



CUADERNOS DE DERECHO PROCESAL PENAL

Fase Intermedia: funciones

Nº 12

Serie Doctrina

Carlos Simón Bello Rengifo

Investigador docente Instituto de Ciencias Penales
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Central de Venezuela

2017

Los *Cuadernos Procesales* son una iniciativa de los miembros de la Sección de Derecho Procesal Penal del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, que tienen por cometido ofrecer a los estudiantes de Derecho Procesal Penal, y al público en general que guarde interés por esta disciplina jurídica, exposiciones breves sobre tópicos o temas de esta área de la ciencia jurídica, sin pretensiones de exhaustividad, pero sí estimular al estudio y profundización de los asuntos tratados.

Carlos Simón Bello Rengifo

Coordinador de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Sumario

- 1.- Funciones de la Fase Intermedia: Ideas Generales
- 1.2.-Funciones y principios
2. Definiciones
- 2.1. Definición e interacción
- 2.1.1. Proceso según el fin
- 3.- Facultades y derechos de las partes en la audiencia preliminar
- 4.- Control y calificación

I.- FUNCIONES DE LA FASE INTERMEDIA: IDEAS GENERALES

Un punto importante a considerar, cuando se analizan las fases del proceso, es el análisis de sus funciones en razón de su doble utilidad. En primer término, permite establecer los límites con su contenido: los actos que le son propios. En segundo lugar, en una visión de conjunto, permite la articulación de cada una en la perspectiva de las finalidades del proceso. De este modo, desde el punto de vista práctico brinda una importante herramienta de aplicación que, a su vez, es relevante para la determinación de la validez de los actos que se realizan y, en suma, es guía relevante para que los sujetos procesales, principalmente el juez, las tengan en cuenta para emitir decisiones congruentes con el marco jurídico en la cual se insertan. Y desde el punto de vista teórico e incluso político criminal, contribuye a los análisis que ilustran sobre la correspondencia o no de las distintas fases en razón de los principios, funciones y fines que a cada una le corresponde.

Rodrigo Rivera Morales, citando a Valentín Cortez Domínguez, expresa que la función primordial de la fase intermedia es dilucidar si los presupuestos del juicio oral se han efectivamente acreditado de manera suficiente, es decir, la determinación del hecho y su presunto autor, por lo que, si no hay tipicidad, faltan presupuestos o hay una causa de extinción de punibilidad, lo que procede es el

sobreseimiento o archivo de las actuaciones¹. En sus propias palabras: “función negativa dirigida a sanear la *notitia criminis* y evitar que personas inocentes sean victimizadas por un proceso penal.”²

En la jurisprudencia venezolana, tales funciones se han caracterizado en este marco: control formal y control material de la acusación; comunicación de la acusación al imputado; determinación del hecho punibles y admisión de pruebas, lo que se resume en la depuración del proceso para la realización del juicio oral.

Según estableció la Sala Constitucional en la decisión 1500 del 3 de agosto de 2006³, con ponencia del magistrado Rondón Haaz, se persigue esencialmente depurar el proceso, comunicar al imputado la acusación en su contra y permitir el control judicial de la acusación fiscal, lo que implica “la realización de un análisis de los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan el escrito acusatorio, fungiendo esta fase procesal entonces como un filtro, a los fines de evitar la interposición de acusaciones infundadas y arbitrarias.”.

Este control tiene dos aspectos, continúa el fallo: formal y material: “En el primero, el Juez verifica que se hayan cumplido los requisitos formales para la admisibilidad de la acusación – los cuales tienden a lograr que la decisión judicial a dictar sea precisa —, a saber, identificación del o de los imputados, así como también que se haya delimitado y calificado el hecho punible imputado.” A su vez, el material “implica el examen de los requisitos de fondo en los cuales se fundamenta el Ministerio Público para presentar la acusación...”.

Estas funciones, estima la Sala, se materializan “con mayor claridad” en la audiencia preliminar”, y prosigue: “ya que en la misma, es donde se lleva a cabo el análisis de si existen motivos para admitir la acusación presentada por el Ministerio Público y la de la víctima, si fuere el caso. En este sentido, en esta audiencia se estudian los fundamentos que tomó en cuenta el Fiscal del Ministerio

¹ Esta última posibilidad no es una decisión prevista por el COPP en cuanto decisión propia de la audiencia preliminar, aunque puede darse en la fase preparatoria como archivo fiscal o archivo judicial, según sean los supuestos de su procedencia. (Arts. 296 y 297 del COPP).

² Conf. Rodrigo Rivera Morales, *Manual de Derecho Procesal Penal*. P. 765.

³ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1500-030806-06-0739.HTM>. Expediente 06-07739

Público para estimar que existen motivos para que se inicie un juicio oral y público contra el acusado, realizando el Juez el mencionado estudio, una vez que haya presenciado las exposiciones orales de las partes involucradas en el proceso penal...El anterior criterio jurisprudencial, había sido expresado ya por esta Sala en fallo n° 452 de 24 de marzo de 2004 (caso: Leiro Rafael Rodríguez)”.

Este razonamiento se mantiene en numerosas decisiones.

1.1.- Funciones y principios

Por otra parte, estas funciones deben ser entendidas según los principios que rigen esta fase, que pueden ser ordenadas según los que corresponden al debido proceso, consagrados en el artículo 49 constitucionales y en el Título Preliminar — Principios y Garantías Procesales — del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, en lo sucesivo), aunque por sus características no todos se aplican del mismo modo en cada fase procesal.

Si bien el autor a continuación citado (Roberto G. Loutayf Ranea⁴) se refiere a principios aplicables a la fase intermedia del proceso civil, e inspirado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, no todos explícitamente acogidos por el COPP; sin embargo, pueden ser considerados como pertinentes, sobre todo porque invitan al análisis comparativo y al examen de la cercanía entre procedimientos que por mucho tiempo se han considerado incommunicables entre sí, premisa que cada vez tiene menor acogida. Invoca estos principios:

a) Inmediación: debe “existir un contacto personal y directo del juez con las partes y con los actos de adquisición de las pruebas, a fin de que aquél pueda llegar a conocer adecuadamente los intereses en litigio y la verdad de los hechos alegados.” Según Alsina, a quien cita, significa que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre éstas las que se encuentren bajo su acción inmediata (Alsina: Tratado, Bs. As., Ediar, 1963, tomo I, pág. 460).

