Resumen

Una de las características del nuevo sistema procesal penal chileno es la racionalización de la fase de instrucción, con el objeto de potenciar su eficacia y de posibilitar la solución de los conflictos a que da origen la criminalidad leve y mediana por medios distintos de los tradicionales, de mayor rendimiento social que las respuestas puramente represivas. Con tal fin se contemplan distintos mecanismos de selección de casos y salidas alternativas que pueden aplicarse en la hipótesis que la pena de los delitos materia de la investigación no exceda el límite fijado por la ley. Esta última evaluación, que corresponde al juez de garantía, depende de la calificación jurídica que se haga de los hechos. El propósito de la investigación de que da cuenta el presente informe es indagar sobre el alcance del control judicial en estos procesos y, por consiguiente, de los grados de discrecionalidad de que dispone el fiscal con el objeto de impulsar la aplicación de los instrumentos referidos, claves para un eficiente funcionamiento del sistema. La tesis que se desarrolla –apoyada en el propio texto legal, en los principios del sistema acusatorio, en la naturaleza de las funciones del ministerio público y de los jueces de garantía y en los fines de los institutos procesales aludidos– es que el objetivo del control judicial de la calificación jurídica de los hechos realizada por el fiscal es determinar su plausibilidad dogmática, debiendo aprobarse los mecanismos de selección de casos y las salidas alternativas que le sean propuestas si se derivan de una calificación jurídica razonable de los hechos, aunque eventualmente no se la comparta, toda vez que no le compete a dicho juez resolver la cuestión de fondo, sino que solo verificar el cumplimiento de los requisitos de dichos instrumentos procesales.

DISCRECIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO, CALIFICACIÓN JURÍDICA Y CONTROL JUDICIAL

Jorge Mera Figueroa

COLECCIÓN INFORMES DE INVESTIGACIÓN
Número 12 / Año 4 / Abril de 2002
24 págs.

Registro de Propiedad Intelectual Nº 125.901

Discrecionalidad del Ministerio Público, calificación jurídica y control judicial*

Jorge Mera Figueroa**

I. Propósito de la investigación

El fiscal, durante la etapa de instrucción, (i) adopta decisiones –no iniciar la investigación, en los casos en que la ley permite el archivo provisional, o los hechos no son constitutivos de delito o se encuentra extinguida la responsabalidad penal, o, finalmente, en el ejercicio del principio de oportunidad– y (ii) realiza solicitudes (suspensión condicional del procedimiento, proceder en conformidad con el procedimiento abreviado), cuya procedencia –sujeta al control del juez de garantía– depende, entre otros factores, del cumplimiento de requisitos de carácter jurídico, como lo es el que la pena correspondiente a las distintas infracciones no exceda del límite fijado en cada caso por la ley. Esta última evaluación descansa, obviamente, en la calificación jurídica que se haga de los hechos materia de la investigación, y de ella dependerá, por lo tanto, la procedencia de la respectiva medida.

---

* El presente Informe de Investigación es una versión resumida de los resultados del proyecto de investigación que sobre el tema realizara el autor durante el año 2001, con la colaboración de Cristián Riego, en el marco de los proyectos de investigación de la Vicerrectoría Académica de la Universidad Diego Portales. La información empírica mencionada en el Informe se obtuvo como resultado de la asistencia a distintas audiencias en las regiones IV y IX y de entrevistas con algunos de los principales operadores del nuevo sistema.

** Profesor de Derecho Penal e investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

El propósito de la investigación es explorar, por una parte, acerca de los grados de discrecionalidad con que cuenta el ministerio público en lo que se refiere, concretamente, a la *calificación jurídica de los hechos materia de la investigación* en los casos en que el requisito de los mecanismos de selección de casos y de las salidas alternativas es que la pena de las correspondientes infracciones no exceda del límite señalado en la ley, y, por la otra, indagar sobre el sentido del control judicial referido a dicha calificación jurídica que la ley le encomienda al juez de garantía. La investigación persigue responder a preguntas como las siguientes: ¿qué incidencia en la decisión judicial tienen –más allá de las consideraciones estrictamente dogmáticas– los principios del sistema acusatorio, los objetivos de la instrucción, los derechos e intereses de los intervinientes, los fines de los mecanismos de selección y de las salidas alternativas, las funciones del ministerio público y del juez de garantía? ¿Cuál es la relevancia de la posición de la víctima respecto de dichos mecanismos y salidas?

La sola enunciación de todos estos tópicos sugiere –me parece– el tipo de dogmática que creo necesario ejercitar para enfrentar adecuadamente los problemas que presenta la investigación propuesta y arribar a las conclusiones que me parecen correctas. Se trata de una dogmática no neutral ni inocente, puramente abstracta y silogística, sino que de una que se concibe a sí misma como un instrumento de la política criminal, orientada por tanto político-criminalmente a las consecuencias, fundada en los valores y objetivos del sistema y atenta a las circunstancias de su funcionamiento real.

Una aproximación académica seria a nuestro tema requiere, por lo tanto, de su inserción en el contexto de la reforma procesal penal y de sus principios fundamentales.

2. Los mecanismos de selección de casos y de salidas alternativas en el nuevo proceso penal

Uno de los principios fundamentales que inspira a la reforma procesal penal chilena es el de la racionalización integral del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, lo que se expresa, entre otras formas, en la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, en el establecimiento de la función del control de la investigación a cargo de un órgano imparcial (juez de garantías), en la liberación de los jueces de la tarea de administración del tribunal, en la adecuada consideración de los intereses de la víctima, en la regulación de la prisión preventiva como medida cautelar de *ultima ratio*, en el establecimiento de un plazo máximo para realizar la investigación, contado desde la formalización de la misma, en el equilibrio que se procura entre la eficacia en la persecución y el respeto de las garantías del imputado frente a la intervención penal del Estado, y, –esto es lo que ahora interesa especialmente destacar–, en la racionalización de la fase de instrucción.

Lo que se busca a este último respecto es potenciar la eficacia de esta etapa del procedimiento, para lo cual se contemplan mecanismos de selección de casos (archivo provisional, principio de oportunidad) y salidas alternativas al juicio oral (acuerdos reparatorios, suspensión condicional del procedimiento, procedimiento abreviado) que representan **excepciones** al principio de legalidad procesal, conforme con el cual los órganos competentes deben perseguir la totalidad de los asuntos de que toman conocimiento.

Los objetivos de todos estos instrumentos son múltiples y variados –dependiendo de la naturaleza de cada uno de ellos–, y pueden resumirse de la siguiente forma: (i) dotar al sistema procesal penal de mayor eficacia, descongestionándolo y racionali-

zando la carga de trabajo de sus operadores, de modo de favorecer la concentración de los recursos preferentemente en la persecución de la criminalidad más grave; (ii) diversificar la respuesta del Estado frente al fenómeno de la criminalidad, posibilitando la solución del conflicto por medios distintos de los tradicionales (persecución penal obligatoria e imposición de las sanciones correspondientes, en especial las privativas de libertad), de mayor rendimiento social que las puramente represivas, en los supuestos de criminalidad leve y mediana, y contribuyendo así a evitar la estigmatización y desocialización que suelen acompañar al proceso penal y a la prisión, y a la reparación de la víctima (acuerdos reparatorios y la misma suspensión condicional del procedimiento, una de cuyas condiciones puede ser precisamente la exigencia de dicha reparación); (iii) la simplificación del procedimiento, como ocurre con el procedimiento abreviado y simplificado, con el fin de obtener condenas rápidas en casos de criminalidad menos grave.

El propio mensaje con que el Ejecutivo fundamenta al proyecto de reforma confirma que estos son los objetivos de los institutos referidos:

> "El examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada, muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituye el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos. Por otra parte, los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito".

Por su parte, en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados (Boletín N° 1.630-07-01) se señala, a propósito de la suspensión condicional del procedimiento, que el nuevo sistema no podría operar sin esta salida alternativa, clave para su funcionamiento, toda vez que el costo de estructurar el sistema sin ella es muy alto: "...habría que seguir el doble o triple de juicios". Y en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (Boletín 1630-07), se expresa –respecto de los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento– que "Una de las ventajas de estos institutos procesales se relaciona con el hecho de que el sistema actual de justicia penal tiene una estructura lineal, que ofrece a los ilícitos que se cometen, una misma respuesta, sin diferenciar su distinta naturaleza ni su gravedad. En cambio, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios ofrecen fórmulas que toman en consideración esos elementos al momento de satisfacer los requerimientos que se plantean hacia la justicia penal".

