hecho denunciado o encontrarse extinguida la responsabilidad criminal. Si no exis-

¹⁷ Baste señalar, a modo de ejemplo, que el tráfico de unos gramos de cocaína puede tener una pena superior a la violación de una mujer y la misma que un homicidio simple (cf. arts. 361 y 391, n° 2, CP, y art. 5 en relación al 1 de la ley 19.366).

¹⁸ Aunque esto no siempre es así; piénsese en un delito de malversación de caudales públicos o un fraude de menor entidad.

¹⁹ En el Proyecto de Ley Orgánica de Ministerio Público se prevé la existencia de un comité asesor del ministerio público, integrado por miembros del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que entre otras funciones, podrá emitir su opinión sobre estrategias y políticas generales de persecución penal de los delitos.

²⁰ Así, la actuación de una víctima de compeler al ministerio público a ejercer la acción penal mediante un *writ of mandamus*, fue rechazado por la Corte Suprema sosteniendo que la pertinencia de la acusación era una decisión absolutamente discrecional del fiscal. Stark/Goldstein/Howard, citados por Guariglia, F., *Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*, en "Doctrina Penal" n° 49/52, Buenos Aires, 1990, p. 90.



tiera en estos casos la posibilidad de control judicial, provocado por la víctima, el ministerio público gozaría –por esta vía– de un amplio poder de disposición sobre la acción penal, cuestión que ya ha sido motivo de controversia en otros ordenamientos jurídicos²¹.

Queda por responder si la falta de participación de la víctima en el proceso o la ausencia de un querellante particular en delitos sin víctimas particularizadas, hará surgir enormes espacios de discrecionalidad en la actuación del ministerio público. En tal sentido, la implementación de un modelo restringido de aplicación de criterios de oportunidad unido a la existencia de controles sobre la decisión del fiscal plantea –a su turno– la cuestión de si tal opción será suficiente para canalizar adecuadamente la selectividad inherente al sistema y resolver algunos graves problemas de desigualdad que registra el actual procedimiento penal chileno, o si determinará nuevamente que la discrecionalidad se ejerza o se traslade hacia otras etapas del procedimiento u otras instancias del sistema de justicia criminal más informales y menos transparentes²².

Encaminado a evitar tal posibilidad, el proyecto prevé otros mecanismos para regular la selectividad, a los que haremos alusión más adelante. Sin embargo, estimamos necesario destacar que todos estos instrumentos de política criminal puestos a disposición del ministerio público sólo serán eficientes y útiles si se entiende que no sólo se han introducido para resolver adecuadamente el conflicto suscitado por la comisión de un delito sino también para contribuir a solucionar acuciantes problemas del actual sistema penal. Como, por ejemplo, la necesidad de descriminalizar determinados hechos punibles que colapsan el sistema de justicia criminal, y que pueden ser objeto de otras formas de reacción más útiles y menos severas que la penal o, en que, lisa y llanamente, no aparece necesaria la intervención punitiva²³. O la necesidad de utilizar racionalmente recur-

²¹ En tal sentido, véanse las reflexiones de Guariglia, cit., nota 32, p. 95, sobre la polémica planteada en ocasión del nuevo Código Procesal Penal de la Nación argentino, sobre la base de un proyecto redactado por Ricardo Levene (h.).

²² Existen estudios, particularmente en relación al sistema de justicia criminal estadounidense, que muestran que la introducción de reglas de determinación de penas obligatorias para los jueces (“*mandatory sentences* o *sentencing guidelines*”) desplaza la discrecionalidad desde los jueces –donde la decisión discrecional era “visible”– hacia los fiscales –donde la decisión discrecional es “menos visible”– ya al nivel de iniciación de la persecución penal o de la decisión de formulación de cargos. Las conclusiones tienden a mostrar que la completa eliminación de discrecionalidad no es posible ni deseable, y que desde una perspectiva sistémica, cuando se intenta eliminarla tiende a trasladarse hacia los puntos “menos visibles” del sistema de justicia criminal. De allí que se propugne su aceptación especialmente en el ámbito de la decisión jurisdiccional donde existe mayor control y transparencia. Cf. Ohlin/Remington (ed.), *Discretion in criminal justice: the tension between individualization and uniformity*, State University of New York, 1993, *passim*.

²³ Cifras estadísticas del Instituto Nacional de Estadísticas del año 1992, muestran que del total de la población detenida por carabineros a nivel nacional, 268.115 lo son por la falta de ebriedad simple contemplada en la Ley de Alcoholes; 7.518 lo fueron por los delitos de vagancia y mendicidad; 28.987 por faltas como ofensas a la moral (prostitución) o desórdenes callejeros, y 157.097 por “sospecha” (cf. *infra* nota 26), lo que constituye aproximadamente un 60,9 % del total de detenciones, lo que significa que estas personas son



sos humanos y materiales limitados, asignándolos a la persecución penal de delitos materialmente graves o en que aparezca claramente comprometido el interés público, que paralelamente puede incidir en la corrección de los problemas de desigualdad que conlleva la selectividad natural del sistema²⁴.

Un aspecto del proyecto que, a nuestro juicio, permitirá controlar en gran medida la discrecionalidad y selectividad del sistema de justicia criminal chileno está constituido por el sometimiento de la acción de la policía a la dirección funcional del ministerio público²⁵. No existen en la actualidad estudios empíricos, similares a los que existen en otros países²⁶, sobre el funcionamiento práctico de la policía civil y uniformada chilena asignada al cumplimiento de funciones dentro del sistema de justicia criminal. La enorme reserva que existe en relación a su actividad tiene relación con su estructura autoritaria y militarizada, la percepción de sus tareas frente al crimen como de alta seguridad pública, y su disociación o distanciamiento de la sociedad civil que los hace enfrentar con hostilidad cualquier intento de aproximación o comprensión de su trabajo²⁷. Lo que es prácticamente seguro es que los niveles de discrecionalidad ejercidos por la policía son significativos dentro del sistema, y el control jurisdiccional que se ejerce sobre su actuación es prácticamente nulo dado el carácter esencialmente burocrático de nuestro actual

privadas de su libertad por lapsos que corren desde unas horas hasta varios días; son estigmatizadas y perturbadas gravemente en sus derechos. Al respecto, cf. Riego/Jiménez, *El proceso penal chileno y los derechos humanos*, vol. I y II (Aspectos jurídicos y empíricos), en "Cuadernos de Análisis Jurídico", Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1994.

²⁴ Cf. Maier, cit., p. 558.

²⁵ En la actualidad, son dos instituciones autónomas, la Policía de Investigaciones de Chile –dependiente del Ministerio del Interior– y Carabineros de Chile –dependiente del Ministerio de Defensa– quienes están asignados, en calidad de auxiliares de la administración de justicia, al cumplimiento de las órdenes y resoluciones emanadas de los tribunales de justicia. En la práctica y en gran parte de casos, son ellos quienes efectúan autónomamente la investigación de los delitos y los denuncian a los tribunales. La ley dispone que el personal de la Policía de Investigaciones se encuentra sujeto a "la jurisdicción correccional y económica de los tribunales de justicia" (art. 74 *bis*, CPP).

²⁶ Un importante estudio sobre el funcionamiento práctico del sistema de justicia criminal fue el realizado en EE.UU., en la década de los 50, por la American Bar Foundation, cuyos resultados originaron una vasta literatura sobre el tema. Cf. entre otros, Ohlin/Remington, cit., ps. 5 y ss.; Sherry, A., *The administration of criminal justice in the United States: plan for a survey to be conducted under the auspices of the American Bar Foundation*, Chicago, ABE, 1955. Especialmente relevante fue la información obtenida acerca del trabajo práctico de la policía, inexistente hasta la fecha por la "lógica del secreto o de reserva" que suelen exhibir todos los organismos policiales.

²⁷ Sobre la importancia de una "policía comunitaria", orientada hacia los problemas de la comunidad y más comprometida con ella, para lograr resultados más eficientes y acordes con los derechos de las personas, cf. Goldstein, H., *Confronting the complexity of the policing function*, en "Discretion in criminal justice", cit., ps. 23 y siguientes.



sistema de justicia criminal²⁸. Las amplísimas facultades con que cuentan en la actualidad no se encuentran reguladas legalmente y no existen procedimientos o instrucciones precisas del Poder Judicial que posibiliten un control efectivo en su aplicación práctica. Como señala Riego, “cada agente, y especialmente los que gozan de alguna autonomía en su desempeño, cuenta con un margen de manejo en la ejecución concreta de sus facultades que en la práctica le permite ampliarlas aun más allá de las definiciones legales”²⁹.