⁴ Audiencia Preliminar. <file:///C:/Users/Dell/Downloads/audienciapreliminar.pdf>. Consultado 29-10-17

El mismo está expresamente previsto para el debate oral y público (artículos 16 y 315); pero, ciertamente, también rige para la fase intermedia, pues si bien la decisión judicial tiene un distinto alcance y contenido, según el objeto y fase de que se trate, el juez debe estar, como dice Eisner, citado por el mismo autor, “ en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa”.

En el caso de la fase intermedia, específicamente en la audiencia preliminar, no se trata de que el juez se halle en contacto inmediato — sensorial e intelectual — con la actividad probatoria, pues ella se realiza en la fase siguiente, pero sí respecto de las alegaciones de las partes mediante la exposición breve de sus fundamentos, razón por la cual el juez también debe acceder a los escritos — acusación y contestación — que han sido previamente consignados. De allí la importancia de que las exposiciones orales están provistas de la debida síntesis y estructura argumental para que la percepción y comprensión del juez se conecten con las explicaciones de las partes.

b) Celeridad: “con este principio se procura abreviar en el tiempo el desarrollo y definición de la causa, es decir, se busca la pronta terminación de los litigios.”

La celeridad es parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26, único aparte de la Carta Magna), por lo que puede articularse como una garantía procesal universal.

El COPP promulgado en el año 2012, privilegió la celeridad con preceptos que ofenden derechos del debido proceso, con sus previsiones sobre los efectos de la incomparecencia del imputado, que no es el caso tratar ahora con mayor detenimiento.⁵

c) Economía procesal: Dice el autor citado: “A este principio se lo define como la aplicación de un criterio utilitario en la realización empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional; es decir, este

⁵ Artículo 310.

principio señala que en la tramitación de los juicios debe procurarse la mayor economía de gastos (economía financiera del proceso) y de esfuerzos (simplificación y facilitación de la actividad procesal); o como dice Eisner, este principio busca obtener la mayor eficacia en la administración de justicia con ahorro de tiempo, erogaciones y energía jurisdiccional⁶⁰. Y tiene aplicación en el caso de la audiencia preliminar teniendo en cuenta que a través de la misma se busca una mayor eficacia en la administración de justicia, con el consiguiente ahorro de tiempo, erogaciones y esfuerzos en el trámite jurisdiccional.”

Es oportuna la referencia a la economía procesal como principio que podría amalgamarse con el de celeridad; no obstante, el sentido de cada uno guarda sutiles diferencias, a mi juicio. La razón de ser de la celeridad puede anclarse en razones o valores básicos sobre los que descansan los derechos fundamentales, entre ellos los procesales; en cambio, la economía procesal atiende a un vínculo más cercano a una dimensión material del proceso: sus costos en tiempo, dinero y otros recursos necesarios para su realización, mensurables en términos económicos.

En el marco constitucional y legal venezolanos, por la exuberancia de sus términos emotivos y valorativos, no hay espacio significativo para esta dimensión.

d) Concentración: el autor en cuestión considera que es una expresión del anterior principio de economía procesal, ya que busca reunir “la mayor cantidad posible de actividad procesal en el menor número posible de actos procesales, o también aproximar los actos procesales unos a otros en el más breve espacio de tiempo”.

En nuestra legislación, se prevé para el debate oral y público, artículos 17 y 318 del COPP, y, por supuesto, se aplica también a la audiencia preliminar, por lo que del mismo se desprende el deber del juez de decidir apenas sea “finalizada la audiencia” (artículo 313 *eiusdem*).

e.- Moralidad: determina las distintas reglas de conducta procesal de los sujetos procesales — partes y juez —. Con razón del mismo “se proscriben del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad y la inmoralidad. La audiencia preliminar es

una forma de concretar este principio, en cuanto, con la actividad que puede desarrollarse en la misma, se procura evitar que se utilice al proceso para hacer valer argucias, maniobras dilatorias, prueba inútiles o vejatorias, es decir, como medio antifuncional o malicioso de complicar el debate judicial.”

El COPP no presta atención explícita a los principios éticos que deben regir la conducta del juez, pues cuando postula el principio de buena fe, se refiere solamente a las partes, y hace del juez el vigilante de su control y aplicador de sanciones por su incumplimiento⁶. Sin embargo, el Código de Ética del juez venezolano y de la jueza venezolana del 23 de agosto de 2010⁷, consagra una serie de deberes, a veces en lenguaje confuso e ideologizado, como el del artículo 7, pero que constituye el marco ético de la conducta judicial.

f) Saneamiento: se corresponde con el control que el juez ejerce sobre la acusación, tanto fiscal como de la víctima, si fuere el caso. En mi opinión, no excluye el control material, aunque ciertamente el término “saneamiento” parece corresponder más a presupuestos y defectos formales, de allí que no sea de recepción en el discurso legislativo procesal penal, a diferencia de lo que sucede en el civil.

g) Dispositivo: no es propio del proceso penal, incluso en el modelo acusatorio; sin embargo, se ha venido reconociendo, con timidez o prudencia, el efecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como, por ejemplo, en la figura de los acuerdos reparatorios que puede darse en la fase intermedia; y en menor medida, también opera la autonomía de la voluntad en la suspensión condicional del proceso.

h) Contradicción: nos dice el autor citado, que también se le denomina “de controversia”, “de bilateralidad” o “audiencia”, y se resume en el brocardo *audiatur altera pars*, y que en definitiva significa que “toda pretensión o petición formulada por una de las partes en el proceso debe ser comunicada a la contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición”, es decir, que

⁶ Artículos 105 y 106.

⁷ Gaceta Oficial N°. 39.493

“el tribunal no puede decidir algo sin antes haber dado la posibilidad de manifestarse al respecto a las partes a las que puede afectar la decisión”. De allí es necesario darles a los interesados la oportunidad “suficiente y razonable” de ser oído.

