

PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA REFORMA PROCESAL PENAL CHILENA¹

Luis Pásara

Sumario: I. Logros, metas cuantitativas y descarte de casos. II. Incidencia de la flagrancia. III. Las salidas alternativas y el espacio de negociación. IV. El tratamiento del delincuente habitual. V. La demanda de seguridad ciudadana y la respuesta del Ministerio Público. VI. La respuesta legislativa de la «agenda corta». VII. Consideraciones finales.

A partir de los años noventa, en catorce países de América Latina se ha introducido un nuevo sistema de procesamiento penal que, aunque conoce variantes nacionales, corresponde a una suerte de modelo común². El cambio es conocido como el paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio y, de sus diversas características, interesa destacar, para los efectos del trabajo cuyos resultados se presentan en este texto, el protagonismo asumido por el fiscal. Este actor —que tenía encargado un rol muy

1 Este trabajo se realizó en el marco del proyecto «Democracia, estado de derecho y sistema judicial en América Latina», del Plan Nacional I+D de la Secretaría de Política Científica y Tecnológica del Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2004-08149-C02-01). El autor agradece los comentarios de Sebastián Linares y Hugo Frühling. Ha sido previamente publicado en *El Programa Seguridad y Ciudadana de FLACSO-Chile* y en la revista *Reforma Judicial*, que publica el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

2 Pásara, 2007.

secundario, casi prescindible, en el modelo tradicional— ha recibido, en el proceso reformado, facultades sumamente importantes:

- Tiene a su cargo la investigación del hecho delictivo.
- Usualmente detenta el monopolio de la acción penal; esto es, solo él puede llevar un hecho delictivo ante el juez —salvo en aquellos casos donde el interés de la víctima cobra preponderancia—, dando lugar así a la apertura de un proceso.
- Ostenta facultades suficientes para eliminar de la vía procedimental aquellos casos que —por una u otra razón legalmente prevista, pero que el fiscal aplica discrecionalmente— no ofrecen elementos bastantes para ser sometidos a juicio.

De allí el interés de examinar, con la mayor profundidad posible, el desempeño efectivo del representante del Ministerio Público en el nuevo proceso penal. El trabajo de campo efectuado en Chile —que es un caso de reforma usualmente presentado como exitoso³ y utilizado como referencia en América Latina— enfocó la atención hacia lo hecho por este actor del proceso penal. Además de efectuarse una revisión de material documental y estadístico⁴, se realizó un examen de una muestra al azar de un centenar de «carpetas» de trabajo del Ministerio Público, en la Fiscalía Centro-Norte de Santiago, acaso la mejor organizada del país, y un conjunto de entrevistas a fiscales, jueces y expertos⁵. Dentro de los límites trazados para el trabajo, no pudo incluirse la interacción con otro actor clave del proceso: el juez, cuya actuación probablemente condiciona de manera significativa la actuación de los fiscales.

En este texto se examinará, primero, algunos logros de la reforma procesal penal (RPP) en Chile, que serán vistos en el contexto del énfasis puesto por el

3 Un reciente informe publicado por la OEA no duda en apuntar que la reforma chilena «puede ser considerada exitosa en la implementación del nuevo proceso penal», distinguiéndola como una excepción en el conjunto de experiencias latinoamericanas en la materia (Lovatón, 2007, pp. 56 y 65).

4 Deben ser destacadas la calidad y accesibilidad de la información estadística del Ministerio Público de Chile, que puede consultarse en <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do?d1=20>>.

5 El autor quiere dejar constancia de la generosa apertura encontrada en el Ministerio Público, en la persona del entonces fiscal nacional Guillermo Piedrabuena y sus colaboradores, así como en la fiscal regional Sonia Rojas y su equipo de la Fiscalía Centro-Norte, quienes facilitaron toda la información que les fue requerida en el curso del trabajo de campo realizado en noviembre de 2007. Para tener una aproximación al modelo de operación de la Fiscalía Centro-Norte de Santiago, ver Pérez Ramírez, 2005.

Ministerio Público en el logro de metas cuantitativas y el extenso uso del descarte de casos; en segundo lugar, se pondrá atención a la incidencia de la flagrancia; luego se mirará al uso de las salidas alternativas y la negociación entre acusación y defensa; enseguida, se reparará en el tratamiento del fenómeno de la delincuencia habitual por los fiscales para poner en discusión la falta de respuesta del Ministerio Público a la inseguridad ciudadana; se examinará la reacción legislativa respecto de esta situación a través de una «reforma de la reforma», aprobada en el congreso chileno a fines de 2007; por último, se formulará unas consideraciones finales.

I. LOGROS, METAS CUANTITATIVAS Y DESCARTE DE CASOS

El trabajo efectuado sugiere que, en el caso chileno, a través de la RPP se ha alcanzado algunas de las promesas de la reforma. En particular, puede afirmarse que el nuevo sistema de enjuiciamiento:

1. Disminuye el número de detenciones ilegales porque el control judicial de detención, realizado dentro de las veinticuatro horas de producida la misma, no solo verifica su legalidad, sino que establece claras pautas de conducta para la autoridad policial.
2. Acorta la duración del proceso, conforme se evidencia en la información contenida en el cuadro 1⁶.
3. Produce la inmediatez del juez, reduciéndose o eliminándose la delegación de funciones⁷.

6 El informe de la Comisión de Expertos de la Reforma Procesal Penal (2003, p. 12) afirmó que «el nuevo sistema ha reducido el tiempo de tramitación en tasas que oscilan entre el 40% y el 60% dependiendo de la Región»; pero no citó bases para ese estimado. Un estudio que comparó el rendimiento de los sistemas, antiguo y nuevo, con información de siete mil causas ingresadas en 2002 (Ministerio Público de Chile, 2004), concluyó en que «el nuevo sistema de enjuiciamiento penal está cerrando más casos en un tiempo razonable»; pero, al cuantificar esa afirmación, resultó algo disminuida: «[...] el nuevo sistema finalizó más causas en menos de 15 meses de iniciadas: 96% del total de casos frente a un 87% del antiguo sistema» (Ministerio Público de Chile, 2004, p. 6).

7 No puede asegurarse que haya mejorado la inmediatez en el caso del fiscal debido a dos razones. Una proviene de que la asignación de un caso determinado a un fiscal se efectúa solo para una etapa procesal del mismo; así, un caso puede ser visto por diversos fiscales a lo largo de su desenvolvimiento, lo que hace difícil que un fiscal llegue a familiarizarse con los elementos del caso. La otra es que la intervención del personal auxiliar del fiscal —incluido el centro de llamadas (*call center*), encargado del contacto con la víctima— que es frecuente y, en ocasiones, parece ser decisiva. De la lectura de carpetas podría deducirse que la intervención del *call center* sustituye a menudo la relación entre el fiscal y el agraviado.

4. Hace efectivo el derecho a la defensa mediante el servicio proporcionado por la Defensa Penal Pública, sustancialmente robustecida a partir de la instauración de la RPP.
5. Reduce el uso de la prisión preventiva como pena anticipada; 22,13% de quienes estaban en prisiones chilenas (en septiembre de 2007) eran presos sin condena⁸, en contraste con 59% de presos en esa condición en 1993⁹. La proporción de 2007 es un nivel moderado dentro de estándares latinoamericanos.

Cuadro 1

Tiempos promedio de tramitación de procesos¹⁰ en todo el país, según categoría de delito, desde el inicio de la RPP hasta el 30 de junio de 2007

Categoría de delito	Días
Robos	108
Robos no violentos	86
Hurtos	59
Otros delitos contra la propiedad	82
Lesiones	79
Homicidios	288
Delitos sexuales	209
Contra la libertad e intimidad de las personas	76
Faltas	43
Delitos ley de tránsito	152
Delitos ley de drogas	152
Delitos económicos	138
Delitos de funcionarios	162
Delitos de leyes especiales	107
Delitos contra la fe pública	151
Cuasidelitos	155
Otros delitos	71
Promedio	84

Fuente: Boletín estadístico del Ministerio Público, primer semestre de 2007, tabla 29.

- 8 Información proveniente de la Gendarmería de Chile, disponible en: <<http://www.gendarmeria.cl>>, extraída el 20 de noviembre de 2007.
- 9 Carranza Lucero, *s/f*.
- 10 El tiempo de tramitación concluye cuando el caso es «terminado» mediante la aplicación de alguno de los términos, judiciales o facultativos (del Ministerio Público), que la ley establece. El cuadro 1 recoge tiempos promedio que se conforman tanto a partir de casos que, como se verá más adelante, son cerrados apenas ingresan al Ministerio Público como de casos que, en ocasiones, tardan mucho tiempo.

Establecida la reforma en Chile, dos de cada tres casos concluyen en el Ministerio Público sin llegar a conocimiento judicial, según se puede advertir en el cuadro 2. Esta evidencia empírica, que concreta el modelo legal de la reforma, refuerza la importancia de explorar los criterios utilizados por la institución en el manejo de casos.

Cuadro 2
Términos aplicados desde el inicio de la RPP hasta el 30 de junio de 2007

Tipo de término	Casos	%
Salidas judiciales	1 004 079	29,74
Sentencias definitivas:	362 406	10,73*
—Condenatorias	355 089	10,51
—Absolutorias	7 317	0,21
Sobreseimiento definitivo	77 190	2,28
Sobreseimiento temporal	16 884	0,5
Suspensión condicional del procedimiento	186 723	5,53
Acuerdo reparatorio	47 652	1,41
Facultad para no investigar	313 224	9,27
Términos facultativos del Ministerio Público	2 168 355	64,23
Archivo provisional	1 607 733	47,62
Principio de oportunidad	398 238	11,79
Decisión de no perseverar	73 581	2,17
Incompetencia	88 803	2,63
Otros términos	203 267	6,02
Agrupación a otro caso	175 036	5,18
Anulación administrativa	11 595	0,74
Otras causales de término	15 478	0,45
Otras causales de suspensión	1 158	0,03
Total	3 375 701	

* Aunque hay dificultades para comparar el bajo porcentaje de casos sentenciados (10,73%) con la información disponible sobre el periodo anterior a la RPP, según información oficial, en 1990 casi uno de cada tres casos (30,7%) ingresados a tribunales y finalizados era materia de sentencia (fuente: Instituto Nacional de Estadística, cit. por Jiménez, 1994, p. 83). Un entrevistado impugnó esta construcción estadística y sostuvo que, en su conocimiento, en el sistema anterior, una mayoría abrumadora de casos desembocaba en el sobreseimiento. Más allá de esta controversia, debe notarse que una ventaja indudable del sistema reformado es la rapidez con la que produce sentencias (ver cuadro 1), en comparación con el sistema anterior.

Fuente: Boletín estadístico del Ministerio Público, primer semestre de 2007, tabla 27 (elaboración propia).

El uso de los términos o salidas según categorías de delitos aparece en el cuadro 3, que permite apreciar las diferencias significativas existentes en la desembocadura que encuentran ciertos delitos en relación con otros. Menos de una cuarta parte de los casos ingresados alcanzan una salida judicial cuando se trata de robos (15,2%), robos no violentos (9,3%) y hurtos (23,3%). Tratándose de condenas, estas se producen en casi la mitad de los casos de drogas (48,3%), mientras giran en torno a uno de cada diez ingresos cuando se trata de robos (10,3%), hurtos (10,4%), lesiones (11,1%), delitos sexuales (13%) y delitos de funcionarios (11,4%). Los delitos económicos casi no son objeto de condena (3,2%). Terminan en el archivamiento provisional cuatro de cada cinco casos de robo (80%), dos terceras partes de los hurtos (64,2%) y alrededor de la mitad de los otros delitos contra la propiedad (48,9%), los de lesiones (43,3%), los delitos sexuales (49,3%) y los delitos contra la libertad e intimidad de las personas (52,9%).

