

LUCES Y SOMBRAS EN LA CONVICCIÓN DEL ACUSADOR FISCAL

Luz Gavilán Donoso

1. INTRODUCCIÓN.

El poder de acusar del cual esta dotado el fiscal en Chile, de forma autónoma y discrecional, trae aparejada una serie de interrogantes, relacionadas con la convicción en el acusador y la necesaria existencia de un estándar, que permita dar seguridad y firmeza a esa decisión. Frente a estas preguntas, se impone como una necesidad ineludible abordar esta cuestión, a la fecha sin tratamiento doctrinal en nuestro país.

2. PUNTO DE PARTIDA. SIMPLEMENTE LA VERDAD¹.

El fin principal de todo el proceso es la búsqueda de la verdad, sin distinción entre verdad judicial y verdad extrajudicial o como clásicamente se le ha distinguido, entre verdad formal o procesal, que es la que se establece intraproceso, y se encuentra limitada tanto por la prueba rendida como por sus formas de término², y la verdad material o real, que solo puede determinarse fuera del proceso y que se presenta, entonces, como ilimitada en su búsqueda al no encontrarse constreñida ni por la prueba ni por término alguno vinculado al proceso³. Y esto es así, porque en opinión de Taruffo, “la búsqueda de la verdad no tiene nada que ver con la función ritual del proceso”⁴, porque la única verdad es la real⁵.

Si la única verdad es la verdad real, desde recibida la noticia criminis, el persecutor-investigador⁶, debe orientar todos sus esfuerzos a reedificar cómo ocurrieron los hechos, teniendo como premisa básica la referida posibilidad real del establecimiento de la verdad, con total apego a los principios de objetividad, legalidad y a la presunción de inocencia.

En este contexto, la única alternativa es aceptar que esta verdad será relativa, pues resulta innegable el que la verdad absoluta es una utopía para el mundo de la justicia y del proceso, pero es y debe ser siempre, y en todo caso, una verdad objetiva. Y esto último es de vital importancia, porque para llegar a esa verdad objetiva, debemos transitar día a día por sesgos, que por momentos dificultan alcanzarla. Ahora bien, enhorabuena, hoy se cuenta con ciencias auxiliares para esta búsqueda -básicamente la psicología y filosofía- las cuales, desde distintos roles, permiten alejarse de estos prejuicios tan connaturales al ser humano y, con ello, a la propia justicia.

¹ Simplemente una ironía, ya que, “la verdad nunca es simple ni absoluta”. Del título del libro del TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid, 2010

² TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad...*, p.20

³ TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad...*, p.100

⁴ TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad...*, p.125

⁵ CARNELUTTI, F. *La Prueba Civil*, 2º edición, Buenos Aires, 1982, p.25

⁶ Se utiliza esta terminología (persecutor-investigador), ya que el hablar solo de “persecutor”, importa en sus orígenes un sesgo de confirmación.

3. UN PASO PREVIO: ENTRE PROTONORMAS Y LIBRE VALORACIÓN.

El termino valorar⁷ proviene, según indica el Diccionario de la Real Academia Española, de valor, que significa apreciar, estimar, valorizar. A su vez, la valoración de la prueba es “la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que realiza en un proceso”⁸. En este proceso, este tercero, aprecia e interpreta los resultados de las pruebas, para luego de ello, valorar, es decir, decidir sobre su credibilidad.

En relación con la valoración, tenemos la convicción, que proviene del latín convictio -onis- y es definida como convencimiento, idea religiosa, ética o política a la que se está fuertemente adherido⁹.

Históricamente, el termino convicción ha sido relegado al juzgador, “...esa figura del tercero que a priori no se pone del lado de ninguna de las dos partes y da una solución, al menos en apariencia, imparcial”¹⁰, lográndola a través de una debida valoración de la prueba que se le presenta.

En retrospectiva, la valoración tiene un inicio temprano con las denominadas protonormas, lo que no es de extrañar, ya que, como lo señalara Nieva Fenoll, es “lo que siempre han deseado los legisladores de muchos lugares desde muy antiguo”¹¹. Ejemplo de ello, son los artículos 150¹², 182¹³ y 183¹⁴ del Código de Hammurabi y la ley 8¹⁵ de la Partida III, título XVI, de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio.

⁷ Diccionario real academia española (Página consultada con fecha 17 de junio de 2024). Disponible en la dirección: <https://dle.rae.es/valorar>

⁸ NIEVA FENOLL.J.: *La Valoración de la prueba*, Madrid, 2010, p.34.

⁹ Diccionario real academia española (consultado el 17 de junio de 2024). Disponible en la dirección: <https://dpej.rae.es/lema/conviccion>

¹⁰ NIEVA FENOLL.J.: *La valoración* ... p.38

¹¹ NIEVA FENOLL.J.: *Inmediación y Valoración de la prueba: “el retorno de la irracionalidad”*, en Civil Procedure Review Ab Omnibus pro Omnibus Civil, v.3, n.1: 3-24, jan.-apr., 2012 (consultado el 17 de junio de 2024). Disponible en la dirección: <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012b.pdf>

¹² 150: Si el marido dono a su esposa campo, huerta o casa, y le escribió un documento al respecto, después de la muerte del marido sus hijos no podrán reclamarle nada; la madre dejará en herencia eso bienes al hijo que prefiera, pero no a un extraño. NIEVA FENOLL.J.: *Inmediación y Valoración*...p.4, nota N°3.

¹³ 182: Si un padre tiene una hija que sea sacerdotisa de Marduk de Babilonia y no la doto escribiéndole un documento sellado, a la muerte del padre le corresponderá un tercio de la herencia, que podrá dejar en sucesión a quien prefiera. NIEVA FENOLL.J.: *Inmediación y Valoración*...p.4, nota N°3.