El artículo 18 del COPP establece que “el proceso tendrá carácter contradictorio”, y no hay duda de que la fase intermedia es parte del proceso. Sin embargo, la regulación de la fase intermedia, especialmente, de la audiencia preliminar parece restringir el contradictorio. El artículo 312 expresa en su encabezado, como antes se vio, que “las partes expondrán **brevemente** los fundamentos de sus peticiones” (He destacado). Asimismo, pauta en su último párrafo que “en ningún caso se permitirá que en la audiencia preliminar se planteen cuestiones que son propias del juicio oral y público”, y si no se pueden conocer esas cuestiones, pues mucho menos hay cabida a su modo de planteamiento, que es el contradictorio por excelencia.

Como se ve, no se prevé la existencia de réplica y contrarréplica, tampoco el trámite respecto a la contestación de las excepciones. La escueta regulación de los escasos preceptos que el COPP dispensa al modo de realización de la audiencia preliminar, de ser aplicados literalmente, conduciría a una severa restricción del debido proceso, constitucionalmente inaceptable.

De allí que sin derivar en una audiencia contenciosa, es decir, de debate, si hay que respetar el principio de contradicción, por lo que las partes no solamente tienen el derecho de exponer oralmente los fundamentos de sus alegatos, sino también, pues de otro se mutilaría el concepto mismo de lo que es “alegar”, el de dar contestación a lo expuesto por la contraparte, sin que ello se convierta en un debate propiamente dicho, que es la máxima expresión de la contradicción argumentativa.

El juez debe estar asistido de la sedosa virtud de la prudencia, del buen tino y del sentido de la justicia, no solo de un razonamiento lógico rígido, valga la redundancia, para que, sin desnaturalizar la audiencia preliminar, preserve los derechos de las partes. Este recurso al buen tino y la prudencia está presente, por

ejemplo, en la facultad de control formal, cuando se trata de corregir o subsanar defectos no esenciales en la misma audiencia o en tiempo inmediato (artículo 313, numeral 1º).

En síntesis, los principios constitucionales explícitos en el orden procesal, reconocidos por los distintos numerales del artículo 49 de la Carta Magna de 1999, son: defensa (1º y artículo 12 del COPP); presunción de inocencia (2º y artículo 8º COPP); derecho a ser oído en plazo razonable por tribunal competente, independiente e imparcial (3º, no hay previsión expresa en el COPP); juez natural (4º y 7º del COPP); no obligado a confesar (5º, sin previsión expresa en el COPP); cosa juzgada (7º y 21 del COPP). La garantía general del debido proceso la prevé el COPP en su artículo 1º: “Nadie podrá ser condenado sin un juicio, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones inútiles, ante un Juez o Jueza, o tribunal imparcial.”

Estos principios se manifiestan según sean las funciones a cumplir en esta fase.

No hay duda de que la fase intermedia, concluida la investigación, sienta las bases del corazón del proceso: el juicio oral y público. La complejidad de los asuntos que giran a su alrededor desborda los límites de esta publicación; sin embargo, es indispensable delinearlos en razón del objetivo que este Cuaderno persigue: trazar ideas básicas sobre las funciones de la fase intermedia, aunque hay especial referencia a una de ellas: la precalificación del delito.

Para abordar la propuesta aquí expuesta, parto de definiciones doctrinarias de las funciones de la fase intermedia.

II.- DEFINICIONES

Rivera Morales, en la doctrina nacional, ha dicho que esta fase se define como el “conjunto de actos procesales que median desde la resolución que declara terminado el sumario hasta la resolución que decide la apertura o no de la causa a juicio oral”.⁸

⁸ Conf. Rodrigo Rivera Morales. Op. Cit. P. 765.

Otro autor se ha referido a las funciones de esta fase según las actividades deducibles o incluidas en su definición: “conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación.”⁹ O más sintéticamente: “discusión preliminar sobre las condiciones de fondo de cada uno de los actos o requerimientos conclusivos.”¹⁰

A poco que se examinen las dos versiones definitorias de Binder, es fácil concluir que apuntan hacia dos aspectos distintos de un mismo fenómeno procesal: una estática y teleológica; la otra, la segunda, dinámica o material, con el elemento teleológico por inferencia. Respecto a la primera, hay coincidencia de fondo con la propuesta por Rivera Morales.

La primera versión permite distinguir la secuencia de la fase, recurso didáctico y descriptivo muy útil para un acercamiento cognoscitivo; la segunda convoca a un examen de uno de los rasgos propios del modelo acusatorio: la dialéctica oral inserta en mayor o menor medida en cada una de sus etapas. A no dudarlo, en mi opinión, es la primera la que conduce más directamente al examen de las funciones de esta etapa.

Es así como Binder ha sostenido que hay una doble función: control formal y control material¹¹, para lo cual hay que atender al grado de información o de conocimiento propio de cada acto conclusivo¹².

En obsequio a las consideraciones precedentes, podría de una vez entrar en materia, pero considero que el examen de las funciones puede acometerse, sin que se llegue a resultados opuestos, con otro método, menos enunciativo y más explorativo o deducible, con lo cual se puede ganar en óptica que relacione funciones y actividades, que consideradas según principios, explícitos e implícitos,

⁹ Conf. Alberto Binder, *La fase intermedia, control de la investigación*. P. 2

¹⁰ Id. P. 3.

¹¹ Ámbitos del control que ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia, como *supra* se demostró.

¹² Ib. P. 2. La observación de Binder puede ser terreno fértil para explorar la diferencia entre información y conocimiento en cada acto conclusivo, su diferencia de grado y su identidad conceptual respecto a cada acto en sí. El Código Orgánico Procesal Penal prevé como actos conclusivos: la acusación, solicitud de sobreseimiento y el archivo fiscal.

pueden ser valoradas — enfoque axiológico —, pero también puede establecerse la relación en razón de su utilidad, con lo cual la valoración sufre una importante alteración, como luego se verá.

Otro camino para abordar la determinación de las funciones es a partir, no de una definición previa, sino del análisis de una relación conceptual. Es la que se propone a continuación.

2.1.- Definición e interacción

La interacción entre las facultades y derechos de las partes y las decisiones del juez vinculadas desde los principios no debe prescindir del terreno en el cual se desarrollan e interactúan. Este terreno está determinado, en primer lugar, por las finalidades u objetivos de la fase intermedia, que se pueden jerarquizar según su importancia y la relación instrumental que puede darse entre ellos, o bien su condición principal.

A los fines del presente examen, selecciono uno de ellos, a fin de no atentar contra la extensión limitada que caracteriza estos Cuadernos.

La determinación del objeto del juicio, uno de los objetivos de la fase intermedia, se alcanza a través de la función determinativa que surge, primeramente, de la interacción entre la facultad acusatoria del Ministerio Público y de la víctima, contrapuesta al derecho de defensa del imputado, que es la que alberga la de oponer excepciones y, en general, alegatos de descargo. Es así como en la fase intermedia se desarrolla la primera contención entre el acusador y el acusado, al menos de modo articulado en una audiencia¹³.

La interacción acusador-acusado se debe desplegar, en primer término, bajo la insignia del derecho de defensa y el derecho a ser oído en un tiempo (“plazo”) razonable, ambos en indisoluble conexión.

La determinación del objeto del juicio resulta de un proceso dialógico, contradictorio y no contencioso que, luego de los actos de investigación, se

¹³ Ello no obsta a que, eventualmente, haya lugar a otras, con ocasión de excepciones en la fase preparatoria, por ejemplo.

transforma en la información que documenta la acusación y que, al ser contrastada con su contestación, que, si alcanza un perfil bien definido, da lugar al auto de apertura al juicio.

La controversia que culmina en la audiencia preliminar gira alrededor, básicamente, de un hecho calificado como punible, según la certeza que ha adquirido el Ministerio Público a partir de sus actos de investigación, y su puesta en conocimiento del acusado, a fin de que este la rechace o la admita, o bien le oponga defensas perentorias relativas a sus presupuestos. Mas, como el hecho es un acontecimiento histórico pasado, requiere de un sustento probatorio, razón por la cual en esta etapa se “muestran” los órganos de prueba que tanto el acusador como el acusado desarrollarán durante la etapa de juicio oral y público.

En otras palabras, el establecimiento del hecho histórico que significa el injusto punible que será debatido en el juicio oral es la fuente de la actividad probatoria. Es por ello, que las partes tienen la facultad y el derecho de “promover” y “ofrecer” las pruebas pertinentes y necesarias que darán lugar a la actividad correspondiente en la fase siguiente. La actividad probatoria se delimita con la oferta probatoria de medios pertinentes, necesarios, legales y lícitos, pero la misma puede ser objeto de una delimitación previa al debate: estipulación de pruebas.

La determinación probatoria se deriva del derecho de defensa y del poder acusatorio del Ministerio Público, iluminados por el principio ético de la buena fe, que también se hace presente en las demás actividades e interacciones, en esta oportunidad cobra especial importancia, pues, aunque la práctica forense venezolana conspira en contra, las partes deben mostrar “sus armas probatorias”, sin ocultamientos veleidosos ni maliciosos. De allí la caracterización de la oferta que, a su vez, actúa como criterio de valoración y admisión por el juez: pertinencia, necesidad, legalidad, utilidad, licitud. Estos rasgos, que son exigencias normativas, no se relacionan solamente por un criterio de practicidad — la satisfacción del interés de la parte —, sino que obedecen a un parámetro

valorativo, que no es otro que el principio de buena fe, que, si bien no es explícito del debido proceso, es implícito, porque irradia el tejido del proceso.

Además de la determinación del delito y el establecimiento del hecho, a fin de alcanzar su finalidad, se debe cumplir con una función de aseguramiento de la realización del proceso, mediante las medidas cautelares, pues de lo contrario, naufraga el objetivo. A este fin procesal, se le añade el político-criminal de prevención de nuevos delitos, en menor medida en el proceso ordinario, y en mayor medida en el procedimiento por delitos de violencia contra la mujer.

En mi opinión, el principio de la presunción de inocencia es de los tenses modélicos del proceso penal, el más expuesto en su conexión con el ámbito social y su connatural exigencia de seguridad, que puede ser exacerbada y quedar desnaturalizada cuando la justicia institucional fracasa en su misión de garantía de convivencia; sin embargo, aun cuando no se trate de esos patológicos supuestos, la regulación normativa de la coexistencia social y el reconocimiento de los peligros de desorden por la particular malicia o poder con que cuentan en ocasiones los sujetos procesales, en este caso, el imputado, obliga a decisiones que reducen sensiblemente el ejercicio y disfrute del derecho a la presunción de inocencia.

Ciertamente que el orden normativo (Título VII De las medidas de coerción personal) le suministra a la sociedad, la partes y el juez unos criterios que actúan como parámetros de las alegaciones y decisiones; pero también están sujetos a una actividad interpretativa que los dota de un contenido específico y de un sentido particularizado, según las características del hecho y del sujeto, no siempre todas de bien recibo en un Estado de Derecho.

En cuanto al juez se refiere, su razonabilidad se tensiona entre extremos que debe intentar conciliar sin aniquilar los intereses jurídicamente significativos de las partes (imputado y víctima) que se manifiestan como el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de la víctima a recibir protección, respeto y reparación (artículo 120 del COPP); derechos no solo enfrentados entre sí, sino también relacionados — positiva o negativamente — con el reclamo social de

seguridad. Esta conciliación no es ni matemática ni escuetamente lógica, pues sin dejar de ser precisa ni lógica, ha de ser justa, es decir, surgida de la prudencia y de la justicia.

La determinación del delito y establecimiento del hecho que lo constituye es materia del juicio oral; sin embargo, el COPP permite que, mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, se pueda alcanzar la finalidad del proceso suprimiendo la fase de juicio. Ello se logra mediante tres instituciones procesales: admisión de los hechos, acuerdo reparatorio y suspensión condicional del proceso, que aun cuando guardan importantes diferencias entre ellos, registran el elemento en común, de poner fin al proceso, sin fase de juicio. Se entiende que la recepción de estas instituciones no implica que el legislador renuncie con ocasión de ellas al fin del proceso: establecer la verdad y la justicia por las vías del Derecho. (Art. 12 del COPP). En consecuencia, se agrega una función de control sobre el desempeño de la autonomía de la voluntad para que el objetivo se alcance sin equilibrio de los valores superiores del proceso.

Esta función también es axiológicamente significativa, aunque posiblemente su visibilidad resulte menor, especialmente por la interferencia que puede darse entre el marco valorativo y el ejercicio autónomo de la voluntad individual, que no es absoluta, pero tampoco suprimible, aunque sí controlable, en un marco valorativo en el que se conjugan el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el derecho a ser oído en un tiempo (“plazo”) razonable y no el estar obligado a confesar¹⁴, sin menoscabo de las normas que rigen como principios específicos que deben marcar la orientación de la decisión del juez, previstas en los artículos 229 y siguientes del COPP.

En la mayoría de los casos, para no decir todos, se observa una concurrencia en tensión de distintos principios que, si bien son, abstractamente considerados, compatibles —, no lo son de la misma manera en el caso concreto. En el nivel abstracto, las divergencias, si se presentan, son conceptuales e

¹⁴ Este principio se encuentra invadido por las disposiciones del COPP en materia de acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso. No es la oportunidad para entrar en esa materia, pero sí advertir que las normas que se condicionan

hipotéticas, pero en los casos concretos, donde confluyen intereses, versiones y argumentaciones que conducen a una jerarquización concreta que no es indispensable en una perspectiva alienada de los casos históricos, respecto a los cuales puede que haya referencias, pues al fin y al cabo, el Derecho tiene una indisputable vocación de realidad concreta, en modo alguno alcanzan tales referencias la energía y complejidad de contenido de su concreción histórica, lo que exige del juzgador una maximización de su buen criterio para evitar la desmesura de unos principios alentados por la magia de argumentaciones persuasivas, pero con déficits morales desde el ángulo más amplio y general al que debe responder el juez. Puede que las partes, movidas por sus intereses específicos, se separen de lo “justo”, es decir, de lo que es ajustado a la síntesis de las fuerzas contrapuestas, pues al fin y al cabo, no va con la naturaleza de la función de las partes y sus representados el hallazgo del “ajuste” de los intereses contrapuestos, pues, antes por el contrario, les corresponde manifestar los suyos con la mayor energía persuasiva posible, y sobre el juez pese la obligación de hallar el encuentro sintético en una decisión justa, o si se prefiere, ajustada a los valores y principios que enlazan las contraposiciones en una sola voz que encarna la decisión judicial.

Hasta ahora, se han visto las funciones en clave de actividades — facultades, derechos, decisiones — según principios; sin embargo, falta la referencia de un elemento muy importante en el sistema procesal, el fin del proceso, pues al fin y al cabo, las funciones de cada fase han de contribuir al alcance de ese fin, cuya mención cobra ahora importancia.

2.2.1. EL PROCESO SEGÚN EL FIN

El proceso considerado según su fin tiene una doble composición: ético-política, la realización de la justicia; normativa: mediante el Derecho. Ambos se conjugan en una sola realidad, sin prevalencia de uno sobre otro, no obstante, la inclinación constitucional a privilegiar el ámbito axiológico con desmedro de lo normativo, con lo cual abre la compuerta a procesos políticos autoritarios, que falsamente se amparan en emociones disfrazadas de valores. Tal es el caso del

precepto del artículo 257, *in fine*: “No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”, con lo cual invade la potestad valorativa del juez desde el trono constitucional que lo habilita para ser justo, pero también para ser arbitrario. O sea, injusto.

El componente normativo del fin del proceso da lugar a actos de decisión y control que se escinden en lo estrictamente normativo y en lo político criminal, que guardan correspondencia con los derechos y facultades de las partes. En consecuencia, las actividades que consisten en decisiones sobre los presupuestos procesales, el hecho, su calificación, pruebas, control de la autonomía de la voluntad y aseguramiento de la realización del juicio oral, atienden a la correcta canalización de la justicia por el Derecho: mientras que la función cautelar en su vertiente preventiva enfatiza el aspecto político criminal. Con lo dicho, no afirmo que sean aspectos divorciados, solo particularizo el “rostro” más exhibido.

Precedentemente, me he referido a las facultades y derechos de las partes, conjugadas en las distintas actividades que las desarrollan, y es hora de que se especifiquen con mayor detalle.

III.- FACULTADES Y DERECHOS DE LAS PARTES

Se concentran alrededor del artículo 311 del COPP, cuya relación con otros preceptos del mismo texto, no es el caso detallar.

Ante el ejercicio de estas facultades y derechos, le corresponde al juez de control emitir sus correlativas decisiones, tal como se prevé en el artículo 313 del mencionado Código:

- 1º. Corrección de la acusación, sea del fiscal o de la parte querellante.
- 2º. Admitir total o parcialmente, la acusación del fiscal o de la parte querellante.
- 3º. Calificar el hecho, coincida o no con la del fiscal o de la víctima.
- 4º. Sobreseer la causa.
- 5º. Resolver las excepciones.
- 6º. Decidir sobre las medidas cautelares.
- 7º. Sentenciar según el procedimiento por admisión de los hechos.
- 8º. Aprobar los acuerdos reparatorios.

9º. Acordar la suspensión condicional del proceso.

10º. Decidir sobre la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de la prueba ofrecida para el juicio oral.

Dejando entre paréntesis las observaciones que pueda merecer el lenguaje legal por el empleo de distintos verbos para actividades que son fundamentalmente idénticas, al menos en cuanto su alcance y contenido, aunque versen sobre distintos objetos, el amplio elenco anterior podría ser sintetizado de la manera siguiente, en atención al objeto:

Control formal de la acusación fiscal o de la parte querellante: corrección.

Control de los presupuestos de la acción: excepciones (sobreseimiento)

Juzgamiento del mérito de la acusación fiscal o de la parte querellante: admisión, calificación, sentencia (admisión de los hechos, acuerdo reparatorio, suspensión condicional del proceso), sobreseimiento.

Juzgamiento del mérito probatorio: legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de la prueba.

Control del aseguramiento de la realización proceso: medidas cautelares.

Juzgamiento de la autonomía de la voluntad: suspensión condicional del proceso y acuerdos reparatorios.¹⁵

Control político-criminal: medidas cautelares de prevención y probación.

La diferenciación entre control y juzgamiento amerita una aclaratoria resumida que le dé el sentido pretendido, sobre todo porque desde la dimensión lingüística no parece aceptable que se habla de juzgamiento en esta etapa, cuando el término es el que permite conceptualizar la sentencia como la culminación del juicio que se vierte en un juzgamiento.

En primer lugar, hay que aclarar que si bien el juez de control puede dictar sentencia en los supuestos que el COPP prevé cuando hay incumplimiento del

¹⁵ Evidentemente, que la expresión “autonomía de la voluntad” no capta en su toda su dimensión estas instituciones procesales, pues tal autonomía tiene límites mayores que en áreas más lejanas de intereses públicos, pero es una “etiqueta” que resalta un elemento que hasta hace poco era extraña al proceso penal.

acuerdo reparatorio o de las condiciones de la suspensión condicional del proceso, ello no significa que haya juzgamiento en el sentido preciso del vocablo, aunque sí su resultado, la sentencia de condena. No siempre cuando el juez sentencia juzga, y cuando lo hace, contraría la norma primera del COPP: no hay condena sin juicio previo, y mal puede decirse que hay juicio cuando no ha habido debate oral y público con actividad probatoria, o al menos con la posibilidad de que lo haya. No obstante, hago uso del término por su efecto, que no por su fundamentación.

El control es una actividad previa y en cierto sentido provisional, susceptible de agotamiento, si el objeto es reparado, sin necesidad absoluta de alzada, mientras que en los casos de juzgamiento hay un efecto, en casi todos sus supuestos, sobre el *thema decidendum*; sin embargo, la diferencia no es absoluta, pues algunas decisiones de control pueden derivar en decisiones de juzgamiento o surtir efecto de tales, lo que puede poner en riesgo de viabilidad, incluso de razonabilidad, de la distinción. Sin embargo, considero que ostenta validez, incluso didáctica, para diferenciar el alcance que, en principio, tiene la decisión del juez de control en razón de la materia sobre la que recae, aunque reconozco que el asunto exige un mayor desarrollo que el que permite el Cuaderno.

Estas funciones — control y juzgamiento —, según la materia que haya sido conocida y decidida en la audiencia preliminar, confluyen en el auto de apertura de juicio, con el cual se hace presente la función derivada: ordenar la apertura del juicio oral, conforme el auto que consagra el artículo 314 del Código Orgánico Procesal Penal, y cuya irrecurribilidad ha dado origen a disímiles respuestas jurisprudenciales.

La atención subsiguiente la dirijo a dos funciones en particular, la del control formal de la acusación y el juzgamiento del mérito de la acusación: la calificación.

IV.- CONTROL Y CALIFICACIÓN EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

El artículo 313 del COPP, relativo a la decisión que le corresponde dictar al juez de control en la audiencia preliminar, dicta en su numeral 1º que, en el supuesto de que detecte un “defecto de forma en la acusación” fiscal o de la parte

querellante, estos lo podrán subsanar “de inmediato o en la misma audiencia, pudiendo solicitar que ésta se suspenda, en caso necesario, para continuarla dentro del menor lapso posible.”

Defecto es carencia, falta, pues, como dice el Diccionario de la Real Academia Española, “carencia de alguna cualidad propia de algo”, y que, en el ámbito jurídico procesal, según el mismo Diccionario es “la falta derivada de la infracción de la inobservancia de las normas procesales en una causa, que puede llevar a la nulidad de las actuaciones”.¹⁶ A su vez, el artículo 28, numeral 4º, letra i del mismo Código pauta como excepción la “falta de requisitos esenciales para intentar la acusación fiscal, la acusación particular propia de la víctima o la acusación privada, siempre que estos no puedan ser corregidos, o no hayan sido corregidos en la oportunidad a que se contraen los artículos 313 y 403 de este Código.”¹⁷

La interpretación sistemática de ambas disposiciones conduce a estas consideraciones básicas:

El acto acusatorio debe cumplir con ciertos requisitos, algunos esenciales¹⁸ y otros no esenciales.

Los no esenciales son aquellos susceptibles de subsanación en la misma audiencia, o en su continuación en el menor lapso posible.

Luego, los defectos que fundamentan la viabilidad de excepción son los esenciales.

Para establecer la diferencia, hay que remitirse al elenco de requisitos formales que ha de cumplir la acusación, previsto en el artículo 308 del COPP:

¹⁶ Conf. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición. 2001.

¹⁷ El artículo 403 está contenido en la regulación del procedimiento de los delitos de acción dependiente de instancia de parte, que no causa un cambio significativo en la materia que estoy tratando en esta oportunidad.

¹⁸ El término esencial es de extracción metafísica, no obstante, forma parte del léxico jurídico que contiene voces propiamente técnico-jurídicas — abundan más en áreas distintas al Derecho Penal —, técnico-científicas y comunes. El Derecho Penal desarrolla su discurso básicamente con términos comunes y técnico-científicas, sobre todo en ciertas provincias de la Parte Especial, como los delitos informáticos, por ejemplo. Hay el caso de términos de progeñe jurídica que forman parte del lenguaje coloquial, por lo que en ocasiones, no es fácil la diferenciación genética.

- Subjetivos: atinentes a la identificación de las partes.
- Fáctico-objetivos: descripción precisa del hecho.
- Normativos: enunciación de los preceptos jurídicos aplicables.
- Probatorios: fundamentos de la convicción de imputación y oferta de las pruebas “con indicación de su pertinencia o necesidad”.
- Conclusivos: solicitud de enjuiciamiento del sujeto acusado.

