

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SELECCIÓN DE CASOS
EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL
(Publicado en La Semana Jurídica n° 3, Noviembre de 2000, págs. 5 y 6)

Mauricio Duce¹

I.- El Principio de Legalidad en el Nuevo Proceso Penal

Dentro de las múltiples novedades que introduce el nuevo Código Procesal Penal en nuestro país, una de las más relevantes tiene que ver con la alteración del principio de legalidad procesal como regla absoluta de funcionamiento del sistema de justicia criminal. De acuerdo a este principio, conocido también como de inexcusabilidad o irrevocabilidad de la acción penal, los órganos de persecución penal deben, tan pronto tengan conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito, promover y proseguir la persecución penal pública, sin que puedan suspenderla, interrumpirla o hacer cesar su curso. Dicho en otras palabras, en virtud de este principio a los órganos de persecución penal estatal les corresponde, en forma obligatoria, perseguir todos los delitos de que conocen hasta las últimas consecuencias sin que puedan excusarse de ello.

El carácter absoluto del principio de legalidad en nuestro país impediría a los agentes del sistema disponer una solución del caso diferente al proceso penal y la eventual absolución o condena. En la práctica, sin embargo, este principio no demuestra ser más que un mito o constituir un principio contrafáctico, es decir, que corresponde a una declaración que no se cumple y que no tiene ninguna posibilidad de ser cumplida en la realidad. En su funcionamiento concreto, el sistema chileno se muestra como estructuralmente incapaz de investigar y eventualmente sancionar todos los delitos de que toma conocimiento. Por el contrario, opera de manera altamente selectiva, ya que de los casos que llegan a conocimiento de los órganos que lo integran sólo algunos son investigados a fondo, en tanto que otros son en los hechos abandonados.

Como contrapartida a lo que ocurre en nuestro país, en el debate y modelos de justicia criminal comparados pareciera no ser objeto de discusión el hecho de que uno de los rasgos centrales que permite definir y comprender el funcionamiento de los sistemas penales contemporáneos es el carácter selectivo de los mismos. Es decir, un elemento presente en los diversos sistemas penales sería la existencia de ciertos mecanismos, formales o informales, de selección de los casos que conocen y de los casos que llegan hasta sus instancias finales.

La selectividad presente en los sistemas penales se explica por la imposibilidad material que tienen los mismos, derivada de la existencia de recursos humanos y materiales limitados, de investigar y sancionar todos los delitos que se cometen, e incluso sólo de los que llegan a su conocimiento. Esto mismo lleva a que los distintos sistemas desarrollen, ya sea a través de instrumentos formalizados en la ley en algunos casos o en otros creados de manera

¹ Abogado, Master en Ciencias Jurídicas Universidad de Stanford, Secretario del Equipo Técnico de Redacción de los proyectos de la reforma procesal, Profesor e Investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

informal por los propios operadores del sistema, diversos mecanismos tendientes a dar curso a esa selectividad necesaria para el funcionamiento del mismo.

El hecho de que el sistema nacional y, en general, cualquier otro, operen de una manera selectiva pareciera no ser criticable en sí mismo ya que la justicia criminal, en cuanto subsistema estatal, dispone de recursos escasos para la persecución penal, siendo imposible en la práctica que pueda investigar y sancionar todos los delitos que conoce, como ya he mencionado. Lo que sí resulta criticable es el hecho de que la selectividad se maneje en forma oscura, sin obedecer a criterios prepauteados en la ley, es decir, al margen de mandatos legales y públicos que la encaucen y al margen de presupuestos valorativos que la fundamenten. En definitiva, se critica que la selectividad quede abandonada al criterio de los operadores del sistema, sin controles, sin ninguna racionalidad y sin ningún presupuesto valórico detrás de su ejercicio.

A la luz de consideraciones de esta naturaleza, el nuevo Código Procesal Penal ha introducido un importante cambio en la lógica del sistema. Si bien es cierto se mantiene la vigencia del principio de legalidad como regla general en su funcionamiento (Art. 166 inc. 2º CPP), también se reconocen varias excepciones al mismo. Esto hace que el nuevo proceso penal pueda ser caracterizado como un sistema de discrecionalidad reglada o legalidad restringida y no como uno de legalidad absoluta, tal como lo es el proceso inquisitivo todavía vigente en nuestro país.