Como se aprecia, se trata de instrumentos procesales que se han introducido con claros objetivos de carácter político-criminal, utilitarios, de conveniencia, para, por una parte, hacer más eficiente la persecución penal, y por la otra, proveer al sistema de soluciones alternativas a las puramente represivas, superando así las graves deficiencias que presenta el sistema inquisitivo que se trata de abandonar.

3. Sentido y alcance del control judicial. Distintas alternativas

El problema de fondo radica, en verdad, en determinar el objetivo del control judicial sobre las decisiones y solicitudes del fiscal durante la etapa de la instrucción, referidas a los mecanismos de selección de casos y salidas alternativas antes aludidos. Es al fiscal –y solo a él, como encargado de la investigación y persecución penales– a quien le corresponde tomar la iniciativa de impulsar la aplicación de todos estos instrumentos procesales que, siendo excepciones al principio de la legalidad procesal, persiguen los objetivos político-criminales antes señalados.

Es, por tanto, al fiscal a quien también corresponde calificar jurídicamente *prima facie* los hechos investigados, para determinar si cumplen con el requisito de conformarse al límite legal indicado en lo relativo a la penalidad de las respectivas infracciones. Pero tanto los mecanismos de selección de casos como las salidas alternativas solicitadas deben ser aprobadas por el juez de garantía.

¿Cuál es la naturaleza de este control? ¿Solo un control de carácter formal? No parece que esta sea la respuesta correcta, toda vez que la decisión o solicitud del fiscal debe ser fundada –pudiendo requerir el juez de garantía los antecedentes que estimare necesarios para resolver–, la víctima tiene derecho a ser oída e incluso a oponerse a la aplicación de estos instrumentos, y la decisión del juez de garantía es, en principio, impugnable por los intervinientes.

Y si no se trata de un control formal, ¿cuál es entonces su contenido y objetivo? ¿Qué es lo que el juez de garantía debe controlar? Nos parece que las alternativas que se presentan son estas dos:

(i) Se trataría de un control de legalidad fuerte, que exigiría de parte del juez de garantía un pronunciamiento autónomo, la expresión de una opinión jurídica propia sobre el fondo de la calificación jurídica de los hechos materia de la investigación;

(ii) Se trataría solo de verificar la razonabilidad jurídica de la calificación de los hechos efectuada por el fiscal, de controlar su plausibilidad dogmática, o, para ponerlo en términos coloquiales, que existe un "piso" jurídico sensato.

4. Las consecuencias de las distintas alternativas

Las consecuencias que se derivan de una y otra alternativa son completamente distintas. Si se opta por la primera, el juez de garantía, mediante el mecanismo del control judicial de los referidos presupuestos jurídicos de estas medidas, podría no aprobar su aplicación a un caso, forzando por lo tanto la investigación correspondiente, por la sola circunstancia de discrepar jurídicamente de la calificación de los hechos efectuada por el fiscal, aunque esta tuviera plausibilidad dogmática.

¿Cuál podría ser el fundamento de esta posición? Creemos que solo la de asignarle a la función de control básicamente la de velar por el cumplimiento de fines de la pena tales como la retribución y la prevención general. Solo así podría entenderse que el juez de garantía rechazara, por ejemplo, una solicitud de suspensión condicional del procedimiento, que contara con el consentimiento del imputado y a la que la víctima no se hubiere opuesto. ¿Pero es eso razonable? El objetivo retributivo y de prevención general –supuesto, además, que sean los que nuestro legislador le atribuye prevalentemente a la pena–, es propio de los sistemas que se basan en el principio de legalidad procesal, y debe ser ponderado teniendo en consideración tanto el fin resocializador de la pena como las finalidades

político-criminales de los instrumentos examinados, que justamente representan excepciones a dicha legalidad procesal.

Debe llamarse la atención hacia las inconvenientes consecuencias político-criminales que se derivan de los sistemas de control de legalidad excesivamente rígidos, entre las que se cuenta la tendencia, por parte de quienes deben aplicar las normas, a evadir los controles legales con el fin de cumplir lo que ellos consideran su deber prioritario, que no es otro que hacer bien su trabajo. Una regla práctica, ampliamente reconocida, que proviene de la observación del funcionamiento de los sistemas de justicia criminal, indica que mientras más rígidos son los controles sobre la operación del sistema, mayores son los espacios de discrecionalidad con que cuentan sus operadores, puesto que, por definición, al no estar estos últimos reconocidos formalmente, no es posible realizar respecto de ellos control alguno, generándose así un espacio de mayor libertad operativa.

Un ejemplo de ello se encuentra en la experiencia del sistema inquisitivo de nuestro Código de Procedimiento Penal. Este, como se sabe, de acuerdo con el principio de legalidad procesal, no entrega a los jueces instructores ninguna discrecionalidad en la selección de los casos, no obstante lo cual, ante la imposibilidad práctica de cumplir con el mandato legal y la necesidad de "hacer funcionar el sistema", los jueces recurren a procedimientos informales destinados a disminuir la carga de trabajo, evitando así un congestionamiento del sistema que les impida realizar sus objetivos declarados. Como se comprende, esta situación a la que conduce la rigidez excesiva de los controles legales que no reconocen a los agentes del sistema razonables grados de dicrecionalidad en la ejecución de sus tareas, produce el efecto contrario al buscado –limitar la discrecionalidad–, al fomentar el surgimiento de procedimientos informales fuera de control, toda vez que no existen a este respecto criterios institucionales (policiales y judiciales) claros respecto de cuáles son los delitos que deben ingresar al sistema y cuáles los que quedan fuera del mismo. En general, tales prácticas están sometidas a una cierta supervisión de los superiores, quienes las toleran o autorizan sobre la base de la confianza en quienes las ejecutan y de su necesidad para los efectos operativos del sistema.

Otro ejemplo de los inconvenientes de la rigidez de los controles legales se estaría produciendo con motivo de la aplicación del nuevo sistema procesal en las regiones IV y IX en materia de acuerdos reparatorios. Algunos jueces de garantía tienden a ser muy estrictos en el control del presupuesto jurídico de dicha salida alternativa (a saber, que se trate de lesiones menos graves, delitos culposos o delitos que no afecten bienes jurídicos discrecionales de carácter patrimonial), exigiendo antecedentes "fuertes" que prueben la existencia del delito, basados en que ello es necesario para verificar si el acuerdo se enmarca o no dentro de los límites legales. Los fiscales no se ven así incentivados a promover estos acuerdos reparatorios, pues ello les exigiría continuar de todos modos adelante con la investigación a fin de satisfacer las exigencias de los jueces y no exponerse al rechazo del acuerdo.

¿Qué están haciendo entonces algunos fiscales? Algo no muy distinto a lo que ocurría en el sistema tradicional. En efecto, a fin de evitar que el acuerdo reparatorio al que han llegado el imputado y la víctima se someta a la aprobación del juez de garantía, promueven un acuerdo privado entre las partes, procediendo a continuación a archivar provisionalmente la causa. Esta solución se encuentra por lo demás técnicamente justificada, puesto que desaparecido el interés de la víctima en la persecución, esta se hace en la práctica imposible. Por otra parte, siendo la víctima la única que puede

promover el control judicial del archivo, el asunto queda completamente fuera de la órbita de la intervención el juez.

La práctica referida puede encontrarse justificada en varias razones (evitar el control judicial si este es poco razonable, con el fin de evitar la congestión del sistema y de satisfacer las expectativas de sus usuarios), pero ella resulta de todos modos cuestionable, al eludir un control que podría cumplir importantes funciones de legitimación, y porque lleva el ejercicio de la discrecionalidad a un terreno oscuro, donde eventualmente podría haber lugar a prácticas distorsionadas o poco transparentes.

En cambio, si se opta por la segunda alternativa –como hacemos nosotros–, asignándole al control judicial referido a los presupuestos legales de estos institutos, solo el objetivo de verificar la plausibilidad de la calificación jurídica de los hechos realizada por el fiscal, el juez de garantía debería aprobar las correspondientes decisiones y solicitudes de este último, en los casos en que fueran razonables, absteniéndose de realizar una propia, favoreciendo así la aplicación de dichos instrumentos y el cumplimiento de sus objetivos político-criminales.

5. Control de plausibilidad. La interpretación correcta

La opción por una u otra interpretación no depende, a nuestro juicio, de consideraciones puramente dogmáticas de carácter abstracto, debiendo preferirse la que mejor se condice con los objetivos político-criminales de esos institutos.