A lo largo del proceso de puesta en práctica de la RPP, el Ministerio Público ha colocado un énfasis muy marcado en alcanzar determinados niveles de desempeño, que han sido cuantificados y han servido de base para propiciar un proceso de emulación entre las fiscalías. En palabras de quien se desempeñaba como director ejecutivo nacional, Pablo Álvarez, al tiempo de hacerse el trabajo de campo: «El Ministerio Público se propuso, primero, tener 90% de los casos terminados al cierre del año. Luego se trató de reducir las salidas facultativas a los casos en que no se pudiera hacer nada. Así se ha bajado [la proporción de estos casos] a 60%».

El énfasis puesto en su momento en el porcentaje anual de «asuntos terminados» hubo de apoyarse en la rapidez para procesar los casos recibidos. Un fiscal jefe entrevistado, que ha trabajado en el Ministerio Público a lo largo de todo el proceso de la RPP, ofreció una visión crítica de ese enfoque: «Al principio no había esa preocupación por la rapidez en terminar. Pero en 2002 sale el informe Duce-Baytelman sosteniendo que había que terminar los casos y la obsesión por terminar se convirtió en doctrina del MP».

El acento se ha puesto posteriormente en otros objetivos, conforme los propios resultados estadísticos sugerían la existencia de algún desbalance, y recientemente se ha centrado esfuerzos en aumentar el porcentaje de asuntos que reciben término judicial.

Un fiscal entrevistado explicó la tarea: «El Ministerio Público busca terminar casos. Lo que debe terminarse (lo que no es viable) debe terminarse rápidamente». El fiscal jefe que tenía una visión crítica del tema evaluó este enfoque: «Es bueno porque permite que no se acumule; es malo porque no se investiga». Un énfasis excesivo en alcanzar determinadas metas cuantificadas puede generar distorsiones en la tarea que corresponde al Ministerio Público y «terminar» un caso puede convertirse, en los hechos, en deshacerse de él. En ese extremo, las diferentes

Cuadro 3
Términos aplicados por categoría de delito (%), desde el inicio de la RPP
hasta el 30 de junio de 2007

Delito/tipo de término	Salida judicial	Sentenc. conden.	Sentenc. absolut.	Sobres. defin.	Sobres. Temp.	Suspen. cond.	Acue. repa.	No inves.	Términ. facultat.	Archivo provisio.	No persev.	P. de oport.	Incomp.
Robos	15,2	10,3	0,6	2,7	0,5	0,8	0,8	0,2	84,8	80	3,8	0,1	0,9
Robos no violentos	9,3	5	0,1	1,6	0,3	1,3	0,5	0,4	90,7	86,7	2,9	0,2	0,8
Hurtos	23,3	10,4	0,1	1,6	0,5	5,5	1,2	4	76,7	64,2	1,2	10,2	1
Otros delitos contra la propiedad	29,6	7,4	0,3	2,5	0,7	5,7	3,9	9	70,4	48,9	2,6	14,5	4,4
Lesiones	27,3	11,1	0,1	1,4	0,4	8,2	2,1	3,9	72,7	43,3	1,8	24,1	3,6
Homicidios	80,9	64,7	4,5	5,9	1,6	1,4	0,1	2,7	19,1	7,3	9,3	0,1	2,5
Delitos sexuales	29,4	13	1,3	4,1	1	1,8	0	8	70,6	49,3	7,9	0,2	13,2
Contra la libertad e intimidad	28,1	3,6	0,2	1,7	0,4	7	1,9	13,2	71,9	52,9	2	14,5	2,6
Faltas	44,8	27,2	0,2	1,8	0,1	2,7	0,6	12,1	55,2	14	0,6	38,4	2,2
Ley de tránsito	91,4	42,2	0,3	2,3	1,9	43,2	0,2	1,4	8,6	2,1	0,6	2,3	3,7
Ley de drogas	57,9	48,3	1,1	2,4	1,4	3,3	0	1,4	42,1	26,5	6,1	6,7	2,7
Económicos	41,2	3,2	0,2	4	2	4,3	5	22,6	58,8	38,5	6,4	6,5	7,4
De funcionarios	34,5	11,4	0,9	5,9	0,6	6,4	0,3	9	65,5	33,4	6	1,5	24,6
Leyes especiales	60,3	19	0,5	5,2	1,3	20,9	0,7	12,6	39,7	23,7	2,8	9,9	3,3
Contra la fe pública	42,2	21,6	0,6	3,6	2	9,4	0,6	4,4	57,8	37,8	6,5	6,6	6,8
Cuasidelitos	46,4	5,1	0,3	6,7	0,5	10,5	9,9	13,6	53,6	29,	3,3	7,4	13,9
Otros delitos	66,5	7,7	0,2	5,5	0,4	6,1	0,4	46,1	33,5	16,9	1,7	11,7	3,2

Fuente: Boletín estadístico del Ministerio Público, primer semestre de 2007, tabla 28 (elaboración propia).

«salidas» contenidas en la RPP, distintas a la judicialización del mismo, pueden ser vistas como simples formas de descongestión de la carga recibida por el Ministerio Público.

Desde la orilla crítica, un juez entrevistado comentó que «se ha puesto demasiado énfasis en la gestión de los casos. Hay una obsesión por terminar casos más que en la calidad de la respuesta» y una colega suya añadió: «Lo que se quiere es el término, no la calidad. Y todos tienen incentivos en terminar el caso». Otro juez aportó un dato que no pudo ser corroborado empíricamente: «A medida que avanza el año, se termina casos más rápido», para cumplir con las metas fijadas. Un académico entrevistado observó: «Las cifras son importantes como parte de una cultura de rendición de cuentas, pero los incentivos [en el Ministerio Público] han sido toscos y han tenido resultados perversos».

Si la tendencia que privilegia terminar los casos produjera resultados efectivamente perversos, estos deberían ser comprobados en el examen de casos ingresados que han sido descartados; esto es, aquellos que no serán efectivamente procesados por el Ministerio Público¹¹, teniendo en cuenta que, si bien esta salida está prevista por la RPP, desestimar casos «constituye una mala decisión si, en el caso concreto, es posible obtener una salida de mejor calidad»¹².

La forma más usual de descartar un caso es el archivo provisional, que según la ley es procedente cuando «no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos» (artículo 167 del CPP) y que, según los datos del cuadro 2, se acercan a la mitad (47,62%) de los ingresados desde que se inició la RPP¹³.

En el examen de carpetas efectuado en el Ministerio Público, se encontró varios casos de lesiones graves que recibieron archivo provisional (números de RUC 0700332692-0, 0600054218-9 y 0600114306-7), luego de poca o ninguna investigación. En un caso particularmente llamativo, de lesiones graves y leves (RUC 0600092984-9), el primer imputado, cónyuge y yerno de las víctimas, con dos antecedentes por hurto, golpeó a su cónyuge, a su suegra y, tres horas después,

11 El Ministerio Público no efectúa una evaluación propia de los casos descartados y ninguna otra institución ha realizado ese trabajo. La reducida muestra con la que trabajó el estudio del que da cuenta este texto permite sugerir algunas interrogantes pero no permite llenar este importante vacío.

12 Comisión de Expertos de la Reforma Procesal Penal, 2003, p. 20.

13 Se llega prácticamente a la mitad de los casos ingresados si a los archivados se suma una forma tardía de archivar, al cabo de la investigación, que es la decisión de no perseverar, «por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundamentar una acusación» (artículo 248 del CPP) y que, según el cuadro 2, corresponde al 2,17% de los casos ingresados.

en compañía de su propio padre, atacó con un fierro a su suegro, a quien buscó en su casa. Las agresiones se realizaron en tres lugares distintos; las dos primeras produjeron lesiones leves y la tercera, lesiones graves. Carabineros informó al Ministerio Público dos meses después de los hechos, luego de interrogar a los suegros, que dijeron que su hija había vuelto a vivir con el principal imputado. El informe policial concluyó con una advertencia: «se recomienda esa fiscalía cite a todas las partes a esa fiscalía a fin de llegar a algún acuerdo con la finalidad de que las agresiones por parte de A. A. hacia su esposa y grupo familiar, en futuro próximo no lleguen a algún final trágico, ya que en las denuncias interpuestas contra esta persona se puede apreciar que este, sería una persona muy violenta». Se citó por el *call center* a la víctima de las lesiones graves, que aceptó comparecer, pero no lo hizo. Sin otro trámite, cuatro meses después de los hechos, el fiscal archivó.

Otro caso de lesiones graves, archivado sin investigación del Ministerio Público (RUC 0600856974-4), concernía a la golpiza y el corte en el rostro sufridos por quien dijo haber sido agredido a la salida de una fiesta y haber sido víctima del robo de objetos personales. Aunque el declarante varió su versión de los hechos en una segunda declaración, sí indicó el nombre y la dirección de la persona que organizó la fiesta, de quien dijo que conocía a los agresores. Al parecer, debido a que en esa segunda declaración manifestó que no deseaba continuar con la denuncia, el caso fue archivado provisionalmente.

En este caso, como en varios otros, la iniciativa de la parte afectada pareció cobrar un peso decisivo en la prosecución del caso. Esto es, en los hechos, el Ministerio Público parecería ajustar su actuación a la prevista en el CPP para el caso de la acción penal privada, que «solo podrá ser ejercida por la víctima» (artículo 53) o para los «delitos de acción pública previa instancia particular» (artículo 54). Sin embargo, las lesiones graves no pertenecen a ninguna de estas categorías; sino que son, según la ley, delitos de acción pública.

Uno de los asuntos que el centro de llamadas aborda al comunicarse con la víctima es si está interesada en proseguir con el caso. Ante la negativa o la inacción del agraviado, la respuesta del Ministerio Público —reiterada en los casos de la muestra— es el archivamiento provisional. Pero incluso cuando la parte agraviada manifiesta interés en la investigación, este puede no ser suficiente: se requiere que el agraviado aporte a una investigación que, por lo menos en ciertos delitos, de otro modo no se inicia. Resulta ilustrativo un caso examinado en la muestra (RUC 0700618743-3), correspondiente al asalto de una gasolinera realizado por tres individuos armados que se apoderaron de 671 000 pesos (US\$ 1350, aproximadamente). Tres semanas después de los hechos, el fiscal jefe se dirigió por escrito a la empresa agraviada dándole a conocer esta exigencia:

Para seguir adelante con la investigación, resulta imprescindible contar con copia del registro de imágenes de seguridad; correspondientes al día, horario, y lugar del robo, siempre que las cámaras hayan captado el lugar donde se produjo el ilícito en algún ángulo de grabación. En la medida en que sea técnicamente posible, solicitamos que se adjunte dicho registro en la versión del programa Windows Media, a través de la grabación del mismo en un CD. Adicionalmente, solicitamos imprimir las imágenes del robo, en la medida que este aparezca en la grabación, especialmente de todas las personas que aparezcan como partícipes del ilícito, procurando obtener la mejor resolución y acercamiento en aquellos fotogramas en los cuales se visualice el accionar de los individuos, con el fin de obtener visión de los rostros y claridad en el desarrollo del delito.

Dos semanas después, la dueña de la empresa informó al Ministerio Público que la gasolinera «no cuenta con cámaras de video». El caso fue archivado. Similar inacción se reveló en un caso calificado como «lesiones leves» (RUC 0600852964-5); pero que, en rigor, correspondía a una tentativa de robo con violencia. El denunciante indicó que tres individuos lo amenazaron para que entregara sus pertenencias; como se negó, le dieron con un palo en la cara. Dio el nombre y la calle donde vivía uno de los agresores, pero el caso fue archivado sin que se intentara hacer algo sobre él.

En un auténtico caso de violación de morada (RUC 0600793707-3), los padres de una chica que vivía con un muchacho en casa de los padres de él irrumpieron en ese domicilio, ingresaron al dormitorio de la pareja, donde ella estaba con familiares de su pareja, y el padre de la chica la golpeó, le arrojó una silla y rompió un televisor. En la fiscalía, la denunciante declaró: «Lo que nosotros queremos es que esta persona no vaya más a mi casa». La orden de investigar se cumplió a medias y de manera confusa. Nunca se interrogó al imputado y se mandó archivar provisionalmente, marcándose en el formato respectivo: «Sin imputado» y «Sin testigos», lo que no era del caso.