Las excepciones a la legalidad contempladas en el nuevo Código pueden agruparse en dos categorías: los mecanismos de selección de casos (archivo provisional, oportunidad y facultad de no iniciar la investigación) y las salidas alternativas (suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios). En lo que sigue analizaré brevemente la regulación que realiza el Código de los mecanismos de selección de casos y luego concluiré con algunas reflexiones acerca del importante rol que cumplen estos mecanismos de selección en el trabajo del nuevo sistema y de los requerimientos que ellos imponen al trabajo concreto del Ministerio Público.

II.- Mecanismos de Selección de Casos en el Nuevo Código Procesal Penal

Un primer grupo de excepciones al principio de legalidad está constituido por un conjunto de mecanismos que permiten a los órganos de persecución penal, fundamentalmente a los fiscales del Ministerio Público, prescindir de la persecución penal en razón a diversos criterios. En todos estos casos, el Código le entrega facultades al Ministerio Público para seleccionar o discriminar, en etapas muy tempranas, los casos en los que resulta conveniente y relevante continuar la persecución penal.

La más importante de estas facultades está constituida por la posibilidad que se otorga a los fiscales de archivar provisionalmente las denuncias cuando en ellas no aprecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los delitos (Art. 167 inc. 1º CPP). Es decir, se trata que los fiscales puedan seleccionar de entre el elevado número de denuncias que llegan a sistema, aquellas que ofrecen posibilidades para conducir una investigación productiva, permitiéndoseles

que en los casos que no ofrecen estas perspectivas puedan evitar desarrollar un proceso de investigación, a lo menos, mientras no surjan nuevos antecedentes que permitan generar un proceso de indagación y acumulación de pruebas.

La facultad descrita tiene por objeto entregar a los fiscales herramientas para resolver un problema muy extendido en los distintos sistemas de justicia criminal. En la práctica, de las denuncias que reciben los sistemas de enjuiciamiento criminal un porcentaje importante está constituido por la relación de hechos acerca de los cuales se aportan muy pocos datos y respecto de los que la experiencia muestra que no tiene mucho sentido conducir una investigación porque la policía no cuenta con elementos mínimos que le permitan seguir alguna pista para la obtención de resultados. Un ejemplo evidente de esta circunstancia está constituido por la multiplicidad de delitos contra la propiedad que son denunciados en nuestro país, que son cometidos por una persona desconocida de la víctima y respecto de los cuales no hay mayores antecedentes, no hay testigos, no hay detención flagrante ni sospechosos reconocidos, e incluso es posible que la víctima no pueda establecer con precisión el lugar donde ocurrió el hecho u otras circunstancias igualmente determinantes. Por otra parte, tampoco se trata de hechos lo suficientemente graves para justificar una investigación demasiado compleja como la que podría montarse aún sin muchos antecedentes si se considera que el hecho lo amerita.

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

Esta facultad debe, en todo caso, ejercerse de modo transparente y conocido, para lo cual es necesario que el Fiscal Nacional dicte instrucciones que la enmarquen, determinado los delitos y las hipótesis en que ella es aplicable. Estas instrucciones deben estar en conocimiento del público y de todos quienes intervienen en el sistema, pudiendo así ser objeto de discusión y corrección. Todo lo anterior sin perjuicio de que tratándose de delitos que merezcan pena afflictiva, el fiscal a cargo del caso deberá siempre someter la decisión de archivar provisionalmente a la aprobación del Fiscal Regional respectivo (Art 167 inc. 2° CPP).