Atendiendo a la circunstancia de que en la fase intermedia se fija el objeto del debate oral y público, parece razonable sostener que los elementos esenciales son aquellos que definen lo “esencial” del hecho, esto es, su determinación histórica, a lo que concurren factores que pueden contribuir a su mejor definición, no esenciales, y que, por tanto, no darían lugar a la excepción, y sí a su corrección, en los términos del mencionado artículo 313.

¿Qué define el hecho?

Esta pregunta parece corresponder más a la teoría general del delito que a la doctrina procesal, pero es ciertamente un “campo” donde se encuentran. Los términos de definición del hecho punible han de ser procesalmente inteligibles, so pena de su nula aplicación y dejar en manos del juez, o de las partes, una delimitación que pudiera estar asediada de errores conceptuales y de consecuencias indeseables para el Estado de Derecho.

En cualquier caso, resulta razonable considerar que el hecho viene definido por una conducta humana, es decir, un acontecimiento que se traduce en una situación de interrelación entre el agente y la víctima, cualquiera sea su fenomeneidad de esta última¹⁹. De allí que la identificación de las partes en relación y las condiciones de la situación son también definitorias, pero su mayor o menor “esencialidad” depende de sus condiciones concretas. Así, por ejemplo, si hay datos erróneos “accidentales” sobre la identidad del acusado, pero que la

¹⁹ Víctima puede ser una persona natural o jurídica. Autor, persona natural. Los problemas que suscita la responsabilidad de la persona jurídica son ajenos a este Cuaderno; sin embargo, cabe agregar que la misma no excluye la individual, según buena parte de la doctrina y del Derecho Comparado

misma deriva de otro conjunto de datos, se trata de un defecto subsanable sin lugar a excepción.

El juez debe disponer de una formación suficiente que le permita arribar, sin mayores hesitaciones, a una conclusión clara acerca de aquello que define sin duda el hecho e identifica las partes, que en su conjunto determinan el *thema dedidendum*.

En cuanto los preceptos aplicables, se puede sostener que es un requisito derivado de la determinación fáctica, pues la subsunción “viste normativamente” la situación constitutiva del hecho punible, susceptible de sufrir modificaciones a lo largo del proceso, incluso en la misma audiencia preliminar, de tal manera que si de la descripción se desprende la identificación clara del supuesto fáctico, podría decirse, en consecuencia, que su calificación puede no ser esencial, en el sentido de que pueda subsanarse su ausencia o deficiente señalamiento, como sería el caso de la invocación de un tipo con distintos supuestos, y sobre los cuales no se registra la correspondiente precisión.

En el orden de ideas que he seguido, puede ser una conclusión plausible; sin embargo, no se puede olvidar la importancia de la vigencia y rigor de los principios que se articulan en el debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho de defensa. Es obvio que el mismo resulta lesionado si no hay una clara determinación del supuesto típico, por lo que una conclusión que pudiera ser admitida en el hilo de razonamiento que antes he expuesto, se ve ahora enfrentado a un valladar jurídico, que lo malogra.

Es por ello que la “esencialidad” del defecto no es puramente ontológica y sólo lógicamente deducible, sino que priva la razón normativa que impone el respeto y cumplimiento del debido proceso, por lo que el juez ha de atender si la falta del acto acusatorio fue lesiva para el derecho de defensa, pues mal puede sostenerse que resultó indemne si el imputado contestó la acusación en un estado de incertidumbre, por la imprecisión del acusador en su narración o en su calificación. Priva entonces la valoración y ponderación propias del universo jurídico. La misma consideración considero que opera en la fundamentación probatoria.

A no dudar que esta valoración del juzgador atiende más a la cualidad informativa del acto acusatorio que a su desmesura cuantitativa. Ciertamente que el COPP exige “una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho”, pero ello no debe dar lugar a la fascinación que puede auspiciar la existencia de cantidad importante de datos recogidos durante la investigación, especialmente si en su inicio privaba un alto margen de incertidumbre, sobre el hecho o sus autores, o sobre ambos. El acto acusatorio debe operar con certeza para extraer solo los elementos fácticos que guardan significación para el tipo legal. He ahí la clave de la claridad y de la precisión.

No hay que confundir “circunstanciada” con profusión que entorpece, precisamente, las cualidades de claridad y precisión. El acto debe dar cuenta de las modalidades de la situación que pueden afectar la tipificación o el grado de reproche, según los parámetros del Derecho Penal, traducidos en elementos fácticos demostrables en el debate oral y público. Si algunas de tales circunstancias han rutilado en la investigación, pero sin elementos de convicción que sustenten la correspondiente actividad probatoria durante el debate, la acusación no tiene por qué dar cuenta de ellas.

En síntesis, la parquedad sin sacrificio de precisión debe ser canon del discurso acusatorio.

Restan algunas palabras en cuanto la calificación.

Durante los primeros tiempos de vigencia del COPP, hubo controversia acerca de la facultad calificatoria del juez de control en la fase intermedia, pues se debatía acerca de si estaba vinculado a la calificación fiscal. Para poner fin a las dudas, en una de sus reformas, se le reconoció esta facultad, hoy en el artículo 314, numeral 2º. Esta potestad, por supuesto, no puede ser ejercida de modo arbitrario, sino que el juez de control debe dar cuenta de “las razones por la cuales se aparta de la calificación jurídica de la acusación”.

Si bien es cierto que puede decirse que el juez goza de un “poder” no sujeto a condiciones precisas, sino a las generales de su intervención arbitral en el conflicto, no lo puede ejercer *ad libitum*, con lo que se contrapesa el alcance que

todo poder puede alcanzar si no hay límites que garanticen la juridicidad de su ejercicio. Esos límites provienen del deber de motivar.

En pocas palabras, debe justificar racional y razonadamente su pronunciamiento, pues como establece el artículo 157 del COPP, las decisiones deben estar “fundados”, sean sentencias o autos, salvo los de mera sustanciación.

La doctrina forense venezolana ha condenado reiteradamente la inmotivación de las decisiones judiciales como violatorias del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Empero, la particularidad que se presenta en la fase intermedia y con ocasión de esta facultad judicial, es que el órgano judicial no cuenta con una actividad probatoria sobre los hechos y su calificación, es decir, su base de decisión no es inmediatamente fáctica, si cabe la expresión, a diferencia del juez de juicio ante quien han declarado expertos, testigos, partes, y se le han leído documentos y exhibido objetos que constituyen evidencias. Por tanto, los hechos que registra el intelecto del juez de control están presentados sin la claridad del enfoque presencial. No obstante, tal limitación cognitiva, se le concede licencia para significar — valorar — de un modo diferente al del fiscal, que estuvo más “cercano” a los hechos mediante la actividad de investigación, sea que la haya dirigido o que la haya realizado directamente.

El juez cuenta con la narración del fiscal, pero no con su vivencia. Por supuesto, también cuenta, casi siempre, con la contranarración de la defensa y del acusado, pero esta al igual que la del fiscal, no está encarnada en una actividad que el juez percibe, presencia y valora. Entre los hechos y el juez se interpone la mediación del escrito fiscal y los consiguientes de la defensa. Hay una especie de dura muralla de papel que aunque luego se trasunte en palabras en el desarrollo de la audiencia, sigue siendo papel verbalizado.

El doble límite al ejercicio de esta potestad — narración de la acusación y motivación —, tiene también una frontera que no debe traspasar: la trama de la situación.

La prohibición respecto a “cuestiones que son propias del juicio oral y público” (Art. 312 *in fine* del COPP), no puede ser interpretado en sentido sustantivo, sino

procedimental. El juez de control puede pronunciarse y decidir sobre cuestiones de fondo, es decir, sobre la realización o no del hecho punible, su tipicidad o la falta de autoría respecto al imputado, e incluso su no punibilidad. Basta con rememorar la disposición sobre excepciones (Art. 28 del COPP), que incluye, por ejemplo, la atipicidad en la letra c del numeral 4, lo que exige, por parte del juez de control, un examen del fondo del asunto, ya que si la considera concurrente fulmina la base fáctica de la solicitud fiscal de enjuiciamiento, o sea, el fundamento de la acción misma.

Lo que entiendo por el sentido procesal de esta facultad no es otra cosa que su condición de posibilidad en razón de la mayor o menor complejidad de la situación delictiva, según la descripción fiscal y los elementos de convicción que aporta — otro asunto es si el juez de control puede invocar elementos de convicción que consten en las actas, pero no incorporadas al acto conclusivo²⁰ —, criterio que en términos semejantes propicie también la jurisprudencia nacional:

Por su parte, en el fallo cuya revisión se solicita, la Sala de Casación Penal señaló que tal y como lo sostuvo esta Sala Constitucional en la sentencia N° 1500 del 3 de agosto de 2006, el Código Orgánico Procesal Penal lo que prohíbe es que el juez de control, en las fases preparatoria e intermedia, juzgue sobre cuestiones de fondo que son propias y exclusivas del juicio oral. De allí que, en materias como la pertinencia, legalidad y necesidad de la prueba, las excepciones relativas a la extinción de la acción penal (prescripción de la acción y cosa juzgada), el sobreseimiento (atipicidad de los hechos que se investigan, concurrencia de una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, la existencia del hecho objeto del proceso o la no atribuidibilidad del mismo al imputado), son indiscutiblemente, materias sobre las cuales el juez de

²⁰ En este caso, me inclino a favor de la anulación de la acusación fiscal por incumplimiento de sus requisitos formales, a fin de no invadir la esfera competencial del Ministerio Público; aunque, por supuesto, el punto requiere un análisis que no es propio del objeto de este Cuaderno.

*control tiene plena competencia para su análisis y decisión. No obstante, afirmó que si **del examen de los elementos constitutivos de la investigación surge una incertidumbre acerca de la comisión del hecho y/o su reprochabilidad a los imputados que, dada su naturaleza, sólo puede ser superada con el contradictorio en juicio, entonces lo correcto es pasar la causa a esta fase, a los fines de que el juez logre la certeza de lo acontecido y con ello la válida aplicación del derecho, como finalidad del proceso penal (artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal).***²¹

En pocas palabras, si hay incertidumbre sobre el extremo relativo al asunto de fondo, a consecuencia de su complejidad, el juez de control no asume su conocimiento. Claramente lo dice la Sala más adelante:

*Ahora bien, en razón de lo precedentemente expuesto, puede inferirse de la decisión impugnada, que la Sala de Casación Penal reconoció (luego de citar textualmente el antedicho criterio de esta Sala asentado en la sentencia N° 1.500/2006 del 3 de agosto, y ratificado en la decisión N° 1676/2007 del 3 de agosto) que al término de la audiencia preliminar el juez de control está facultado para decretar, entre otros pronunciamientos, el sobreseimiento cuando el hecho imputado no sea típico (atipicidad). Sin embargo, en ese caso en concreto, ese Alto Órgano Jurisdiccional estimó que el fundamento de las acusaciones presentadas reviste **un grado tan elevado de complejidad que no puede ni debe ser esclarecido y resuelto en el marco de la audiencia preliminar.***²²

²¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sent. N°. 558. 9-4-2008. Ponente Francisco Carrasquero. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/558-090408-08-0155.HTM>. (He destacado)

²² Id. He destacado.

Entiendo que la complejidad resulta de la relación entre el tipo legal y el hecho, pues no basta que la figura legal sea en sí mismo compleja, es decir, compuesta por hipótesis de significado difícil de precisar, bien sea porque no hay doctrina asentada al respecto, por su novedad u otra razón, o porque la propia terminología no cuenta con interpretación de general aceptación y colocadas ante el hecho, que de antemano se presenta con elevada confrontación a la vista de las alegaciones y oferta de pruebas de las partes en conflicto.

Referencias bibliográficas

Rivera Morales, Rodrigo (2012): *Manual de Derecho Procesal Penal*. Barquisimeto. Universidad Católica del Táchira. Librería J. Rincón.

Fuentes electrónicas:

Binder, Alberto. La fase intermedia, control de la investigación. <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/faseintermedia.pdf> (Consultado 24-10-17)

Decisiones citadas

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1500-030806-06-0739.HTM>.

Expediente 06-07739

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/558-090408-08-0155.HTM> Decisión 558. 9-4-2008. Ponente Francisco Carrasquero