¹⁴ 183: Si un padre tiene una hija concubina, y le da dote, le concede marido y le otorga documento sellado al respecto, a la muerte de su padre no heredará ningún bien. NIEVA FENOLL.J.: *Inmediación y Valoración*...p.4, nota N°3

¹⁵ “Ley 8: Todo hombre de buena fama y a quien no fuere prohibido por las leyes de este libro nuestro, puede ser testigo en juicio por otro, y fuera de juicio; y aquellos a quienes les es prohibido son esto: hombre que es conocidamente de mala fama y este tal no puede ser testigo en ningún pleito, fuera del pleito de traición que quisiesen hacer o fuese ya hecho contra el rey o al reino, pero entonces no debe ser aceptado su testimonio , a menos de atormentarle primeramente. Otrosí: no puede ser testigo hombre contra quien fuese probado que dijera falso testimonio o que falseara carta o sello o moneda del rey, ni otrosí, el que dejase de decir verdad en su testimonio por precio que hubiese recibido; ni aquellos a quienes fuese probado que dieran hierbas o ponzoña para matar a algunos, o para hacerles otros daños, en los cuerpo es, o para hacer perder los hijos a las mujeres preñadas; ni otrosí, aquellos que matan a los hombres, fuera de si lo hiciesen en cuestiones propias; ni aquellos que son casados y tiene barranganas conocidas, mientras las tuvieren; ni lo que fuerzan las mujeres , bien que las

En este sentido, Grecia en las polis tenía estructurado en sus bases, la prueba testimonial y las llamadas constancias documentales, basadas en una “crítica lógica y razonada de la prueba”¹⁶. Roma por su parte transitó entre el juez como tercero imparcial, los juicios populares en los que no había obligación de motivar las sentencias, al sistema inquisitivo. Para luego, de la caída del Imperio Romano volver a la ordalías o juicios de Dios como se les conocía, conformadas por una gran variedad de técnicas¹⁷, ya que establecían una solución justa a través de la divinidad¹⁸. Si bien los juicios de Dios tenían un carácter residual, pues solo se recurría a ellos cuando los otros medios o no existían o eran insuficientes¹⁹. El duelo judicial²⁰ y el juramento de una de las partes o de un grupo de personas en favor de una de las partes²¹, fueron las ordalías más comunes y duraderas, antecesoras del sistema inquisitivo, el que se desarrolló con el avance del comercio, las ciudades y reinos, el crecimiento del poder político que devino en el gobierno post-feudal, la creación de las universidades, a lo que se sumó el racionalismo humanista con un pensamiento lógico y matemático²² de valorar la prueba.

Llega el sistema de prueba legal, que es un sistema de valoración basado en la ley, como “una operación intelectual mediante la cual se determina qué valor aporta el medio de prueba a la hipótesis planteada”²³ y ese valor lo asigna la ley. En este sistema de prueba prevalecía la desconfianza en el juez y a fin de evitar la arbitrariedad judicial, no existía contacto del juez con las pruebas, alejando del examen de las pruebas todo subjetivismo²⁴, y eliminando “las pruebas irracionales” basadas en el principio del juicio de Dios²⁵. El juez, en este sistema, se transformó en un cuantificador de la prueba rendida²⁶, basado en un sistema de prueba de valoración numérica -mecánica- de las pruebas. Es así como, dos testigos hacían prueba “plena”, siempre que se tratase de testigos que reunieran ciertas características a priori establecidas en la ley²⁷. Todo el resto de la prueba era la conocida como prueba “semi plena”²⁸.

lleven o no; ni aquellos que sacan las que están en orden, ni los que saliesen de un orden y anduviesen sin licencia de sus superiores, mientras que así anduvieren, ni los que casan con su parientas hasta el grado que prohíbe la santa Iglesia, a menos dispensa, ni ninguno que sea traidor o alevoso o dado conocidamente por malo, o el que hubiese hecho por lo que valiese menos, en tal manera que no pudiese ser par de otro”. Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, p.172. [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3588/2.pdf>]

¹⁶ VASQUEZ ROSSI, J.: *Derecho Procesal Penal II*, Buenos Aires, 1997, p.281

¹⁷ TARUFFO.M.: *Simplemente la verdad...*, p.15

¹⁸ Ejemplo de ordalías es la prueba del “agua”, la prueba de la “caldera hirviente”, en TARUFFO.M.: *Simplemente la verdad...*, p.15

¹⁹ TARUFFO.M.: *Simplemente la verdad...*p.18

²⁰ Consistía en el enfrentamiento de las partes frente a los jueces.

²¹ Conocidos como *compurgatio* y *coniuratores*, respectivamente. TARUFFO.M.: *Simplemente la verdad...*, p.15

²² TARUFFO. M.: *La prueba*, Madrid, 2008, p.134

²³ MATURANA BAEZA.J.: Sana crítica. “un sistema de valoración racional de la prueba”, Santiago, 2014, p. 69.

²⁴ CAPELLETTI, M. *El proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, (Traducción de Santiago Mentis Melendi) Lima, 2006, p.69

²⁵ TARUFFO.M.: *La prueba...*p.388

²⁶ En el caso de las Cortes Inglesas, si bien, dada su tradición jurídica, el proceso evolutivo de la prueba legal es distinto, la manifestación más cercana es posible encontrarla en las reglas de exclusión de prueba. Véase a CAPELLETTI, M. *El proceso civil...*p.100 y ss.