Las consecuencias del ejercicio de esta facultad respecto de cada caso son reversibles, el caso archivado puede siempre ser reactivado por la sola decisión administrativa del fiscal o por la presentación de una querrela por parte de la víctima ante el juez de garantía (Art. 169 CPP). Además, la víctima también puede reclamar internamente ante los superiores del fiscal para provocar un control administrativo de la decisión (Art. 167 inc 3° CPP). Poniéndolo en términos más pedestres, el archivo provisional constituye una decisión que sólo congela al caso pero no lo mata. La idea es que pueda existir una base de datos en la que se registren los casos congelados y, en la

medida que se detecten nuevos antecedentes vinculados al mismo que permitan proyectar una investigación con algún éxito, se pueda descongelar el caso respectivo y reiniciar una investigación. Un límite para el ejercicio de esta facultad por parte de los fiscales es que se haya formalizado la investigación en el caso respectivo. A partir de ese momento si el fiscal considera que no existen antecedentes que le permitan llevar adelante la investigación deberá provocar el sobreseimiento del mismo de acuerdo a las reglas generales.

Una segunda manifestación de facultades para seleccionar los casos que disponen los fiscales está constituida por el llamado principio de oportunidad u oportunidad en sentido estricto (Art. 170 CPP). Se trata de la facultad que se otorga a los fiscales para cerrar aquellos casos en los que aún habiendo antecedentes para investigar o incluso acusar, se considere que los hechos son de una gravedad muy reducida y no comprometen gravemente el interés público. Todo ello con el límite de no tratarse de delitos que tengan una pena mínima superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Esta facultad está orientada a excluir una serie de situaciones que se presentan comúnmente y en las que, si bien existe un hecho que formalmente se enmarca en la definición de un tipo penal, las circunstancias en que el caso se produce hacen que desde el punto de vista del interés social involucrado resulte poco conveniente seguir el camino del proceso y eventualmente de la pena. Se posibilita, en cambio, que puedan operar otros mecanismos sociales de solución del conflicto que resultan menos gravosos o que opere una cierta tolerancia social respecto de hechos sin mayor significación.

En general, la oportunidad está diseñada para cubrir delitos de poca monta o bagatelarios entre los que quedarían cubiertas como categorías generales las faltas, el delito de ultraje público a las buenas costumbres del artículo 373 del Código Penal (utilizado normalmente para detener a prostitutas y travestis), las lesiones menos graves del artículo 399 del Código Penal, los hurtos de especies de poco valor sancionados en el artículo 446 n° 3 del Código Penal, las estafas residuales del artículo 473 del mismo texto, los daños de escasa monta económica contenidos en el artículo 486 del Código Penal, la ebriedad simple del artículo 113 de la Ley de Alcoholes, entre otros. En todo caso, no se trata que la oportunidad sea aplicada a rajatabla en cada una de estas hipótesis. Aquí surge nuevamente la necesidad para el Ministerio Público de elaborar criterios generales con cierta periodicidad conforme a los cuales sus fiscales deberán ejercer esta facultad. La idea es, precisamente, que su ejercicio obedezca a una política formalmente expresada por la institución a efectos de que sea discutida y controlada públicamente y por medio de la cual se pueda racionalizar la persecución penal.

No obstante los avances del nuevo Código en la materia, estas facultades de selección de casos tienen una expresión muy limitada en la nueva legislación procesal penal, tanto por el margen de delitos a que se aplican como por los mecanismos de control para su ejercicio. Así, la aplicación del principio de oportunidad es controlado por el juez de garantía en relación a la legalidad de la decisión del fiscal y, además, por la víctima que siempre puede impedir que se proceda de esta manera reclamando ante el juez y obligando al fiscal a dejar sin efecto su decisión (Art. 170 inc 3°). Por último, la víctima siempre

puede recurrir a un reclamo interno en la propia fiscalía a efectos de que las autoridades superiores puedan revisar el ejercicio de estas atribuciones por parte de los fiscales en concreto.

Otra institución contemplada en el Código que se vincula a las facultades de selección de casos, pero que en estricto rigor no importa una excepción al principio de legalidad, es la que se denomina como facultad de no iniciar la investigación (Art. 168 CPP). En virtud de esta facultad, los fiscales del Ministerio Público pueden, hasta antes de formalizar la investigación, decidir abstenerse de toda actividad de investigación cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito (por ejemplo se tratare de un problema de arriendo o un incumplimiento de un contrato) o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal (por ejemplo que el delito está prescrito). En estos casos la decisión del Ministerio Público siempre debe ser fundada y deberá contar con la aprobación del juez de garantía.