De allí que resulte posible esperar que, junto a la eliminación de la detención por sospecha en el nuevo procedimiento penal unido al control eficiente del ministerio público sobre la actividad policial, disminuya la gran discrecionalidad ejercida por la policía que, además, se traduce en fuente de una enorme desigualdad frente al sistema penal. En efecto, la selectividad “natural” del sistema tiende a operar sobre la base de estereotipos de delincuencia fundados en criterios de peligrosidad, que se manifiestan en la pertenencia a determinados sectores sociales, formas de vida o de comportamiento, en expresiones culturales diferentes, etc. De allí surge la “clientela” habitual del sistema penal: prostitutas, vagos, jóvenes desgarbados y melenudos, consumidores de alcohol o drogas, niños abandonados, etc. La elaboración de una política de persecución penal acorde con los principios básicos de un Estado democrático de derecho y su aplicación pública, responsable y transparente a la comunidad por parte de los órganos competentes tenderá –según nuestra opinión– a mitigar en forma importante estos problemas, actuales de la justicia penal en Chile.

II. Ministerio público y formas anticipadas de terminación del procedimiento

Como dijimos anteriormente, el proyecto contempla otros mecanismos de resolución del conflicto penal que inciden en salidas “alternativas” del procedimiento o en una importante abreviación del mismo.

En primer lugar se introduce la “suspensión condicional del procedimiento” que, como sabemos, responde a la estructura de la *probation* anglosajona pero adelantada a la etapa del procedimiento. Nuestro ordenamiento jurídico contempla actualmente las llamadas “medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”³⁰ pero en fa-

²⁸ Especialmente grave en nuestro país son las facultades amplísimas de detención con que cuenta la policía. En efecto, al margen de los supuestos constitucionales que autorizan sólo dos causales de detención, es decir, “por orden de autoridad” y “delito flagrante” (art. 19, n° 7, letra c), la ley contempla tres causales de detención que no resultan subsumibles en los supuestos constitucionales y constituyen casos de detención “por sospecha” (art. 260 n° 3, 4 y 5, CPP). Según estadísticas policiales de 1992 (INE), 157.097 personas fueron detenidas por sospecha de un total de 756.814, es decir un 20,75 % del total.

²⁹ Riego, C., *Juventud y represión penal*, en AA.VV.: Sistema penal y seguridad ciudadana, “Cuadernos de Análisis Jurídico”, n° 21, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1992, ps. 76-78.

³⁰ Se trata de la “remisión condicional de la pena”, la “libertad vigilada” y la “reclusión nocturna”: las dos primeras significan una suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad sujeta a condiciones y la última es una modalidad de cumplimiento de la pena que



se de ejecución de las penas, y están reservadas, en general, a sujetos sin antecedentes penales y en que la pena impuesta en la sentencia no sobrepase los 5 años de privación de libertad³¹. El proyecto admite la posibilidad de la suspensión del procedimiento para este mismo ámbito de casos cuando el fiscal, con acuerdo del imputado, lo solicite al juez de control de la instrucción previa audiencia de la víctima y el querellante particular, si los hubiere. En las modificaciones sufridas por el Proyecto en la Cámara de Diputados se estableció que el acuerdo del imputado importa la aceptación de los hechos materia de la persecución penal y de los antecedentes de la instrucción que la funden. Además se introdujo la prohibición expresa de suspensión del procedimiento en delitos como el homicidio, aborto, secuestro, mutilación, lesiones gravísimas, violación, tráfico ilícito de estupefacientes y sobre conductas terroristas. Concedida la suspensión y transcurrido un determinado lapso de observación sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones y sin que la medida fuere revocada, se extingue la acción penal derivada del hecho punible. El incumplimiento grave y reiterado de las condiciones impuestas o la circunstancia de ser objeto de una nueva formulación de cargos acarrea la revocación de la suspensión del procedimiento, y el juez de control de la instrucción deberá fallar de conformidad a las normas del procedimiento abreviado.

En opinión de diversos autores, esta institución constituye una eficiente forma de reasignar los recursos del sistema de justicia criminal de acuerdo con criterios racionales de persecución penal, proporcionando otras ventajas deseables como la evitación del etiquetamiento formal y un relevante descongestionamiento del servicio judicial. Además, se plantea la posibilidad de auxiliar a la víctima por la vía de establecer como condición de la suspensión la reparación del daño ocasionado con el delito³². En la práctica, el fiscal del ministerio público deberá evaluar la situación del imputado y la gravedad del delito que se le atribuye, con las excepciones que expresamente prevé la ley: si ella es favorable para el otorgamiento de la suspensión del procedimiento a prueba se podrá plantear el acuerdo con el imputado. Con ello, se da un paso adelante en el camino por buscar soluciones al conflicto social originado con la comisión del delito que no significan, *strictu sensu*, la aplicación del derecho penal (*diversion*) y, de paso, se abre la posibilidad de auxiliar a la víctima por la vía de establecer como condición de la suspensión la reparación del daño ocasionado con el delito.

significa la reclusión del condenado en establecimientos especiales entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente. Sobre el tema, cf. Horvitz, M. I., *Las medidas alternativas a la prisión: algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la Ley 18.216*, en Sistema penal y seguridad ciudadana, "Cuadernos de Análisis Jurídico", n° 21, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1992, ps. 131 y siguientes.

³¹ Como se ha observado con anterioridad (cf. *supra*, nota 17), el límite de pena no sirve como punto de referencia para calificar la entidad de los delitos que incluye por la enorme desproporcionalidad del sistema punitivo chileno, denunciado recientemente por un estudio de la Fundación Paz Ciudadana, lo que se ve agravado por la circunstancia de que leyes penales especiales, como la ley de tráfico ilegal de drogas y estupefacientes, han eliminado la facultad del juez de otorgar medidas alternativas en este tipo de delitos.

³² Cafferata Nores, J. I., *La suspensión del proceso a prueba*, en "Temas de Derecho Procesal Penal", Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 29 y siguientes.



e n s a y o s

En suma, creemos que éste será un valioso instrumento político-criminal en manos del ministerio público que debe ser utilizado cada vez que la persecución penal no aparezca como *necesaria* y resulte útil desde la perspectiva del imputado y de la víctima.

En el mismo sentido, de conferir un mayor protagonismo a la víctima y de dar satisfacción a sus intereses ya en el ámbito del procedimiento, se prevé la existencia de los “acuerdos reparatorios” que significan la ampliación de formas ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico de “privatización” de la persecución penal –como los delitos de acción privada– pero a casos en que tradicionalmente ha predominado el planteamiento de existencia de un “interés público” comprometido, aunque sin mayor fundamentación empírica o explicación teórica³³. Se plantean restricciones legales en relación al ámbito de delitos que pueden ser objeto de acuerdos reparatorios sobre la base de una ponderación *ex ante* de los casos en que claramente la reparación dejaría sin resolver un *plus* de injusto que no respondería únicamente al interés privado³⁴. En el esquema de una sociedad extremadamente polarizada y desigual como la nuestra subsiste, sin embargo, una importante objeción a esta “salida alternativa”, cual es que los poderosos económicamente siempre tendrán acceso a ella quedando reservado, una vez más, el instrumento penal para los más débiles y vulnerables socialmente. La crítica parece inobjetable y resulta siempre corroborada por las investigaciones criminológicas que estudian las causas de la impunidad en el ámbito de la delincuencia de “cuello blanco”³⁵. No obstante, pensamos que la explicitación de esta realidad en el proceso penal y el control sobre la operatividad de esta nueva institución permitirán considerar este factor en las políticas de persecución pública, y el ministerio público podrá desarrollar soluciones adecuadas para tales casos –como, por ejemplo, la mediación entre imputado y víctima para promover un acuerdo reparatorio posible de cumplir para el imputado– que eviten que para el sujeto económicamente débil pero dispuesto a colaborar la única reacción penal sea la prisión³⁶.

³³ Hay que recordar que la vigencia del actual Código penal chileno se remonta a 1874 y ha mantenido en forma esencialmente inalterable su estructura desde aquella época, sin que exista aún un proyecto que aborde su reforma en forma general y revise críticamente el fundamento del castigo de una serie de comportamientos cuya criminalización, hoy en día, no aparece legitimada desde la perspectiva de los principios del derecho penal en un Estado democrático de derecho y de necesidad de la intervención punitiva.

³⁴ Así, en el proyecto de ley remitido al Parlamento se plantean como delitos en que el acuerdo reparatorio extingue la responsabilidad penal aquellos que recaen sobre bienes jurídicos disponibles –aunque la terminología utilizada resulta discutible y se presta para numerosas interpretaciones– y/o cuando se trata de cuasidelitos o delitos culposos que no hayan producido la muerte o afecciones graves y permanentes a la integridad física de las personas.