El juez de garantía, como articulador de los distintos intereses en conflicto, debe velar porque se cumplan y no se obstaculicen los objetivos de la instrucción, potenciando el funcionamiento razonable de mecanismos que son fundamentales para un eficaz funcionamiento del sistema. De esta manera, un ejercicio puramente abstracto de la dogmática –cuando, por supuesto, no estén comprometidas las garantías penales–, que llevara a discrepar al juez de garantía –para poner un caso extremo– de la calificación jurídica hecha por el fiscal, aceptada por el imputado y no objetada por la víctima, que permite la suspensión condicional del procedimiento, y a no aprobar, en consecuencia, esta última, obligando al fiscal a continuar con la instrucción, no parece razonable, por cuanto contraría las bases mismas del procedimiento acusatorio en las que se inspira el nuevo Código.

Interpretar de esa manera las facultades de control jurídico del juez de garantía contiene resabios inquisitivos, puesto que es el juez el que decide sobre la continuación de la investigación en casos en que no se trata ni de amparar las garantías ni de resolver controversias entre partes. No estando en cuestión el respeto de las garantías, el juez debe aprobar las salidas alternativas mencionadas si cumplen razonablemente con el requisito relativo a la penalidad. No parece tampoco que sea la instancia apropiada (para) ni el objetivo de la facultad que el juez de garantía entre a profundizar respecto de una calificación jurídica plausible hecha por el fiscal, emitiendo un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Lo que debe examinar el juez en lo tocante a la exigencia de la penalidad es la razonabilidad de la calificación, pudiendo rechazar, desde luego, la solicitud cuando esta sea manifiestamente errónea o muy dudosa.

Pudiera pensarse que el problema que estamos discutiendo tal vez no se presente mayormente en la práctica, puesto que a un fiscal interesado en hacer uso de los mecanismos de selección de casos y de salidas alternativas le bastaría con ocultar o no enfatizar suficientemente determinados antecedentes de la investigación que pu-

dieren conducir a una calificación jurídica diferente que excediere el requisito relativo a la penalidad. Sin embargo, no es seguro que los fiscales puedan adoptar siempre este camino, por los riesgos que entraña: la víctima puede oponerse planteando una calificación distinta, el propio juez puede solicitar los antecedentes para resolver. El problema, por lo tanto, permanece.

6. Garantías del imputado

Otro punto a considerar en torno de este tema es el de una eventual afectación de las garantías del imputado o de los derechos de la víctima. Respecto del primer aspecto –garantías del imputado–, la verdad es que no se presentan problemas dada la naturaleza y el objetivo de los mecanismos de selección de casos y de salidas alternativas. En efecto, si el fiscal resuelve no investigar, no se afectan por razones obvias los derechos del imputado, cualquiera que sea la causa de la decisión (inviabilidad de la investigación, no ser los hechos constitutivos de delitos o concurrir los supuestos del principio de oportunidad). Tampoco se afectan en el caso de la suspensión condicional del procedimiento y del procedimiento abreviado, pues si bien en ambos eventos el imputado renuncia a su derecho al juicio oral, lo hace voluntariamente, consciente en ello, lo que debe ser verificado por el propio juez de garantía.

Hay un solo caso, durante la instrucción, en que peligran los derechos del imputado en razón de la calificación jurídica de los hechos realizada por el fiscal. Me refiero a la prisión preventiva y a sus requisitos. Desde luego, no es irrelevante la calificación de los hechos que se haga en la formalización de la investigación (homicidio calificado en lugar de homicidio simple, robo con violencia en lugar de robo por sorpresa, violación en lugar de estupro o abuso sexual, robo con fuerza en lugar de hurto, etc.), puesto que ella debe ser considerada, en distintos sentidos, por el juez de garantía al resolver sobre esta medida cautelar.

De acuerdo con las funciones que cumple el juez de garantía, nos parece que debe prestar particular atención a la calificación jurídica propuesta por el fiscal –en la medida en que ella dificulte el derecho a la libertad del imputado– lo que no significa, sin embargo, realizar un juicio jurídico sobre el fondo. Así, si la argumentación del fiscal en pro de una calificación más severa no resulta convincente –o lo es menos que la ofrecida por el imputado–, el juez de garantía debe tenerlo especialmente en cuenta al decidir sobre la solicitud de prisión preventiva. Es un caso en que por estar comprometidas las garantías del imputado, no basta con la mera plausibilidad de la calificación jurídica del fiscal, en la medida en que un exceso de severidad pudiera influir en la decisión de decretar o no la prisión preventiva. El principio pro reo, en los casos de calificaciones dudosas o discutibles, debe también tomarse en consideración al resolver sobre la cuestión.

7. Intereses de la víctima

Una de las innovaciones más importantes introducidas por el nuevo sistema procesal penal dice relación con la consideración de los derechos e intereses de la víctima. En el procedimiento inquisitivo la víctima no es por sí misma un actor del proceso penal y suele ser sometida a la victimización secundaria a manos del propio sistema, con indeseables consecuencias político-criminales, como son su pérdida de credibilidad –que se traduce en el desinterés en denunciar los delitos y en colaborar con la investigación– y en las demandas por su endurecimiento, con el consiguiente riesgo de debilitamiento de las garantías del imputado.

El nuevo proceso penal, haciéndose eco de la tendencia contemporánea en orden a la preocupación por la víctima, contempla una adecuada consideración de sus derechos e intereses en los más variados aspectos.

En particular, en lo que ahora nos interesa destacar, la víctima tiene derecho a intervenir, de distintas maneras, en los mecanismos de selección de casos y de salidas alternativas: derecho a oponerse a la decisión del fiscal de ejercer el principio de oportunidad, forzando la realización de la investigación, para lo cual basta con que de cualquier modo manifieste su interés en que aquella prosiga; derecho, como querellante, a provocar la intervención del juez de garantía para que se pronuncie sobre la procedencia del archivo provisional y de la decisión de no investigar por no ser los hechos constitutivos de delito o encontrarse extinguida la responsabilidad penal; derecho, como querellante, en caso de asistir a la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, a ser oído por el tribunal; derecho, como querellante, a oponerse al procedimiento abreviado si en su acusación particular hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos diferente de la consignada por el fiscal en su acusación, y como consecuencia de ello, la pena solicitada excediere el límite señalado en la ley.

El juez de garantía, al pronunciarse sobre las correspondientes decisiones y solicitudes del fiscal, deberá considerar la posición de la víctima, incluida su discrepancia sobre la calificación jurídica de los hechos, en todos los casos en que esta última sea relevante para decidir sobre la concurrencia del requisito relativo a la penalidad de los delitos de que se trate.

Así, por ejemplo, si la víctima se opone a las medidas anteriores, por considerar que –correctamente calificados los hechos materia de la investigación– estos sí son constitutivos de delito o que la pena asignada al delito, la pena posible que pueda imponerse en caso de dictarse sentencia condenatoria o la pena requerida por el fiscal en su acusación exceden los límites legales, el juez de garantía deberá tenerlo presente al estimar la plausibilidad jurídica de las calificaciones efectuadas por el fiscal.

Salvo en el caso de que la víctima se oponga –mediante la interposición de la respectiva querella– a la decisión del fiscal de no investigar por no ser los hechos constitutivos de delito o encontrarse extinguida la responsabilidad penal –evento en el cual sí tiene derecho a obtener del juez un pronunciamiento claro sobre la calificación jurídica de los hechos–, en los demás casos la víctima no tiene este derecho, sino que solo el de manifestar su parecer sobre la correspondiente calificación, para que ella sea tenida en cuenta por el juez al aprobar o rechazar la decisión o solicitud del fiscal. La función del juez de garantía no es resolver el fondo jurídico del asunto, sino que verificar el cumplimiento del requisito legal de todas esas medidas, esto es, la razonabilidad jurídica de la calificación, para lo cual el aporte de la víctima puede ser de importancia, al evidenciar, eventualmente, la falta de piso jurídico serio de la decisión o solicitud de que se trate. A lo que la víctima no tiene derecho es a frustrar la aplicación de los mecanismos de selección y salidas alternativas –distorsionando y entorpeciendo su normal funcionamiento– en razón solamente de discrepar de calificaciones jurídicas plausibles hechas por el fiscal, pretendiendo que el juez de garantía las haga suyas y rechace por tanto aquellas.

8. Los dos sentidos de la discrecionalidad

En relación con el grado de discrecionalidad de los fiscales durante la instrucción en lo que se refiere a la calificación jurídica de los hechos materia de la investigación con

vistas a resolver sobre los mecanismos de selección de casos y a solicitar salidas alternativas al juicio oral, deben distinguirse claramente dos situaciones diferentes.