²⁷ Por ejemplo, las mujeres o no eran admitidas a testimoniar, o bien, en caso de serlo, eran valoradas en la mitad o un tercio o menos todavía que los testigos varones. Lo mismo en el caso de testigos siervos. En el caso de los no nobles, valía menos que el testimonio de los testigos nobles o eclesiásticos. Como puede apreciarse, toda una

La principal crítica a este sistema es que el resultado no dependía de la libre apreciación del juez, sino del número de pruebas existentes. Lo que permite afirmar, que la prueba legal no es prueba, pues, “si la prueba es verificación para llegar a una convicción, las pruebas legales nada tienen que ver con la verificación ni con la convicción”²⁹.

El advenimiento de la codificación cambia las pautas existentes, ya que por una parte, aparece la libre convicción como sistema contrapuesto al sistema de prueba legal - de valor matemático y por tanto constante e inalterable- y por otra, el reemplazo del cálculo probatorio por una nueva forma de razonar, “la racionalidad moderna, libre de vínculos formales, basada en la lógica probabilística, inspirada en criterios científicos y en el sentido común, flexible y adaptable a las exigencias de la verdad empírica”^{30 31}.

El sistema de libre valoración de la prueba implica que el juez ya no se encuentra encarcelado en reglas que determinan el valor probatorio de los medios de prueba en base a los cuales debe decidir, el juez decide de forma libre y discrecional, pero siempre sujeto a las reglas del pensamiento o de la razón.

Es así como en Europa la libre valoración de la prueba aparece bajo distintas fórmulas. En Francia como *intime conviction* a través de su código de instrucción criminal, libre convencimiento en código procesal civil italiano, apreciación en conciencia en la ley de enjuiciamiento criminal español o la fórmula mixta *freie beweiswürdigung*³², adoptada en Alemania.

Dentro de los sistemas de libre valoración, es posible encontrar al menos dos subsistemas: a) aquellos de corte subjetivo, como el modelo de íntima convicción, en donde no existe control racional de la discrecionalidad del adjudicador, por lo que, “la verdad fáctica depende por entero de la conciencia del juez, que no está obligado por ninguna regla legal”³³, y, b) aquellos de corte objetivo, en donde, manteniéndose la premisa en orden a la libre apreciación del juez al momento de valorar la prueba “prohíben que se puedan transgredir los criterios de

escala aritmética de valores según el grado de nobleza o según la jerarquía eclesiástica. CAPELLETTI. M.: *El proceso civil...*, p.95

²⁸ Que se tenía cuando no se alcanzaba el número mínimo de dos testigos, el documento no era público o el litigante simplemente declaraba sin jurar. NIEVA FENOLL, J.: *La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba*, Ars Iuris Salmanticensis, vol.5, 2017, p.60 (consultado el 20 de junio de 2024). Disponible en: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/16881/17491>

²⁹ SENTIS MELENDO, S.: *Estudios de Derecho Procesal*, Argentina, 1967, p. 647

³⁰ TARUFFO, M.: *La prueba...*, p.395.

³¹ A esto se suma el factor histórico - político fundamental de este cambio, la revolución francesa, ya que una vez producida esta, el juez se transforma en un profesional competente del Estado destinado a juzgar, con carácter neutral y responsable, surgiendo la libre valoración de la prueba como sistema, no solo en el sistema penal francés en la época de la revolución, sino también en el derecho procesal civil italiano, alemán, español y después, en el latinoamericano.

³² Fórmula intermedia entre la fórmula pura francesa, acogida en Italia y España, y la fórmula Inglesa -leyes de la evidencia-, que elimina el subjetivismo judicial y permite al juez tomar en cuenta una prueba libre, entendida correctamente como libertad de estimación moral o racional. VALLESPIN PEREZ, D.: *La “reinterpretación constitucional” de la apreciación en conciencia de la LECrim. Española*. En revista chilena de derecho y ciencia policia 2, 2011, pp. 37 – 47, p. 39 (consultado el 20 de junio de 2024). Disponible en: <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V2N1-art36>

³³ PAILLAS, E.: *Estudios de Derecho Probatorio*, Santiago de Chile, 2022, p. 21.

inferencia racionales, como los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia”³⁴.

Este repaso histórico, no es antojadizo, pues aquella función que por siglos se le adjudicó en forma irrestricta al juzgador, hoy no solo le pertenece a él, sino que también a esta nueva figura erigida en el sistema procesal penal, el fiscal como custodio de la ley, por lo que, antes de entrar de lleno al problema, resultaba necesario, conocer el camino recorrido desde su origen.

Llegado a este punto, aparecen nuevamente las preguntas que constituyen el *quid* del asunto: ¿cuándo el persecutor, después de valorar la prueba que ha reunido, debe acusar? ¿realizará el mismo proceso de análisis que el adjudicador? ¿requerirá de un estándar de prueba en perspectiva del juicio y eventual sentencia que resulte similar al del juez? ¿será suficiente una proyección con alta probabilidad de obtener un buen resultado el baremo a utilizar?. Pues bien, desarrollaremos algunas ideas relacionadas en las siguientes líneas, lo que asumirá la premisa que, en su respectivo ámbito, la mecánica en la que el fiscal se encuentra, podría resultar, de alguna forma, asimilable a la del juez, al menos, a lo que a la valoración - proyección- de los elementos recogidos durante la investigación se refiere, aunque, como veremos, esto no garantiza la aplicación a su respecto de un estándar.

4. DE LA CONVICCIÓN DEL ACUSADOR EN DERECHO COMPARADO. LA SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE.

En derecho comparado la cuestión de si se exige o no algún tipo de baremo al fiscal al momento de presentar una acusación en contra de un sujeto determinado, es un asunto más o menos pacífico. Sin embargo, las exigencias que dicho baremo impone varían de un sistema a otro.

En el derecho inglés, inicialmente, se acudió al denominado test of evidencial sufficiency, que no obligaba a considerar la seriedad, solidez y credibilidad de la prueba, ni tampoco las posibles líneas de defensa, resultando suficiente para acusar la sospecha de que hubiese un indicio de la responsabilidad del sujeto en la comisión del delito³⁵, lo que parecía poner en entredicho la presunción de inocencia.

Actualmente, la actuación del fiscal se encuentra regida, desde su promulgación en el año 1986, por el Code for Crown Prosecutors, el cual impone al fiscal, para presentar una acusación por un hecho en contra de persona (s) determinadas, un análisis de las posibilidades reales de éxito, “realistic prospect of conviction”, así como la convicción de que existen pruebas suficientes para ofrecer una posibilidad concreta de condena, basada en la evaluación

³⁴ MATURANA BAEZA, J.: *Sana Critica. Un sistema de valoración racional de la prueba*, Santiago de Chile, 2014, p.86.

³⁵ DAMIÁN MORENO, J: *La decisión de acusar (“whether to prosecute”): criterios de perseguibilidad. Control y Tratamiento de la imputación por la acusación*, p.13 -18 (Consultado el 23 de junio de 2024). Disponible en la dirección: www.Vlex.co.Uk

objetiva de las prueba, y que esta resulte admisible, creíble y fiable³⁶. La mencionada perspectiva realista de condena (que apunta a la existencia de mayores probabilidades de condena que de una absolución)³⁷, será una evaluación que debe realizar el persecutor previo a la presentación de la acusación. En principio, para la realización de este test sobre las posibilidades de obtener una sentencia de condena, debe esperar al término de la investigación, por una razón muy simple, ya que solo en ese momento, reunida la prueba y comprobado su origen, el fiscal podrá revisar y “valorar” en forma objetiva, cada uno los elementos de prueba con que cuenta, tanto los de cargo como los de descargo, y si ellos se encuentran revestidos de la seriedad, fiabilidad y credibilidad suficiente para sustentar la imputación. Por cierto que, en aquellos casos en que exista una ausencia de interés penal en la persecución, puede adoptarse una decisión en forma anticipada.

Resulta del caso indicar que en Inglaterra, lo habitual era que la decisión de acusar no era judicialmente revisable, salvo muy excepcionalmente, en caso de ejercicio abiertamente irrazonable o inocuo de la acción penal³⁸, situación que cambió desde 1994, con la “Criminal justice and Public Order Act 1994, la cual, respecto de la decisión de la policía y la consecuente confirmación de la fiscalía en orden a continuar, le otorga al acusado el derecho de someter esa decisión a una revisión judicial preliminar del magistrates court, quien previo examen de la pruebas de cargo, puede decidir el sobreseimiento del caso.

Ahora bien, como resulta evidente, la perspectiva realista de condena, no exige que el fiscal tenga certeza de la misma, si no que, como su nombre lo indica, es suficiente una perspectiva realista de obtenerla o de sus posibilidades de éxito, basado esto en la prueba previamente recopilada, analizada y verificada a la luz del principio de objetividad y del derecho a la presunción de inocencia.

Por su parte, en Estados Unidos, la American Bar Association conocida por las siglas ABA, al tratar la función persecutora, propone requisitos mínimos para presentar y mantener cargos penales, basados en el test de causa probable, señalando que:

- a) Un fiscal debe buscar o presentar cargos penales sólo si cree razonablemente que los cargos están respaldados por una causa probable, que las pruebas admisibles será suficientes para respaldar la condena más allá de toda duda razonable y que la decisión de presentar cargos redundará en interés de Justicia.
- b) Una vez presentados los cargos penales, un fiscal debe mantenerlos sólo si continúa creyendo razonablemente que existe una causa probable y que las pruebas admisibles serán suficientes para respaldar la condena más allá de toda duda razonable.

³⁶ Director's Guidance on Charging, Sixth edition, 2020. Orientación emitida por el Director del Ministerio Pública (DPP) de conformidad con las disposiciones del art. 37 A de la ley de policías y pruebas de 1984 (ley PACE) y establece las disposiciones prescritas por el DPP para las decisiones de acusación entre otras.

³⁷ Más concretamente, una perspectiva realista de condena significa que “un jurado, un tribunal de magistrados o un juez objetivo, imparcial y razonable que conozca un caso solo, debidamente dirigido y actuando en conformidad con la ley, tiene más probabilidades de condenar al acusado que de no condenarlo del cargo alegado. Código para fiscales de la Corona 4.7. En Director's Guidance on Charging, Sixth edition, UK, 2020, acápite 5.3. p.13 (Consultado el 20 de junio de 2024). Disponible en la dirección: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/charging-directors-guidance-sixth-edition-december-2020-incorporating-national-file>

³⁸ DIEZ-PICAZO, L.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, España, 2000, p.56

- c) Si un fiscal tiene dudas significativas sobre la culpabilidad del acusado o de la calidad, veracidad o suficiencia de las pruebas en cualquier caso penal asignado al fiscal, el fiscal debe revelar esas dudas al personal de supervisión. La fiscalía deberá entonces determinar si procede continuar con el caso.
- d) La fiscalía no debe presentar ni mantener cargos si cree que el acusado es inocente, independientemente del estado de las pruebas³⁹.

De todo lo anterior, conoce un órgano de carácter judicial, quien examina la seriedad del fundamento de la acusación en una audiencia en que incluso pueden revisarse las principales pruebas de cargo. Generalmente, esta audiencia preliminar está a cargo de un magistrado “preliminar hearing” y, excepcionalmente, si se trata de crímenes capitales, ante un gran jurado, por lo que solo habrá juicio en la medida que un órgano de carácter judicial que realiza este examen de plausibilidad adopte la decisión.