³⁵ La bibliografía sobre el tema es interminable, a modo meramente ejemplar sugerimos: Taylor/Walton/Young, *La nueva criminología*, 2ª ed., Buenos Aires, 1975; Pearce, F., *Los crímenes de los poderosos*, México, 1980; Viladas, C., *La delincuencia económica*, en AA.VV.: “El Pensamiento Criminológico II”, Barcelona, 1983; Vilas, C., *Derecho y Estado en una economía dependiente*, Eudeba, Buenos Aires, 1974.

³⁶ Al revés, en EE.UU. ha sido frecuente la utilización por parte de los fiscales de métodos informales y extralegales para resolver fraudes de poca monta u otros delitos leves



Finalmente, el ministerio público tiene la posibilidad de “abreviar” el procedimiento y evitar el juicio oral si, solicitando la aplicación de una pena privativa de libertad no superior a cinco años o requiriendo cualquier otra que no sea la de muerte, el acusado y su defensor prestan su conformidad a que la causa se falle mediante el procedimiento solicitado. El acuerdo del acusado implica aceptación de los hechos objeto de la acusación y de los antecedentes de la instrucción que la fundan. El juez de control de la instrucción, tras verificar que el consentimiento del acusado haya sido prestado libre y voluntariamente y con conocimiento de sus derechos, y siempre que no exista oposición fundada del querellante, dictará sentencia en la misma audiencia. Cuando la sentencia sea condenatoria, no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal o el querellante, en su caso.

La existencia de procedimientos abreviados con estas características permiten al ministerio público, por regla general, la posibilidad de “negociar la pena” con el acusado, especialmente cuando los antecedentes de la instrucción son contundentes, el sujeto ha sido sorprendido en delito “flagrante”, y en todos aquellos casos en que, por algún motivo, el fiscal o el acusado prefieren evitar la realización del juicio oral³⁷. La gran crítica que puede dirigirse a esta institución se plantea por la circunstancia que se puede condenar a una persona sobre la base de los antecedentes de la instrucción que no tienen ningún valor probatorio, y la sentencia se pronuncia por un juez que ha tenido conocimiento previo de los hechos y antecedentes de la causa. En la configuración de este procedimiento —que tiene por principal objetivo acelerar el proceso cuando todas las partes están de acuerdo y evitar la utilización de recursos en casos especialmente claros— se ha tratado de mitigar estos aspectos negativos rodeando de mayores garantías el otorgamiento del consentimiento (control jurisdiccional, consentimiento por escrito del defensor) e impidiendo la aplicación de una pena superior a la solicitada por el órgano acusador o por el querellante, en su caso. Incluso se prohíbe la posibilidad de fundar la sentencia condenatoria sobre la base exclusiva de los antecedentes policiales, y cabe la interposición de los recursos de apelación y casación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

El procedimiento abreviado puede constituirse en una importante herramienta que permita acelerar los procedimientos y descongestionar el sistema de enjuiciamiento criminal en fases previas al juicio oral, permitiendo así que sólo los casos más graves, complejos o dudosos lleguen a esta etapa procesal con el consiguiente ahorro de recursos humanos y materiales, tal como ocurre en otros países³⁸.

cuando el afectado es una víctima de escasos recursos o carece de asistencia legal. El objetivo fundamental de estas prácticas es solucionar el problema planteado cuando la vía penal no parece ser el camino adecuado, planteamiento sobre el cual descansa la enorme discrecionalidad que ostenta el ministerio público en el sistema de enjuiciamiento criminal estadounidense. Cf. Remington, E., *The decision to charge, the decision to convict on a plea of guilty and the impact of the sentence structure on prosecution practices*, en “Discretion in Criminal Justice”, cit., ps. 73 y siguientes.

³⁷ Cf. Horvitz, M. I., *Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal: tendencias del derecho comparado*, en “Revista de Ciencias Penales”, t. XL, n° 2, 1994, p. XXX.

³⁸ Cf. Horvitz, M. I., cit., ps. 30 y siguientes.



III. Autonomía del Ministerio Público y responsabilidad

El sistema de justicia criminal actualmente vigente resulta parcialmente eficiente cuando se trata de la persecución penal de delitos o falta leves y sencillas, que no ofrecen problemáticas especiales. Los desafíos se presentan con los delitos graves o complejos, o donde existen intereses políticos o económicos comprometidos, en que se alcanzan los mayores grados de impunidad. Para enfrentar esta situación es que se propone organizar el Ministerio Público de forma que pueda abordar con idoneidad las tareas que se le asignan, maximizando la eficiencia a través de la asignación de los recursos de acuerdo con pautas o criterios previamente discutidos. Para lograr esta finalidad de mayor racionalidad y eficiencia en la persecución penal pública, la propuesta de Ley Orgánica de Ministerio Público plantea: a) la autonomía institucional del ministerio público, y b) el diseño de una estructura orgánica interna flexible y ágil que permita adaptar la investigación a las características del caso.

Nuestra experiencia histórica en el ámbito del enjuiciamiento criminal nos muestra que un sistema burocrático, ritualista y estructuralmente ineficiente lleva necesariamente a la conculcación de las garantías individuales para exhibir algún grado de eficacia ante la comunidad, como por ejemplo, la obtención de la confesión a través de medios ilegítimos.

De allí que la búsqueda de eficiencia parta –en el Proyecto– de la independencia del ministerio público en relación a los demás poderes del Estado, lo que impediría interferencias tratándose de delitos de corrupción administrativa o en que estuviera involucrado el poder político, preservando su autonomía política, de gestión administrativa, financiera y disciplinaria.

Se quiso, especialmente, desvincular al ministerio público del Poder Judicial por diversas razones. En primer lugar, porque no existiendo en Chile un órgano de gobierno de dicho Poder como el Consejo Nacional de la Magistratura, el ministerio público debería depender orgánica y funcionalmente de la Corte Suprema, lo que llevaría a una identificación corporativa que, a su turno, aumentaría la probabilidad de conservar el sistema inquisitivo, esta vez con jueces instructores disfrazados de fiscales. Y, en segundo lugar, porque la dependencia disciplinaria de la Corte Suprema incidiría con toda seguridad en la burocratización e ineficiencia de la persecución penal, tal como ha sucedido en otros países donde el ministerio público pertenece al Poder Judicial, sin que por su parte mejore sustancialmente el respeto por las garantías procesales³⁹.

Sin embargo, algunas modificaciones sufridas por el Proyecto revelan las dificultades políticas habidas en relación a este delicado punto y los peligros que acechan a la deseada autonomía del ministerio público. Figuran entre ellas: su ubicación institucional dentro del Poder Judicial aunque dotado de “autonomía funcional” (artículo 1); la designación del Fiscal Nacional a partir de una nómina de personas que le propone la Corte Suprema (artículo 21); la existencia de un comité asesor de política criminal (artículo 11)⁴⁰;

³⁹ Cafferata N., *La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional*, en “Doctrina Penal”, 1987, ps. 675 y ss., especialmente 680.

⁴⁰ Cf. lo señalado en relación a este comité en nota 19.

la posibilidad de remoción de los fiscales regionales por la Corte Suprema, a petición del Presidente de la República, y previa declaración de mal comportamiento, etc. Pareciera claro que con estas disposiciones se distorsionan los presupuestos esenciales de un sistema acusatorio, especialmente, la tajante distinción que debiera existir entre las funciones acusatorias y jurisdiccionales. La plena autonomía del ministerio público es la única garantía para el debido ejercicio de las funciones que la ley le atribuye, para dotarlo de eficiencia y para hacer efectiva sus responsabilidades.

En suma, y como ya lo adelantáramos, creemos que el éxito de la reforma integral del sistema de justicia penal chileno tiene por desafío principal un cambio cultural radical, un cambio en la “estructura del litigio”, según la frase acuñada por Binder⁴¹. Esto no significa que los elementos del viejo sistema no vayan a influir sobre los nuevos; por eso han de buscarse los mecanismos que impidan que ellos pesen de forma gravitante y, por el contrario, aseguren la transformación definitiva del sistema de justicia penal. De allí que sea esencial, a nuestro juicio, el perfil del nuevo fiscal: debe tratarse de sujetos ágiles, que toman la iniciativa, organizan la investigación, que toman decisiones claves en la persecución penal, que se enfrenta dialécticamente con el juez y con el defensor. En suma, se requiere algo más que capacitación o que un cambio de mentalidades, es decir, un conjunto de nuevos valores y nuevas formas de interacción⁴². La reforma en el plano legislativo es sólo el primer paso pues, como dice Binder, la verdadera reforma aún está pendiente.