La primera situación dice relación con la discrecionalidad del ministerio público en lo que respecta a la conducción de la investigación, y cómo ella, al orientarse de determinada manera y sin control judicial, puede influir en la calificación jurídica de los hechos investigados; la segunda se refiere al alcance del control judicial de la calificación jurídica de los hechos por parte del ministerio público en todos los eventos en que ella es relevante para apreciar la concurrencia del requisito de que la pena no exceda el límite previsto por la ley, como ocurre en los supuestos de aplicación del principio de oportunidad, aplicación de medidas cautelares (en particular, la prisión preventiva), suspensión condicional del procedimiento, procedimiento simplificado y abreviado.

La investigación se centró en la segunda de las situaciones mencionadas. Con todo, respecto de la primera puede concluirse que el ministerio público goza de prácticamente absoluta discrecionalidad para conducir la investigación, salvo, por cierto, los casos en los que las actuaciones, por afectar derechos de los intervinientes, deben ser aprobadas por el juez de garantía, y ciertas hipótesis excepcionales en las que la víctima o el juez pueden forzar la investigación.

En efecto, el ministerio público no está obligado, en ningún caso, durante la instrucción, a realizar las diligencias solicitadas por el imputado o la víctima (aunque tenga la calidad de querellante), y ni siquiera por el juez de garantías, el que solo puede recomendar a los fiscales la práctica de diligencias solicitadas por el imputado o su defensa –con ocasión de su declaración judicial–, cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad. Solo una vez que la investigación ha concluido el juez de garantía puede ordenarle al fiscal realizar diligencias que el imputado o la víctima hubieren solicitado durante la instrucción, y a las que injustificadamente no se hubiese dado lugar. En suma, en la medida en que los fiscales gozan de prácticamente absoluta discrecionalidad en la conducción de la investigación, en el sentido de definir soberanamente los hechos que serán objeto de la misma, parece obvio que pueden orientar esta última hacia la acreditación de ciertos hechos, en los que se encuentren interesados con vistas a una determinada calificación jurídica, desechando otras posibilidades investigativas que pudieren conducir a dar por acreditados otros hechos punibles.

9. Control judicial de los presupuestos jurídicos de los mecanismos de selección de casos y de las salidas alternativas

A continuación nos referiremos a un conjunto de importantes calificaciones jurídicas realizadas por el ministerio público durante la instrucción, todas las cuales están sometidas al control judicial.

9.1. Los mecanismos de selección de casos

Nos ocuparemos, en primer lugar, de la decisión de los fiscales –frente a la noticia *criminis*– de iniciar o no la investigación. Tres son las situaciones que pueden presentarse a este respecto.

9.1.1. En primer lugar, el *archivo provisional*, en los casos en los que la ley lo autoriza por tratarse de investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos (art. 167 CPP).

Esta decisión debe ser aprobada por el fiscal regional si el delito mereciere pena aflictiva. La víctima, mediante la presentación de querella, puede forzar la investigación, toda vez que basta con que el juez la admita a tramitación para que la investigación deba seguir adelante. Este mecanismo de selección de casos no presenta mayor interés para la investigación, puesto que no está en juego aquí la calificación jurídica de los hechos, sino una cuestión de carácter fáctico, como lo es la viabilidad de la investigación. Así, el juez aceptará a tramitación la querella cuando considere que los antecedentes permiten desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. En tal decisión no influye ni la gravedad ni el carácter del delito. La alusión a la pena aflictiva que hace la ley tiene relevancia solo para el control interno a cargo de los fiscales regionales.

9.1.2. En segundo lugar, la decisión del fiscal de abstenerse de toda investigación puede fundarse en que los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía. La víctima podrá provocar la intervención de este último deduciendo la querella respectiva. Si el juez la admitiere a tramitación, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales (art. 168 CPP).

El objetivo del control judicial en este caso es distinto según el comportamiento que adopte la víctima. Si no se opone, provocando la intervención del juez de garantía mediante la interposición de la correspondiente querella, nos parece que este último debe limitarse a examinar si la decisión del fiscal tiene o no plausibilidad jurídica, aprobándola en un caso y rechazándola en el otro. Adoptará esta última decisión cuando los errores jurídicos sean manifiestos. En los demás casos parece razonable la aprobación de la decisión de no investigar, teniendo presente, por una parte, el desinterés de la víctima, y, por la otra, los objetivos políticos criminales del sistema relativos a la descongestión y racionalización de la carga de trabajo durante la instrucción. No tiene sentido atribuirle a la aprobación judicial la función de ejercer un control estricto y abstracto de legalidad, rechazando una decisión razonable y conveniente para el funcionamiento del sistema por la sola razón de discrepar el juez de garantía de la plausible calificación jurídica efectuada por el fiscal.

¿Qué ocurre si la víctima se querella provocando la intervención del juez de garantías? En este caso existe una controversia entre partes que debe ser resuelta por dicho juez. Sin embargo, basta con la aceptación a tramitación de la querella –lo que implica que a juicio del juez los hechos son constitutivos de delito y que no se encuentra extinguida la responsabilidad penal– para que el fiscal esté obligado a proseguir la investigación. El alcance del control judicial de la decisión del fiscal es diferente en este caso: no basta, para declarar inadmisible la querella, con que la estimación del fiscal sobre la circunstancia de no ser los hechos constitutivos de delito o encontrarse extinguida la responsabilidad penal, sea plausible dogmáticamente. El querellante, al oponerse a la decisión de no investigar, proponiendo su propia calificación, tiene derecho a que el juez de garantía se pronuncie –siquiera implícitamente, al aceptar o no a tramitación la querella– sobre el fondo del asunto. Se trata, pues, de un control estricto de legalidad –que se diferencia a nuestro juicio del resto de las situaciones que examinaremos, en las que se trata de verificar solo la plausibilidad de la correspondiente calificación jurídica del fiscal– precisamente porque en este caso (en que la oposición de la víctima está centrada justamente en la cali-

ficación jurídica de los hechos) no estamos en presencia, en rigor, de un mecanismo de selección de casos, sino que simplemente se trata de aplicar la ley penal.

9.1.3. Finalmente, entre los mecanismos de selección de casos se encuentra el principio de oportunidad. De acuerdo con él, los fiscales podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 170 CPP).

La decisión del fiscal de no iniciar la investigación en aplicación del principio de oportunidad, se encuentra sometida a un doble control: judicial e interno. Resulta de interés examinar el fundamento y objetivo de ambos controles, por cierto diversos. Mientras el primero es de carácter estrictamente jurídico, el segundo tiene un carácter, además, político institucional. En efecto, tratándose del control judicial –que puede ejercerse no solo a petición de la víctima sino que incluso de oficio–, lo que el juez de garantía examina es si se cumplen los presupuestos legales de la aplicación de la oportunidad, esto es, si la pena mínima asignada al delito no excede de presidio menor en su grado mínimo –lo que supone realizar las correspondientes calificaciones jurídicas de los hechos– o si se trata de un delito cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

El control judicial no parece, en estos casos –atendido el texto de la ley–, extenderse a la revisión del otro requisito legal de la oportunidad, a saber, si el delito imputado compromete gravemente el interés público. Esta apreciación está radicada solo en el ministerio público, y podría dar lugar al ejercicio del control interno antes aludido.

En relación con el control judicial, debe tenerse presente que el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía, el que a su vez la notificará a los intervinientes, si los hubiere. Dentro del plazo de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquel ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

Como se observa, el control judicial puede ejercerse de oficio o a petición de los intervenientes. En relación con estos últimos, interesa explicar la situación de la víctima. Basta con que ella manifieste de cualquier modo su interés en el inicio o continuación de la persecución penal, para que el juez de garantía deba dejar sin efecto la decisión del fiscal de abstenerse de la misma. En consecuencia, no se presenta en tal caso el problema que nos ocupa, esto es, determinar el alcance del control en lo que respecta a la calificación jurídica de los hechos. Si la víctima objeta el cumplimiento del requisito relativo al límite legal, oponiéndose a la decisión del fiscal por esta razón, está manifestando su interés en que prosiga la persecución y al juez no le quedará otro camino que dejar sin efecto dicha decisión.

