

CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MATERIAS PENALES RECENSIÓN DEL TEXTO "REFORMA PROCESAL PENAL. OFICIOS DEL FISCAL NACIONAL. MATERIAS PENALES. 2001-2004". SANTIAGO 2005*.

Jean Pierre Matus Acuña *

En un medio donde escasean las obras impresas, es muy saludable la aparición de un texto como el comentado, sobre todo porque la mayor parte de los Oficios que contiene abordan cuestiones en que nuestra producción científica es inexistente o muy pobre. Esto es lo que sucede particularmente con los delitos económicos, donde a pesar de todo lo que se habla de ellos y de los muchos que se presentan como especialistas, cuando las Unidades de Delitos Económicos y de Lavado de Dinero se han debido enfrentar a dilucidar los límites de delitos contenidos en leyes especiales, como los relativos a prendas especiales (Oficio N° 501, p. 156), los bancarios (Oficio N° 502), los relativos a la propiedad intelectual e industrial (Oficios N° 32 y N° 64, pp. 284 y 302, respectivamente), se han encontrado con un vacío doctrinal que ellos mismos han debido suplir, en el intento de fijar los límites de lo que ha de considerarse punible. Y no sólo eso, estos oficios se encuentran además tan bien fundamentados y escritos que, de no ser por su utilización institucional, perfectamente podrían haber sido presentados a una publicación científica independiente. Entre los que destacan por este carácter, aparte de los recién mencionados, los Oficios N° 159 (p. 9), sobre el delito de violación de morada; N° 422 (p. 115), sobre delitos y fraude informático; N° 31 (p. 254) sobre delitos aduaneros; N° 603, sobre lavado de dinero; y N° 244 (p. 391), sobre ley antiterrorista.

Pasamos ahora a analizar el contenido de la obra. En atención a su contenido, podemos clasificar los oficios comprendidos en el texto, de la siguiente manera:

- a) Los que *principalmente* pretenden determinan el ámbito de lo perseguible criminalmente, interpretando tipos penales y fijando sus límites y alcances (p. ej., los ya men-

* Texto leído por su autor en el lanzamiento público de la obra, Santiago 20 de abril de 2005, con las modificaciones necesarias para su impresión.
* Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

- cionados Oficios N° 159, p. 9; N° 501, p. 156; N° 32, p. 284; y N° 64, p. 302. Entre los no mencionados, pueden verse los N° 35, p. 35, sobre la nueva ley de delitos sexuales; y N° 422, p. 115, sobre investigación en delitos informáticos;
- b) Los que *principalmente* sugieren actividades de investigación, con el propósito de uniformarlas y permitir la adecuada prueba de los hechos investigados. Estos oficios vienen a cumplir la función de ir creando una suerte de “manual de cortapalos” para la investigación criminal, supliendo así la falta de estas directrices en el Código Procesal Penal. Entre estos oficios encontramos, p. ej., los N° 80, p. 25, sobre investigación en delitos de carácter sexual; N° 386, p. 465, sobre desacato a los fiscales del ministerio público; N° 304, p. 478, sobre acusación o denuncia calumniosa; N° 409, p. 101; sobre cuasidelitos de la Ley de Tránsito; y N° 31, p. 254, sobre delitos aduaneros;
- c) Los que *principalmente* regulan las decisiones estratégicas del procedimiento, esto es, el cuándo y cómo, según las diversas clases de delitos, corresponde decretar el archivo provisional, el principio de oportunidad, la suspensión condicional, o solicitar un juicio inmediato, un procedimiento abreviado o simplificado. En este grupo se encuentran los Oficios N°s 270, p. 61, 362, p. 62 y 585, p. 63, sobre delitos contemplados en la Ley de Alcoholes; N° 150, p. 249, sobre delitos relativos a la propiedad intelectual; N° 551, p. 367, sobre delitos funcionarios; N° 096, p. 425, sobre los denominados “delitos menores”; N° 258, p. 436 y N° 264, p. 449, sobre hurtos; y N° 272, p. 454; sobre receptación; y

Como se desprende de los términos de la clasificación, ella apunta a los aspectos predominantes en cada Oficio y, por lo tanto, no excluye la posibilidad cierta de que en un oficio determinado se haga un poco de dogmática penal, se sugieran diligencias de investigación y se ofrezcan criterios de actuación en torno a las decisiones estratégicas del procedimiento.

En cuanto a los oficios que principalmente fijan la interpretación del Ministerio Público del alcance de los tipos penales, al consistir en *interpretaciones oficiales de la ley*, y por muy bien fundamentadas que estén, no siempre es posible valorarlos sin atender al legítimo interés institucional involucrado. Además, cuando el Fiscal Nacional fija la interpretación institucional del sentido y alcance de un tipo penal, está intentando concretizar nada más ni nada menos que el ámbito de lo punible, lo que significa, en términos procesales, que en caso de que los hechos en conocimiento del fiscal adjunto no revistan caracteres de ese o de otro delito distinto, correspondería decretar la orden de no iniciar la investigación, sujeta a revisión judicial. Por lo mismo, los efectos de una decisión basada en estas interpretaciones, aconsejan la mayor de las prudencias en su utilización. Y el Fiscal Nacional parece muy claro este aspecto. A mi juicio, esto explica el que, formal-

mente, estos oficios parecen excesivamente recargados de consideraciones doctrinales y jurisprudenciales que pretenden dar cuenta de todas las posibilidades de interpretación. Lamentablemente, a veces esta abierta exposición de las distintas posibilidades de interpretación puede llevar a confundir y agotar a los fiscales adjuntos, en vez de facilitar sus tareas diarias, según varios me han confesado en estos años de capacitaciones. Quizás cuando exista el desarrollo doctrinal que hace falta entre nosotros (y que estos oficios suelen suplir) puedan simplificarse, para concentrarse sólo en ofrecer a los fiscales adjuntos criterios de actuación en los puntos donde la discusión doctrinaria y jurisprudencial sea irreductible.

Respecto de los Oficios que principalmente sugieren actividades de investigación, aunque en ellos no se contiene una gran elaboración dogmática, su utilidad para la vida diaria de los fiscales adjuntos es notablemente superior que la del grupo anterior. En efecto, en la medida que estos oficios vienen a cumplir la función que para los jueces del sistema antiguo cumplían las detalladas provisiones del CPP 1906 sobre cómo desarrollar investigaciones para delitos determinados, facilitan el trabajo de los fiscales adjuntos, elevan la calidad de pruebas que de este modo se obtienen y permiten uniformar las investigaciones, ahorrando tiempo y recursos. Pero, además, estos Oficios tienen una gran ventaja sobre el ritualismo del CPP 1906: no establecen reglas rígidas que lleven a actuaciones inútiles, sino que utilizan expresiones como "el fiscal no citará a la víctima a un careo, a menos que lo estime indispensable" (Oficio N° 80, sobre investigación de delitos sexuales). En el futuro, es posible que una sistematización de todos estos oficios logre producir esos "manuales de procedimientos" que se imaginaban en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados derivarían de la facultad del Fiscal Nacional de dictar Instructivos en estas materias.

Finalmente, me referiré al grupo de Oficios que principalmente regulan las decisiones estratégicas del procedimiento. La importancia de esta clase de oficios para entender el estado de nuestro derecho penal es crucial. En efecto, como se decía en el proyectado art. 17 letra a), estos criterios de actuación son los que propiamente fijan la *política de persecución penal* del Ministerio Público. Sé que al discutirse el texto del actual art. 17 letra a) de la Ley Orgánica del Ministerio Público el Congreso eliminó esta expresión del texto legal, en el entendido de que los criterios de actuación que se fijasen sólo podrían referirse al cumplimiento de los objetivos institucionales "establecidos en la Constitución y en las leyes", y que la "política de persecución penal" sería una función del Estado que no correspondería exclusivamente al Ministerio Público¹. Pero por más que evidente-

¹ Londoño, Moisés, Praetorios y Ramírez, 2002. *Reforma procesal penal*, t. IV, p. 287, Santiago 2002.

mente la política nacional de persecución penal corresponda a diversos organismos del Estado, y entre ellos, en primer lugar a los órganos colegisladores, a través de la formulación de los delitos y sus penas, la forma como el Fiscal Nacional regula *autónomamente* cuándo y cómo se ejercerá la acción penal en cada caso es la forma como se concreta esa política de persecución penal del Estado. Basta con leer la introducción del Oficio N° 096, p. 425, para darse cuenta de que, en estas materias, la *política de persecución penal* del Ministerio Público no es ajena a la *política del Estado*. Allí se cita como justificación para los cambios de criterios la opinión de parlamentarios y de una Comisión de Expertos formada por el Ejecutivo para evaluar la reforma procesal penal. También en la fundamentación del Oficio N° 272, p. 454, se acude a la voluntad del legislador de endurecer las sanciones al delito de receptación y “al temor de la ciudadanía” para justificar “la necesidad de fortalecer los criterios de actuación” al respecto.

Como ya dijimos, los Oficios que fijan esta *política de persecución penal* son, por una parte, los que señalan las directrices en orden a cuántos recursos se destinarán para la investigación de determinadas clases de delitos, esto es, los que precisan cuánto debe investigarse antes de *archivar provisionalmente* determinadas clases de denuncias; y por otra, los que regulan los casos en que se otorga por la institución o se posibilita (cuando existen facultades legales para ello), el perdón oficial o privado de los delitos, esto es, en qué casos se otorga o se posibilita la aplicación del *principio de oportunidad*; en cuáles se permite concurrir a un acuerdo de *suspensión condicional* o aprobar uno *reparatorio*; y en cuáles procede solicitar un procedimiento *simplificado* que podría llevar a la *suspensión de la condena*.

Si tomamos en cuenta el efecto de la adopción de estas decisiones, esto es, que no se sigue investigando un hecho que reviste los caracteres de delito o termina por no imponerse una pena a quien podría ser declarado responsable del mismo, las posibilidades de políticas de persecución criminal que puede adoptar el Ministerio Público tendrían, como extremos, por una parte, un *radical reduccionismo penal*, y por la otra, una *radical maximización punitiva*.

Una política de *radical reduccionismo penal* podría desarrollarse bajo la suposición de que las sanciones penales son un factor criminógeno en los primerizos y un gasto inútil en la mayor parte de los restantes casos, tendría como objetivo principal disminuir la aplicación de las sanciones penales en todos los casos que sea posible, reservando los escasos recursos fiscales para la persecución de aquellos en que la amarga necesidad de la pena fuese inevitable. En aplicación de esta política podría instruirse estimar que no hay

antecedentes conducentes al esclarecimiento de los hechos cuando no existe una forma rápida y relativamente barata de identificar a sus responsables (sobre todo de delitos de baja cuantía), y por tanto, que debe procederse a su archivo provisional; que puede concederse el principio de oportunidad al responsable de cualquier delito, salvo los casos que la ley expresamente lo impide (que su pena mínima excediere de 540 días o sea cometido por un funcionario); que deben negarse o tenerse por no acreditadas las agravantes y concederse todas las atenuantes posibles, si con eso se puede llegar al máximo permitido para una suspensión condicional o para un procedimiento abreviado; que todo delito comprendido en el Título IX del CP afecta "bienes disponibles de carácter patrimonial" y, por tanto, no deben oponerse los fiscales adjuntos a un acuerdo reparatorio por robo con intimidación; y que todo simple delito debiera tramitarse en conformidad a las reglas del procedimiento simplificado (acogiendo atenuantes y negando agravantes de ser necesario), sin oponerse muy seriamente a la suspensión de la pena.

En cambio, una política de persecución penal de *radical maximización punitiva* tendría como objetivo realizar el mayor número de investigaciones posibles para obtener el mayor número de condenas probables, bajo el supuesto de que la imposición de las penas sí tiene un sentido en la comunidad y de que, precisamente, es éste el rol exclusivo del Ministerio Público. Naturalmente, esta política subordina a este objetivo todos los recursos disponibles, incluyendo el tiempo "libre" y la salud de los funcionarios y del resto de los intervinientes en el proceso, sin discriminar entre casos, pues nunca se sabe a dónde se puede llegar profundizando investigaciones en curso. La aplicación de esta política supondría instruir no decretar el archivo provisional de ningún caso salvo después de exhaustivas investigaciones y pasado un tiempo prudencial de espera por nuevos antecedentes; negar el beneficio del principio de oportunidad a todo imputado; no negociar acuerdos de suspensión condicional y utilizar el tiempo para recopilar evidencia incriminatoria a usar en el juicio, a menos que se tenga la certeza de perderlo; oponerse a todo acuerdo reparatorio que no se refiera exclusivamente a hurtos, lesiones menos graves y delitos culposos; y, salvo los casos mandados por la ley, no recurrir jamás al procedimiento simplificado, para evitar el riesgo de que el juez suspenda condicionalmente la pena.

Estos extremos ideales representan el Escila y el Caribdis por donde debe navegar la nave del Ministerio Público, en el tortuoso mar de la opinión pública: si se acerca mucho al reduccionismo, se le acusará de favorecer la impunidad y no cumplir las expectativas sociales de reducir la seguridad ciudadana; si a la maximización, de derrochar los recursos fiscales en largas e inútiles investigaciones, convirtiendo en letra muerta los mecanis-

mos de descongestión del procedimiento; eso, claro, si es que antes no se ha perdido a la mitad de los fiscales adjuntos por fatiga laboral.

Revisadas las posibilidades extremas, lo que queda es preguntarse, a la luz de los Oficios contenidos en la obra que presento, ¿en qué punto de este continuo se encuentra la *política de persecución penal* del Ministerio Público?

Mi impresión es que, en términos generales, la evolución de los instructivos y oficios del Fiscal Nacional dictados en estas materias durante los últimos cuatro años, da cuenta no de una única política de persecución penal, sino de una evolución desde una política que podríamos denominar de “*moderada reducción punitiva*” a otra de “*moderada maximización punitiva*”.

La política de *moderada reducción punitiva* predominó en el Ministerio Público básicamente desde su instalación hasta fines del año 2002, siendo su más representativo oficio el Instructivo N° 75, de septiembre de 2001, sobre archivo provisional en delitos menores, esto es, aquéllos que no tienen pena aflictiva. Sin embargo, la cada vez más creciente preocupación por las tasas de delitos y las críticas públicas que en las zonas reformadas se iban realizando a los vulgarmente llamados “bolsones de impunidad” que parecía ir dejando el nuevo proceso penal, anunciaban el cambio hacia la política de moderada maximización punitiva. Este cambio se consolidó, en marzo de 2004, con la dictación del Oficio N° 096, p. 425, contenido en el volumen que ahora presento y que, entre otras cosas, ofrece una nueva mirada a las facultad de archivar provisionalmente en casos de delitos menores, ya claramente desde el punto de vista de la *moderada maximización punitiva*.

Así, mientras en el Instructivo N° 75, reflejando la consolidación de la etapa de *moderado reduccionismo*, se entregaba un criterio de actuación que permitía archivar provisionalmente con el sólo mérito de la denuncia y la citación a la víctima, exigiendo para decretar diligencias un previo juicio acerca de su “viabilidad” para “obtener un resultado exitoso”; en el Oficio N° 096 (2004) se exige en todo caso decretar una orden de investigar (viable o no) y una revisión global y periódica de los casos archivados, siendo significativo que se agregue que “no constituye excusa para incumplir estos criterios de actuación, la circunstancia de ser insuficientes los inmuebles o las dotaciones de las fiscalías”. Un poco antes, en el Oficio N° 551, sobre delitos funcionarios, se restringía la aplicación de esta facultad, sólo cuando en “forma previa” se hubiera agotados “los medios razonables de investigación”.

Por lo que respecta al *principio de oportunidad*, mientras el Instructivo N° 35 (2000) dejaba, en definitiva, a criterio de los Fiscales Adjuntos determinar los casos en que era "conveniente" concederlo "con la debida ponderación casuística del compromiso social que el hecho punible concreto acarree y sus circunstancias de comisión", idea acorde con la política de moderada reducción punitiva; en el Oficio N° 272 (p. 454), ya se pide a los fiscales abstenerse de recurrir a este beneficio, tratándose de un delito de receptación, donde se cumplirían los requisitos legales del art. 170 CPP 2000. Y siguiendo esta línea de *moderada maximización*, el Oficio N° 258 (p. 436), tratándose de hurtos, incorpora como requisito antes de proceder a aplicar el principio de oportunidad, considerar "el interés concreto de la víctima"; el N° 150 (p. 249), relativo de delitos contra la propiedad intelectual exige un acuerdo escrito de la víctima; el N° 551 (p. 367), lo excluye respecto de todo delito en que haya participado un funcionario público, sea que lo haga en ese carácter o no.

Este paso desde una política de persecución penal moderadamente reduccionista a una de moderada maximización punitiva se aprecia también en los énfasis que, respecto a la suspensión condicional del procedimiento, se ponen en los Oficios comprendidos en el volumen que ahora presento. Así, en el Oficio N° 150, p. 249, se habla de las "desventajas" de esta salida en relación a los delitos contra la propiedad intelectual, requiriendo un acuerdo escrito de la víctima para darle curso; en el N° 551, p. 367, se declara esta medida "no aplicable" a la mayor parte de los delitos funcionarios; en el N° 096, p. 425, se constata "con preocupación" una suerte de "manga ancha" en el recurso a esta salida, y se ordena corregir esta situación con diversas medidas: evitando que se adopte apresuradamente, exigiendo que se escuche a la víctima e impidiendo su aplicación en delitos de carácter sexual donde estuvieran involucrados menores de edad. En cambio, en el Instructivo de los tiempos del reduccionismo (N° 36, año 2000), se dejaba abierta la puerta a la experimentación en esta materia, exigiendo sólo una "actitud prudente y conservadora". Las restricciones explícitas e implícitas de los tiempos actuales llevan al Fiscal Nacional a escribir en el citado Oficio 096, que éstas "no pueden significar abandonar esta salida alternativa, pero debe instarse por ella de manera reflexiva y selectiva".

Incluso en materia de *acuerdos reparatorios* el tránsito descrito anteriormente es perceptible: el Instructivo N° 34 (2000) permitía a los fiscales adjuntos no oponerse a ellos incluso en casos como la usura, el alzamiento de bienes, la violación de domicilio no violenta, y los robos con fuerza en lugares diferentes a los habitados, y tratándose de delitos tentados o frustrados, incluso para robos violentos o con intimidación o con fuerza en lugares habitados. El oficio N° 230 (2000) extendió estas posibilidades a los delitos

de receptación. Pero cuando se instaló la moderada maximización punitiva como política de persecución, el Oficio N° 272, p. 454, limitó drásticamente esta posibilidad, ordenando a los fiscales adjuntos instar por su rechazo, salvo en casos de receptación de hurtos de poca cuantía. Por su parte, el Oficio N° 273, p. 465, ordena oponerse a estos acuerdos cuando se suscriban con relación al delito de desacato a los fiscales; el N° 304, p. 478, lo hace respecto de la denuncia calumniosa; el N° 551, p. 367, respecto de los delitos funcionarios; y en el N° 159, p. 9, se les pide a los fiscales “evaluar con detención” su procedencia y conveniencia en delitos de violación de morada no violentos.

También las prevenciones por los efectos de la elección de procedimientos están presentes en la actual política de persecución criminal del Ministerio Público. Así, particularmente respecto a los delitos relativos al manejo en estado de ebriedad hay tres oficios que reiteran la idea central de esta política: a) que es mejor evitar el juicio simplificado, tramitando los hechos por la vía ordinaria; y b) que, en el evento de no poder evitarse el juicio simplificado, debe siempre exigirse que no se suspenda condicionalmente de la pena de suspensión de la licencia de conducir. Y en cuanto a los *procedimientos abreviados*, el criterio actual de actuación es que “no puede el fiscal alterar sustancialmente el mérito de la investigación en cuanto a la naturaleza del delito o de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal ... [pues] no es conveniente como política criminal llegar a condenas con penas muy benevolentes que no se ajustan a la realidad de lo sucedido y que, por lo mismo, producen una sensación de inseguridad y de impunidad en la ciudadanía”, según concluye el ya tantas veces citado Oficio N° 096, p. 425.

Hasta aquí, la descripción de lo que yo he podido entender de la lectura del texto que se me ha pedido reseñar en esta oportunidad.

Para finalizar, si se me pediera un juicio de valor acerca de lo reseñado, yo diría lo siguiente: la política de *moderada reducción punitiva* hace ver al Ministerio Público más cercano a lo que, parafraseando a Damaska, podríamos llamar un activista social, que impone su visión institucional de la sociedad para resolver los conflictos a través de sus propias decisiones, dejando algo de lado al poder judicial como regulador formal de conflictos; en cambio, la de *moderada maximización punitiva*, a pesar de que aparentemente significa una mayor actividad del Ministerio Público, en el fondo supone una reducción de su propia visión institucional a su rol de acusador fiscal, de parte procesal, dejando de lado las posibilidades de hacer “justicia material” a través de sus decisiones autónomas. Ambas políticas, mientras mantengan su tono de *moderación* son perfectamente válidas y puede soportarlas el ordenamiento procesal. Lo verdaderamente importante en este aspecto es que al expresarse tales políticas en instrucciones de aplicación general, puede

esperarse que ellas sean ejecutadas uniformemente por los fiscales adjuntos de todo el país, de manera que ante una denuncia por robo, hurto, manejo en estado de ebriedad, un delito funcionario o económico, una violación o un homicidio, la decisión estratégica que se adopte no esté gobernada por el humor o por el lugar donde se encuentre el fiscal adjunto de turno, sino por criterios de igual aplicación en todo el país. Si esto es así, habremos empezado a dar el gran paso en el ideal ilustrado: que no pueda seguir repitiéndose, 250 años después, la misma queja de Voltaire al referirse al sistema judicial francés de finales del siglo XVIII: "¿se juzgará siempre de un modo diferente la misma causa en provincias que en la capital?".