En el caso de España, la actuación del Ministerio Fiscal (que sabemos inserto en el poder judicial, aunque con autonomía funcional) adquiere protagonismo, en el procedimiento abreviado y en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Su misión es la de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, y aunque expresamente no encontramos criterios o test de convicción impuestos acusador, si podemos inferirlos del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española⁴⁰: artículo 503.3, al referirse, que para decretar la prisión preventiva, serán necesarias las circunstancias siguientes: 3º) Que aparezcan en la causa motivos bastante para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión; el artículo 637.1, cuando al tratar la procedencia del sobreseimiento libre señala “ 1º) Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado

³⁹ El Manual de Justicia del Departamento de Justicia de Estados Unidos, en lo relativo a los principios del Ministerio Público Federal indica que: “9-27.300 - Selecting Charges—Conducting an Individualized Assessment. Once a determination has been made that prosecution would satisfy the requirements set forth in JM 9-27.220 – 9-27.250, the prosecutor must select the most appropriate charges. Ordinarily, those charges will include the most serious offense that is encompassed by the defendant’s conduct and that is likely to result in a sustainable conviction. In selecting the appropriate charges, however, prosecutors should consider whether the consequences of those charges for sentencing would yield a result that is proportional to the seriousness of the defendant’s conduct, and whether the charge achieves such purposes of the criminal law as punishment, protection of the public, specific and general deterrence, and rehabilitation. Such decisions should be informed by an individualized assessment of all the facts and circumstances of each particular case. The goal in any prosecution is a sanction that is “sufficient, but not greater than necessary,” 18 U.S.C. § 3553(a), to satisfy these considerations. To ensure consistency and accountability, charging and plea agreement decisions must be reviewed by a supervisory attorney. All but the most routine indictments should be accompanied by a prosecution memorandum that identifies the charging options supported by the evidence and the law and explains the charging decision therein. Each United States Attorney’s Office and litigating division of the Department is required to promulgate written guidance describing its internal indictment review process. Prosecutors have an ongoing obligation to evaluate a case and the provable evidence, even after offenses have been charged. If a prosecutor determines that, as a result of a change in the evidence or for another reason, a charge is no longer readily provable or appropriate, the prosecutor should dismiss those charges, consistent with the written policies of the district or litigating division and the *Principles of Federal Prosecution*.”

⁴⁰ Ley de Enjuiciamiento criminal promulgada por Real Decreto del 14 de septiembre de 1882 (Consultado el 24 de junio de 2024). Disponible en dirección: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es060es.pdf>

el hecho que hubiere dado motivo a la formación de causa; en el artículo 641.1, al señalar que procederá el sobreseimiento provisional “ 1º) cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa” y en el artículo 790.6, que en capítulo relativo a la preparación del juicio oral indica: “6. Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del núm. 2 art. 637 de esta Ley o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento...”.

Como puede observarse del análisis de las normas antes referidas, pasa de un test de prueba de probabilidad prevalente, para decretar la prisión provisional y sobreseimiento provisional, al de indicios racionales al tratarse del sobreseimiento libre, y, al de inferencia razonable para dictar el auto de apertura, cada uno dependiendo del estadio procesal de que se trate.⁴¹

Siguiendo en el caso español, después de la conclusión de la instrucción, el tribunal de juicio oral puede, pese a la acusación, sobreseer el caso en la fase intermedia⁴² o en la audiencia preliminar en el procedimiento ante jurados. Es de tanta relevancia esta cuestión, que incluso ha intervenido el Tribunal Constitucional, con el único objeto de asegurar la facultad del imputado de solicitar, en esta etapa, el sobreseimiento de la causa⁴³.

En Alemania, la Ordenanza procesal penal alemana, interminablemente modificada en muchas de sus partes, contempla que, cuando el fiscal ha esclarecido en la medida de lo posible las circunstancias del hecho, puede acusar a una persona de la comisión de un hecho punible si existen fundamentos para sospechar del mismo y tiene por probable una condena, presentado ante el tribunal competente el escrito de acusación⁴⁴, pasando así a la fase intermedia o, en caso contrario, si en virtud de los antecedentes de la investigación no hay hecho punible, debe archivar el proceso.

⁴¹ No nos referiremos aquí al estándar de “intima convicción” del juez en el caso de la sentencia, al decir el artículo 846 de Ley de Enjuiciamiento Criminal Española que el tribunal dictara sentencia, entre otros elementos, cuando “aprecie según su conciencia las pruebas practicadas en juicio”, por exceder el estadio procesal en que se ubica este trabajo y el análisis al que se aboca.

⁴² MONTERO AROCA, J., GOMEZ COLOMER, J., BARONA VILAR, S.: Derecho Jurisdiccional. T1 Parte General, Valencia, 2018, p. 486 Y 487

⁴³ STC 66/1989 de 17 de abril de 1989 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. Considerando 12 párrafo 3 “Los demandantes en amparo, en escrito de 10 de marzo de 1988, solicitaron se les incluyera en el trámite previsto en el art. 627 de la L.E.Cr., lo que les fue negado: y esta negativa ha de estimarse como contraria al derecho a un proceso con todas las garantías. Pues, si bien el art. 627 de la L.E.Cr. sólo prevé expresamente el traslado de los autos para instrucción del Ministerio Fiscal y a los querellantes personados, no prohíbe en forma alguna (como señala el Ministerio Fiscal ante este Tribunal) que se dé traslado a los procesados. Y, a la vista de lo dispuesto en el art. 24.2, procedía integrar lo mandado en el art. 627 L.E.Cr., norma de origen preconstitucional, con las garantías resultantes del artículo constitucional citado, que incluyen la igualdad de armas entre las partes, y, por tanto, y en este caso, el traslado a los procesados en los mismos términos que los previstos en el art. 627 L.E.Cr. para el Ministerio Fiscal y querellante si lo hubiera.” (Consultada el 25 de junio de 2024). Disponible en la dirección: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1989-11442>

⁴⁴ Art. 170.1 y 200 de la Ordenanza procesal penal alemana.

En la fase intermedia⁴⁵, entra por primera vez en función el tribunal compuesto de jueces letrados. En esta etapa, el tribunal conocerá de la acusación, de la defensa y sus solicitudes, e incluso, para un mejor esclarecimiento del asunto, puede ordenar la práctica de algunas pruebas.⁴⁶ Este Tribunal debe decidir acerca de si existe sospecha razonable para acordar la apertura del procedimiento principal y admitir la acusación.

Llegado, por tanto, a este escenario, “el asunto penal tiene que haber atravesado normalmente dos filtros, que pueden suponer el final de una ulterior persecución: la investigación a cargo del ministerio fiscal y la fase intermedia”.⁴⁷

De lo expuesto en estas líneas, respecto del proceso penal alemán, es posible advertir que para acusar el fiscal alemán debe valorar si la prueba recopilada durante la investigación, por un lado, suficiente para sospechar de la comisión de un hecho delictivo por parte de un sujeto y, por otra parte, si esas pruebas permiten tener por “probable” una condena. El defecto del sistema es la probabilidad del prejuzgamiento⁴⁸, lo cual será un defecto de quien juzga y no de quien acusa.

Ahora bien, como un aspecto procedimental relacionado, en derecho comparado - anglosajón y europeo - lo común, es que una vez concluida la investigación, se confiera siempre la posibilidad al acusado de discutir ante un tribunal, primero sobre la seriedad de los antecedentes que fundan la imputación y, como segundo aspecto, la razonabilidad de ser sometido a juicio oral, dejando entonces radicada en el tribunal la decisión de ir o no a juicio, y no en el fiscal. Como acertadamente señala González Pillado, “se configura una audiencia preliminar como un filtro garantista que excluye las peticiones punitivas infundadas, permitiendo a la acusación y defensa un debate real en presencia del juez sobre la necesidad de celebrar el juicio, con carácter previo a la decisión judicial sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa”⁴⁹.

La situación en Chile, es muy distinta a la hasta aquí revisada, ya que, a través de la reforma procesal penal del año 2000, que produjo un cambio de paradigma en la justicia procesal penal chilena, al pasar de un sistema inquisitivo a uno de corte acusatorio, pero con reminiscencias del sistema inquisitivo⁵⁰, no solo se entregó al fiscal una total autonomía a la hora de acusar, sino también, la exclusividad de decidir si llevar o no al acusado a juicio oral, sin contemplar la figura de la fase intermedia o de revisión judicial de la decisión tomada por

⁴⁵ La fase intermedia se encuentra regulada en los artículos 199 a 211 de la Ordenanza procesal Penal alemana (StPO)

⁴⁶ ROXIN, C.: *Introducción a la Ley Procesal Penal Alemana* (Einführung zur Strafprozeß (3ordnung), Traducción de GOMEZ COLOMER, J., en Revista “Cuadernos de Política Criminal” del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, núm.16, 1982, p. 622

⁴⁷ ROXIN, C.: *Introducción a la Ley Procesal Penal Alemana...*, p.622.

⁴⁸ ROJAS SEPULVEDA, M: *El poder de acusar y la preparación de juicio oral*, en revista actualidad jurídica N°9, Universidad del Desarrollo, 2004, p. 210 (consultado el 20 de junio de 2024). Disponible en la dirección: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-9-P207.pdf>

⁴⁹ GONZALEZ PILLADO, E.: *Instrucción y preparación del juicio oral en el procedimiento ante el tribunal del jurado*. Madrid, 2000, p. 193

⁵⁰ Siguiendo aquí a NIEVA FENOLL, J.: *La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal: Hacia una total superación del sistema inquisitivo*. En revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, Vol. 1, Madrid, 2019.

el persecutor. Lo único que se contempla en la ley es que el fiscal podrá formular acusación “cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma”⁵¹, careciendo el juez de garantía de facultades para revisar la seriedad de dicho fundamento. Si bien el Código fija la pauta de viabilidad de la acusación, al decir, que “la investigación proporcione fundamento serio para el enjuiciamiento”, el poder de acusar radica libre y discrecionalmente en el fiscal. Y no solo radica allí este poder, sino que también sitúa en el fiscal en forma exclusiva y excluyente la ponderación de los elementos de prueba que durante la investigación ha reunido, así como su plausibilidad en miras de una futura condena. En Chile, para el acusador, y hago hincapié en este término, ya que es en esta etapa en la que se incorpora este trabajo, no hay como baremo una sospecha razonable para acusar, ni una perspectiva realista de condena, ni prueba suficiente ni ningún otro parámetro asimilable, salvo el propio del juzgador (más allá de toda duda razonable⁵²), que indudablemente podría servir también como estándar para el acusador, ya que es justamente el parámetro que tiene por ley fijado el sujeto a quien el fiscal debe convencer de la hipótesis acusatoria. Sin embargo, aunque algunos podrían compartir esta conclusión, a nuestro entender, el referido estándar, por resultar en la praxis impreciso e inevitablemente subjetivo, genera más dudas que certezas en la forma en cómo se llega a él, por su vaguedad, lo que no permite controlar su corrección, en cuanto haber llegado o no quien lo utiliza, al umbral mínimo de corroboración que se requiere para tener por acreditada la hipótesis presentada, lo que hace infructuoso trasladarlo también al persecutor. En ese contexto, ni siquiera debería llamarse “estándar”⁵³. De esta forma, la pregunta es si ¿será necesario insistir en un estándar a imponer al fiscal?

5. ¿UN ESTANDAR DE CONVICCIÓN PARA EL ACUSADOR?

Si este trabajo hubiese comenzado con la pregunta de si es necesario un estándar de convicción para el acusador, la respuesta habría sido diametralmente distinta a la conclusión que aquí se expondrá, y la razón de esto es muy simple. Luego de haber leído sobre los distintos estándares de convicción, ninguno de ellos, pese a los esfuerzos que se han realizado

⁵¹ Artículo 248.- Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:

b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma...”. Código Procesal Penal Chileno Ley 19696 promulgada el 29 de septiembre de 2000.

⁵² Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración. Código Procesal Penal Chileno.

⁵³ En relación a la intimidada convicción y al más allá de toda duda razonable en FERRER BELTRAN, J.: *Los estándares de prueba en el proceso penal español*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. Universidad de Girona. España N°15, 2007, p.2 (consultado el 19 de junio de 2024). Disponible en la dirección: <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>

históricamente para racionalizarlos, permiten dar certeza al por qué de la decisión que se toma y los riesgos que con ella se aceptan y, más aún, al tratar de explicarlos, el asunto se vuelve todavía más enredado. Al fin y al cabo todos estos llamados estándares comparten como elemento común un halo de subjetividad (propia del ser humano) imposible de racionalizar.

De esta forma, situados en el momento de la decisión sobre acusar o no, la respuesta a la interrogante planteada, es que resulta innecesario el establecimiento de un estándar de convicción para el acusador, y esto porque su actuación, al consistir básicamente en una proyección de mérito de los antecedentes disponibles frente a una posible condena o absolucón, no requiere de un real cálculo de quantum de prueba ni de errores a distribuir, sino de aproximaciones que quedan en un nivel anterior a la decisión, impuesto por el diseño institucional en el cual interviene, lo cual le permitiría acusar inclusive si existen orientaciones jurisprudenciales contrarias a su postura. Esto también resultaría más acorde con la necesaria neutralidad que le resulta impuesta desde el momento que recibe la noticia criminis, abierto a las distintas hipótesis, pues “los fiscales están obligados a realizar una investigación objetiva y completa, esto es, a indagar no sólo aquello que constituye la hipótesis que consideran plausible o aún verídica, sino también de descartar posibles otras hipótesis, en especial aquellas invocadas por el imputado o su defensa cuando tienen cierto fundamento”⁵⁴. Cobran aquí vital relevancia el principio de objetividad, como limitador de los sesgos cognitivos connaturales al ser humano, de los cuales no se encuentra exentos los fiscales, pero si obligados a alejarse por completo. La visión de túnel,⁵⁵ encuentra su límite en los principios de objetividad, de legalidad y en la presunción de inocencia que recorre todo el proceso. No es necesario un estándar, sino que lo que se requiere es una evaluación objetiva de la existencia de coherencia, contextualización, corroboración interna y externa de los distintos antecedentes recabados durante la investigación, sirviéndose para ello de la libertad de prueba, de la sana crítica, de la psicología y la filosofía como ciencias auxiliares al derecho, en este estadio previo que es el de la acusación y no el de la condena. A esto debería agregarse, para disminuir posibilidades de error, una audiencia judicial de revisión de la seriedad de la acusación y sus pruebas. Considerando esto último, y a modo de complemento, se requerirán, de ser el caso, de propuestas legales que permitan fiscalizar el acto de acusar.

⁵⁴ DUCE, M. y RIEGO, C.: Proceso Penal, Santiago, Chile, 2007, p.143

⁵⁵ La visión de túnel lleva a los actores del sistema a enfocarse en una idea preexistente o premisa particular (de culpabilidad) sobre un sospechoso determinado, para luego mirar e integrar toda la evidencia del caso a través de ese prisma. Así, inconscientemente se selecciona, filtra y/o sobreestima la evidencia disponible en contra de aquel sospechoso, por lo que se construye un “caso para condena”, ignorando o suprimiendo evidencias exculpatórias u otras líneas de investigación, en BELTRAN ROMAN, V.: “*Litigando visión de túnel: análisis y reflexiones a partir del caso Colina*”. Revista Jurídica y Derecho, Universidad autónoma de Chile, Santiago, Chile, 2021, p.2

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN EL CASO CHILENO

¿Cuándo un fiscal debe acusar? ¿requiere de un estándar de convicción? Estas son las dos preguntas a que este trabajo pretende ambiciosamente dar respuesta.

¿Cuándo un fiscal debe acusar?. En la práctica, en Chile, un fiscal acusa, cuando ha reunido los antecedentes suficientes para en prospectiva, superar el estándar impuesto por ley al juzgador (más allá de toda duda razonable), y al cual debe convencer. Frente a este escenario, en que el acusador adopta como propio el estándar del juzgador, postulamos que:

1. El acusador no debe ceñirse a ningún estándar, puesto que este resulta innecesario, debiendo sujetarse a una recopilación objetiva y completa de los elementos de prueba, que permitan reconstruir la verdad de los hechos, con antecedentes coherentes, corroborados y contextualizados a la hipótesis con la que se trabaja.
2. La acusación es una etapa previa a la decisión de absolución o condena y, por tanto, no requiere de un estándar o umbral de convicción, que será necesario para quien decide. Lo que sí necesita es una adecuada metodología de investigación que permita reunir la mayor cantidad de antecedentes y pruebas, para luego discriminar entre las distintas hipótesis aquella que en el caso concreto explique de mejor manera la forma como ocurrieron los hechos. Resulta importante aquí decir “no importa lo que el fiscal crea, lo que importa es lo que puede probar”.
3. Que, en todo caso, tal como se ha adoptado en derecho comparado, resulta necesaria una modificación legal en Chile que contemple una audiencia previa a la de preparación de juicio oral, en que el imputado -acusado en este estadio- tenga la posibilidad de cuestionar la prueba en que se sustenta la acusación y si esta contiene realmente elementos serios, coherentes, contextualizados y de corroboración internas y externa como cimientos⁵⁶. Esta audiencia intermedia podría ser discutible si se piensa que quien resolverá sobre la firmeza de la acusación es un juez, pudiendo reprocharse el prejuzgamiento previo, sin embargo, se trataría de una audiencia de carácter técnico, en la que participaría un tribunal unipersonal en la audiencia intermedia, a diferencia del tribunal de juicio oral en lo penal, en que intervienen tres jueces distintos.
4. Para todo lo anterior, se requiere fiscales mejor preparados en los temas de valoración de la prueba, sesgos cognitivos, metodologías del pensamiento y de “epistemología judicial”, como teoría del conocimiento, en particular en lo que dice relación con la objetividad de los hechos⁵⁷, lo que exige un fuerte programa de capacitaciones.

⁵⁶ TARUFO, M.: *Sobre las Fronteras, escritos sobre la Justicia Civil*, Bogotá, 2006, pp. 62-64. Este autor ha destacado la necesidad de que en el sistema acusatorio penal el juez no se convierta en un tercero imparcial e impávido, sino que a más de las facultades de case management se oriente al fin último del derecho, esto es, la obtención de justicia, para lo cual la normativa jurídica debe dotarle de mayores facultades de dirección del proceso y control de los sujetos procesales para evitar la deslealtad en las actuaciones de éstos.

⁵⁷ GONZALEZ LAGIER, D.: *Quaestio facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*. Volumen I, Lima, 2022, p.23

BIBLIOGRAFIA

BELTRAN ROMAN, V.: “Litigando visión de túnel: análisis y reflexiones a partir del caso Colina”. Revista Jurídica y Derecho, Universidad autónoma de Chile, Santiago, Chile, 2021.

CAPELLETTI, M. El proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas, (Traducción de Santiago Mentis Melendi), Lima, 2006.

CARNELUTTI, F. La Prueba Civil, 2º edición, Buenos Aires, 1982.

CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO. N° Ley 19696, promulgada el 29 de septiembre de 2000.

DAMIÁN MORENO, J: La decisión de acusar (“whether to prosecute”): criterios de perseguibilidad. Control y Tratamiento de la imputación por la acusación. Disponible en la dirección: www.Vlex.co.Uk

DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Disponible en la dirección: <https://dle.rae.es>

DIEZ-PICAZO, L.: El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, España, 2000.

DIRECTOR’S GUIDANCE ON CHARGING, CPS, Sixth edition, UK, 2020. Disponible en la dirección: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/charging-directors-guidance-sixth-edition-december-2020-incorporating-national-file>

DUCE, M. y RIEGO, C.: Proceso Penal, Santiago, Chile, 2007.

FERRER BELTRAN, J.: Los estándares de prueba en el proceso penal español. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. Universidad de Girona. España N°15, 2007. Disponible en la dirección: <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>

GONZALEZ LAGIER, D.: Quaestio facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. Volumen I, Lima, 2022.

GONZALEZ PILLADO, E.: Instrucción y preparación del juicio oral en el procedimiento ante el tribunal del jurado. Madrid, 2000.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Promulgada por Real Decreto del 14 de septiembre de 1882 Disponible en dirección: <https://wipo.lex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es060es.pdf>

MATURANA BAEZA, J.: Sana crítica. “un sistema de valoración racional de la prueba”, Santiago, 2014.

MONTERO AROCA, J., GOMEZ COLOMER, J., BARONA VILAR, S.: Derecho Jurisdiccional. T1 Parte General, Valencia, 2018.

NIEVA FENOL, J.: La Valoración de la prueba, Madrid, 2010.

NIEVA FENOL, J.: Inmediación y Valoración de la prueba: “el retorno de la irracionalidad”, en Civil Procedure Review Ab Omnibus pro Omnibus Civil, v.3, n.1: 3-24, jan.-apr., 2012. Disponible en la dirección: <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012b.pdf>

NIEVA FENOLL, J.: La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal: Hacia una total superación del sistema inquisitivo. En revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, Vol. 1, Madrid, 2019.

ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA (StPO), de 1 de febrero de 1877.

PAILLAS, E.: Estudios de Derecho Probatorio, Santiago, Chile, 2022.

ROJAS SEPULVEDA, M: El poder de acusar y la preparación de juicio oral, en revista actualidad jurídica N° 9, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2004. Disponible en la dirección: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-9-P207.pdf>

ROXIN, C.: Introducción a la Ley Procesal Penal Alemana (Einführung zur Strafprozeß (3ordnung), Traducción de GOMEZ COLOMER, J., en Revista “Cuadernos de Política Criminal” del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, núm.16, 1982.

SENTIS MELENDO, S.: Estudios de Derecho Procesal, Argentina, 1967.

STC 66/1989 de 17 de abril de 1989 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. Considerando 12 párrafo 3 “Los demandantes en amparo, en escrito de 10 de marzo de 1988. Disponible en la dirección: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1989-11442>

TARUFFO, M. : Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos, Madrid, 2010.

TARUFFO. M.: La prueba, Madrid, 2008.

TARUFFO, M.: Sobre las Fronteras, escritos sobre la Justicia Civil, Bogotá, 2006.

VALLESPIN PEREZ, D.: La “reinterpretación constitucional” de la apreciación en conciencia de la LECrim. Española. En revista chilena de derecho y ciencia policia 2, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V2N1-art36>

VASQUEZ ROSSI, J.: Derecho Procesal Penal II, Buenos Aires, 1997.