¿Qué ocurre si la víctima no manifiesta de ningun modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal? El juez de garantía podrá dejar sin efecto la decisión del fiscal cuando considerare que este ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare

excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

¿Cuál es el alcance del control judicial en este caso? Nos parece que dados los términos de la ley ("podrá" y no "deberá", y "considerare" que el fiscal se ha excedido en sus atribuciones en cuanto al límite legal de la pena), no se trata de que el juez de garantías emita un pronunciamiento de fondo sobre la calificación jurídica de los hechos, eventualmente distinta de la propuesta por el fiscal, sino que solo de controlar su plausibilidad jurídica. Si la víctima no se opone al ejercicio del principio de oportunidad, y el fiscal, a cargo de la persecución penal, considera que cabe aplicarlo para realizar sus objetivos político-criminales, no se divisa por qué, siendo la calificación jurídica del fiscal razonable, pueda el juez de garantía rechazar la decisión del fiscal de no realizar la persecución penal. Lo contrario significaría que dicho juez, en razón de consideraciones dogmáticas abstractas, podría hacer prevalecer su posición jurídica –sin que haya siquiera controversia entre partes– obligando al fiscal a perseverar en la persecución, comprometiendo así el cumplimiento de los objetivos de este mecanismo de selección de casos. Su operatividad exige realizar una interpretación razonable del sentido del control judicial que potencie y no obstaculice la consecución de los objetivos de dicho mecanismo.

9.2. Salidas alternativas al juicio oral

De acuerdo con el sentido de la investigación, examinaremos solo la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento abreviado, puesto que en los acuerdos reparatorios no se plantea el problema de la discrecionalidad del fiscal en la calificación jurídica de los hechos, toda vez que este último no interviene formalmente en los mismos. El fiscal, eso sí, puede pedir al juez de garantía que niegue la aprobación a los acuerdos reparatorios que versaren sobre hechos distintos de aquellos a que se refiere la ley, y que solo son los que efectan bienes jurídicos disponibles, consisten en lesiones menos graves o constituyen delitos culposos. La solicitud, a nuestro juicio, para ser aceptada, solo podría estar fundada en la circunstancia de no tener plausibilidad jurídica la calificación de los hechos que subyace a dichos acuerdos.

9.2.1 *Suspensión condicional del procedimiento*

El tema de la discrecionalidad de los fiscales en orden a la calificación jurídica de los hechos durante la instrucción –y consiguientemente el alcance del control judicial– presenta especial interés en los casos de negociaciones con el imputado, como ocurre con la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento abreviado.

La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarla el juez de garantía, a solicitud del fiscal y con el acuerdo del imputado, "si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad" (art. 237 CPP). La verificación del cumplimiento de este requisito supone, desde luego, una calificación jurídica de los hechos objeto de la investigación. Si el querellante asistiere a la audiencia en que se ventilare la suspensión condicional del procedimiento, deberá ser oído por el tribunal.

Examinemos primero el derecho del querellante a ser oído. La razón es que su interés puede ser distinto al del ministerio público o no estar, a su juicio, debidamente representado por este. El querellante puede estar interesado en la persecución penal y objetar el requisito relativo a la penalidad. El sentido de su derecho a ser oído es que el juez de garantía considere, antes de resolver, la posición de la víctima y sus intereses.

¿Tiene el querellante derecho a obtener del juez de garantía un pronunciamiento de fondo sobre la calificación jurídica de los hechos?

No nos parece. No es función del juez de garantía resolver el fondo jurídico del asunto, sino que solo, como hemos insistido, verificar la plausibilidad jurídica de la solicitud del fiscal. El derecho del querellante a ser oído tiene otros diversos sentidos. En primer lugar, cuando la víctima discrepa de la calificación jurídica de los hechos realizada por el fiscal, sosteniendo que en consecuencia no procede la suspensión condicional del procedimiento, porque la pena posible de ser aplicada en caso de sentencia condenatoria excede el máximo legal, le está proporcionado al juez de garantía elementos para apreciar si se cumple con la exigencia de que dicha calificación sea razonable, plausible dogmáticamente. Este llamado de atención puede, efectivamente, ser muy relevante en los casos en que la calificación del fiscal sea manifiestamente errónea.

Por otra parte, el juez de garantía, como articulador de los intereses de los intervinientes, dispone de una serie de mecanismos para satisfacer los intereses de la víctima y en especial su derecho a ser oída. Así, por ejemplo, puede imponer como condiciones de la suspensión del procedimiento la reparación del daño y la prohibición de acercarse a la víctima. De esta manera, aunque la víctima no haya conseguido el rechazo de la suspensión –por considerar el juez de garantía, en contra de la opinión de aquella, que la calificación del fiscal tenía plausibilidad–, sí puede obtener decisiones judiciales importantes que satisfagan adecuadamente sus intereses. Además, la víctima tiene derecho a solicitar la revocación de la suspensión condicional del procedimiento cuando el imputado incumpliere, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos.

Coherentemente con el carácter de negociación que tiene esta salida alternativa y con sus objetivos de conveniencia política criminal, el requisito relativo al máximo legal de la pena que autoriza esta clase de acuerdos, ha sido formulado por la ley de manera flexible, con el fin precisamente de favorecer la celebración de este tipo de acuerdos, que son claves para el buen funcionamiento del sistema. El requisito consiste en que "la pena que **pudiere** imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad".

Debe llamarse la atención sobre dos aspectos de esta cláusula. En primer lugar, se alude a la pena posible, esto es, a la que pueda resultar de la consideración de todos los factores que inciden en su determinación. Y es al fiscal, como conductor y responsable de la investigación, a quien le corresponde apreciar la concurrencia de aquellos, para determinar si es posible que pueda llegarse a una pena que no sobrepase el límite legal. El fiscal es, por otra parte, el que se encuentra en mejores condiciones de juzgar la conveniencia del acuerdo, pues es él quien debe administrar su propia carga de trabajo, racionalizándola para hacer más eficaz su desempeño.

En segundo lugar, la ley alude a que la pena posible en el evento de dictarse sentencia condenatoria no exceda cierto límite. Esto es de suma importancia tenerlo en cuenta cuando se trata de apreciar el alcance del control judicial, puesto que el juez de garantías lo que debe considerar es *si es posible* que el tribunal del juicio oral condene al imputado a una pena que no exceda el máximo legal. ¿Y cuándo será esto posible? Precisamente cuando las calificaciones jurídicas contenidas en la solicitud del fiscal sean plausibles. Si lo son, en efecto, no podría afirmarse que *no es posible* que el imputado sea condenado a dicha pena. Otra cosa es que el juez de garantía, en caso de fallar

el asunto –cosa que desde luego no le corresponde–, hubiere procedido de ese modo, pero eso no quita que la pena aludida siga siendo posible de ser aplicada en caso de dictarse sentencia condenatoria. Al referir la ley el requisito relativo a la pena posible a la eventual sentencia condenatoria, hace alusión simplemente a que ello sea posible jurídicamente. Basta entonces con que eventualmente el asunto pudiere llegar a fallarse como se desprende del acuerdo entre fiscal e imputado. Si eso es posible, el acuerdo debe ser aprobado. Lo único que el juez de garantía podría objetar sería la imposibilidad jurídica de esa eventual condena, por carecer de plausibilidad, por tratarse de errores jurídicos manifiestos.

Atribuirle otro significado al control judicial supondría rigidizar el sistema con el riesgo de hacerlo inoperante, desvirtuando el sentido de esta medida alternativa y de sus objetivos político-criminales. A este respecto debe tenerse presente el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (Boletín N° 1.630-07), donde se consigna que "La mayoría de la Comisión fue de parecer que, en estas normas que regulan las salidas alternativas, se juega la eficacia del nuevo sistema, porque si se ponen trabas excesivas, no se van a utilizar, y la actual sobrecarga de los juzgados del crimen se va a trasladar a los tribunales del juicio oral".

Y sería desde luego una traba excesiva concederle al juez de garantía el poder de rechazar la solicitud de suspensión condicional del procedimiento –en la que han concordado el fiscal y el imputado, eventualmente con el acuerdo también de la víctima, que podría verse beneficiada– solo porque discrepa de la plausible calificación jurídica de los hechos en la que se sustenta el acuerdo, y estima que las necesidades de prevención general y de retribución hacen necesaria la persecución penal.

Por otra parte, y en abono de nuestra interpretación sobre el correcto alcance que debe atribuírsele al control judicial en este caso, debe tenerse presente que entre los fines del ministerio público están los de introducir elementos de racionalidad y de eficiencia en la investigación y persecución penales. Esto supone que, en relación con las salidas alternativas mencionadas, se conceda a los fiscales la discrecionalidad suficiente para realizar calificaciones jurídicas de los hechos que, siendo razonables, permitan hacerlas operativas. El fiscal es el que está en mejores condiciones de realizar dichas calificaciones, las que, por otra parte –como insistiremos en otro lugar– resultan no tanto muchas veces de la comparación abstracta de los hechos materia de la investigación con las normas legales, sino que de la comparación entre estas y los hechos que el fiscal se encuentra en condiciones de acreditar en el exigente test de calidad de la prueba que supone un juicio oral.