Esta facultad no constituye una excepción al principio de legalidad procesal porque se trata de situaciones en las que realmente no hay un verdadero caso penal. El principio de legalidad sólo obliga a investigar hechos que puedan ser constitutivos de delito y no todas las denuncias que se presenten ante las autoridades de persecución penal. En estas hipótesis no surge la obligación de llevar adelante una investigación.

III .- Consideraciones Finales

Uno de los aspectos claves para el funcionamiento del nuevo sistema de justicia criminal en nuestro país es el desarrollo de una política orientada a controlar la carga de trabajo del sistema de forma tal que le permita funcionar dentro de parámetros razonables de tiempo y calidad. Para el desarrollo de una política de esta naturaleza, el nuevo Código Procesal Penal le ha entregado al Ministerio Público un rol central debido a que se le ha conferido la responsabilidad de utilizar los mecanismos de selección de los casos que ingresan al sistema, o en otras palabras, la llave de entrada al sistema. Aún cuando es criticable que la regulación normativa que hace el Código de estas herramientas todavía resulta tímida, ellas constituyen un avance trascendental con respecto a lo que ha sido nuestra legislación procesal tradicional y permiten perfectamente desarrollar una política importante para control de ingreso de casos.

Buena parte del éxito o fracaso del nuevo sistema procesal penal dependerá, entonces, de la correcta utilización de estas herramientas por parte de los fiscales del Ministerio Público. Como hemos visto, ellas suponen el desarrollo de políticas generales por parte de las autoridades superiores de la institución que permitan un ejercicio amplio, flexible y oportuno de las mismas. Junto con esto, se requiere también el desarrollo de un sistema de trabajo y apoyo administrativo y de gestión que fomente un uso extensivo de estos mecanismos.

En este sentido, la decisión temprana para el ejercicio de los mecanismos de selección de casos pasa por la construcción de un sistema eficiente de evaluación de

denuncias en todas las fiscalías del Ministerio Público. La evaluación inicial de las denuncias constituye una fase clave en el nuevo sistema. La importancia de esta fase no sólo radica en la relevancia de las decisiones que se toman en ella, sino que también en que de ella dependerá, en buena medida, la capacidad del sistema para operar con niveles mayores de eficiencia que los del antiguo proceso inquisitivo según hemos apuntado. Para lograr esto, es imprescindible que los fiscales no sólo tomen y se comprometan con decisiones sobre el caso, por ejemplo de archivar o no continuar la investigación, sino que también, que esas decisiones sean adoptadas en forma rápida, evitando la prolongación excesiva de los procesos y el consiguiente desgaste de recursos humanos y materiales siempre escasos que ello provoca. En definitiva, el objetivo del sistema de evaluación de denuncias es evitar que los fiscales eludan la responsabilidad de tomar decisiones relevantes en forma rápida y, en cambio, sólo adopten medidas que signifiquen alargar injustificadamente el proceso, como por ejemplo, lo que ocurre en muchas ocasiones en el sistema actual, cuando se solicitan órdenes de investigar en casos respecto de los cuales se sabe de antemano que no se obtendrán resultados positivos o cuando se solicita que el denunciante comparezca a ratificar su denuncia como requisito para iniciar la investigación de los hechos. Situaciones de este tipo llevan a la burocratización de la etapa de investigación y a su extensión temporal injustificada, todo ello con un importante desgaste de los muy limitados recursos disponibles para la persecución penal y, además, con altos costos en la legitimidad del sistema, problemas que precisamente se intentan evitar en el nuevo esquema procesal.

En consecuencia, para que los mecanismos de selección de casos puedan funcionar adecuadamente y, a la vez, cumplir con los objetivos estratégicos considerados al momento de su regulación, es imprescindible que el Ministerio Público adopte como parte central de su programa de persecución penal el establecimiento de una política clara en el uso amplio de estos mecanismos y, consiguientemente, dotar a los fiscales de todas las herramientas administrativas, de gestión, de organización del trabajo y de capacitación que les permitan actuar de conformidad a esos objetivos.