⁴¹ Binder, A., *Reflexiones sobre el proceso de transformación de la justicia penal*, en “La implementación de la reforma procesal penal”, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial (CPU) y National Center of State Courts, Santiago, 1996, ps. 45 y siguientes.

⁴² Binder, cit., nota 40, ps. 59-60.



Ministerio Público y selectividad

María Inés Horvitz Lennon

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público enviado por el Gobierno al Congreso¹, junto con la reforma del Código de Procedimiento Penal², significa la propuesta de un cambio radical de la estructura del sistema de enjuiciamiento criminal en Chile que se espera conlleve una modificación sustancial en los modos culturales de participación en el tema de la justicia. Desde luego, supone el traslado desde un modelo de justicia penal burocrático, ritualista, irracional, ineficiente y fuertemente afectador de los derechos individuales, hacia otro que confía la investigación a un cuerpo técnico esencialmente dedicado a ello, que diseña estrategias de persecución penal y la orienta selectivamente a partir de criterios político-criminales compatibles con el marco institucional de un Estado democrático de derecho, y reconoce como límite infranqueable a su pretensión punitiva el respeto a la dignidad de la persona y a las garantías inherentes al debido proceso. Este nuevo modelo, dinámico, flexible y más racional de justicia criminal que se propone exige –como se ha destacado– un cambio cultural radical de todos los actores en la forma de enfrentar e intervenir en el sistema, requerimiento que constituirá un claro desafío si se considera la arraigada ortodoxia inquisitiva de las instituciones jurídico-penales chilenas.

La existencia de un ministerio público a cargo de la investigación preparatoria supone recoger en nuestro ordenamiento jurídico un principio básico del sistema acusatorio de enjuiciamiento criminal, a saber, que un órgano distinto del jurisdiccional tiene a su cargo la tarea que resulta previa al eventual ejercicio de la acción punitiva a través de su

¹ Fue enviado el 1º de abril de 1996.

² El proyecto de nuevo código de procedimiento penal fue enviado por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados el día 9 de junio de 1995, encontrándose aún pendiente de tramitación parlamentaria.

función requirente³, y pareciera lógico que siendo —como se ha dicho— el “dueño” de la investigación pueda decidir autónomamente cómo llevarla a cabo y seleccionar los antecedentes que sirvan a los efectos de su acusación. Desde esta perspectiva, se justifica la existencia de un órgano jurisdiccional específico —el juez de control de la instrucción— a cargo de controlar las actuaciones del ministerio público en esta fase del procedimiento, especialmente cuando de su investigación pudieran derivarse afectaciones para los derechos fundamentales de la persona.

La discusión anteriormente planteada no resulta baladí: en ella subyace una cuestión fundamental, cual es la que atinge al tipo de investigación preliminar que resulte compatible con un modelo de Estado democrático. Un tipo de investigación burocrática y formalizada, en que se le entregue simultáneamente a un mismo funcionario las tareas antiéticas de investigar y de velar por el respeto de las garantías individuales eventualmente comprometidas, resulta una ficción que cumple únicamente propósitos simbólicos y, en la práctica, un conflicto que necesariamente se resuelve en la derogación del sistema de garantías ligadas al debido proceso. Como gráficamente explica Superti, “no se conoce ningún caso en el que el juez de instrucción, como investigador del Estado, y a los fines de la investigación que venía desarrollando, necesitó entrar a un domicilio privado, y como juez de garantías constitucionales, se denegó a sí mismo la posibilidad de allanar ese domicilio”⁴.

De allí que la estricta separación de las funciones de investigación y de control de los derechos individuales de las personas afectadas con la persecución penal estatal en órganos diferentes resulta la única forma de conciliar intereses tan contrapuestos y, al mismo tiempo, posibilitar el cumplimiento de otros objetivos igualmente deseables, como por ejemplo, dotar de eficacia técnica y racionalidad a la investigación preliminar, hacer responsable al órgano de persecución penal respecto de las políticas aplicadas y restituir al juez sus tareas propiamente jurisdiccionales.

Ahora bien, la pieza central en el nuevo modelo de procedimiento penal propuesto —a diferencia del actual sistema inquisitivo— es el juicio oral, público y contradictorio, que se realiza ante un tribunal colegiado. Éste constituye un derecho irrenunciable del imputado y, en tal contexto, la investigación que lleva a cabo el ministerio público es sólo preparatoria del juicio y, en general, desprovista de formalidades y de todo valor probatorio. Ello no significa, sin embargo, que esta fase del procedimiento penal carezca de relevancia desde la perspectiva de la resolución del conflicto pues en ella pueden darse “cedazos” o “salidas” que constituyen la recepción de mecanismos de selectividad racionales y públicos y que tienen por protagonistas principales al Ministerio Público, al imputado y a la víctima.

Con ello se está reconociendo un dato elemental del funcionamiento de cualquier sistema penal: ninguno tiene capacidad para investigar y castigar todos los delitos que se co-

³ Maier, Julio, *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*, Córdoba, 1975, ps. 20 y siguientes.

⁴ Superti, Héctor, *Últimas reformas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal*, ponencia presentada en el VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal realizado en Córdoba, Argentina, los días 10, 11 y 12 de junio de 1992.



meten. Circunstancia que aparece siempre corroborada a través de los estudios empíricos que revelan la alta “cifra oscura”⁵ de la criminalidad y centran su atención en las diversas instancias de selectividad que exhibe el sistema de control penal⁶. Entre sus resultados aparece claramente evidente la irracionalidad y la desigualdad con que es aplicada la ley penal, especialmente cuando se pertenece a estructuras de poder o a estratos sociales altos, lo que hace más insoportable la discriminación⁷. Por ello que, siguiendo a Zipf y Hassemer nos preguntamos que, si el sistema del derecho penal no puede aprehender ni elaborar todas las infracciones normativas, debe entonces, por lo menos, asegurar que la oportunidad de permanecer en la cifra oscura sea distribuida por igual entre todos los miembros de la sociedad⁸. De allí que, como señala acertadamente Binder, “sólo pueden plantearse dos tipos de respuesta. O bien una respuesta caótica –que oculta, en realidad, el problema y deja, por lo tanto, que el sistema ejerza su propia selectividad sin ninguna orientación de tipo político–, o bien responder estableciendo líneas de política procesal que permitan orientar la selectividad del sistema conforme a ciertos valores”⁹.

La línea de argumentación arriba expuesta pone en tela de juicio la posición de quienes exaltan la vigencia irrestricta del principio de legalidad, de oficialidad de la persecución penal pública y de indisponibilidad de la acción penal pública, que no sólo significaría perseguir criminalmente todos los delitos que se cometen sino que impediría la posibilidad de llegar a acuerdos o efectuar negociaciones entre los actores del procedimiento, pues la finalidad principal de éste es –según los sostenedores de esta posición– la búsqueda de la verdad en representación del interés público¹⁰.

⁵ Cifra oscura o “dark number” no es sino la diferencia existente entre la criminalidad real y la registrada oficialmente, y varía según el tipo de estadística utilizada, ya sea policial o judicial. Su determinación parte de la siguiente comprobación: 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. A partir de estos datos, se trata de indagar qué criterios de selectividad operan en las diferentes instancias del sistema de control penal (policía, fiscal, juez, etc.) que expliquen las zonas de impunidad en ciertos ámbitos de delincuencia o, por el contrario, la persistencia del mismo tipo de “clientela” del sistema que, dada su edad, sexo o condición social tiene dificultades para sustraerse al control penal.

⁶ Cf. autores varios.

⁷ Sobre este tema, ampliamente, Kaiser, G., *Kriminologie*, 1980, § 14, marg. 11 y siguientes.

⁸ Zipf, H., *Política criminal*, Madrid, 1982, ps. 137 y ss.; Hassemer/Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y el derecho penal*, Valencia, 1989, p. 48.

⁹ Binder, Alberto, *Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina*, inédito, adjuntado a los “Materiales para la segunda reunión de trabajo del grupo sobre oralidad en los procesos”, realizada el 8 de septiembre de 1993, Corporación de Promoción Universitaria, p. 12.

¹⁰ En palabras de Eberhard Schmidt, de los preceptos del derecho penal material nace no sólo una pretensión penal pública, sino que, con ella, surge el “deber absoluto de las autoridades estatales de realizar la persecución y el castigo de los culpables”, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1957, p. 221.



Como ya se ha expresado, la realidad desmiente categóricamente la vigencia de estos principios. La información disponible sobre causales de terminación de las causas en los tribunales chilenos dan cuenta de una alta tasa de sobreseimientos temporales, alrededor de un 73 %, para los delitos considerados habitualmente más graves dentro del sistema penal, con excepción de los delitos contra la vida, en que el porcentaje desciende a un 32,31 %¹¹. Estas mismas estadísticas señalan un bajísimo porcentaje de causas que ostentan sentencias condenatorias, entre un 2,59 % (robos con fuerza) y un 15,09 % (hurtos), con excepción nuevamente de los delitos contra la vida, en que el porcentaje se eleva a un 42,05 %. Algunos trabajos de investigación han interpretado negativamente esta tendencia, pero partiendo de la premisa que la “mortalidad” de las causas durante el procedimiento es necesariamente algo indeseable, circunstancia que se vería agravada —además— en el bajo porcentaje de sentencias condenatorias registradas¹². Es decir, en primer lugar la eficacia se mide por el número de sentencias *condenatorias* pronunciadas por los tribunales, lo que plantea toda la discusión sobre el objeto y los fines del proceso penal. Y por otro lado, este tipo de estudios no examina las causas ni los mecanismos que operan en la producción de tales resultados, no hay análisis cualitativos que expliquen el comportamiento de los diferentes agentes del sistema o los criterios de selección utilizados ni, en fin, cómo el bajo rendimiento del sistema pondría en entredicho las bases mismas que lo sustentan.

En efecto, un examen más fino de la forma de operar de los agentes del sistema nos revela no sólo que el principio de legalidad en la persecución penal es una ficción sino que existen mecanismos informales de composición dentro del proceso penal claramente prohibidos por el legislador y que quedan al margen del control público. Ciertas prácticas de “baja visibilidad” de los tribunales de justicia muestran que en el ámbito de determinados delitos, especialmente patrimoniales, la transacción entre imputado y víctima y el posterior desistimiento de ésta conduce, en forma prácticamente inexorable, al sobreseimiento temporal de la causa¹³. Sin contar con la circunstancia de que nuestra legislación admite, explícitamente, supuestos de extinción de la persecución penal pública cuando existe una actuación del imputado encaminada a reparar las consecuencias dañosas del delito, circunstancia que implícitamente se fundamentaría en la falta de interés público en dicha persecución¹⁴.

¹¹ Las estadísticas provienen del Instituto Nacional de Estadísticas correspondientes al año 1990 y se refieren únicamente a los juzgados de letras de Santiago. Parcialmente, las cifras indican un 78,23 % de sobreseimientos temporales para robos con fuerza en las cosas; un 76,18 % para violaciones; un 79,22 % para tráfico de drogas; un 65,97 % para lesiones; un 77,89 % para hurtos; un 64 % para robos con violencia.

¹² Cf. *Libertad y Desarrollo: Seguimiento de causas penales de robo y hurto*, en “Proceso penal y derechos fundamentales”, Colección Estudios n° 1, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, ps. 15 y siguientes.

¹³ Cf. Riego, C., *La víctima de los delitos en el proceso penal chileno*, en “Revista de Ciencias Penales”, t. XL, vol. 2, 1994, p. 68.

¹⁴ Piénsese en la “compra de la acción penal” en los delitos aduaneros; o en el sobreseimiento definitivo que favorece al girador del cheque que paga el valor total del cheque, los intereses y costas de la causa, en el delito de giro doloso de cheques.



De modo que el proyecto de reforma al procedimiento penal chileno no hace sino optar por la alternativa de una selectividad fundamentada en criterios “visibles”, razonables, explícitos hacia la comunidad, ofreciendo a la vez la posibilidad a la víctima de recuperar protagonismo en la solución del conflicto que la afecta a través de mecanismos compositivos dentro del propio procedimiento penal.

En tal sentido, los mecanismos de selectividad contemplados en el proyecto se apoyan, a mi juicio, en dos fundamentos principales: 1) la atribución al ministerio público de limitadas facultades discrecionales a través del principio de oportunidad, y 2) la introducción de formas de negociación entre los actores del procedimiento, que significan formas de terminación anticipada del procedimiento en el marco de una tendencia a la privatización de resolución del conflicto allí donde no aparezca inequívocamente la existencia de un interés público en la persecución.

A nuestro juicio, la operatividad de estas nuevas instituciones y la aplicación de los criterios de selectividad que subyacen en ellas dependen, fundamentalmente, de la autonomía institucional del ministerio público y de su organización interna, factores que permiten desarrollar políticas racionales y eficientes de persecución penal. Por ello, trataremos brevemente esta cuestión al final de este trabajo.

I. Ministerio público y principio de oportunidad

Reconocida teóricamente en el proyecto la vigencia general del principio de legalidad en la persecución de los delitos de acción penal pública¹⁵, se admite excepcionalmente la facultad restringida del ministerio público para no iniciar un procedimiento penal o abandonar el comenzado en relación a determinados casos definidos por la ley¹⁶. Frente a las opciones posibles en el marco de una oportunidad reglada, se planteó la problemática de los límites de discrecionalidad atribuibles al ministerio público dentro del abanico

¹⁵ Se mantiene, pues, especulativamente, el principio de legalidad como criterio rector de la persecución penal en el proyecto de nuevo procedimiento penal chileno a pesar de las enormes críticas que se le dirigen por su falta de sustento empírico, ya analizado, e ideológico: al perder legitimidad las teorías absolutas o retributivas sobre la pena que plantean la necesidad de la persecución penal y de la aplicación de la pena como un imperativo de justicia que excluye cualquier fin de carácter utilitario, no resulta justificable la obligatoriedad de la persecución penal en todo caso de *notitia criminis*. Las razones de su pervivencia en el proyecto han de buscarse en factores de orden cultural y de oportunidad política.

¹⁶ Como es sabido, existen dos modelos generales de aplicación de criterios de oportunidad: uno, en que la oportunidad es la regla y en que el fiscal es el “dueño” de la persecución penal pública, pudiendo seleccionar de entre todos los casos que ingresan al sistema aquellos que considera relevantes desde la perspectiva del interés público, interés que se supone representa pues es un funcionario elegido por votación popular y responde ante la ciudadanía. Éste es el sistema que rige en los países de raigambre anglosajona. El otro modelo, que es el que sigue el proyecto, es el de la oportunidad restringida, en que la tradición cultural continental europea y el mayor desarrollo de la filosofía especulativa (Kant, Hegel) contraria al utilitarismo y sentido común inglés, cimentó el predominio de la legalidad en la persecución penal. Cf. al respecto, Maier, J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Ed. Hammurabi, t. 1b, Fundamentos, 1989, ps. 544 y siguientes.



co más o menos amplio de la criminalidad bagatelaria y de mediana gravedad, cuestión que resultaba especialmente relevante si se atendía a la gravedad y la excesiva desproporcionalidad de las penas que contempla el Código Penal chileno y leyes penales especiales¹⁷ y a la imposibilidad política coyuntural de promover un programa de descriminalización mínima.

El proyecto se inclinó por adoptar únicamente el criterio de insignificancia o importancia ínfima del hecho como motivo de aplicación del principio de oportunidad limitado legalmente por dos factores: un marco máximo de sanción penal asignado al delito de que se trate —que se consideró adecuado para limitar la discrecionalidad del ministerio público en forma absoluta— o que se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, en que aparecería siempre comprometido el interés público¹⁸.

A fin de proteger los derechos de la víctima que pudiere estar interesada en la persecución penal, se prevén dos mecanismos que permiten enervar la decisión del fiscal: cuando la víctima manifiestare de cualquier modo al juez de control de la instrucción su interés en el inicio o la continuación de la persecución penal, o cuando reclamare la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público que corresponda. Con ello se introducen controles jurídicos y políticos a la selección realizada por el ministerio público, que debe adecuarse a criterios de política criminal transparentes y previamente debatidos¹⁹, y que contribuirá a la configuración de responsabilidades de los órganos y funcionarios competentes para aplicarla, hoy oculta o disfrazada tras la ficción del principio de legalidad. Y por otro lado, pero al mismo tiempo, se ha querido evitar la habitual crítica que se dirige al modelo de oportunidad existente en Estados Unidos de Norteamérica, que deja desprotegida a la víctima cuando el fiscal no inicia la persecución penal²⁰, confiriéndole expresamente la facultad de forzar la investigación y persecución del hecho punible aun contra la decisión del fiscal. Dispone también de la facultad de provocar la intervención del juez de control de la instrucción en los casos de archivo provisional de la investigación por falta de antecedentes o de archivo definitivo por no constituir un delito el hecho denunciado o encontrarse extinguida la responsabilidad criminal. Si no exis-

¹⁷ Baste señalar, a modo de ejemplo, que el tráfico de unos gramos de cocaína puede tener una pena superior a la violación de una mujer y la misma que un homicidio simple (cf. arts. 361 y 391, n° 2, CP, y art. 5 en relación al 1 de la ley 19.366).

¹⁸ Aunque esto no siempre es así; piénsese en un delito de malversación de caudales públicos o un fraude de menor entidad.

¹⁹ En el Proyecto de Ley Orgánica de Ministerio Público se prevé la existencia de un comité asesor del ministerio público, integrado por miembros del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que entre otras funciones, podrá emitir su opinión sobre estrategias y políticas generales de persecución penal de los delitos.

²⁰ Así, la actuación de una víctima de compeler al ministerio público a ejercer la acción penal mediante un *writ of mandamus*, fue rechazado por la Corte Suprema sosteniendo que la pertinencia de la acusación era una decisión absolutamente discrecional del fiscal. Stark/Goldstein/Howard, citados por Guariglia, F., *Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*, en "Doctrina Penal" n° 49/52, Buenos Aires, 1990, p. 90.



tiera en estos casos la posibilidad de control judicial, provocado por la víctima, el ministerio público gozaría –por esta vía– de un amplio poder de disposición sobre la acción penal, cuestión que ya ha sido motivo de controversia en otros ordenamientos jurídicos²¹.

Queda por responder si la falta de participación de la víctima en el proceso o la ausencia de un querellante particular en delitos sin víctimas particularizadas, hará surgir enormes espacios de discrecionalidad en la actuación del ministerio público. En tal sentido, la implementación de un modelo restringido de aplicación de criterios de oportunidad unido a la existencia de controles sobre la decisión del fiscal plantea –a su turno– la cuestión de si tal opción será suficiente para canalizar adecuadamente la selectividad inherente al sistema y resolver algunos graves problemas de desigualdad que registra el actual procedimiento penal chileno, o si determinará nuevamente que la discrecionalidad se ejerza o se traslade hacia otras etapas del procedimiento u otras instancias del sistema de justicia criminal más informales y menos transparentes²².

Encaminado a evitar tal posibilidad, el proyecto prevé otros mecanismos para regular la selectividad, a los que haremos alusión más adelante. Sin embargo, estimamos necesario destacar que todos estos instrumentos de política criminal puestos a disposición del ministerio público sólo serán eficientes y útiles si se entiende que no sólo se han introducido para resolver adecuadamente el conflicto suscitado por la comisión de un delito sino también para contribuir a solucionar acuciantes problemas del actual sistema penal. Como, por ejemplo, la necesidad de descriminalizar determinados hechos punibles que colapsan el sistema de justicia criminal, y que pueden ser objeto de otras formas de reacción más útiles y menos severas que la penal o, en que, lisa y llanamente, no aparece necesaria la intervención punitiva²³. O la necesidad de utilizar racionalmente recur-

²¹ En tal sentido, véanse las reflexiones de Guariglia, cit., nota 32, p. 95, sobre la polémica planteada en ocasión del nuevo Código Procesal Penal de la Nación argentino, sobre la base de un proyecto redactado por Ricardo Levene (h.).

²² Existen estudios, particularmente en relación al sistema de justicia criminal estadounidense, que muestran que la introducción de reglas de determinación de penas obligatorias para los jueces (“*mandatory sentences* o *sentencing guidelines*”) desplaza la discrecionalidad desde los jueces –donde la decisión discrecional era “visible”– hacia los fiscales –donde la decisión discrecional es “menos visible”– ya al nivel de iniciación de la persecución penal o de la decisión de formulación de cargos. Las conclusiones tienden a mostrar que la completa eliminación de discrecionalidad no es posible ni deseable, y que desde una perspectiva sistémica, cuando se intenta eliminarla tiende a trasladarse hacia los puntos “menos visibles” del sistema de justicia criminal. De allí que se propugne su aceptación especialmente en el ámbito de la decisión jurisdiccional donde existe mayor control y transparencia. Cf. Ohlin/Remington (ed.), *Discretion in criminal justice: the tension between individualization and uniformity*, State University of New York, 1993, *passim*.

²³ Cifras estadísticas del Instituto Nacional de Estadísticas del año 1992, muestran que del total de la población detenida por carabineros a nivel nacional, 268.115 lo son por la falta de ebriedad simple contemplada en la Ley de Alcoholes; 7.518 lo fueron por los delitos de vagancia y mendicidad; 28.987 por faltas como ofensas a la moral (prostitución) o desórdenes callejeros, y 157.097 por “sospecha” (cf. *infra* nota 26), lo que constituye aproximadamente un 60,9 % del total de detenciones, lo que significa que estas personas son



sos humanos y materiales limitados, asignándolos a la persecución penal de delitos materialmente graves o en que aparezca claramente comprometido el interés público, que paralelamente puede incidir en la corrección de los problemas de desigualdad que conlleva la selectividad natural del sistema²⁴.

Un aspecto del proyecto que, a nuestro juicio, permitirá controlar en gran medida la discrecionalidad y selectividad del sistema de justicia criminal chileno está constituido por el sometimiento de la acción de la policía a la dirección funcional del ministerio público²⁵. No existen en la actualidad estudios empíricos, similares a los que existen en otros países²⁶, sobre el funcionamiento práctico de la policía civil y uniformada chilena asignada al cumplimiento de funciones dentro del sistema de justicia criminal. La enorme reserva que existe en relación a su actividad tiene relación con su estructura autoritaria y militarizada, la percepción de sus tareas frente al crimen como de alta seguridad pública, y su disociación o distanciamiento de la sociedad civil que los hace enfrentar con hostilidad cualquier intento de aproximación o comprensión de su trabajo²⁷. Lo que es prácticamente seguro es que los niveles de discrecionalidad ejercidos por la policía son significativos dentro del sistema, y el control jurisdiccional que se ejerce sobre su actuación es prácticamente nulo dado el carácter esencialmente burocrático de nuestro actual

privadas de su libertad por lapsos que corren desde unas horas hasta varios días; son estigmatizadas y perturbadas gravemente en sus derechos. Al respecto, cf. Riego/Jiménez, *El proceso penal chileno y los derechos humanos*, vol. I y II (Aspectos jurídicos y empíricos), en "Cuadernos de Análisis Jurídico", Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1994.

²⁴ Cf. Maier, cit., p. 558.

²⁵ En la actualidad, son dos instituciones autónomas, la Policía de Investigaciones de Chile –dependiente del Ministerio del Interior– y Carabineros de Chile –dependiente del Ministerio de Defensa– quienes están asignados, en calidad de auxiliares de la administración de justicia, al cumplimiento de las órdenes y resoluciones emanadas de los tribunales de justicia. En la práctica y en gran parte de casos, son ellos quienes efectúan autónomamente la investigación de los delitos y los denuncian a los tribunales. La ley dispone que el personal de la Policía de Investigaciones se encuentra sujeto a "la jurisdicción correccional y económica de los tribunales de justicia" (art. 74 *bis*, CPP).

²⁶ Un importante estudio sobre el funcionamiento práctico del sistema de justicia criminal fue el realizado en EE.UU., en la década de los 50, por la American Bar Foundation, cuyos resultados originaron una vasta literatura sobre el tema. Cf. entre otros, Ohlin/Remington, cit., ps. 5 y ss.; Sherry, A., *The administration of criminal justice in the United States: plan for a survey to be conducted under the auspices of the American Bar Foundation*, Chicago, ABE, 1955. Especialmente relevante fue la información obtenida acerca del trabajo práctico de la policía, inexistente hasta la fecha por la "lógica del secreto o de reserva" que suelen exhibir todos los organismos policiales.

²⁷ Sobre la importancia de una "policía comunitaria", orientada hacia los problemas de la comunidad y más comprometida con ella, para lograr resultados más eficientes y acordes con los derechos de las personas, cf. Goldstein, H., *Confronting the complexity of the policing function*, en "Discretion in criminal justice", cit., ps. 23 y siguientes.



sistema de justicia criminal²⁸. Las amplísimas facultades con que cuentan en la actualidad no se encuentran reguladas legalmente y no existen procedimientos o instrucciones precisas del Poder Judicial que posibiliten un control efectivo en su aplicación práctica. Como señala Riego, “cada agente, y especialmente los que gozan de alguna autonomía en su desempeño, cuenta con un margen de manejo en la ejecución concreta de sus facultades que en la práctica le permite ampliarlas aun más allá de las definiciones legales”²⁹.

De allí que resulte posible esperar que, junto a la eliminación de la detención por sospecha en el nuevo procedimiento penal unido al control eficiente del ministerio público sobre la actividad policial, disminuya la gran discrecionalidad ejercida por la policía que, además, se traduce en fuente de una enorme desigualdad frente al sistema penal. En efecto, la selectividad “natural” del sistema tiende a operar sobre la base de estereotipos de delincuencia fundados en criterios de peligrosidad, que se manifiestan en la pertenencia a determinados sectores sociales, formas de vida o de comportamiento, en expresiones culturales diferentes, etc. De allí surge la “clientela” habitual del sistema penal: prostitutas, vagos, jóvenes desgarbados y melenudos, consumidores de alcohol o drogas, niños abandonados, etc. La elaboración de una política de persecución penal acorde con los principios básicos de un Estado democrático de derecho y su aplicación pública, responsable y transparente a la comunidad por parte de los órganos competentes tenderá –según nuestra opinión– a mitigar en forma importante estos problemas, actuales de la justicia penal en Chile.

II. Ministerio público y formas anticipadas de terminación del procedimiento

Como dijimos anteriormente, el proyecto contempla otros mecanismos de resolución del conflicto penal que inciden en salidas “alternativas” del procedimiento o en una importante abreviación del mismo.

En primer lugar se introduce la “suspensión condicional del procedimiento” que, como sabemos, responde a la estructura de la *probation* anglosajona pero adelantada a la etapa del procedimiento. Nuestro ordenamiento jurídico contempla actualmente las llamadas “medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”³⁰ pero en fa-

²⁸ Especialmente grave en nuestro país son las facultades amplísimas de detención con que cuenta la policía. En efecto, al margen de los supuestos constitucionales que autorizan sólo dos causales de detención, es decir, “por orden de autoridad” y “delito flagrante” (art. 19, n° 7, letra c), la ley contempla tres causales de detención que no resultan subsumibles en los supuestos constitucionales y constituyen casos de detención “por sospecha” (art. 260 n° 3, 4 y 5, CPP). Según estadísticas policiales de 1992 (INE), 157.097 personas fueron detenidas por sospecha de un total de 756.814, es decir un 20,75 % del total.

²⁹ Riego, C., *Juventud y represión penal*, en AA.VV.: Sistema penal y seguridad ciudadana, “Cuadernos de Análisis Jurídico”, n° 21, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1992, ps. 76-78.

³⁰ Se trata de la “remisión condicional de la pena”, la “libertad vigilada” y la “reclusión nocturna”: las dos primeras significan una suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad sujeta a condiciones y la última es una modalidad de cumplimiento de la pena que



se de ejecución de las penas, y están reservadas, en general, a sujetos sin antecedentes penales y en que la pena impuesta en la sentencia no sobrepase los 5 años de privación de libertad³¹. El proyecto admite la posibilidad de la suspensión del procedimiento para este mismo ámbito de casos cuando el fiscal, con acuerdo del imputado, lo solicite al juez de control de la instrucción previa audiencia de la víctima y el querellante particular, si los hubiere. En las modificaciones sufridas por el Proyecto en la Cámara de Diputados se estableció que el acuerdo del imputado importa la aceptación de los hechos materia de la persecución penal y de los antecedentes de la instrucción que la funden. Además se introdujo la prohibición expresa de suspensión del procedimiento en delitos como el homicidio, aborto, secuestro, mutilación, lesiones gravísimas, violación, tráfico ilícito de estupefacientes y sobre conductas terroristas. Concedida la suspensión y transcurrido un determinado lapso de observación sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones y sin que la medida fuere revocada, se extingue la acción penal derivada del hecho punible. El incumplimiento grave y reiterado de las condiciones impuestas o la circunstancia de ser objeto de una nueva formulación de cargos acarrea la revocación de la suspensión del procedimiento, y el juez de control de la instrucción deberá fallar de conformidad a las normas del procedimiento abreviado.

En opinión de diversos autores, esta institución constituye una eficiente forma de reasignar los recursos del sistema de justicia criminal de acuerdo con criterios racionales de persecución penal, proporcionando otras ventajas deseables como la evitación del etiquetamiento formal y un relevante descongestionamiento del servicio judicial. Además, se plantea la posibilidad de auxiliar a la víctima por la vía de establecer como condición de la suspensión la reparación del daño ocasionado con el delito³². En la práctica, el fiscal del ministerio público deberá evaluar la situación del imputado y la gravedad del delito que se le atribuye, con las excepciones que expresamente prevé la ley: si ella es favorable para el otorgamiento de la suspensión del procedimiento a prueba se podrá plantear el acuerdo con el imputado. Con ello, se da un paso adelante en el camino por buscar soluciones al conflicto social originado con la comisión del delito que no significan, *strictu sensu*, la aplicación del derecho penal (*diversion*) y, de paso, se abre la posibilidad de auxiliar a la víctima por la vía de establecer como condición de la suspensión la reparación del daño ocasionado con el delito.

significa la reclusión del condenado en establecimientos especiales entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente. Sobre el tema, cf. Horvitz, M. I., *Las medidas alternativas a la prisión: algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la Ley 18.216*, en Sistema penal y seguridad ciudadana, "Cuadernos de Análisis Jurídico", n° 21, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1992, ps. 131 y siguientes.

³¹ Como se ha observado con anterioridad (cf. *supra*, nota 17), el límite de pena no sirve como punto de referencia para calificar la entidad de los delitos que incluye por la enorme desproporcionalidad del sistema punitivo chileno, denunciado recientemente por un estudio de la Fundación Paz Ciudadana, lo que se ve agravado por la circunstancia de que leyes penales especiales, como la ley de tráfico ilegal de drogas y estupefacientes, han eliminado la facultad del juez de otorgar medidas alternativas en este tipo de delitos.

³² Cafferata Nores, J. I., *La suspensión del proceso a prueba*, en "Temas de Derecho Procesal Penal", Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 29 y siguientes.



e n s a y o s

En suma, creemos que éste será un valioso instrumento político-criminal en manos del ministerio público que debe ser utilizado cada vez que la persecución penal no aparezca como *necesaria* y resulte útil desde la perspectiva del imputado y de la víctima.

En el mismo sentido, de conferir un mayor protagonismo a la víctima y de dar satisfacción a sus intereses ya en el ámbito del procedimiento, se prevé la existencia de los “acuerdos reparatorios” que significan la ampliación de formas ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico de “privatización” de la persecución penal –como los delitos de acción privada– pero a casos en que tradicionalmente ha predominado el planteamiento de existencia de un “interés público” comprometido, aunque sin mayor fundamentación empírica o explicación teórica³³. Se plantean restricciones legales en relación al ámbito de delitos que pueden ser objeto de acuerdos reparatorios sobre la base de una ponderación *ex ante* de los casos en que claramente la reparación dejaría sin resolver un *plus* de injusto que no respondería únicamente al interés privado³⁴. En el esquema de una sociedad extremadamente polarizada y desigual como la nuestra subsiste, sin embargo, una importante objeción a esta “salida alternativa”, cual es que los poderosos económicamente siempre tendrán acceso a ella quedando reservado, una vez más, el instrumento penal para los más débiles y vulnerables socialmente. La crítica parece inobjetable y resulta siempre corroborada por las investigaciones criminológicas que estudian las causas de la impunidad en el ámbito de la delincuencia de “cuello blanco”³⁵. No obstante, pensamos que la explicitación de esta realidad en el proceso penal y el control sobre la operatividad de esta nueva institución permitirán considerar este factor en las políticas de persecución pública, y el ministerio público podrá desarrollar soluciones adecuadas para tales casos –como, por ejemplo, la mediación entre imputado y víctima para promover un acuerdo reparatorio posible de cumplir para el imputado– que eviten que para el sujeto económicamente débil pero dispuesto a colaborar la única reacción penal sea la prisión³⁶.

³³ Hay que recordar que la vigencia del actual Código penal chileno se remonta a 1874 y ha mantenido en forma esencialmente inalterable su estructura desde aquella época, sin que exista aún un proyecto que aborde su reforma en forma general y revise críticamente el fundamento del castigo de una serie de comportamientos cuya criminalización, hoy en día, no aparece legitimada desde la perspectiva de los principios del derecho penal en un Estado democrático de derecho y de necesidad de la intervención punitiva.

³⁴ Así, en el proyecto de ley remitido al Parlamento se plantean como delitos en que el acuerdo reparatorio extingue la responsabilidad penal aquellos que recaen sobre bienes jurídicos disponibles –aunque la terminología utilizada resulta discutible y se presta para numerosas interpretaciones– y/o cuando se trata de cuasidelitos o delitos culposos que no hayan producido la muerte o afecciones graves y permanentes a la integridad física de las personas.

³⁵ La bibliografía sobre el tema es interminable, a modo meramente ejemplar sugerimos: Taylor/Walton/Young, *La nueva criminología*, 2ª ed., Buenos Aires, 1975; Pearce, F., *Los crímenes de los poderosos*, México, 1980; Viladas, C., *La delincuencia económica*, en AA.VV.: “El Pensamiento Criminológico II”, Barcelona, 1983; Vilas, C., *Derecho y Estado en una economía dependiente*, Eudeba, Buenos Aires, 1974.

³⁶ Al revés, en EE.UU. ha sido frecuente la utilización por parte de los fiscales de métodos informales y extralegales para resolver fraudes de poca monta u otros delitos leves



Finalmente, el ministerio público tiene la posibilidad de “abreviar” el procedimiento y evitar el juicio oral si, solicitando la aplicación de una pena privativa de libertad no superior a cinco años o requiriendo cualquier otra que no sea la de muerte, el acusado y su defensor prestan su conformidad a que la causa se falle mediante el procedimiento solicitado. El acuerdo del acusado implica aceptación de los hechos objeto de la acusación y de los antecedentes de la instrucción que la fundan. El juez de control de la instrucción, tras verificar que el consentimiento del acusado haya sido prestado libre y voluntariamente y con conocimiento de sus derechos, y siempre que no exista oposición fundada del querellante, dictará sentencia en la misma audiencia. Cuando la sentencia sea condenatoria, no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal o el querellante, en su caso.

La existencia de procedimientos abreviados con estas características permiten al ministerio público, por regla general, la posibilidad de “negociar la pena” con el acusado, especialmente cuando los antecedentes de la instrucción son contundentes, el sujeto ha sido sorprendido en delito “flagrante”, y en todos aquellos casos en que, por algún motivo, el fiscal o el acusado prefieren evitar la realización del juicio oral³⁷. La gran crítica que puede dirigirse a esta institución se plantea por la circunstancia que se puede condenar a una persona sobre la base de los antecedentes de la instrucción que no tienen ningún valor probatorio, y la sentencia se pronuncia por un juez que ha tenido conocimiento previo de los hechos y antecedentes de la causa. En la configuración de este procedimiento —que tiene por principal objetivo acelerar el proceso cuando todas las partes están de acuerdo y evitar la utilización de recursos en casos especialmente claros— se ha tratado de mitigar estos aspectos negativos rodeando de mayores garantías el otorgamiento del consentimiento (control jurisdiccional, consentimiento por escrito del defensor) e impidiendo la aplicación de una pena superior a la solicitada por el órgano acusador o por el querellante, en su caso. Incluso se prohíbe la posibilidad de fundar la sentencia condenatoria sobre la base exclusiva de los antecedentes policiales, y cabe la interposición de los recursos de apelación y casación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

El procedimiento abreviado puede constituirse en una importante herramienta que permita acelerar los procedimientos y descongestionar el sistema de enjuiciamiento criminal en fases previas al juicio oral, permitiendo así que sólo los casos más graves, complejos o dudosos lleguen a esta etapa procesal con el consiguiente ahorro de recursos humanos y materiales, tal como ocurre en otros países³⁸.

cuando el afectado es una víctima de escasos recursos o carece de asistencia legal. El objetivo fundamental de estas prácticas es solucionar el problema planteado cuando la vía penal no parece ser el camino adecuado, planteamiento sobre el cual descansa la enorme discrecionalidad que ostenta el ministerio público en el sistema de enjuiciamiento criminal estadounidense. Cf. Remington, E., *The decision to charge, the decision to convict on a plea of guilty and the impact of the sentence structure on prosecution practices*, en “Discretion in Criminal Justice”, cit., ps. 73 y siguientes.

³⁷ Cf. Horvitz, M. I., *Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal: tendencias del derecho comparado*, en “Revista de Ciencias Penales”, t. XL, n° 2, 1994, p. XXX.

³⁸ Cf. Horvitz, M. I., cit., ps. 30 y siguientes.



III. Autonomía del Ministerio Público y responsabilidad

El sistema de justicia criminal actualmente vigente resulta parcialmente eficiente cuando se trata de la persecución penal de delitos o falta leves y sencillas, que no ofrecen problemáticas especiales. Los desafíos se presentan con los delitos graves o complejos, o donde existen intereses políticos o económicos comprometidos, en que se alcanzan los mayores grados de impunidad. Para enfrentar esta situación es que se propone organizar el Ministerio Público de forma que pueda abordar con idoneidad las tareas que se le asignan, maximizando la eficiencia a través de la asignación de los recursos de acuerdo con pautas o criterios previamente discutidos. Para lograr esta finalidad de mayor racionalidad y eficiencia en la persecución penal pública, la propuesta de Ley Orgánica de Ministerio Público plantea: a) la autonomía institucional del ministerio público, y b) el diseño de una estructura orgánica interna flexible y ágil que permita adaptar la investigación a las características del caso.

Nuestra experiencia histórica en el ámbito del enjuiciamiento criminal nos muestra que un sistema burocrático, ritualista y estructuralmente ineficiente lleva necesariamente a la conculcación de las garantías individuales para exhibir algún grado de eficacia ante la comunidad, como por ejemplo, la obtención de la confesión a través de medios ilegítimos.

De allí que la búsqueda de eficiencia parta –en el Proyecto– de la independencia del ministerio público en relación a los demás poderes del Estado, lo que impediría interferencias tratándose de delitos de corrupción administrativa o en que estuviera involucrado el poder político, preservando su autonomía política, de gestión administrativa, financiera y disciplinaria.

Se quiso, especialmente, desvincular al ministerio público del Poder Judicial por diversas razones. En primer lugar, porque no existiendo en Chile un órgano de gobierno de dicho Poder como el Consejo Nacional de la Magistratura, el ministerio público debería depender orgánica y funcionalmente de la Corte Suprema, lo que llevaría a una identificación corporativa que, a su turno, aumentaría la probabilidad de conservar el sistema inquisitivo, esta vez con jueces instructores disfrazados de fiscales. Y, en segundo lugar, porque la dependencia disciplinaria de la Corte Suprema incidiría con toda seguridad en la burocratización e ineficiencia de la persecución penal, tal como ha sucedido en otros países donde el ministerio público pertenece al Poder Judicial, sin que por su parte mejore sustancialmente el respeto por las garantías procesales³⁹.

Sin embargo, algunas modificaciones sufridas por el Proyecto revelan las dificultades políticas habidas en relación a este delicado punto y los peligros que acechan a la deseada autonomía del ministerio público. Figuran entre ellas: su ubicación institucional dentro del Poder Judicial aunque dotado de “autonomía funcional” (artículo 1); la designación del Fiscal Nacional a partir de una nómina de personas que le propone la Corte Suprema (artículo 21); la existencia de un comité asesor de política criminal (artículo 11)⁴⁰;

³⁹ Cafferata N., *La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional*, en “Doctrina Penal”, 1987, ps. 675 y ss., especialmente 680.

⁴⁰ Cf. lo señalado en relación a este comité en nota 19.

la posibilidad de remoción de los fiscales regionales por la Corte Suprema, a petición del Presidente de la República, y previa declaración de mal comportamiento, etc. Pareciera claro que con estas disposiciones se distorsionan los presupuestos esenciales de un sistema acusatorio, especialmente, la tajante distinción que debiera existir entre las funciones acusatorias y jurisdiccionales. La plena autonomía del ministerio público es la única garantía para el debido ejercicio de las funciones que la ley le atribuye, para dotarlo de eficiencia y para hacer efectiva sus responsabilidades.

En suma, y como ya lo adelantáramos, creemos que el éxito de la reforma integral del sistema de justicia penal chileno tiene por desafío principal un cambio cultural radical, un cambio en la "estructura del litigio", según la frase acuñada por Binder⁴¹. Esto no significa que los elementos del viejo sistema no vayan a influir sobre los nuevos; por eso han de buscarse los mecanismos que impidan que ellos pesen de forma gravitante y, por el contrario, aseguren la transformación definitiva del sistema de justicia penal. De allí que sea esencial, a nuestro juicio, el perfil del nuevo fiscal: debe tratarse de sujetos ágiles, que toman la iniciativa, organizan la investigación, que toman decisiones claves en la persecución penal, que se enfrenta dialécticamente con el juez y con el defensor. En suma, se requiere algo más que capacitación o que un cambio de mentalidades, es decir, un conjunto de nuevos valores y nuevas formas de interacción⁴². La reforma en el plano legislativo es sólo el primer paso pues, como dice Binder, la verdadera reforma aún está pendiente.

⁴¹ Binder, A., *Reflexiones sobre el proceso de transformación de la justicia penal*, en "La implementación de la reforma procesal penal", Centro de Desarrollo Jurídico Judicial (CPU) y National Center of State Courts, Santiago, 1996, ps. 45 y siguientes.

⁴² Binder, cit., nota 40, ps. 59-60.