9.2.2 *El procedimiento abreviado*

Este procedimiento es aplicable a los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien, otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto. Para ello es necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento (art. 406 CPP).

El querellante solo podrá oponerse al procedimiento abreviado cuando en su acusación particular hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabili-

dad penal diferentes de las consignadas por el fiscal en su acusación y como consecuencia de ello la pena solicitada excediere el límite antes señalado (art. 408 CPP).

El juez aceptará la solicitud del fiscal y del imputado cuando los antecedentes de la investigación fueren suficientes para proceder de conformidad a las normas del procedimiento abreviado, **la pena solicitada por el fiscal se conformare al límite señalado por la ley** y verificare que el acuerdo fue prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente. Cuando no lo estimare así, o cuando **considerare fundada la oposición del querellante**, rechazará la solicitud del procedimiento abreviado y dictará el auto de apertura del juicio oral.

Como puede observarse, el presupuesto jurídico del procedimiento abreviado –esto es, que el fiscal requiera en su acusación una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo u otra pena de distinta naturaleza– se encuentra sujeta a control judicial. El juez de garantía puede rechazar la solicitud de procedimiento abreviado por estimar que la pena requerida por el fiscal no se conforma al límite legal o por considerar fundada la oposición del querellante.

Examinaremos en primer lugar el alcance el control judicial en el caso de que el querellante se oponga al procedimiento abreviado.

El juez de garantía puede rechazar la solicitud de procedimiento abreviado "cuando **considerare fundada** la oposición del querellante". Atendidos los términos de la ley, resulta claro que no se le exige al juez un pronunciamiento sobre el fondo de la calificación jurídica: aprobará la solicitud si le parece infundada la oposión y la recharará si la estima fundada. El término "considerare" implica discrecionalidad por su parte. De otro lado, la expresión "fundada" refuerza la idea de que se trata solo de un examen de razonabilidad. El fundamento se refiere a un juicio de plausibilidad respecto de la calificación. Así, no sería fundada la oposión del querellante si solo se limitara a discrepar de la calificación jurídica de los hechos efectuada por el fiscal: ¿por qué habría de preferirla el juez a la de este último si ella fuera razonable? En cambio, sí se trataría de una oposición fundada aquella que pusiera de manifiesto precisamente la falta de plausibilidad de la calificación jurídica del fiscal, denotanto su arbitrariedad, la falta de todo sustento jurídico razonable, el error manifiesto que ella supone. La oposición del querellante en este caso –lo mismo que su derecho a ser oído en la suspensión condicional del procedimiento– cumple el importante papel de poner de relieve el tema de la plausibilidad de la calificación del fiscal, aportándole al juez de garantía elementos que contribuyan a la decisión más adecuada.

No vemos qué otro sentido podría atribuírsele a la facultad del juez de garantía de aprobar o rechazar el procedimiento abreviado en consideración a si se cumple o no con el requisito de que la pena no exceda el límite legal. No se trata de que el juez de garantía resuelva cuál es la correcta calificación de los hechos, si la planteada por el fiscal en su acusación o la propuesta por el querellante en la suya, toda vez que en esta etapa no se está resolviendo el problema de fondo, sino que se trata de algo distinto: determinar si la oposición del querellante es o no es fundada. Parece claro que para considerar fundada dicha oposición –que produciría el efecto de rechazar el procedimiento abreviado en el que han concordado fiscal e imputado– no basta con la mera discrepancia jurídica planteada por el querellante. Lo que este debe justificar con su oposición es que la calificación del fiscal es infundada, no porque sea distinta de la suya, sino porque carece precisamente de

fundamento. Y tal será el caso cuando, como se ha reiterado, dicha calificación esté desprovista, por decirlo así, de piso jurídico, de plausibilidad dogmática y no sea, por lo tanto, razonable. Si lo es, evidentemente, no se trataría de una calificación infundada (y *mutatis mutandi* sería infundada la oposición del querellante), debiendo aprobarse entonces la solicitud de procedimiento abreviado.

En caso de que el querellante no se oponga al procedimiento abreviado, el juez de garantía puede, con todo, rechazarlo cuando "estimare" que la pena solicitada por el fiscal no se conformare al límite de la pena señalado en la ley.

Se trata nuevamente de que el juez de garantía se limite a controlar la plausibilidad dogmática de la calificación jurídica del fiscal. Si esa es su función incluso en el caso de que el querellante discrepe del fiscal, oponiéndose al procedimiento abreviado, con mayor razón todavía debe serlo en el evento que no exista esta discrepancia.

Sería absurdo sostener que en caso de no haber oposición –y encontrándose por tanto de acuerdo en la calificación jurídica de los hechos el fiscal, el imputado y el querellante–, el juez pudiere rechazar el procedimiento abreviado por estimar que, pese a tratarse de una calificación plausible, no es a su juicio la que corresponde en estricto rigor, imponiendo a las partes la suya. Significaría desvirtuar completamente el sentido de esta salida alternativa y contrariaría, además, el propio texto legal. En efecto, el art. 410 del CPP, establece, a los efectos que ahora importa destacar, que el juez "aceptará" la solicitud del fiscal y del imputado cuando "la pena solicitada por el fiscal se conformare a lo previsto en el inciso primero del artículo 406" (esto es, que la pena requerida por el fiscal no exceda de lo que allí se señala). Se trata por lo tanto de un control que en la mayoría de los casos el juez de garantía ejercerá de una manera más bien formal, salvo que el querellante se oponga –caso en el cual deberá examinar la plausibilidad de la calificación jurídica del fiscal, su fundamento– o que el mismo estime que la acusación no cumple con el requisito de que la pena se conforme a la exigencia legal, por haberse incurrido en un grueso y manifiesto error en la apreciación jurídica de los hechos.

Así también lo confirma la misma disposición citada, al señalar que el juez "aceptará" la solicitud de procedimiento abreviado "cuando los antecedentes de la investigación fueren **suficientes** para proceder en conformidad con las normas de este título". Se trata, pues, de un juicio sobre la "suficiencia" de los antecedentes. Y parecen "suficientes" los antecedentes de orden jurídico, esto es, la calificación de los hechos, si esta tiene razonable fundamento dogmático.

En cambio, la sentencia dictada en el procedimiento abreviado sí que tiene que contener las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo (art. 413, letra d). Es lógico, porque aquí se trata de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, a diferencia de lo que ocurre en el control de plausibilidad de la calificación hecha por el fiscal y el imputado, caso en el cual el juez no necesita hacer una calificación propia de los hechos, requerida de fundamentación, bastando, como se ha dicho, con que aquella sea razonable.

En relación con el alcance del control judicial de la solicitud de procedimiento abreviado debe tenerse presente la flexibilidad de la fórmula legal que establece el presupuesto jurídico de este procedimiento: que **la pena requerida por el fiscal** no exceda el límite legal. Dicha flexibilidad –lo mismo que en el caso de la suspensión condicional del procedimiento– es coherente con el ca-

rácter que de negociación tienen ambas salidas alternativas al juicio oral. Por esa razón el requisito está formulado en términos tales que el fiscal pueda, sin violar la ley, calificar los hechos materia de la investigación con cierto grado de discrecionalidad, de modo de solicitar una pena que presente algún atractivo significativo para el imputado.

Para ello deberá prescindir en ocasiones de la calificación jurídica más dura –por ejemplo, robo con violencia, el que quizás nunca podrá probar– y acusar solo por robo con sorpresa. Se trata, de nuevo, de que las calificaciones jurídicas sean razonables, pues de lo contrario el juez de garantía puede rechazar la solicitud. Este debe limitarse a verificar dicha razonabilidad. Sería, en verdad, contradictorio con el alto grado de discrecionalidad que en principio se concede al fiscal (requerir una pena que no exceda el máximo legal, lo que dependerá de la calificación que realice de los hechos, de acuerdo con el imputado), concederle a la aprobación o rechazo de la solicitud el alcance de un control judicial duro de legalidad que implique un pronunciamiento propio sobre el fondo jurídico del asunto, debiendo rechazar la solicitud en los casos en que se discrepe de la calificación del fiscal y del imputado, aun en el evento de que esta tenga plausibilidad jurídica.