Tratándose de robos, el examen de carpetas y las entrevistas a los funcionarios responsables del tratamiento inicial de casos en el Ministerio Público indican que, si no hay flagrancia, si de la primera apreciación de los hechos no surge una vía pronta para identificar el autor, o si la víctima no está segura de que pueda identificar a alguien en el archivo fotográfico o, de hecho, no lo identifica, el caso se archiva¹⁴. No importa el monto de lo robado. Las excepciones a este criterio general

14 Un funcionario entrevistado en la Fiscalía Centro-Norte estimó que, en los dos años que llevaba en marcha la RPP en Santiago, se había logrado abrir proceso contra delincuentes detectados por identificación fotográfica en apenas unas cincuenta ocasiones.

proviene de casos que han alcanzado repercusión importante en los medios, casos donde las víctimas son personajes públicos o donde el perjudicado es una empresa grande cuya entidad aseguradora presiona para activar una investigación. Como en los demás delitos, si la víctima no es ubicada telefónicamente por el centro de llamadas, el caso es archivado sin más trámite. Cuando se trata de robo de vehículos, el caso simplemente entra en la lista de «encargos» de Carabineros que lo registra con solo el número de patente¹⁵.

Según un fiscal jefe entrevistado, al cribar los casos «pensamos en probabilidad de éxito»; esto es, son retenidos para darles curso aquellos casos en los que se vislumbra la posibilidad de que la investigación prospere hasta obtener una condena; en palabras del mismo fiscal, «qué es lo que tiene futuro y qué es lo que no tiene futuro» y «la experiencia me indica, cuando recibo la carpeta, la viabilidad»¹⁶. Debe añadirse que la determinación de qué es lo que define la «probabilidad de éxito» no es común a toda la institución, sino que expresa los criterios del fiscal regional o el fiscal jefe correspondientes, dado que ellos cuentan con cierta autonomía para definir criterios de actuación.

Del formato utilizado para señalar causales para el archivo provisional, en algunas carpetas revisadas, se deduce que hay cuatro factores en los que puede basarse la conclusión de que no hay posibilidades en la investigación: no hay imputado o no hay testigos, la víctima no es habida o no entrega antecedentes. Cuando la víctima no insiste ante el Ministerio Público, el caso está destinado al archivo aunque se trata de un delito que no requiere acción de parte. Tratándose de estos casos, archivados en razón de que las perspectivas de la investigación no son a primera mirada promisorias, el riesgo puede consistir en que se esté confundiendo rapidez con eficacia.

No obstante, debe notarse que algunos de los casos referidos muestran simplemente una falta de actividad de parte del Ministerio Público que probablemente revela falta de interés. Más que la viabilidad del caso, entonces, el criterio que parecería aconsejar el archivamiento, en cierto número de casos, es una valoración de su importancia, de cara a la inversión de recursos necesaria para llevar el caso a otro tipo de término. Esto es, no se trata de casos en los que la investigación

15 Cuando el vehículo aparece, por regla general no se toma huellas digitales en razón de dos limitaciones: en 2007 había en la ciudad de Santiago un solo vehículo equipado para tomar huellas dactilares y no se contaba con el soporte informático necesario para cotejar las huellas recogidas en una muestra con las existentes en el registro civil central.

16 De diversas evidencias surge una orientación del Ministerio Público que parece desplazar el eje de su trabajo, de la investigación del caso para establecer una verdad probada que pueda conducir o no a una sanción, al simple objetivo de «ganar el caso», que introduce un prisma distinto.

no es posible, sino de casos en que, según la estimación del Ministerio Público, no vale la pena hacer un esfuerzo investigativo. Si esto fuera así, se estaría aplicando la salida del archivo a casos en los que debió usarse el principio de oportunidad¹⁷.

La decisión de archivar no es motivada y para tomarla el único requisito exigido al fiscal es haber escuchado a la víctima «incluso por vía telefónica» (instructivo 75, del 26 de septiembre de 2001, «criterios de actuación»). Aunque formalmente el archivamiento de casos con pena mayor a tres años de presidio es supervisado por el fiscal jefe o el fiscal regional, el número de casos hace materialmente imposible que cada uno de ellos sea evaluado por alguien que está jerárquicamente por encima del fiscal —o el funcionario auxiliar— que toma la decisión de archivar. Un fiscal jefe entrevistado puntualizó que la decisión de no perseverar en el procedimiento —que, como se indicó, resulta una forma de archivamiento tardío— no está sujeta a control alguno dentro del Ministerio Público.

II. INCIDENCIA DE LA FLAGRANCIA

En la entrevista, un fiscal jefe adelantó una observación: «Si no hay flagrancia, las posibilidades de éxito se reducen en 95%». Aquello que parece surgir de la experiencia al mismo tiempo revela un criterio no escrito en la ley, pero de gran capacidad operativa; el que distingue entre casos con flagrancia y casos sin ella y aconseja en el Ministerio Público judicializar los primeros. Los datos disponibles confirman el uso de ese criterio.

La incidencia de la flagrancia en la actuación del Ministerio Público puede ser notada en las cifras que ofrecen los cuadros 4 y 5. El cuadro 4 muestra la desembocadura de los casos con flagrancia que fueron terminados en el año 2006, según tipo de delito.

17 Esta hipótesis, formulada a partir del análisis cualitativo de casos, muestra que la crítica a un uso insuficiente del principio de oportunidad carece de base porque este vendría siendo utilizado de una manera oculta, que las estadísticas no revelan.

Cuadro 4
Término de los casos con flagrancia, según categoría de delito, en 2006 (%)

Categoría de delito	Término facultativo (Ministerio Público)	Salida judicial
Robos	12,3	87,7
Robos no violentos	5	95
Hurtos	5,4	94,6
Otros delitos contra la propiedad	11,9	88,1
Lesiones	18,4	81,6
Homicidios	8,6	91,4
Delitos sexuales	24,1	75,9
Contra la libertad e intimidad	14,9	85,1
Faltas	12,6	87,4
Delitos ley de tránsito	1,1	98,9
Delitos ley de drogas	6,8	93,2
Delitos económicos	13,5	86,5
Delitos funcionarios	11,6	88,4
Delitos de leyes especiales	6,1	93,9
Delitos contra la fe pública	9	91
Cuasidelitos	13,9	86,1
Otros delitos	9,7	90,3
Promedios	9	91

Fuente: Ministerio Público.

Si se compara estos resultados con el conjunto de casos procesados por el Ministerio Público, resalta que el número de casos que fueron llevados ante un juez y, en consecuencia, recibieron un término judicial, es notablemente mayor cuando se trata de casos de flagrancia: 91% de los casos correspondientes a 2006 en los que hubo flagrancia tuvieron una salida judicial, en contraste con 29,74% del conjunto de casos ingresados desde que se inició la RPP (cuadro 2).

La tendencia aparece corroborada por los datos del cuadro 5, que contienen el destino de los casos con flagrancia durante el primer semestre de 2007. Para apreciar la significación de estas cifras debe tenerse presente que, en el periodo

al que están referidas, del conjunto de casos finalizados, un tercio (37.7%) recibieron una salida judicial mientras que casi dos tercios (62,3%) tuvieron un término facultativo, dispuesto en el Ministerio Público¹⁸. Las cifras del cuadro 5, acerca de la desembocadura de los casos de flagrancia según tipo de término, muestran en ese mismo periodo proporciones marcadamente inversas. Casi nueve de cada diez casos con flagrancia tuvieron una salida judicial. Esto significa que la existencia de flagrancia en un caso dado lo encamina hacia el conocimiento del juez; mientras que, debe deducirse, la inexistencia de esa condición tiende a llevar el caso a una salida dispuesta por el fiscal.

Cuadro 5
Tipo de término aplicado en los casos con flagrancia
(1 de enero a 30 de junio de 2007)

Tipo de término	Número de casos	%
Salidas judiciales	73 771	88,85
Términos facultativos	7276	8,76
Otros términos	1974	2,37
Total	83 021	

Fuente: Ministerio Público (elaboración propia).

Los datos contenidos en los cuadros 6 y 7 completan la imagen sobre el papel desempeñado por la flagrancia. El cuadro 6 revela que algo más de dos de cada cinco entre aquellos a quienes se imputó un delito y tenían la condición de flagrancia resultaron condenados. El porcentaje se mantuvo constante entre el año 2006 y los primeros seis meses de 2007.

Cuadro 6
Condenados entre aquellos imputados con flagrancia (2006-2007)

Periodo	Imputados con flagrancia	Condenados	%
Año 2006	66 974	28 339	42,3
Primer semestre de 2007	49 114	20 802	42,4
Totales (18 meses)	116 088	49 141	42,33

Fuente: Ministerio Público.

18 Boletín estadístico del Ministerio Público, primer semestre de 2007 (p. 10).

El cuadro 7 muestra que, de los condenados, entre una cuarta y una quinta parte —según se mire a 2006 o al primer semestre de 2007— tenían la condición de flagrancia.

Cuadro 7
Incidencia de la flagrancia entre los condenados

Periodo	Condenados	Tenían flagrancia	%
Año 2006	112 751	28 914	25,6
Primer semestre de 2007	66 661	13 721	20,6
Totales (18 meses)	179 412	42 635	23,76

Fuente: Ministerio Público.

Debe destacarse que el análisis pormenorizado según delitos muestra que la incidencia de la flagrancia en la condena se acerca a la mitad de los casos de robos, hurtos y delitos de drogas.

La información estadística examinada significa, en pocas palabras, que cuando se tiene la condición de flagrancia: (i) la posibilidad de ser llevado a un proceso judicial es altísima (9 sobre 10), debido probablemente a que el fiscal estima que cuenta con mejores condiciones para lograr una decisión condenatoria; y (ii) la posibilidad de ser condenado es relativamente importante (2 sobre 5). Pero, al mismo tiempo, de los datos debe deducirse que el no tener la condición de flagrancia no evita la posibilidad de ser condenado, dado que tres de cada cuatro condenados no tenían esa condición. En palabras muy simples, el detenido en flagrancia es casi un condenado, pero el condenado no es solo quien fue detenido en flagrancia.

Si se compara estas cifras con unas de 1994, provenientes de una muestra de 180 expedientes judiciales concluidos, en 55% de los cuales había incidido la condición de flagrancia¹⁹, podría decirse que la importancia de esta parece haber disminuido con la entrada en vigencia de la RPP.

No obstante las cifras que corresponden a la RPP, la percepción del fiscal jefe citado al comenzar este parágrafo sí parece guiar la actuación del Ministerio Público. Esto es, aunque las sentencias no confirmen el acierto, la creencia de que «cuando no hay flagrancia, no hay caso» sí tiene capacidad explicativa acerca de lo que lleva al Ministerio Público a descartar o procesar casos.

19 Jiménez, 1994, p. 92.

III. LAS SALIDAS ALTERNATIVAS Y EL ESPACIO DE NEGOCIACIÓN

La importancia que las medidas alternativas cobran en los hechos no puede ser soslayada. El cuadro 8 muestra la situación específica de quienes se hallaban condenados en septiembre de 2007. Más de la mitad de los condenados se beneficiaron de alguna medida alternativa; pero, además, entre las posibilidades existentes, la remisión condicional —que, en términos prácticos, no implica mayores obligaciones concretas para el condenado, salvo la de no volver a delinquir— recayó en siete de cada diez condenados bajo medidas alternativas; y la libertad vigilada, que no incluye en los hechos mucha vigilancia, benefició a otros dos de cada diez.

Cuadro 8
Situación de condenados (diciembre de 2007)

Situación	Número de personas	%	
En reclusión	35 040	43,21	%
Bajo medidas alternativas:	46 046	56,78	
—Remisión condicional.	32 601		
—Libertad vigilada.	9414		
—Reclusión nocturna.	4031		
Total	81 086		

Fuente: Gendarmería de Chile (<<http://www.gendarmeria.cl>>, extraído el 19 de enero de 2008).

Si se compara estas cifras con una de las pocas disponibles referidas al periodo anterior a la RPP, se constata cierto incremento en el uso de las medidas alternativas. En la ya citada muestra de 180 expedientes judiciales concluidos, trabajada en 1994, se halló que en 51% de los casos no se otorgó medidas alternativas y en 49% sí se las otorgó²⁰.

Tratándose de las salidas alternativas —institución introducida por la RPP que no existía en la legislación previa, limitada solo a las penas alternativas—, el principio de oportunidad es la salida alternativa que constituye el segundo término más frecuentemente aplicado por el Ministerio Público: 11,79% del total de casos

20 Jiménez, 1994, p. 71. Si bien la base empírica correspondiente al antiguo sistema es limitada, esta comparación sugiere que el uso de medidas alternativas no es una novedad aportada por la RPP, como a veces se ha sostenido.

ingresados desde el inicio de la RPP (cuadro 2). Para su aplicación, la ley establece un límite —«cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público» (artículo 169 del CPP)— que es susceptible de una interpretación inevitablemente discrecional. Las entrevistas sugieren que en los hechos se aplica: (i) tratándose de faltas; (ii) cuando no hay víctima individualizada; (iii) en los llamados «delitos de bagatela» y otros asuntos de importancia menor; y (iv) cuando el caso no ha sido archivado a tiempo, pero no hay posibilidades de proseguir la investigación.

De esas cuatro causales, la que genera un área de discusión es la tercera, que identifica un monto de poca significación económica —variable según la fiscalía de la que se trate— con una baja repercusión social. Dado que una multiplicidad de delitos de bajo monto —muchos de ellos a cargo de delincuentes habituales— generan inseguridad subjetiva, una académica entrevistada observó: «Los delitos que generan más inseguridad son los que se cierran con mayor rapidez».

Debe notarse que, si la institución no ha establecido criterios rectores para guiar la discrecionalidad del fiscal en referencia al principio de oportunidad, su uso tampoco es controlado judicialmente puesto que el juez debe supervisar la legalidad en la aplicación del principio de oportunidad, pero no el criterio de oportunidad aplicado.

El análisis de casos efectuado en el Ministerio Público indica que, con cierta frecuencia, el principio de oportunidad es utilizado de manera controvertible. Cinco de los casos en los que se aplicó el principio correspondían a conflictos de índole familiar. En dos de ellos, la exigencia de la parte agraviada podía ser satisfecha mediante una suspensión condicional del procedimiento; pero prefirió aplicárseles una salida que no atendía al reclamo de la víctima.

El primero de los cinco casos fue uno discutiblemente calificado como «lesiones leves», dado que legalmente todo caso de lesiones leves en la relación familiar debe ser calificado como lesiones menos graves (RUC 0700001772-2). La mujer fue agredida por su conviviente; ella buscó a su hermano para que la acompañara a presentar la denuncia en Carabineros. Luego del trámite, el hermano se ofreció a acompañarla a la casa, donde encontraron al agresor. El hermano le pidió una explicación y fue agredido. Presentó entonces otra denuncia. El fiscal, sin investigar, propuso el procedimiento monitorio con una multa por el equivalente a una UTM —equivalente, a fines de 2007, a US\$ 30 aproximadamente—, pero en la audiencia ofreció la suspensión condicional del procedimiento. Como el inculpado no aceptó responsabilidad, el fiscal aplicó el principio de oportunidad, del que ya se había beneficiado el inculpado en otro caso de lesiones leves. El fiscal no agrupó las dos agresiones cometidas por el inculpado en el mismo día y, en definitiva, sometió sus términos de actuación a la buena voluntad del inculpado:

si no acepta una suspensión condicional, entonces se le aplicará el principio de oportunidad²¹. Si para llegar a esta salida debió estimar que el hecho «no comprometería gravemente el interés público», ¿sobre qué base solicitó antes pena y, luego, suspensión condicional del procedimiento?

El segundo caso correspondió también a un conflicto familiar de cierta gravedad. El hijo —de dieciséis años y seis «contactos previos con el sistema» en calidad de inculcado²²— atacó a su padre causándole lesiones leves (RUC 0700000224-5), que debieron ser legalmente consideradas como menos leves. Dado que el padre reconoció en su embriaguez el origen del incidente, el fiscal aplicó el principio de oportunidad, acaso sin ameritar los antecedentes del inculcado y la naturaleza familiar del conflicto. En otro caso de conflicto familiar (RUC 0700000227-K), el padre agredió a la mujer y a la hija —también erróneamente calificado el caso como «lesiones leves»— y el fiscal solicitó en procedimiento simplificado quinientos cuarenta días de presidio menor y las accesorias, pero en la audiencia pasó a aplicar el principio de oportunidad.

El caso de lesiones leves (RUC 0700000539-2) en el que fue el denunciante quien se había separado del denunciado, con quien tuvo dos hijos, es ilustrativo de un uso del principio de oportunidad que no es respuesta al conflicto. El denunciado llegó a casa de su exesposa para ver a los hijos y, al irse, «la tomó del cuello y la arrojó al suelo, agrediéndola con golpes de pie y puños en diferentes partes del cuerpo», según la denuncia policial. Ante el Ministerio Público, la víctima sostuvo que, mientras vivían juntos, él le pegó varias veces y ella lo denunció, lo ha demandado por alimentos, no cumple el régimen de visitas, lo considera alcohólico y porta arma de fuego. Pide concretamente que «no se me acerque más» y dice que a una suspensión condicional «no se opondría mientras se le impusiere como condición al imputado el que no se acercara a la víctima». Sin embargo, el fiscal, desoyendo esta propuesta, aplicó el principio de oportunidad en la audiencia de formalización. Cabe notar que el denunciado ya se había beneficiado de la aplicación del principio de oportunidad en ocasión de haber sido denunciado por porte de arma punzo-cortante.

Similar trato recibió otro caso de lesiones leves en el contexto familiar (RUC 0700052632-5). En enero de 2007, la hermana de la víctima llegó a casa de esta,

21 Otro caso en el que el fiscal pasó a aplicar el principio de oportunidad (RUC 0700036616-6), en vista de que el inculcado «no tenía la intención de admitir responsabilidad», fue uno de violación de morada en el que el detenido, con tres antecedentes por robo, fue detenido luego de ingresar al jardín de una casa.

22 La expresión «contacto con el sistema» es utilizada para referirse a quien es registrado en la base de datos del Ministerio Público como parte en un proceso penal. En lo que sigue será usada sin comillas.

la golpeó y le rompió en la cabeza un espejo, cuyos pedazos le produjeron diversos cortes. Luego de la denuncia y, sin haberse hecho ninguna diligencia, se archivó provisionalmente. En marzo, la víctima solicitó que le tomasen declaración y presentó el certificado médico. La Unidad de Atención al Usuario tramitó entonces una solicitud de reapertura de archivo provisional. Desarchivado el caso, se citó a la víctima y se le tomó declaración; en ella hace explícito su interés: «Mi intención con esta causa es que ella no se acerque más ni a mí ni a mi hijo». Sin ninguna otra diligencia, se aplicó el principio de oportunidad, obteniéndose la aprobación del juez. Desarchivar el caso por la solicitud resultó ser una mera formalidad. Tampoco en este caso se usó la suspensión condicional del procedimiento para dar respuesta al pedido de la víctima.

En uno de los casos muestreados (RUC 0700007621-4), se aplicó el principio de oportunidad sin haberse identificado responsables del delito denunciado y, en otro (RUC 0600864193-3), se archivó provisionalmente en lugar de aplicar el principio de oportunidad, dadas las agresiones mutuas que se produjeron dentro de un grupo familiar.

En cuanto a los derechos de las víctimas, además de algunos de los casos recién referidos, se encontró otros de interés. En alguno (RUC 0600478361-K), valiéndose adecuadamente de imponer la reparación como condición en la suspensión condicional del procedimiento, se atendió el reclamo de la víctima de unas lesiones menos graves, consistente en ser indemnizado por los días no trabajados. Sin embargo, en otro caso (RUC 0600399887-6), calificado como «lesiones graves», al aplicarse la suspensión condicional se impuso el alejamiento de la víctima, pero no se atendió a la solicitud de esta de que se le abonara la suma de dinero gastada en su curación.

La existencia de las salidas alternativas permite al fiscal establecer, sobre todo cuando las pruebas no son suficientemente potentes, el espacio de la negociación en el que se intercambia una declaración de culpabilidad por parte del procesado con una rebaja en el objetivo sancionador del Ministerio Público²³. De este modo, inducir una salida alternativa o un procedimiento abreviado, siempre que el inculcado reconozca responsabilidad y la víctima pueda ser convencida de que es mejor una reparación a una hipotética condena, es parte usual del trabajo del fiscal

23 La institución viene del derecho anglosajón, donde se le conoce como *plea-bargaining*, a la que el *Black's Law Dictionary* define como: «The process whereby the accused and the prosecutor in a criminal case work out a mutually satisfactory disposition on the case subject to court approval. It usually involves the defendant's pleading guilty to a lesser offense or to only one or some of the counts of a multi-count indictment in return for a lighter sentence than possible for the graver charge».

bajo los términos de la RPP²⁴. En los instructivos del fiscal nacional se legitima el papel negociador del fiscal en razón de «evitar que los delitos de mediana gravedad lleguen a juicio oral» (instructivo 63, del 17 de agosto de 2001, 20).

Respecto de la negociación, en las entrevistas se recibió versiones diferentes. Un fiscal jefe explicó: «Lo que se negocia es lo que se obtendría en juicio oral. El sistema de penas es anacrónico y la ley de beneficios 18.216 es muy liberal, porque la dictadura la dio cuando necesitaba descargar las cárceles como resultado de una crisis económica. La justicia negociada es una manera de llevar un mal caso a un buen fin». En cambio, otro fiscal jefe observó: «En la práctica, cuando se baja por la negociación, la sanción queda en nada».

En tres de las cuatro vías judiciales es posible usar la negociación —o, dicho de mejor manera, cuando esta no es posible solo cabe el procedimiento ordinario— y la información estadística que aparece en el cuadro 9, que cubre el periodo de dieciocho meses, transcurrido entre enero de 2006 y junio de 2007, muestra que en ellas predominan las condenas, precisamente como resultado de la negociación; es decir, que al aceptar el procesado su responsabilidad a cambio de la pena ofrecida por el fiscal, el paso lo condujo, casi inevitablemente, a ser condenado. En el juicio oral, en cambio, dada la inexistencia de acuerdo entre las partes del proceso, se abre un lugar —aunque estadísticamente estrecho— para la absolución.

Cuadro 9
Sentencias por tipo de procedimiento (2006 y 2007)

Procedimiento	2006 y 2007 (1 de enero al 30 de junio)		
	Total de casos	Sentencia definitiva condena	Sentencia definitiva absuelve (%)
Simplificado	77 264	75 940	1324 (1,71)
Monitorio	69 125	69 120	5 (0,007)
Abreviado	32 447	32 148	299 (0,92)
Ordinario	18 637	16 293	970 (5,2)

Fuente: Ministerio Público.

24 El espacio para la negociación está abierto en las tres vías de juzgamiento que no pasan por el juicio oral: el procedimiento simplificado, aplicable a faltas y delitos simples (artículo 388 del CPP); el procedimiento monitorio, procedente cuando el fiscal solo pida pena de multa (artículo 392 del CPP); y el procedimiento abreviado, cuando la pena solicitada «no sea superior a cinco años de presidio o reclusión en su grado máximo» (artículo 406 del CPP).

El examen de las carpetas sugiere la preponderancia del propósito del fiscal de terminar el caso mediante una propuesta y una transacción que rebajan sensiblemente las posibilidades de condena. Una de las formas de expresión de ese propósito es el ocultamiento al juez, por el fiscal, de los antecedentes del procesado, según hizo notar un académico entrevistado; un fiscal precisó que en el procedimiento simplificado queda a criterio del Ministerio Público presentar o no los antecedentes. En el examen de carpetas, solo se encontró unos pocos casos, entre aquellos que fueron ante un juez, en los que quedó registro de que el fiscal hubiera mencionado los antecedentes del procesado. Esto, pese a que el artículo 12, 16 del Código Penal chileno considera como agravante «ser reincidente en delito de la misma especie».

Otra forma de expresión de la voluntad del Ministerio Público de terminar el caso consiste en el ofrecimiento de la suspensión condicional del procedimiento²⁵, salida alternativa que, como se vio en el cuadro 2, correspondió a 5,53% de los casos ingresados desde que se inició la RPP. En palabras de un académico entrevistado, «se usa no como respuesta específica a las características del caso sino como herramienta de descongestión» y que, como salida dada al caso, tiene una capacidad sancionadora prácticamente nula.

En el contexto de una negociación en la que el fiscal puede ofrecer penas que tienen poco de tales, aparece lo que un académico entrevistado denominó «falsa judicialización». Dado que, en tiempos recientes, el Ministerio Público ha determinado que el número de casos que alcanzan término judicial debe ser incrementado, se lleva a proceso casos que antes no eran llevados para obtener una suspensión condicional del procedimiento o una sanción irrelevante. Una jueza entrevistada ejemplificó que «un consumo de drogas que se archivaba ahora va a multas, con lo que se judicializa e incrementa las cifras». Un fiscal jefe observó: «El [procedimiento] abreviado produce una falsa condena, porque no se cumple». No obstante, la misma jueza hizo notar que, aún así: «Pierde el procesado, que ahora tiene un antecedente».

25 «El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía [la suspensión condicional del procedimiento] a) si la pena que pudiese imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y b) si el imputado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito» (artículo 237 del CPP). De esta disposición surge informalmente el espacio para que operen dos mecanismos para negociar la solución del caso: de un lado, la negociación para que el procesado se declare culpable, dado que «el acuerdo del imputado» puede ser inducido por el fiscal que amenaza con un juicio oral cuyo resultado pueda ser oneroso para el imputado; y, de otro, la reparación económica de la víctima como parte de las «condiciones» (artículo 238.e del CPP) propuestas por el fiscal e impuestas por el juez, con la que se obtiene conformidad del ofendido.

En definitiva, las preguntas clave que surgen acerca del uso de la negociación giran en torno a si, dado el doble objetivo del Ministerio Público chileno de terminar casos y obtener sentencias condenatorias, la negociación: (i) lleva a situar la pena «ofertada» por el fiscal por debajo de lo obtenible a través del procedimiento ordinario; e (ii) induce a algún procesado inocente a declararse culpable para no afrontar el riesgo de ser condenado con mayor dureza en un juicio oral. Son preguntas estas que han motivado un debate interminable en Estados Unidos, donde el sistema penal también busca la rapidez, y que, en los términos de este texto, apenas cabe recordar.

IV. EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE HABITUAL

Los «clientes habituales» del sistema penal pueden ser cuantificados a partir del número de contactos con el sistema que, en calidad de imputados, han tenido con él. Es verdad que en estas cifras puede haber cierto sesgo, derivado de una rutina burocrática tendiente a procesar a quien ya tiene antecedentes. Pero, haciéndonos cargo de esa posible interferencia cuyos efectos no pueden ser cuantificados, las cifras del cuadro 10 son significativas. Desde que se inició la RPP en el país hasta mediados de 2007, del total de casi un millón de personas que fueron imputadas en algún momento, más de 45 000 sujetos —esto es, casi 5% del total de imputados— lo habían sido en cinco o más ocasiones.

Cuadro 10
Número de imputados según el número de casos en que participaron desde el inicio de la RPP hasta junio de 2007

Casos en que participaron	Número de imputados	%
1 a 4	906 995	95,2
5 o más	45 411	4,8
Total	952 406	100

Fuente: Ministerio Público.

Si se acepta esta frontera, más o menos arbitraria, de cinco contactos con el sistema en calidad de imputados para demarcar la habitualidad del sujeto como delincuente, se cuenta con una aproximación gruesa al sector de población cuya vida se halla en conexión estable con el delito.

Si se quiere introducir elementos de cuantificación adicionales respecto de esta condición de la población habitualmente delictiva, el cuadro 11 resulta de utilidad.

En él, la población que había participado en cinco o más casos en calidad de imputado es desagregada según el número de casos en los que participó. Sobresale el dato de que casi diez mil personas hayan sido imputadas en diez o más casos. Ahora, sin la menor duda, estamos ante el núcleo duro de la habitualidad.

Cuadro 11
Número de imputados que participaron en 5 o más casos desde el inicio de la RPP hasta junio de 2007

Casos en que participaron	Número de imputados	%
5	14 198	31,3
6	8774	19,3
7	5727	12,6
8	3972	8,7
9	2918	6,4
10	2125	4,7
11 o más	7697	16,9
Total	45 411	100

Fuente: Ministerio Público.

En el examen de carpetas se encontró una incidencia de la habitualidad en una cuarta parte del centenar de casos tomados al azar. La pregunta que corresponde formular ante ellos es: ¿cuál es el tratamiento que el Ministerio Público, en uso de los mecanismos establecidos por la RPP, otorga a esta población habitualmente delincente? El examen de casos produjo algunos elementos de respuesta a la cuestión.

Un caso (RUC 0700067769-2) en el que dos sujetos con antecedentes —uno de ellos con tres y el otro con uno— ingresaron a un departamento ajeno, para lo que rompieron la cerradura y una vez dentro dañaron dos artefactos eléctricos, fue calificado como «lesiones leves», en razón de que los inculpados causaron heridas al propietario del departamento, para lo que se ignoró los otros hechos del caso. El requerimiento, así circunscrito en un procedimiento monitorio, permitió acabar el caso con una multa. Similares rebajamiento y prescindencia de hechos del caso tuvieron lugar en otro caso (RUC 0700050475-5) en el que el inculpadado, con antecedentes, fue procesado por lesiones leves causadas al arrojarle una piedra a un guardia de la farmacia que, al detectarlo apoderándose de unos productos, le obligó a devolverlos y a salir del establecimiento.

En un caso de hurto falta (RUC 0700750636-2), resulta ilustrativa la trayectoria del inculpado, que a los veinte años ya tenía su quinto contacto con el sistema. En dos de ellos —lesiones menos graves y drogas—, se le aplicó el principio de oportunidad; los otros dos eran casos de hurto y en uno de ellos se le había aplicado la suspensión condicional del procedimiento. Su quinto caso, en el curso de solo año y medio, se generó cuando, en un supermercado, escondió diez lápices entre la ropa. Interesa destacar que la ficha de registro indicó que no tenía condena alguna; lo que era cierto, gracias al uso previo de las salidas alternativas. Esta vez, en un procedimiento monitorio, se le impuso una multa de una UTM.

Un caso equivalente es el de un sujeto imputado de veinte años, con cinco contactos previos con el sistema (RUC 0700029749-0), en los cuales se benefició con el principio de oportunidad en tres ocasiones, una medida alternativa y la decisión de no perseverar. En este caso fue detenido cuando salía de un supermercado con unos chocolates ocultos. En procedimiento simplificado, fue multado con una UTM. Del mismo tipo es el caso (RUC 0700093615-9) de un procesado por el robo en un supermercado; registraba cuatro antecedentes por robo, en tres de los cuales no se inició investigación, mientras en el cuarto se aplicó el principio de oportunidad. En el quinto proceso, fue sancionado con una multa de una UTM.

En otro caso, se procesó como violación de morada (RUC 0600773742-2) lo que en realidad constituyó una tentativa de robo en lugar habitado por un sujeto que había registrado ya cinco contactos con el sistema: cuatro por delitos contra el patrimonio y uno por drogas. El inculpado intentaba abrir la puerta de una vivienda, pero fue reducido por los vecinos. En el control de detención, el fiscal pidió prisión preventiva, sin éxito. Se solicitó para él quinientos cuarenta días de reclusión menor, pero se estableció que no comparecía en las audiencias porque estaba cumpliendo otra pena, impuesta entretanto por uno de los delitos contra el patrimonio. En este proceso, circunscrito a la violación de morada, finalmente fue condenado al pago de seis UTM.

La falta de respuesta del sistema penal ante la habitualidad se puede ilustrar también con el caso de un inculpado (RUC 0600057010-7) que había sido condenado en cuatro ocasiones, por robo (con violencia en un caso; en lugar no habitado los otros tres) y que fue sorprendido en el interior de una casa. Fue procesado por violación de morada y el fiscal solicitó quinientos cuarenta días de prisión; resultó condenado a pagar cuatro UTM.

El interés, en el Ministerio Público, de terminar los casos parece poner de lado el fenómeno de la habitualidad. Lo sugiere un caso con dos inculpadas (RUC 0600412889-1) —una de veinte años, la otra de veintitrés— que sustrajeron una billetera a una cliente de un local comercial. Ambas registraban numerosos

antecedentes: una había sido condenada en cinco ocasiones y había recibido salidas alternativas en otros tres casos; la otra había tenido seis contactos con el sistema, en tres de los cuales se benefició de medidas alternativas. Lo significativo del caso es que el fiscal fue a un procedimiento simplificado, en el que no mencionó los antecedentes de las procesadas, desembocándose en penas de prisión nocturna y multas, las que se dieron por pagadas con el periodo de detención. A una de ellas se le revocó posteriormente el beneficio de la prisión nocturna debido a que no cumplió con esta.

Como se vio en el párrafo anterior, los fiscales optan por mencionar o no ante el juez los antecedentes del procesado. Dado que la habitualidad no aparece como una categoría operativa para el Ministerio Público y en la institución el énfasis se halla puesto en terminar los casos, los antecedentes del sometido a proceso pueden convertirse más bien en un obstáculo para que la solución negociada entre acusación y defensa sea aprobada por el juez. Según un entrevistado, determinados fiscales se sirven de la mención o el silencio de los antecedentes como un elemento de la negociación con la defensa, de modo de facilitar el arribo a un buen término en ella al pasar por alto los casos en los que el sujeto ha participado previamente, incluso cuando ha sido condenado. Si este fuera el caso, se habría adoptado institucionalmente una vía para evitar, en cierto número de casos, la consideración de la habitualidad.

En algunos de los casos referidos, el Ministerio Público exhibe la tendencia a reaccionar frente a la habitualidad delictiva incrementando de manera progresiva, pero lenta, el peso de las salidas alternativas hasta llegar a la pena efectiva. El primer paso, luego de haber agotado las salidas alternativas previas, es la reclusión nocturna. Así ocurrió en el caso de un joven de veinticuatro años (RUC 0700006412-7) que, en menos de dos años, había tenido siete contactos previos con el sistema: cuatro de ellos por hurto, uno por estafa y dos por drogas. En aquellos casos ya terminados había acumulado una pena de cuarenta y un días remitida, un principio de oportunidad, un archivo provisional y una sentencia condenatoria. En este caso, de hurto simple con flagrancia, fue condenado a pagar una multa de una UTM y a cuarenta y un días de reclusión nocturna. Un caso similar fue el de una mujer, procesada por hurto simple, consistente en apoderarse de once latas de café instantáneo en un supermercado (RUC 0700000014-5). Tenía dos hurtos, un robo por sorpresa y una receptación, en los que había obtenido un no inicio de investigación, un archivo provisional y una suspensión condicional del procedimiento. Esta vez recibió una condena de cuarenta y un días de prisión.

Los casos en los que puede verse el escalamiento en la sanción corresponden, por cierto, a delincuentes habituales. Del examen de casos efectuado en la muestra (números de RUC 0600008642-6, 0600047392-6, 0600000029-7, 0600396556-0,

0700093200-5, 0700089350-6, 0700092024-4 y 0700089293-3), se confirma que el Ministerio Público echa mano a la prisión efectiva en algún punto de la trayectoria del delincuente habitual, luego de haber usado las salidas alternativas. Pero no parece haber un patrón determinado; esto es, la pena efectiva puede aparecer temprano —aunque lo usual es lo contrario— y ser seguida en casos posteriores por medidas alternativas.

De una parte, la prevaleciente consideración del delito de poca monta como «de bagatela» hace perder de vista que, como un académico y un jefe policial entrevistados hicieron notar, detrás del pequeño hurto puede haber una banda especializada en un trabajo a gran escala, que se sirve del delincuente habitual como elemento operativo.

De otra parte, el uso de la gama de respuestas que no son la pena efectiva (archivamiento, principio de oportunidad, suspensión condicional del procedimiento, pena remitida, etc.) con un bolsón de «clientes del sistema» que aparecen ante él una y otra vez, variando en ocasiones de delito (hurto, robo, violencia intrafamiliar, consumo o microtráfico de drogas, los más frecuentes), constituye impunidad en el nivel del delito pequeño, que es el que cuantitativamente más afecta al ciudadano promedio. El examen de carpetas pudo comprobar el señalamiento de la Comisión de Expertos²⁶: en la operación del nuevo sistema se genera «situaciones de impunidad en determinados tipos de delitos, especialmente en la franja de delitos menos graves». Si estas infracciones corresponden al accionar de quien habitualmente se dedica al delito, no parece que el uso de las salidas alternativas, específicamente en estos casos, constituya, de parte del sistema, una respuesta socialmente eficiente.

Un fiscal jefe indicó que «quienes se dedican al robo o al hurto en tiendas dicen: “caigo una vez de cada veinte”». Este testimonio sugiere que, desde el punto de vista del delincuente habitual, recibir una suspensión condicional del procedimiento o ser esporádicamente sancionado con una multa o una pena remitida es parte del costo de su oficio que, de vez en cuando, debe abonar sin que este «pago» tenga efecto sobre su conducta regularmente vinculada a la práctica delictiva.

Siendo efectivo que, en el momento de realizarse una audiencia —desde la correspondiente al control de detención—, el fiscal tiene ante sí los antecedentes del sujeto, en el Ministerio Público no parece haberse desarrollado una aproximación apropiada para tratar al delincuente habitual, no solo como un individuo, sino como un sector poblacional que se relaciona con el delito como forma de vida. Aplicar a este sector las varias respuestas del sistema en términos similares a los que se usan con quienes tienen una relación ocasional con el delito, o escalarlas

26 Comisión de Expertos de la Reforma Procesal Penal, 2003, p. 14.

progresivamente conociendo la inutilidad de esta vía, no parece adecuado, sobre todo de cara al hecho de que es el delincuente habitual un actor principal en el fenómeno de la inseguridad ciudadana.

V. LA DEMANDA DE SEGURIDAD CIUDADANA Y LA RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El asunto de la seguridad ciudadana se ha convertido en América Latina en un tema central de la agenda pública, sea como problema objetivo o en tanto percepción ciudadana subjetiva. Puede sostenerse, en consecuencia, que:

[...] uno de los principales desafíos para la gobernabilidad democrática de muchos de los países del continente, y que, a la vez, constituye uno de los principales desafíos a sus sistemas de seguridad pública y de justicia, es la creciente criminalidad y, por ende, la creciente demanda ciudadana por mayor seguridad y más eficacia en la prevención y combate del delito²⁷.

El caso chileno no es una excepción. Un estudio que analizó la tendencia en las denuncias de la criminalidad, en el periodo 1970-2003, encontró que: «A partir del año 1995, las denuncias de los delitos adquieren un ritmo de crecimiento creciente»²⁸. En concordancia, según los estudios nacionales de opinión del Centro de Estudios Públicos, la inseguridad se mantiene entre las tres o cuatro primeras preocupaciones de la población desde 1990²⁹. El crecimiento de la inseguridad objetiva, sugerido por el aumento de las denuncias, y el incremento de la inseguridad subjetiva, revelado por las encuestas, son temas materia de información y debate constantes en los medios de comunicación.

Del lado de las respuestas del sistema penal, debe observarse que la tasa de encarcelamiento está en aumento desde 1995³⁰. «Cada vez hay más gente presa», anotó una académica entrevistada. Pero ese incremento no es suficiente para evitar que se produzca «una brecha, que se acrecienta, entre lo que se espera de los tribunales y lo que pasa en ellos», según la percepción de un fiscal jefe.

En la policía parece haber algo de frustración respecto al funcionamiento del sistema. Un jefe policial señaló que «se archiva muy rápido y eso causa desilusión», aludiendo a la sensación de esfuerzo inútil que padece quien, en la institución policial, ha trabajado en un caso que el fiscal descarta. Varios funcionarios

27 Lovatón, 2007, p. 18.

28 Ministerio del Interior, 2004, p. 22.

29 Ídem.

30 *Ibíd.*, p. 34.

del Ministerio Público entrevistados aseguraron que, al presentar denuncias por delitos menores o en los que no hay evidencias disponibles, el denunciante recibe de la policía el consejo de que no siga el trámite debido a que es inútil.

Pese a todo lo anterior, las encuestas de opinión revelan que la valoración sobre la RPP y el desempeño del Ministerio Público no ha adoptado en Chile un perfil claramente desfavorable. A mediados de 2006, una encuesta del Centro de Estudios de Opinión Ciudadana de la Universidad de Talca, encontró que «más del 50% de los entrevistados piensa que todo se mantiene igual». Solo uno de cada cinco encuestados dijo sentirse «más seguro con el nuevo sistema procesal penal»; pero, no obstante, cuatro de cada cinco dijeron preferir el actual sistema al antiguo³¹.

La Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana halló, en 2006, en una muestra nacional, que en una escala de 1 a 7, 21,1% de los encuestados otorgaba una calificación de 5 a la RPP y otro 15,8% la calificaba con 4³². La encuesta periódicamente realizada por Paz Ciudadana-Admimark encontró, entre mayo y julio de 2007, que los fiscales del Ministerio Público eran calificados con 3,7, en una escala de 1 a 7³³. Similar calificación fue encontrada, entre 2006 y 2007, por las encuestas trimestrales de Libertad y Desarrollo³⁴.

En los medios de comunicación chilenos, se ha instalado una discusión acerca de «la puerta giratoria»; es decir, el ingreso y fácil egreso del sistema de quien es presuntamente responsable de un delito. La mayor parte de los entrevistados en el Ministerio Público interpretaron que la impugnación se refiere a la libertad provisional, de la que se beneficia una importante proporción de quienes están siendo procesados, mientras no se haya dictado en su caso una sentencia condenatoria a pena privativa de libertad. Un fiscal entrevistado observó: «El sistema antiguo se representa como más duro por la prisión preventiva larga». Sin embargo, otros entrevistados plantearon que «la puerta giratoria» también comprende, como representación social, a aquellos casos en los que el proceso desemboca en una salida alternativa, que son la mayoría según se vio en el cuadro 8 y, en términos efectivos, conlleva una sanción que: (i) importa poco al condenado —dado que consiste en una multa o la firma periódica en un libro en el juzgado, por ejemplo— o (ii) de hecho no se cumple en razón de la carencia de un sistema de seguimiento y control sobre las penas no privativas de libertad. Dado que

31 Centro de Estudios de Opinión Ciudadana, 2006.

32 Ver <<http://www.seguridadciudadana.gob.cl/ENUSC2006.html>>, extraído el 17 de enero de 2007.

33 Ver <<http://www.pazciudadana.cl/areas-informacion-encuesta-indice.php>>, extraído el 17 de enero de 2007.

34 Ver <<http://www.lyd.com/LYD/index.aspx?channel=3804>>, extraído el 17 de enero de 2007.

estas salidas alternativas corresponden a la conclusión del procesamiento, más que la libertad provisional, podrían ser claramente percibidas como formas de impunidad, relativa o directa.

En palabras de un jefe policial: «Los delitos menores, masivos e insignificantes, para quien los sufre, son graves y alarmantes. A un obrero le roban una bicicleta. No se considera de importancia, pero es el medio de transporte que a él le ahorra un dinero para la comida de la familia. Muchos de estos casos se van a archivo y crean la inseguridad subjetiva». Al respecto, un académico entrevistado demandó «reducir los espacios de impunidad porque hay violaciones de la ley que no tienen costos en salidas alternativas o en sanciones menores: penas remitidas, multas y suspensión condicional del procedimiento».

Sin hacerse cargo de tal reclamo, un fiscal entrevistado admitió: «Existe una asintonía entre las expectativas de la gente y lo que el sistema es capaz de entregar. Las expectativas consisten en que el sistema lleve a delincuencia cero, pero el sistema cumple un rol relativamente marginal en la seguridad pública»³⁵. Y enseguida ubicó el origen de la brecha entre expectativas ciudadanas y rendimientos efectivos del sistema: «hubo un discurso ambiguo en la venta de la reforma, que habló al mismo tiempo de eficiencia en la sanción y de garantismo. Eso fue fruto del acuerdo político».

Otro fiscal jefe admitió que en los hechos «hay una política no muy persecutoria» y explicó que algunos «fiscales jóvenes dicen que el robo en un supermercado es un costo ya incluido en el precio». Acaso este tipo de posturas esté en la base de lo que se ha calificado, en el Ministerio Público, como «autorrestricción» de las «facultades de persecución» que incluso lleva a no «defender ante los tribunales, las interpretaciones que más favorecen la persecución»³⁶.

Ese mismo fiscal entrevistado añadió que «hay una generación de jueces que también consideran que no están para perseguir robos de supermercado». Otro fiscal jefe entrevistado apuntó a ese mismo factor: «este juez, que no entra en contacto con la calle, tiene una visión “naive”: el delincuente habitual es un famélico», y concluyó: «Los jueces no han sabido administrar su poder»³⁷.

35 La renuencia del Ministerio Público a asumir como propio el problema de la seguridad ciudadana ha sido señalada como un problema común en América Latina, donde «la actitud más extendida [...] ha sido la de desvincularse del problema y sostener que la responsabilidad por la seguridad ciudadana no es algo propio ni central de su función» (Duce & Riego, 2005, pp. 39-40).

36 Comisión de Expertos de la Reforma Procesal Penal, 2003, p. 17.

37 El posicionamiento y el papel de los jueces chilenos respecto a la seguridad ciudadana no es materia de este trabajo, pese a que ellos son actores en el tema. Sin embargo, no puede dejar de notarse la existencia de una corriente reactiva frente a la posibilidad de considerarlos como tales.

¿Y cómo administran los fiscales su poder? Esto es, dado que no es posible perseguir, en busca de sanción, todos los delitos que se cometen, ¿a cuáles dedican su trabajo? En los instructivos del fiscal nacional se ha definido, en términos muy generales, como objetivo propio del Ministerio Público, «concentrar sus esfuerzos en la investigación y persecución de los delitos graves, esto es, aquellos que realmente ponen en cuestión el orden social, el Estado, como son los que afectan los bienes jurídicos individuales más básicos y los bienes jurídicos colectivos o estatales más fundamentales» (instructivo 34, del 14 de diciembre de 2000, «Introducción»). Y se ha puesto énfasis en la necesidad de que la acción institucional proteja «bienes jurídicos importantes para la sociedad, tales como la vida, la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones, la salud pública y privada [...] el orden público económico o la vigencia del Estado de derecho» (instructivo 35, del 15 de diciembre de 2000). En esta definición no parece reconocerse prioridad a los delitos menores que, como se ha observado antes, probablemente son los que más contribuyen a la sensación de inseguridad.

Pero, a más de optar por una definición amplia de sus objetivos, el Ministerio Público ha renunciado a la formulación de una política de persecución³⁸, con base en el argumento de que tal tarea no corresponde solo al Ministerio Público, sino que debe ser parte de un esfuerzo creador compartido con otras instituciones. La institución no ha elaborado formulaciones más allá de lo establecido en el CPP —los instructivos y oficios del fiscal nacional han renunciado a esa tarea—, dejando en manos del fiscal regional, del fiscal jefe o del fiscal a cargo del caso la posibilidad de desarrollarlas³⁹. Debería decirse, pues, que la respuesta a la pregunta acerca de cómo administran los fiscales su poder depende de cada fiscal.

Al no contarse con estándares homogéneos, aquello que debe considerarse archivable, los criterios que guían la utilización del principio de oportunidad

La directora de la Asociación Nacional de Magistrados, jueza de garantía Francisca Zapata, declaró a fines de 2007: «La judicialización del orden público o seguridad ciudadana produce una seria distorsión en la función jurisdiccional, pues debilita la imparcialidad del juez y su vinculación estricta al derecho» (*La Tercera*, del 9 de septiembre de 2007, p. 21).

38 Esta renuncia ha producido vacíos importantes. Uno de ellos, conforme señaló un jefe policial entrevistado, está en la inexistencia de «un protocolo de investigación por tipo delictivo, acordado entre Ministerio Público y policía».

39 El resultado consiste en una diversidad de estándares que, en ocasiones, resulta sorprendente. En la propia ciudad de Santiago, según diversos entrevistados, el tratamiento de un caso de características jurídicamente equivalentes varía marcadamente en razón de la fiscalía que lo procese. Este uso de la discrecionalidad —que puede conducir a que un tipo de caso sea archivado o sea objeto del principio de oportunidad en una fiscalía y sea materia de un procedimiento abreviado en otra— afecta tanto el derecho a la igualdad como la seguridad jurídica y cancela la predecibilidad de la actuación fiscal.

o los que aconsejan la suspensión condicional del procedimiento, para citar las cuestiones más importantes, son campos de ejercicio de la discrecionalidad fiscal que han producido una variedad de resultados, como se ha visto antes. En parte, esa heterogeneidad de respuestas que hoy se encuentra en el Ministerio Público frente al fenómeno delictivo es consecuencia de la carencia de una política de persecución.

Es posible que, aunque las encuestas no lo revelen claramente aún, estos resultados en el rendimiento del Ministerio Público tiendan a colisionar con las expectativas de las víctimas que difícilmente «se encuentran dispuestas a aceptar una explicación temprana en el sentido de que su caso no tiene perspectivas de éxito o que, por su gravedad, no se justifica la inversión de recursos que requeriría una persecución incierta»⁴⁰.

Una de las posibles desembocaduras de esta situación es la llamada «justicia por mano propia», de la cual apareció un adelanto en la muestra de casos trabajada en el Ministerio Público (RUC 0700003503-8). Carabineros encontró a dos individuos que golpeaban con palos a un tercero, que había sustraído una caja de salchichas con doscientas cincuenta unidades de una camioneta que descargaba mercadería. Al verse sorprendido, el sujeto amenazó con un martillo y un vidrio a los afectados, que se impusieron y procedieron a castigar directamente el hurto simple con una paliza. Es interesante destacar que el sujeto había recibido, en el curso de los últimos seis meses, el beneficio del principio de oportunidad en dos ocasiones, lo que no obstó para que le volviera a ser aplicado en este caso.

Se ha señalado la existencia de «un grave problema de definición de rol en el Ministerio Público, que [...] tiende a excluirse de liderar o aun de participar en estrategias destinadas a disminuir el delito»⁴¹. En las condiciones de inseguridad —sea esta objetiva o solo subjetiva— que parece atravesar la sociedad chilena, no contar con respuestas claras frente a la demanda de seguridad a la larga puede perjudicar la legitimidad social del Ministerio Público y, en consecuencia, del funcionamiento de la justicia.

VI. LA RESPUESTA LEGISLATIVA DE LA «AGENDA CORTA»

La presunta permisividad del sistema penal con la delincuencia ha sido tema preferente de la atención de los medios de comunicación. En ese clima, en Chile se ha reclamado en múltiples ocasiones el endurecimiento de las normas de la RPP y algunos políticos se han hecho portadores de tal demanda. En 2007,

⁴⁰ Vargas, 2005, pp. 39-40.

⁴¹ Comisión de Expertos de la Reforma Procesal Penal, 2003, p. 16.

un proyecto de modificación del CPP fue declarado de urgencia por la presidenta de la república; dado que en el trámite de aprobación surgieron diferencias suscitadas en torno a él, entre la Cámara de Diputados y el Senado, se constituyó una comisión en octubre de 2007, que ese mismo mes aprobó un texto definitivo.

El texto aborda el hecho de que, tras la declaración de ilegalidad de una detención, el detenido quedaba libre y no era posible ejercer acción alguna contra él. Se dispuso, mediante una modificación del artículo 132 del CPP, que:

[...] la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, [...] pero no podrá solicitar la ampliación de la detención. La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente.

Asimismo, se incorporó al CPP el artículo 132bis que faculta a admitir el recurso de apelación contra la resolución que declare ilegal la detención, planteado por el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en los casos de los delitos de secuestro, sustracción de menores, violación, violación de menores, violación calificada, parricidio, homicidio, robo con violencia o intimidación calificado, robo con violencia o intimidación simple y robo por sorpresa, y robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación, así como los comprendidos en la ley de drogas que tengan asignada pena de crimen por la ley. La enumeración de delitos cuya gravedad resulta así reconocida por la ley va claramente más allá de lo que podría comprenderse en la definición general formulada en los instructivos del fiscal nacional, antes citada.

Un segundo asunto contemplado en el texto aprobado es el régimen de la prisión preventiva que, en una modificación del artículo 140, referido a los requisitos para ordenar la prisión preventiva, detalla los mismos, estrechando el espacio que el juez tenía disponible para ejercer su discrecionalidad. Asimismo, el texto modifica el régimen de la apelación de la orden revocatoria de la prisión preventiva, dictada por un juez de garantía, mediante una adición al artículo 149 del CPP por la que, tratándose de los delitos de secuestro, sustracción de menores, violación, violación de menores, violación calificada, parricidio, homicidio, robo con violencia o intimidación calificado, robo con violencia o intimidación simple y robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación, la decisión del juez no se ejecuta mientras no esté ejecutoriada, de modo de dar oportunidad a que la sala se pronuncie sobre la apelación eventualmente impuesta por el fiscal.

El tercer asunto materia del proyecto de ley y abordado por la comisión es el de impedir que una persona a quien se ha suspendido condicionalmente

el procedimiento obtenga este mismo beneficio en otro procedimiento posterior, para lo que se establece un cambio legal. También en relación con la suspensión condicional del procedimiento, el texto introduce una modificación del artículo 237 del CPP por la que:

Tratándose de imputados por delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto, los contemplados en los artículos 361 a 366 bis, 367 y 367 bis del Código Penal y conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas, el fiscal deberá someter su decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento al fiscal regional.

Junto a unas cuantas modificaciones del Código Penal, el nuevo texto legal otorga mayores facultades a la policía en medios rurales o de difícil acceso y modifica la figura del control de identidad (artículo 85 del CPP), en la que la policía, sin orden previa de un fiscal, podrá:

[...] solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.

La nueva disposición añade:

Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.

De otra parte, la nueva ley especifica, a los efectos de la definición de la flagrancia, que el «tiempo inmediato a la perpetración de un delito» se extiende hasta doce horas después de cometido el hecho.

De estos, que son algunos de los principales temas que la modificación del CPP ha introducido o modificado, puede deducirse cuál es el propósito de la reforma hecha a la reforma. Se trata de «endurecer» el procedimiento penal, mediante una reducción de los espacios disponibles al encausado, detenido o simple retenido por la autoridad policial y, al mismo tiempo, un estrechamiento de los márgenes disponibles a la discrecionalidad judicial en la versión original del CPP.

Si tales modificaciones, que parecen responder al nivel de inseguridad subjetiva desarrollado en Chile en los últimos años, producen o no modificaciones de importancia en el funcionamiento del sistema penal y, en definitiva, en el abordaje

del desafío delictivo desde él, es algo que se podrá evaluar en el futuro. Debe advertirse, sin embargo, que entre los entrevistados para este trabajo, en noviembre de 2007, antes de que entraran en vigencia las nuevas disposiciones, prevalecían escepticismo y pesimismo. Para algunos de ellos, las modificaciones aprobadas desvirtúan el modelo acusatorio adoptado a través de la RPP, especialmente en razón del aumento de facultades en manos de la policía y la disminución del margen de discrecionalidad del juez. Para otros, aunque los cambios legales no significarán un avance en la lucha contra la delincuencia, tendrán como principal resultado el aumento de la población penal. Según el pronóstico de un juez entrevistado: «Se va a meter más gente presa, de la que ya se tiene, por los mismos delitos».

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Como recuerdan Casas y Mera⁴², el sistema penal «es un sistema de control [...] y elige en forma selectiva el tipo de conductas y cómo estas se penalizan [...] lo que no solo se refleja en las normas, sino también en cómo estas se aplican». Sin embargo, tal selección no puede ser arbitraria; debe obedecer a criterios racionalmente sostenibles y socialmente justificados. Una pregunta central en todo régimen de justicia es, pues, ¿de qué debe ocuparse el sistema penal? Y la respuesta debe estar referida no tanto a la configuración de los tipos legales, sino a la organización de la persecución penal que, al fin y al cabo, tanto para quien delinque como para el conjunto de la sociedad, es lo que importa.

En esa definición, que tiene una fuerte carga práctica y operativa, pesan límites que probablemente corresponden a todo sistema penal. Así, la dificultad para investigar y perseguir delitos cometidos por extraños o, peor aún, por desconocidos, implica el uso de mayores recursos no siempre disponibles. En cambio, otros delitos, como la venta de drogas al menudeo, cuenta con atención privilegiada de parte de la policía que al perseguirlos obtiene reconocimiento de parte de sus mandos y de la autoridad civil. Tal sesgo conduce a que, como hemos visto en la información estadística sobre Chile, este tipo delictivo acumule un mayor número de condenas. En suma, es justo reconocer que: «El sistema de justicia penal enfrenta limitaciones estructurales y algunos de los resultados en los que desemboca responden a condiciones que superan el rol de los fiscales» (comunicación personal con Hugo Frühling en marzo de 2008).

Situados en el campo de acción del Ministerio Público, es usual que, para justificar el poner de lado la persecución de determinados ilícitos, se reste importancia al daño que causan individualmente; las lesiones leves producidas

42 Casas & Mera González-Ballesteros, 2004, p. 18.

en una agresión o el apoderamiento de algunos objetos de valor reducido, por ejemplo, son casos en los cuales se entiende que la importancia del daño es mínima y, en consecuencia, puede prescindirse de la persecución. Cuando así se hace, dejándose sin respuesta la demanda de justicia planteada por un miembro de la sociedad, de una parte, se ignora que cada conflicto es importante para las partes implicadas y, de otra, se olvida que, como se ha dicho antes en este texto, de faltas y delitos de monto menor está construida la inseguridad ciudadana subjetiva que un sistema de justicia no puede desconsiderar —porque de él se espera que restituya el equilibrio social roto por quien viola una norma—, sin que los efectos de tal desconsideración lleguen a comprometer el funcionamiento del régimen político.

No obstante, el reconocimiento de la importancia relativa de todo conflicto no equivale a sostener que el sistema penal deba hacerse cargo de cada uno de ellos; lo que, además de ser imposible probablemente, en ciertos conflictos, resultaría inadecuado. Algunos de los casos recogidos en la muestra trabajada en el Ministerio Público ilustran bien aquello de lo que no debe ocuparse el sistema; no tanto porque esos conflictos carecieran de importancia, sino en razón de la incapacidad institucional para darles una respuesta adecuada. Algunos ejemplos pueden resultar demostrativos de la cuestión.

Dos de los casos corresponden a conflictos entre vecinos. En uno de ellos (RUC 0700001504-5), un condómino, que fue el denunciante, increpó a la familia de otro por encontrarse en la piscina, siendo así que el condómino (denunciado) no había pagado las cuotas. El denunciado lo buscó luego en su casa, discutieron, se insultaron y el denunciado lo golpeó con un fierro. En otro caso (RUC 0700014328-0), dos vecinas se pelearon y golpearon porque una de ellas andaba con la expareja de la hermana de la otra. En ambos casos, calificados como lesiones leves, el Ministerio Público aplicó el principio de oportunidad ante conflictos que, siendo de naturaleza vecinal, no habían podido ser resueltos de manera razonable en su propio terreno, que no es el del derecho penal.

De naturaleza distinta es el caso en el que una madre denunció a la profesora de su hijo (RUC 0600852696-4) por haberlo azotado, luego de insultarlo constantemente. Planteó que había denunciado el hecho a la directora, quien no hizo nada, y que su hijo —amenazado por la profesora para que no cuente nada a su madre— no quería ir al colegio. El fiscal emitió una orden de investigar bastante específica⁴³. Carabineros entrevistó al director, quien dijo conocer una sola queja contra la profesora, que no era la referida al caso. La coordinadora académica

43 Las órdenes de investigar emitidas por el Ministerio Público generalmente no están adecuadas a las especificidades del caso y, en consecuencia, incluyen una serie de requerimientos en condicional que no resultan aplicables en las circunstancias. A su turno y dado ese punto de partida,

sí recordó el incidente con el niño de la denuncia, así como quejas porque la profesora denunciada gritaba a los alumnos. Esta entregó una constancia de haber denunciado, a su vez, a la madre denunciante por amenazas de agresión. El director entregó las anotaciones sobre el alumno existentes en un libro de registro. Desde la impotencia, el Ministerio Público archivó el caso.

El último caso es, probablemente, el más dramático (RUC 0600852607-7). Un muchacho de diecinueve años denunció por agresión a su conviviente, de dieciocho, con siete meses de embarazo. Él argumentó que no era la primera vez y que la razón estriba en que ella es celosa y agresiva. Declararon ambos ante la policía y él señaló que «el objetivo principal de la denuncia es buscar apoyo siquiátrico para mi pareja ya que ella mantiene antecedentes psicológicos anteriores». Luego del informe policial, el Ministerio Público archivó el caso, incapaz de atender a quien se presentó como denunciante para formular un pedido de ayuda.

Ninguno de los participantes en estos casos registraba antecedentes. Eran personas que no podían resolver diferencias, en razón de sus características personales o de que no encontraron canales habilitados para solventarlas. El Ministerio Público archivó algunos de los casos y en otros aplicó el principio de oportunidad; pero en todos practicó una suerte de inhibición, dado que no era el lugar institucional con capacidad para resolver adecuadamente conflictos para los cuales la vía penal no resultaba idónea.

¿Qué hacer con incidentes que son desfuegos de tensiones y frustraciones, así como pequeños conflictos privados que la gente no sabe resolver sin recurrir a la violencia? Es bastante probable que no corresponda al sistema penal dar a ellos una respuesta, pero sí concierne al Estado —acaso mediante la delegación del tratamiento del conflicto a determinadas instancias sociales— atender la necesidad social de que el problema sea encauzado y arribe a una solución. «Es necesario abandonar, de una vez por todas, la idea de que el derecho penal y el proceso penal operan en un vacío y pueden darse el lujo de ser autistas respecto a las otras formas de intervención en los conflictos»⁴⁴. Esas otras formas de intervención son indispensables. No basta, pues, con que el sistema penal se inhiba, recurriendo a uno u otro argumento. La sociedad requiere una respuesta que, si no puede ser hallada en el sistema penal, en otra instancia pueda ser obtenida. Mientras esto último no sea posible, el sistema penal quedará en falta socialmente.

Si ponemos aparte este primer tipo de conflictos que llegan al sistema, traídos por quienes como denunciantes buscan en la vía penal la solución que no saben

la policía de investigaciones responde según un esquema que no corresponde a los términos de la orden de investigar.

44 Binder, 2007, p. 26.

o no pueden encontrar en mecanismos sociales, nos quedan aún otros tres tipos de conflictos que sí deben ser encarados diferenciadamente por el sistema penal. Uno es el caso generado por quien comete un delito de manera ocasional, trátase de un asunto menor o uno grave, pero que en general produce un daño individual. Otro es el proveniente del delincuente habitual, quien vive del delito de pequeña cuantía y, en consecuencia, afecta la seguridad ciudadana en determinada escala. Finalmente, un tercero es la gran delincuencia organizada, que a través de su actuación afecta la seguridad ciudadana en una escala mayor, tanto por el tipo de delitos que comete como por el impacto que causa.

Del examen de carpetas efectuado en el Ministerio Público, resulta más o menos claro que el sistema no ofrece una respuesta socialmente eficaz al segundo de estos tres tipos: la delincuencia habitual. En parte, esta ineficacia guarda relación con la aproximación que jueces y fiscales tienden a hacer en cualquier sistema: caso por caso. Este enfoque ignora que «gran parte del fenómeno de la criminalidad responde a patrones comunes, a formas sociales a acciones colectivas estructuradas. La persecución penal, sin embargo, de un modo casi exclusivo se sigue organizando bajo la lógica del caso a caso [...] desde el punto de vista de la persecución penal estatal el caso debe ser visto como parte de una regularidad social»⁴⁵. La habitualidad es una forma de regularidad social indeseable que, en lugar de ser beneficiada por las salidas alternativas para mantener su actuación, requiere del Estado una respuesta idónea para contrarrestarla. Esa respuesta no se halla en la actuación del Ministerio Público chileno.

Si se examina los resultados del trabajo del Ministerio Público con el conjunto de casos, desde la preocupación por buscar respuestas efectivas en el sistema penal, los datos del cuadro 2 ponen en evidencia que tres de cada cuatro casos ingresados a él no las reciben. Este balance surge de sumar los casos archivados provisionalmente (47,62%), más los casos en que se solicitó la facultad de no investigar (9,27%) y aquellos en los que se aplicó la decisión de no perseverar (2,17%), aquellos en los que se aplicó el principio de oportunidad (11,79%) y aquellos otros en los que se suspendió condicionalmente el procedimiento —y bastante probablemente no se vigiló el cumplimiento de las condiciones impuestas⁴⁶— (5,53%). Si tres cuartas partes de los casos ingresados al sistema penal no reciben de él una respuesta

45 *Ibíd.*, p. 31.

46 La alta probabilidad de que no se vigile el cumplimiento de las condiciones para suspender el procedimiento y no llevar adelante el procesamiento del presunto responsable de un delito, proviene de la inexistencia en Chile de un sistema de control sobre la ejecución de toda medida o sanción distinta a la pena privativa de la libertad. De modo que la forma principal en la que el sistema conoce que alguien no cumplió con las condiciones impuestas para suspenderle el procedimiento es cuando el sujeto se ve envuelto en un nuevo hecho delictivo.

efectiva, no se cuenta suficientemente con la «amenaza verosímil del uso de la persecución penal» que es condición para hacer efectiva la prevención del delito⁴⁷.

Como se ha visto, el Ministerio Público en Chile:

1. Archiva todo aquello que no tiene posibilidades de éxito claro y rápido, excepto cuando se trata de delitos muy graves como el homicidio, probablemente.
2. Judicializa aquellos casos en los que, de la denuncia o el parte policial, surgen un posible imputado y las pruebas, con especial incidencia de la flagrancia.
3. Induce una salida alternativa o un procedimiento abreviado siempre que el inculpado reconozca responsabilidad y la víctima pueda ser convencida de que esta salida es mejor que una hipotética condena.

Estas formas de actuación podrían implicar:

- Dejar de investigar casos de cierta importancia, pero que ofrecen dificultad para ser abordados.
- Contribuir a la impunidad en actuaciones que el sistema considera «respuestas de calidad»⁴⁸: (i) cuando se sanciona, como fruto de la negociación, por debajo de las posibilidades legales; o (ii) cuando la sanción no es tal (multas que no se pagan u obligaciones que no se cumplen).

Al explorar el terreno de la negociación entre acusación y defensa, que lleva al Ministerio Público a valerse de los procedimientos simplificado, monitorio y abreviado, un académico entrevistado reprochó al Ministerio Público su búsqueda del éxito y su renuencia a perder casos en el procedimiento ordinario. Es una observación que ha aparecido, en los informes acerca del funcionamiento de la justicia procesal penal en Chile, como reticencia «de los fiscales a llevar a juicio aquellos casos en que no alcanzan un grado de seguridad casi absoluto en cuanto a la fortaleza de la prueba»⁴⁹, o como «una tendencia de parte [de] muchos fiscales del

47 Comisión de Expertos de la Reforma Procesal Penal, 2003, p. 17.

48 La Comisión de Expertos de la Reforma Procesal Penal (2003, p. 12, nota 4) comprendió, entre aquellas que denominó «soluciones», tanto las sentencias definitivas y los acuerdos reparatorios como las suspensiones condicionales del procedimiento, la facultad de no iniciar investigación y los sobreseimientos definitivos. Presumir «calidad» o considerar «solución» a partir del tipo formal de desembocadura utilizado para poner fin al proceso puede resultar aventurado; para llegar a una conclusión de ese rango se requiere aprehender el conflicto específico y verificar si el aparato de justicia ha sido capaz de darle una respuesta idónea.

49 Vargas, 2005, p. 37.

Ministerio Público a llevar a juicio oral solamente aquellos casos en que consideran que no existe mayor riesgo de perder, lo que a su vez redundaría en un muy alto porcentaje de condenas frente a sentencias absolutorias»⁵⁰.

El entrevistado se refirió, en particular, a la importancia de litigar en busca de nuevos estándares jurisprudenciales que —por ejemplo, en materia de violencia intrafamiliar— no existen hoy, pero pueden ser establecidos a partir de la insistencia del Ministerio Público en reclamar otros criterios de juzgamiento. Llevar a juicio oral aquellos casos que «se ganarán» conduce a rebajar expectativas de sanción para aquellos otros en los que las pruebas, o los criterios vigentes en los tribunales no aseguran un «triunfo». No está presente el criterio de que vale la pena perder si, en ese esfuerzo, en algún momento se convence a los tribunales acerca de la importancia de cambiar el criterio que usan.

Algunos de los entrevistados formularon, sin que se les hubiera solicitado hacerlo, un balance. Un fiscal jefe propuso un balance crítico de la RPP: «Fue un exceso retórico en su construcción, de parte de una elite reformadora que fue algo así como un club. A pesar de que [este grupo] empezó muy vinculado a los derechos humanos, pasó a ser una tecnocracia bastante acrítica, con poco arraigo en la realidad y una desatención a la capacidad de los actores». Con mayor escepticismo, un juez partidario de la concepción del proceso que está presente en la reforma sostuvo: «La reforma es contracultural. Se impuso por una coyuntura pero la gente no cree que haya valor en los derechos del detenido». En una conversación sostenida con cuatro jueces, uno de ellos adelantó su evaluación de la RPP: «Es eficiente estadísticamente. 85% de las causas terminan en menos de un año y somos el país que más gente por habitante tiene encarcelada en América Latina».

Cualquier balance es necesariamente provisional a fines de 2007, habiendo transcurrido apenas dos años y medio desde que la RPP entró en vigencia en todo el país. Por esa razón, sería prematuro extraer conclusiones firmes sobre este proceso. Y, a partir de la limitada información recogida, poco de lo que se puede decir pretende un carácter definitivo. Pese a que, a partir del material revisado, en el análisis se ha puesto atención sobre todo a los signos problemáticos, algunas de las constataciones efectuadas sugieren tendencias y plantean dificultades que deberían ser consideradas si de la RPP se espera una justicia penal mejor.

50 Casas & Mera González-Ballesteros, 2004, p. 57.