Corrobora nuestra interpretación el hecho de que la resolución del juez de garantía que se pronuncia sobre la solicitud de procedimiento abreviado no es apelable. Si se tratara de un control rígido de legalidad, establecido con el propósito de asegurar una aplicación estricta y formal de las normas penales, dicha resolución debería ser revisada por el tribunal superior. El hecho de que no lo sea significa que el juez de garantía cuenta con la libertad de aprobar la solicitud de procedimiento abreviado cuando esta cumple con el requisito relativo a la plausibilidad jurídica de la calificación hecha por el fiscal con el fin de llegar a un acuerdo con el imputado que evite el juicio oral, que es lo que la ley pretende incentivar. El juez de garantía debe aprovechar el control que la ley le encomienda para apoyar y no entorpecer este tipo de soluciones deseables para el eficaz funcionamiento del sistema. La lógica antigua, propia del procedimiento inquisitivo y del principio de legalidad procesal (rígida aplicación de las normas penales asociada a fines retributivos y preventivo generales de la pena), debe ser abandonada, de suerte que las facultades de los jueces de garantía sean ejercidas de un modo consistente con los supuestos del nuevo modelo y con los objetivos de conveniencia político-criminal que persiguen estas salidas alternativas al juicio oral.

El acuerdo entre imputado y fiscal, por otro lado, no implica generosidad de parte de este último. Se trata, más bien, de un cálculo racional en el que se consideran varios factores. Nos interesa destacar ahora la altísima probabilidad de obtener una condena, que aunque menor que la idealmente posible, es probablemente la única factible de conseguir en ese caso concreto. En efecto, el fiscal estará interesado en promover el acuerdo con el imputado precisamente porque las pruebas con que cuenta no son del todo sólidas, convincentes, por lo que podrían ser desestimadas en el juicio oral, un test particularmente exigente con la calidad de la prueba.

La calificación jurídica de los hechos resulta, más que de una comparación abstracta entre los hechos denunciados y las normas legales, de una comparación entre los hechos susceptibles de ser probados en el escenario exigente del juicio oral y dichas normas. Y esto debe tenerlo también muy en cuenta el juez de garantía al pronunciarse sobre la solicitud de procedimiento abreviado presentada por el fiscal, considerando, por otra parte, que es este, como encargado de la persecución, quien se en-

cuentra en mejor posición para hacer una evaluación sobre la calidad de la prueba a ser presentada en el juicio oral y las probabilidades, por lo tanto, de obtener una condena en él.

¿Cómo está funcionando el sistema en la práctica? De las entrevistas sostenidas con fiscales y defensores y de la observación de las audiencias respectivas en las regiones IV y IX se ha podido constatar una tendencia por parte de algunos jueces de garantía a restringir el margen de discrecionalidad de los fiscales, ejerciendo un control duro de legalidad que aboga por una aplicación estricta y formalista de la ley penal, limitando las posibilidades del procedimiento abreviado en orden a buscar soluciones distintas de las tradicionales, que es precisamente lo que se persigue con su establecimiento. Muchas veces, como se sabe, el acuerdo en que se basa el procedimiento abreviado supone algún grado de relativización de la aplicación estricta de la ley penal, toda vez que el interés de las partes en convenirlo se origina en una proyección de los resultados de un eventual juicio oral. Para ello se toman en consideración los hechos imputados y su correspondiente calificación jurídica, pero no de una manera abstracta sino que en relación con la calidad de las pruebas con que se cuenta y el consiguiente riesgo de que estas últimas puedan conducir finalmente a una condena o que, por el contrario, no sean suficientes para producir la convicción del tribunal más allá de una duda razonable. Se trata, en consecuencia, de un acuerdo que integra todos estos elementos, y que debe, por lo tanto, ser examinado globalmente y no de una manera desagregada, como ocurre cuando se hace una comparación abstracta entre los hechos materia de la investigación y las correspondientes normas penales.

Así, por ejemplo, se han dado casos en que las partes han llegado al acuerdo de solicitar la aplicación de una pena para un hecho que califican como hurto, no obstante que existen algunos antecedentes –difíciles de probar para la fiscalía– que sugieren la posibilidad de la existencia de actos de intimidación. Algunos jueces han rechazado el acuerdo aduciendo que no podrían dictar sentencia sin considerar esa parte de la imputación, es decir, que se trata, en principio, no de un hurto sino que de un robo con intimidación, delito de mucha mayor gravedad. Con esto se obliga al fiscal a ir a juicio oral. ¿Con qué resultado? Con el de que se condena por hurto, porque tal como lo temía el fiscal, la prueba de la intimidación no resultó suficientemente convincente.

Otra expresión de esta misma tendencia se presenta en los casos en que el fiscal conviene en el procedimiento abreviado en una etapa temprana de la investigación, solicitando una pena atractiva para el imputado, estimulado por la posibilidad de terminar el caso utilizando escasos recursos. En general, el criterio de los jueces de garantía ha sido el de desestimar este comportamiento, exigiendo al momento de la sentencia una prueba completa del delito, a pesar de la existencia de la aceptación libre, voluntaria y consciente de los hechos de parte del imputado, y de la existencia de otros antecedentes.

La sentencia que dicte el juez de garantía, terminado el debate en el juicio abreviado, puede ser absolutoria o condenatoria. En este último caso, no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o por el querellante, en su caso. Esta limitación corrobora que la ley procura promover el acuerdo entre fiscal e imputado para solicitar el procedimiento abreviado, asegurándole al imputado que no podrá en ningún caso ser condenado a una pena superior a la que él ha consentido. Sería inconsistente con el espíritu de la ley atribuirle al control judicial examinado un alcance que fuere más allá que el de la verificación de la referida plausibilidad ju-

rídica. Ello significaría poner innecesariamente trabas a una salida al juicio oral que la ley intenta, como hemos visto, alentar de distintas maneras.

Podría quizás pensarse que el hecho de que el juez de garantía no pueda imponer una pena superior a la requerida por el fiscal estaría significando que la verdadera calificación jurídica de los hechos la hizo aquel al aprobar la solicitud de procedimiento abreviado, y que la sentencia condenatoria sería solo una ratificación de dicha calificación. Sin embargo, ello no es así. Desde luego, el juez de garantía puede absolver al imputado, y no solo por estimar que no existen en contra suya más antecedentes que su aceptación de los hechos (el art. 412 del CPP establece que la sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado), sino que también por consideraciones de carácter estrictamente dogmáticas, como por ejemplo, la concurrencia de eximentes de responsabilidad penal. Incluso en el caso de dictarse sentencia condenatoria, el juez de garantía podría imponer una pena menor a la solicitada por el fiscal, también en atención a diversas consideraciones dogmáticas, como por ejemplo, la concurrencia de circunstancias atenuantes no consideradas en el cálculo de la pena solicitada por el fiscal o incluso debido a una calificación jurídica de los hechos distinta de la propuesta en la acusación y que sea más favorable para el acusado. En suma, la pena requerida por el fiscal solo marca un límite máximo que el juez de garantía –de acuerdo con el sentido y objetivo de esta salida alternativa al juicio oral– debe respetar. Pero salvo esta limitación, conserva su libertad para absolver o para condenar a otra pena más favorable al acusado.

Llama la atención que la Corte, en el conocimiento del recurso de apelación deducido en contra de la sentencia recaída en el procedimiento abreviado **podrá** pronunciarse "acerca de la concurrencia de los supuestos del procedimiento abreviado previstos en el artículo 406". Estos supuestos son dos: que la pena requerida por el fiscal en su acusación no exceda el límite que señala la ley y que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento".

Creemos que la Corte solo podrá pronunciarse sobre la concurrencia de este segundo requisito del procedimiento abreviado, concretamente sobre la circunstancia de haber el imputado prestado su conformidad en forma libre y voluntaria, que conociere su derecho a exigir un juicio oral, que entendiere los términos del acuerdo y las consecuencias que este pudiere significarle y, especialmente, que no hubiere sido objeto de coacciones ni presiones indebidas por parte del fiscal o de terceros (cfr. Art. 409 CPP). El objetivo del control –de carácter garantista– es asegurar el derecho del imputado a un juicio oral y que su renuncia a él sea realmente libre, voluntaria y consciente, exenta de toda clase de coacciones o presiones indebidas.

No nos parece, en cambio, que la Corte pueda pronunciarse acerca del primer requisito del procedimiento abreviado, esto es, que la pena requerida por el fiscal se haya conformado al límite previsto en la ley. Aceptarlo significaría que si la Corte discrepa de la calificación jurídica de los hechos efectuada por el fiscal y como consecuencia de ello considera que la pena solicitada por este último debió exceder el límite previsto por la ley –no siendo por lo tanto procedente el procedimiento abreviado–, debería anularse lo obrado en este último, efectuarse una nueva acusación por parte del fiscal (la que debería conformarse a la calificación jurídica realizada por la Corte) y realizarse un juicio oral. Nos parece que son todas consecuen-

cias político-criminales indeseables que contradicen el objetivo de esta salida alternativa al juicio oral. De concedérsele a la Corte el poder de la revisión del cumplimiento del requisito indicado relativo a que la pena del fiscal no exceda el límite señalado en la ley, ni el fiscal ni el imputado estarían motivados a llegar a un acuerdo, puesto que este, aunque fuere aprobado por el juez de garantías, podría ser revisado en segunda instancia. Si el legislador hubiere querido dotar al tribunal de segunda instancia de la facultad de ejercer un control fuerte de legalidad en lo que se refiere al cumplimiento del requisito de que la pena requerida por el fiscal se conforme al límite previsto en la ley, lo razonable hubiere sido concederle a la víctima el derecho de apelar de la decisión del juez de garantía de acceder a la solicitud de procedimiento abreviado presentada por el fiscal y el imputado. Pero la ley no se lo concedió, sino solo el derecho de oponerse a dicha solicitud en el caso que antes se examinó. Así las cosas, carecería de todo sentido realizar el procedimiento abreviado, dictarse sentencia, y que con motivo del fallo de la apelación se volviera a fojas cero, contrariando las mínimas exigencias de la racionalidad y eficacia de la persecución penales.

10. Coherencia del ministerio público

Legalmente, el ministerio público no está obligado a ser coherente con sus propios "precedentes", esto es, con los criterios adoptados en otros casos, en sus calificaciones jurídicas de los hechos durante la instrucción. Los fiscales tienen autonomía para conducir sus investigaciones, a menos que el fiscal nacional o los fiscales regionales los instruyan al respecto, evento en el cual pueden realizar las objeciones correspondientes. De modo que es perfectamente posible que se den entre los distintos fiscales diferentes calificaciones jurídicas de hechos similares. Incluso un mismo fiscal no está obligado a mantener sus mismas opiniones jurídicas respecto de hechos sustancialmente idénticos. No nos parece que esto cree problemas para las garantías de los intervinientes ni para la seguridad jurídica, puesto que las decisiones y solicitudes de los fiscales se encuentran sujetas a control judicial, el que puede ser provocado por la propia víctima.

Claro que la incoherencia jurídica del ministerio público, de existir realmente, puede pagarse cara en términos de credibilidad, seriedad y responsabilidad profesionales, en la medida en que ella puede serle representada en otros casos por los intervinientes en el proceso, con el fin de justificar jurídicamente la oposición a los mecanismos alternativos indicados. En la práctica será la víctima la que esté interesada en plantear este tipo de inconsistencias, puesto que el imputado, por una parte, se verá siempre beneficiado con las medidas solicitadas por el fiscal, y carece, por la otra, de acciones legales para exigir que el fiscal proceda de la misma manera de acuerdo con sus propios precedentes. El imputado no tiene derecho en efecto a solicitar ninguno de los mecanismos de selección de casos ni las salidas alternativas al juicio oral. La víctima, en cambio, para oponerse a una determinada salida alternativa, podría argumentar que en otras ocasiones el ministerio público ha calificado de distinta manera hechos similares.

Sin embargo, para apreciar la existencia de verdaderas contradicciones, hay que ser cuidadosos. Así, por ejemplo, tratándose de la suspensión condicional del procedimiento, la calificación jurídica propia en verdad no existe porque el requisito es que la pena **posible** que el tribunal del juicio oral pueda llegar a imponer no exceda de cierto límite. El fiscal cumple con este requisito si la calificación jurídica que se desprende de su solicitud (basada, por ejemplo, en que podría tratarse de un cómplice de un delito tentado con tales y cua-

les atenuantes y ninguna agravante) es plausible y por lo tanto eventualmente el imputado pudiera ser condenado a una pena que no exceda de tres años de privación de libertad. El fiscal no está realizando una calificación jurídica propia sino que está señalando que esa pena sería posible de aplicar en ese caso. Por tanto, en estos eventos no existen contradicciones jurídicas propiamente tales. Distinta es la situación cuando el fiscal sí emite un pronunciamiento que implica una calificación jurídica propia, como cuando estima que los hechos no son constitutivos de delito o que la pena asignada al delito de que se trate no excede de determinado límite o cuando en su acusación –que deberá contener la relación circunstanciada del o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica– requiriere, sobre la base de dichas calificaciones, una pena determinada que no exceda de cinco años de privación de libertad.

Para apreciar la existencia de verdaderas contradicciones debe tenerse en cuenta, por otra parte, que las calificaciones jurídicas de los fiscales se realizan considerando los antecedentes probatorios probables de conseguir –y no solo los hechos denunciados–, de modo que lo que en teoría podría ser un homicidio calificado, se lo acaba calificando como homicidio simple por la imposibilidad de llegar a probar la correspondiente calificante. En cambio, en otro caso enteramente similar –desde la perspectiva abstracta de comparar los hechos denunciados con el tipo legal– los hechos podrían ser calificados como homicidio calificado si el fiscal creyera contar con las pruebas suficientes. Y esta apreciación sobre la calidad de las pruebas y la factibilidad de obtenerlas corresponde al propio fiscal como encargado de la instrucción y de la persecución penales. En tales casos, como puede apreciarse, no hay contradicción, porque las diferentes calificaciones se fundan, no en una opinión jurídica distinta sobre el significado de las normas, sino que en consideraciones prácticas que dicen relación con la posibilidad de obtención de las pruebas y la calidad de las mismas.

FUENTES CONSULTADAS

Artículos y libros

Armenta Deu, Teresa, Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España, ed. PPU, Barcelona, 1991.

Armenta Deu, Teresa, Principio Acusatorio y Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1995.

AA.VV., Nuevo Proceso Penal, ConoSur, Santiago de Chile, 2000.

AA.VV., Procedimiento abreviado, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2001.

Binder, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

Bovino, Alberto, La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino, editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

Caferata Nores, José I., El principio de oportunidad en el derecho argentino, en Cuestiones actuales sobre el proceso penal, editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, 2ª edición.

De Olazábal, Julio, Suspensión del proceso a prueba, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

Devoto, Eleonora, Probation e institutos análogos, Ed. DIN, Buenos Aires, 1995.

Duce, Mauricio, Las salidas alternativas y la reforma procesal penal chilena, en La reforma de la justicia penal, AA.VV., Cuadernos de Análisis Jurídico, serie Seminarios, N° 38, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1998.

García, Luis M., La suspensión del juicio a prueba según la doctrina y la jurisprudencia, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, N° 1-2.

Gómez Colomer, Juan L., El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

González, Daniel, El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatelmalteca de Ciencias Penales, año II, N° 3-4, 1993.

Guariglia, Fabricio, Facultades discrecionales del ministerio público e investigación penal preparatoria: el principio de oportunidad, en AA.VV, El ministerio público en el proceso penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

Hassemer, Wiefried, La persecusión penal: legalidad y oportunidad, en Lecciones y Ensayos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, N° 50.

Hendler, Edmundo, Justicia Alternativa no Penal: Procedimientos de "Diversión", en Revista de Ciencias Penales, N° 2, Montevideo, 1996.

Horvitz. María Inés, Algunas Formas de Acuerdo o Negociación en el Proceso Penal: Tendencias de Derecho Comparado, en Revista de Ciencias Penales, tomo XL, N° 2, Santiago de Chile, 1994.

Horvitz, María Inés, Ministerio Público y Selectividad, en Pena y Estado, N° 2, 1997.

Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª edición.

Marino, Esteban, Suspensión del procedimiento a prueba, en AA.VV., El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993.

Sayago, Marcelo, Suspensión del juicio a prueba, Ed. Lerner, , Córdoba, 1996.

Vitale, Gustavo, Suspensión del proceso penal a prueba, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996.

Otras fuentes

Reforma procesal penal, Instrucciones Generales, Nos. 1 a 25 (septiembre-noviembre, 2000). Ministerio Público, Fiscalía Nacional, Editorial Jurídica de Chile.

Reforma procesal penal, Instrucciones Generales, Nos. 26 a 50 (noviembre 2000-febrero 2001). Ministerio Público, Fiscalía Nacional, Editorial Jurídica de Chile.

Diario de Sesiones y Boletines del Senado y de la Cámara de Diputados.

Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal.