

**Entre verdades y mitos: un estudio de la fase intermedia
del proceso penal.**

Camilo Alberto Quintero Jiménez

TESI DOCTORAL UPF / ANY 2019

DIRECTOR DE LA TESI

Prof. Dr. Ramón Ragués i Vallès

DEPARTAMENT DE DRET



Para Valeria y Manuela, a quienes he tenido
que ver crecer de lejos durante estos años.

*Ars longa, vita
brevis.*

Hipócrates.

Me da lo mismo el método que pueda emplear un filósofo (o cualquier otra persona), con tal de que se las haya con un problema interesante y trate sinceramente de resolverlo.

Karl Popper. *La lógica de la investigación científica.*

Que las llagas sociales no se curan ocultándolas, sino al revés, midiendo su extensión y profundidad, y estudiando su origen y naturaleza para aplicar el oportuno remedio.

Alonso Martínez. *Exposición de motivos – Ley de enjuiciamiento criminal.*

Agradecimientos.

Tengo una gran deuda de gratitud con muchas personas que han sido inmensamente generosas conmigo. Estoy seguro de que sin ellas no estaría hoy llegando al final de este camino.

En primer lugar quiero agradecer a mi director de tesis, profesor Ramón Ragués i Vallès, por haberme acogido (aun sin conocerme previamente), por su siempre precisa, oportuna y ponderada dirección, por haber sabido valorar esta tesis con sus singulares características, y por haber confiado en mí todos estos años. Profesor, sin su tutela esta tesis no sería lo que es, y más importante, de usted me llevo una lección invaluable, impartida con el ejemplo, que aspiro poder honrar durante mi vida académica: la responsabilidad con que se debe asumir la dirección de una tesis, y el rigor, pero también la generosidad, que se debe poner en la realización de esta tarea.

Quiero agradecer también a la Fundación Universitaria Juan de Castellanos de Tunja-Colombia, en cabeza del Padre Rector Luis Enrique Pérez Ojeda y del Padre Vicerrector Oswaldo Martínez Mendoza por haberme concedido la comisión de estudios para financiar mis estudios doctorales. Gracias a ella he podido dedicarme de tiempo completo y con tranquilidad a mis labores académicas, y la experiencia me ha enseñado durante estos años que esto es un privilegio que tienen muy pocas personas. Además, soy el primer profesor del programa de Derecho al que esta institución le concedió esta prerrogativa, lo que representó, en su momento, un gran voto de confianza, que hoy da su primer fruto y que espero poder seguir retribuyendo en adelante.

Mi agradecimiento también con el profesor Luis Chiesa que tuvo la amabilidad de recibirme en la Universidad de *Buffalo*, me permitió asistir a sus clases, y tuvo la deferencia de escuchar mis inquietudes y discutirlos conmigo sin restricciones. También debo agradecer a los profesores Jordi Ferrer y José Juan Moreso por haberse tomado un momento de su tiempo para escuchar mis inquietudes y darme sus sinceras y precisas observaciones, y a mi cuñado, el profesor Jaime Sandoval, quien me animó inicialmente a hacer el doctorado, y con quien he tenido a lo largo de los años conversaciones académicas que me han sido de gran utilidad.

La vida de un estudiante doctoral está llena de incertidumbres, y en mi caso solo he podido sobrellevarlas gracias a muchos amigos y amigas que han estado a lo largo del camino. No quiero mencionar todos sus nombres, pues la lista sería demasiado extensa y sería imperdonable olvidarme de alguien querido, pero tengo certeza de que cada una de las personas con quienes he compartido la tesis y la vida, en su paso por la “sala de doctorandos” y por este regalo que ha sido para mí Barcelona, sabrán reconocerse en estas letras y entenderán que siempre tendrán mi afecto y que cada uno se queda con un espacio particular en mi recuerdo.

Hay tres personas que, sin embargo, no puedo dejar de mencionar directamente. Mi condiscípula Rocci Bendezú, que ha sido una gran amiga y un gran apoyo en momentos muy importantes; Fernando Cervantes, quien ha creído en mí, me ha apoyado con una generosidad increíble y con quien me queda una deuda de amistad impagable; y Ana Costa, quien ha sido mi maravillosa compañera vital durante estos años, me ha brindado siempre su apoyo incondicional e ilimitado, y cuya influencia en mi pensamiento y en mi vida es tan bella y profunda que estoy seguro estará conmigo hasta mi último día.

Por último, nada de esto habría sido posible sin el apoyo de mi maravillosa familia: mis cuñados Jaime y Zulma, mis hermanos, Mónica y Iefffer, mis adoradas sobrinas, Valeria y Manuela, y muy especialmente, mi mamá y mi papá, Rosaura y Hieffer, quienes toda la vida me han brindado su amor infinito y abnegado, y a quienes debo todo lo que soy y todo lo que pueda a llegar a ser.

Resumen.

Esta tesis estudia la fase intermedia del proceso penal como momento de control del caso previo al juicio. Lo hace a través de la explicación de cómo se configura en procedimientos específicos de diferentes países (España, Colombia y Estados Unidos), y también a través de su evaluación con referencia a los valores y criterios que se considera deben guiar su regulación. Se defiende que en ninguno de los procedimientos estudiados se realiza un eficaz control sustancial del caso en esta fase y esto genera que sea ineficaz como mecanismo para evitar la apertura de juicios innecesarios y para racionalizar el uso de las aceptaciones tempranas de culpabilidad. Se postula, además, que para su configuración aceptable se debe: (1) exigir la presentación de un argumento jurídico verificable frente al que se permita contradicción y control; (2) respetar las garantías del procesado; (3) considerar los intereses de la víctima; y, (4) no generar demoras irrazonables en la solución de los casos.

Abstract.

This thesis studies the pretrial screening stage of the criminal process. It does so by, first, explaining its regulation in specific procedures in three different countries: Spain, Colombia, and the United States. And second, by evaluating such procedures by reference to values and criteria which are proposed as guidelines. It is my argument that one cannot find an effective substantial screening of the case at this stage in any of the studied procedures. As a consequence, the pretrial screening becomes ineffective as a means to avoid unnecessary trials and the abuse of guilty pleas. Furthermore, I propose that an acceptable configuration of the pretrial screening stage requires (1) the presentation of a verifiable legal argument that allows for confrontation and control; (2) the respect of the defendant's guarantees; (3) the consideration of the victim's interests; and (4) the avoidance of unreasonable delays in the solution of cases.

Índice.

Abreviaturas empleadas.	1
Introducción.	5
Capítulo 1. La fase intermedia en el procedimiento penal español.	13
1. Configuración de la fase intermedia en el procedimiento penal abreviado español.	13
1.1. Las diligencias previas en el proceso penal abreviado.	16
1.2 El inicio de la fase intermedia en España. El auto de incoación del procedimiento abreviado.	20
1.3. El trámite de las diligencias complementarias.	28
1.4. La acusación y el auto de apertura del juicio oral.	30
1.5. La declaración de sobreseimiento.	33
1.6. Conformidad y fase intermedia del proceso penal abreviado en España.	36
1.7. Facultades de los sujetos actuantes en la fase intermedia del proceso abreviado español.....	38
1.7.1 El juez de instrucción.	38
1.7.2. Las partes acusadoras y la víctima.	40
1.7.3. La defensa.	43
2. Reflexiones sobre la configuración de la fase intermedia en el proceso abreviado español.	46
2.1. Control material, motivación y controlabilidad de las decisiones en la fase intermedia.	46
2.2. Delimitación del objeto del proceso en la fase intermedia.....	52
2.3. La estructura de los actos procesales relevantes para el control de la fase intermedia (Síntesis).....	55
2.4. El problema de la imparcialidad del órgano decisor en la fase intermedia.	59
2.5. Las facultades de participación de los diversos sujetos interesados en la fase procesal.	67
2.6. Resumen.	74
Capítulo 2. La imputación y la acusación como fase intermedia del procedimiento penal colombiano.	77
1. Precisiones preliminares relativas al proceso penal colombiano.	77
1.1. Apuntes sobre la reforma al sistema procesal penal.....	77
1.2. Estructura general del proceso penal colombiano y ubicación de la fase intermedia. .	80
2. La fase intermedia en el proceso penal colombiano.....	88

2.1 La formulación de imputación y el control de la aceptación de cargos.	88
2.1.1 La formulación de imputación.	88
2.1.2 La aceptación de cargos.	96
2.2 La audiencia de formulación de acusación como escenario de control del caso.....	102
2.3. Organización institucional y facultades de los sujetos actuantes en la fase intermedia del proceso penal colombiano.	111
3. Reflexiones sobre la configuración de la fase intermedia en el proceso penal colombiano.	118
3.1. Control de la idoneidad del caso en la fase intermedia en Colombia.....	118
3.1.1. Presupuestos generales.	118
3.1.2. Síntesis del modelo de control del caso en la fase intermedia en Colombia.	120
3.1.3. Aspectos problemáticos del modelo de control del caso colombiano.....	128
3.2. Mitos en el discurso de la regulación de la fase intermedia en el proceso penal colombiano.....	131
3.3. Caracterización de la fase intermedia colombiana en perspectiva comparada.....	145
Capítulo 3. La <i>preliminary hearing</i> y el <i>grand jury</i> en los Estados Unidos. La fase intermedia del proceso en el Estado de Nueva York.....	161
1. Precisiones preliminares sobre el proceso penal en los Estados Unidos.....	162
2. La fase intermedia en el proceso penal del Estado de Nueva York (NY).	171
2.1. Generalidades del procedimiento penal de NY.	171
2.2. El <i>arraignment</i> en el proceso penal del Estado de Nueva York.....	175
2.3 El <i>pretrial screening process</i> en el procedimiento penal del Estado de Nueva York.	182
2.3.1. La <i>preliminary hearing</i> en el proceso penal de NY.	182
2.3.2. El <i>grand jury</i> en el proceso penal de NY.	187
2.3.3. El <i>indictment</i> y el <i>arraignment upon indictment</i>	194
2.3.4. Algunos apuntes a partir de la estadística.	198
2.4. Diferencias con otros modelos de <i>pretrial screening process</i> en los Estados Unidos.	200
2.4.1. El procedimiento penal en la jurisdicción federal.	200
2.4.2. Una experiencia diferente. El <i>pretrial screening process</i> en California.	204
3. Reflexiones sobre la configuración de la fase intermedia en el proceso penal de los Estados Unidos.	209
3.1. Coherencia interna y debilidad práctica de la fase intermedia en el procedimiento para delitos de rango <i>felony</i> del Estado de NY.	209
3.2 Referentes de legitimidad y fase intermedia en el procedimiento para delitos de rango <i>felony</i> del Estado de NY.....	222

Capítulo 4. Una propuesta normativa para la configuración de modelos de fase intermedia axiológicamente orientados. 231

1. Introducción y presupuestos.....	231
2. Los valores orientadores del proceso penal.....	235
2.1 Consideraciones preliminares.	235
2.2. ¿Cuáles deben ser los valores orientadores de los modelos de procedimiento penal? Toma de postura.....	237
2.2.1. Orientación cognoscitiva.....	238
2.2.1.1. Concepto y fundamento.	238
2.2.1.2. Complejidades epistemológicas para la aproximación a la verdad en el proceso.	244
2.2.1.3. ¿Cuál es el contenido de la <i>orientación cognoscitiva</i> como valor del proceso penal en cuanto a la fase intermedia?.....	253
2.2.2. Eficiencia.....	265
2.2.2.1. Concepto y fundamento.	265
2.2.2.2. Complejidades que implica la valoración de la eficiencia de los sistemas procesales.	271
2.2.2.3. Criterios de eficiencia a observar al momento de proponer modelos normativos de fase intermedia.....	274
2.2.3. Respeto a las garantías del procesado.	279
2.2.3.1. Consideraciones generales.	279
2.2.3.2. ¿Cuáles son las garantías procesales necesarias para la configuración de un modelo de fase intermedia orientado axiológicamente?	283
2.2.4. Consideración de los intereses de la víctima.	289
2.2.5. Síntesis de la postura asumida.....	299

Capítulo 5. Evaluación y alternativas de reforma para la fase intermedia del proceso penal. 301

1. Evaluación de los modelos de fase intermedia actuales a la luz de los valores orientadores.	301
1.1. Las deficiencias del modelo de fase intermedia del procedimiento abreviado español.	301
1.2. Las deficiencias del modelo de fase intermedia del procedimiento penal ordinario colombiano.....	310
1.3. Las deficiencias del modelo de fase intermedia del procedimiento penal para delitos de rango <i>felony</i> del Estado de Nueva York en Estados Unidos.	315
2. Propuestas de reforma. ¿Cómo adaptar los modelos estudiados de fase intermedia para que observen los criterios derivados de la orientación axiológica del proceso?	321

2.1. Una alternativa de reforma del proceso abreviado español. ¿Cómo mejorar la calidad del control del caso?.....	322
2.2. Una alternativa de reforma para la fase intermedia del proceso penal ordinario en Colombia. La búsqueda de un límite material antes del juicio.....	328
2.3. Una alternativa de reforma para la fase intermedia del proceso penal para delitos de rango <i>felony</i> en Nueva York.....	335
3. Balance final.....	343
Conclusiones.	345
Conclusions.	355
Bibliografía.	363

Abreviaturas empleadas.

§: Parágrafo.

Art.: Artículo.

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

C.N.: Constitución Política de Colombia.

Cap.: Capítulo.

CE: Constitución Española.

Coord.: Cordinador.

Cort. Const.: Corte Constitucional.

CPL: *Criminal Procedure Law (New York State)*.

CPP: Código de Procedimiento Penal.

CSJ: Corte Suprema de Justicia (Colombia).

Dir.: Director.

DNP: Departamento Nacional de Planeación.

DOJ: *Department of justice* (Estados Unidos).

ed.: Edición.

Ed.: Editor.

Eds.: Editores.

EOMF: Estatuto orgánico del ministerio fiscal.

Et al: Y otros.

EVD: Estatuto de la víctima del delito.

FRCP: *Federal Rules of Criminal Procedure*.

GAO: United States Government Accountability Office.

Hrsg.: *Herausgegeben*.

L.ed.: *U.S. Supreme Court Reports, Lawyer's Edition*.

LECrin.: Ley de enjuiciamiento criminal.

LECrin.: Ley de enjuiciamiento criminal.

LO: Ley orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

NY Const.: *Constitution of the State of New York*

NY: *New York State*.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

OPDAT: *Office of Overseas Prosecutorial Development Assistance and Training*.

PA: Procedimiento abreviado.

rad.: Radicado.

S.Ct.: *Supreme Court Reporter*.

SP.: Sala Penal.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional (España).

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

trad.: Traducción.

U.S.: *United States Reports*.

UE: Unión Europea.

USAID: *United States Agency for International Development.*

USSC: *United States Supreme Court.*

Introducción.

La presente tesis estudia la fase intermedia del proceso penal. Por fase intermedia se entiende la fase del proceso presente en distintos modelos de procedimiento penal, que está precedida por una fase investigativa, cuya función definitoria es determinar si existen fundamentos para que avance el trámite hacia la fase de juicio. En otras palabras, la fase intermedia se caracteriza por ser un momento de valoración del caso, presente en la estructura de ciertos modelos de procedimiento penal, que se concibe, en principio, como un requisito de necesario agotamiento para que luego sea posible discutir la responsabilidad penal en el juicio¹.

De acuerdo con lo anterior, la identificación de qué etapas de un modelo de procedimiento concreto pueden denominarse fase intermedia depende de la función que la etapa procesal específica desarrolle dentro del procedimiento que se esté estudiando, y no de un tipo de estructura procesal o institucional determinada, ni de la denominación que se dé a la fase procesal en su contexto particular. Así, como se verá a lo largo de este estudio, existen y pueden existir muy diversos modos de configuración de etapas del procedimiento penal válidamente caracterizables como fase intermedia del proceso penal, y esta caracterización no depende de que este término se use o no en el derecho procesal penal de cada ordenamiento jurídico. En últimas, lo que se quiere resaltar es que en este trabajo el término *fase intermedia* se utiliza como una categoría teórica para identificar las etapas en que se realiza una función determinada en el procedimiento penal, y no está anclada, por ello, al significado que se da al término en ningún sistema procesal individualizado.

Precisamente la amplia diversidad de modelos de configuración del procedimiento penal que existe en los diferentes sistemas jurídicos del mundo, y la correlativa variedad de modelos de configuración procesal a través de los cuales se desarrolla la función propia de la fase intermedia, influyen en varios de los aspectos fundamentales de la forma en que se han delimitado los contornos del objeto de investigación en este trabajo.

¹ Entre muchas otras que se irán citando a lo largo del texto, una idea parecida para la identificación de la etapa intermedia en distintos procedimientos penales se puede encontrar en: LETELIER LOYOLA, *Justicia - Revista de Derecho Procesal*, pp. 183-196.

A partir de allí, por ejemplo, se ha asumido la premisa consistente en que una aproximación a este tema tiene mejores posibilidades de ser fecunda si tiene como referente modelos de procedimiento penal concretos y no categorías abstractas, como las de sistemas inquisitivos o sistemas adversariales. Esto, básicamente, porque se considera que las abstracciones que se hacen con estas últimas categorías no tienen la capacidad explicativa suficiente para dar cuenta de la forma en que se desarrollan los procedimientos penales en la actualidad, y al contrario, se entiende que el uso que se hace de ellas en algunos discursos influyentes en la práctica procesal suele servir más bien para oscurecer la comprensión de la forma en que se configuran y funcionan en la práctica los procedimientos actuales². En virtud de lo anterior, en este trabajo se ha preferido partir del estudio de la forma en que se configura la fase intermedia en tres modelos de procedimiento claramente identificados: el procedimiento penal abreviado de España, el procedimiento penal ordinario de Colombia y el procedimiento penal para delitos de rango *felony* del Estado de Nueva York en Estados Unidos³.

La elección de estudiar sistemas procesales pertenecientes a ordenamientos jurídicos determinados, y más específicamente procedimientos específicos dentro de cada sistema procesal, tiene que ver entonces con la diversidad, pero también con la complejidad propia de cualquier modelo de procedimiento. Así, se entiende que todo procedimiento penal es un sistema complejo, compuesto, entre otras, por una intrincada red de relaciones entre la regulación del proceso propiamente dicha, la regulación de las facultades de los participantes, la organización institucional de los órganos que participan en el proceso, las normas generales del ordenamiento jurídico con relevancia procesal (constitucionales, de derecho penal sustantivo, etc.), y la forma más general como se concibe el derecho y el proceso en cada contexto. Se entiende, así mismo, que diferencias, incluso en apariencia poco significativas, en cualquiera de estos

² Reflexiones relacionadas con la idea arriba expresada pueden verse en el apartado 2.5 del Cap. 1; en los apartados 3.2 y 3.3 del Cap. 2; y en el apartado 3.2. del Cap. 3.

³ Una posición contraria a la que se sostiene en el texto es defendida por ROTH, quien considera de mayor utilidad trabajar con modelos ideales que con descripciones de modelos históricos de procedimiento, si la finalidad es realizar propuestas normativas de diseño institucional. Al contrario, aquí se parte de la idea consistente en que la descripción de los procesos penales, tal y como se regulan en los ordenamientos, permite una comprensión más amplia del fenómeno a estudiar, pues muchas características importantes del proceso escapan a la simplificación que se realiza en los modelos ideales, y por tanto, partir de los ordenamientos jurídicos positivos permite posteriormente realizar propuestas normativas más informadas, al menos para la reforma de procedimientos penales concretos. La posición de la autora en: ROTH, *Democracy and Punishment: An Account of Legitimacy of the Criminal Process*, pp. 12-21.

componentes tienen la potencialidad de afectar sustancialmente la forma en que funciona el procedimiento en su conjunto. De ahí que se parta de que para la comprensión adecuada de cómo funcionan efectivamente modelos específicos de fase intermedia no es suficiente una aproximación superficial a su regulación, y se precise por el contrario un estudio con algún grado de detalle que se esfuerce por integrar las distintas dimensiones relevantes para el sistema, y esto obliga a limitar el objeto de investigación a algunos procedimientos puntuales.

Ahora bien, ¿por qué se estudian en este trabajo los procedimientos señalados y no otros? y ¿por qué se estudian tres procedimientos, cada uno de un ordenamiento jurídico distinto, y no uno solo, o varios, de un mismo ordenamiento jurídico?

Las respuestas están íntimamente interconectadas. En alguna medida la elección de los procedimientos a estudiar depende del interés personal del autor y de razones prácticas⁴, pero también hay razones estrictamente académicas que la justifican, y estas últimas tienen que ver con que los tres procedimientos elegidos son sustancialmente diferentes entre sí y con que cada uno hace parte de una tradición procesal diferente. Así, el procedimiento abreviado español se desarrolla en el marco de la tradición de los procesos penales continentales y tiene como referente histórico el denominado sistema mixto de procesamiento; el procedimiento para delitos de rango *felony* del Estado de Nueva York se desarrolla en el marco de la tradición procesal de los países anglosajones, en particular de los Estados Unidos, y se identifica con lo que suele denominarse como sistema adversarial; y el procedimiento ordinario de Colombia es representante de un fenómeno que se presenta contemporáneamente en buena parte de los sistemas procesales de América Latina, que tradicionalmente podían entenderse como parte de la tradición continental, pero que recientemente han introducido reformas procesales estructurales fuertemente inspiradas en los sistemas adversariales y por tanto

⁴ Las razones prácticas mencionadas pueden resumirse en los siguientes términos: 1) en la medida en que soy colombiano me interesa particularmente el estudio del proceso penal de mi país de origen; 2) los estudios doctorales de los que es producto esta tesis los realicé en España; y, 3) tengo un particular interés en el procedimiento penal de los Estados Unidos por su influencia global, y en especial en América Latina, y dentro de los múltiples procedimientos existentes en Estados Unidos decidí estudiar el del Estado de Nueva York porque tuve la oportunidad de hacer una estancia de investigación en este estado y conocer de primera mano fuentes de información sobre el funcionamiento de dicho modelo procesal.

configuran sus procedimientos a partir de esta mezcla de influencias⁵. Así mismo, de los diversos procedimientos penales existentes en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los países mencionados, la elección de los puntualmente seleccionados se justifica porque los tres son de amplio uso en sus respectivos contextos y porque pueden caracterizarse como procesos diseñados para el procesamiento de delitos relativamente graves, y en este tipo de procesos es donde se expresa de manera más evidente la importancia de la fase intermedia.

En últimas, cada uno de los procedimientos referidos, además de tener un modelo de fase intermedia distinto del de los demás, trae implícitas ideas y concepciones diferentes sobre distintos aspectos fundamentales del proceso, y por ello su estudio paralelo y comparación enriquece el ejercicio realizado, en la medida en que aporta nuevas perspectivas de reflexión sobre el tópico. Por ello, algunas ideas que con ocasión de este ejercicio se desarrollan son potencialmente interesantes para un rango amplio de personas estudiosas del proceso penal en distintos lugares, aunque las reflexiones que en este trabajo se hacen tienen como objeto puntual los procedimientos que se estudian en él.

Precisados los contornos del objeto de investigación vale la pena resaltar por qué se ha considerado relevante realizar un estudio centrado en el mismo. En un nivel general, la comprensión y valoración de la manera en que funcionan los procesos penales es interesante porque por medio de ellos se realiza una actividad social muy relevante, que es la definición de si a una persona determinada se le debe imponer o no una sanción penal. En otras palabras, el proceso penal es el medio a través del cual se concreta la decisión sobre el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y por ello nos interesa que funcione de la mejor manera posible. De ahí se deriva que también sea interesante el estudio puntual de la fase intermedia, por ser esta un elemento integrante del sistema complejo que es el proceso, en la medida en que la forma en que la fase intermedia funcione afectará por principio el funcionamiento general del sistema procesal penal.

⁵ También se reconocen las influencias diversas en los sistemas procesales penales de América Latina, en este caso desde Chile, en: VERA SÁNCHEZ, *Naturaleza jurídica de la fase intermedia en el proceso penal chileno (...)*, p. 145.

En un nivel más sustancial debe resaltarse que la forma en que se configura la fase intermedia tiene estrecha relación con varios aspectos que son centrales para los procesos penales actuales, de los que se mencionarán a continuación, sucintamente, solo los más importantes.

La fase intermedia se ha entendido tradicionalmente como una evaluación de los fundamentos del caso que sirve como barrera destinada a impedir que acusaciones sin fundamentos suficientes avancen a la fase final del proceso y lleguen a ser discutidas en juicio. La realización de esta función ha sido y sigue siendo relevante, porque se entiende que el mero hecho de que se abra un juicio contra una persona determinada es una carga muy significativa para esta, a la que no debería someterse a menos que haya razones suficientes para ello, en adición a que es una carga para el sistema procesal penal en su conjunto que lleguen a juicio casos sin fundamentos.

Además, se ha entendido que la fase intermedia está relacionada con la fijación del objeto del proceso, es decir, con la determinación del objeto de la acusación a discutirse en el juicio, y esto es relevante porque el grado y la calidad con que el objeto del proceso se delimite en la fase intermedia tiene implicaciones para las posibilidades de defensa, para la observancia de los intereses de las víctimas en el trámite, y, en general, para la posibilidad de alcanzar una solución apropiada del caso.

Por último, es interesante tener en cuenta las relaciones que se dan, y que pueden darse, entre la fase intermedia y una de las figuras más influyentes y polémicas del derecho procesal penal contemporáneo, que es la que aquí se denomina genéricamente como aceptaciones tempranas de culpabilidad. Es sabido que en buena parte de los procesos penales en el mundo, y con plena certeza en los procedimientos estudiados específicamente en este trabajo, en un número muy considerable de casos se llega a sentencias condenatorias sin que se agote previamente la contradicción y valoración de los fundamentos de la condena en un juicio oral, porque a cambio de un tratamiento punitivo favorable se convence a los procesados de aceptar su culpabilidad y de renunciar a su derecho a un juicio. Las preguntas que surgen y que son de interés para este trabajo son: ¿si no se valora el fundamento del caso en juicio, en qué momento y en qué términos se realiza la valoración de los fundamentos para una condena en los casos de las aceptaciones tempranas de culpabilidad? y principalmente ¿cómo se relaciona, y

cómo puede relacionarse, la fase intermedia como escenario de valoración del caso previo al juicio, con la evaluación de los fundamentos para las condenas derivadas de aceptaciones tempranas de culpabilidad?. Estos cuestionamientos son relevantes porque abordan en un nivel práctico la cuestión fundamental de cómo puede justificarse el castigo penal prescindiendo del juicio.

En resumen, se justifica estudiar y valorar la configuración de la fase intermedia en los procedimientos señalados, porque el proceso penal desempeña una función social relevante, y porque dentro de él, la fase intermedia está estrechamente relacionada con varios aspectos fundamentales de la forma en que el trámite procesal se desenvuelve contemporáneamente.

Ahora bien, el objetivo último en este trabajo ha sido evaluar la forma en que se configuran los modelos de fase intermedia en cada uno de los procedimientos estudiados y proponer alternativas que permitan mejorar cada uno. Sin embargo, la consecución de este objetivo, con un grado razonable de rigor, es una tarea compleja que requiere que se trabaje previamente en la consecución de otros objetivos relevantes, que de cualquier forma tienen valor en sí mismos. La proyección del camino necesario para alcanzar el objetivo final ha determinado la forma en que se ha realizado la investigación y al mismo tiempo la estructura del trabajo que aquí se presenta.

Así, se ha partido de la premisa metodológica consistente en que no es posible hacer un juicio normativo acertado sobre un fenómeno sin antes tener un conocimiento apropiado del fenómeno que se pretende evaluar. Por ello, en esta tesis se ha dedicado una muy buena parte del esfuerzo a describir, explicar y reconstruir críticamente la forma en que se regulan los modelos de fase intermedia en cada uno de los sistemas procesales estudiados, de ahí que a esta tarea se consagren los primeros tres capítulos, uno correspondiente a cada modelo de procedimiento. De cualquier manera, se considera que el ejercicio realizado en cada capítulo tiene valor de manera independiente a la consecución del objetivo último proyectado, porque en cada uno de ellos se han analizado y sistematizado los elementos que componen cada una de las fases procesales estudiadas, y esto ha permitido reflexionar críticamente sobre la calidad del control del caso que se realiza en cada contexto, e incluso sobre la correspondencia entre la forma

en que las etapas procesales efectivamente se regulan y las ideas en que supuestamente se soporta la legitimidad de su regulación.

La otra premisa metodológica fundamental que ha orientado el trabajo es que el conocimiento apropiado del fenómeno es un requisito necesario, pero no suficiente, para hacer un juicio normativo acertado sobre él, en razón a que siguiendo la muy conocida idea que se suele identificar con la falacia naturalista, se asume que *de lo que es no puede inferirse lo que debe ser*⁶. Por eso se ha considerado ineludible reflexionar y tomar una postura sobre cuál sería un referente de corrección sostenible a partir del que podría evaluarse la aceptabilidad de un modelo de fase intermedia determinado, y esto ha llevado a plantear una posición, mediante el uso de las ideas de *valores orientadores* y de *criterios de realización de los valores* que se han trabajado en el capítulo cuatro. El mencionado capítulo, entonces, se ha dedicado a la definición del aludido referente de corrección, mientras el quinto se ha enfocado en su aplicación a los modelos de fase intermedia estudiados, por un lado, como criterio para valorar la aceptabilidad de los modelos de fase intermedia revisados en los capítulos previos, y por el otro, como insumo para proponer alternativas de reforma orientadas a mejorar la configuración de cada una de las etapas procesales objeto de investigación.

Para cerrar esta introducción es suficiente realizar dos puntualizaciones finales. A lo largo del texto se verá que se han usado muy diversas herramientas teóricas y metodológicas para abordar los distintos temas y problemas específicos que se encontraron a lo largo de la investigación. Así, se ha recurrido, según la necesidad que evidenciaba el objeto y el objetivo puntual, a herramientas tan diversas como: el estudio del derecho positivo, el análisis jurisprudencial, el análisis conceptual, el estudio de doctrina procesal penal, los estudios de derecho procesal penal comparado, la psicología cognitiva, la teoría y el derecho constitucional, la filosofía del derecho y del derecho procesal penal, y la epistemología. La idea orientadora ha sido buscar, cada vez, la herramienta que a juicio del autor permitía reflexionar y abordar de mejor manera el problema que se atacaba en cada momento, y se considera que el trabajo puede considerarse coherente a pesar de la mezcla de influencias involucradas en la

⁶ Una lúdica explicación de algunas reflexiones básicas sobre la falacia naturalista en: CHACÓN, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, pp. 157-168.

construcción del argumento. Sin embargo este juicio le corresponde hacerlo a los lectores.

Por último, queda pendiente responder la pregunta de por qué en el título se habla de verdades y mitos. La razón es que, como se verá según se vaya avanzando en el texto, la manera en que actualmente se configuran las fases intermedias de los procedimientos estudiados se sostiene en algunas ideas básicas que se asumen en cada contexto y que podrían calificarse como mitos legitimadores, entre las que están, para mencionar una de cada ámbito: el carácter imparcial del juez de instrucción; el juicio como eje del proceso penal en los “sistemas acusatorios”; y el gran jurado como baluarte protector de la libertad de los derechos ciudadanos contra la opresión estatal. En parte, esta tesis puede ser entendida como una contrastación de qué tanta verdad hay en estos y otros mitos legitimadores, y, además, felizmente, también es a través del valor de la búsqueda de la verdad que se empiezan a encontrar caminos para pensar mejores modos de regular la fase intermedia.

Espero que disfruten la lectura.

Capítulo 1. La fase intermedia en el procedimiento penal español.

El presente capítulo se dedica al estudio de la fase intermedia en el procedimiento penal abreviado español. El primer apartado se concentra en la identificación y justificación de qué se entiende en este modelo procesal por fase intermedia y en la descripción detallada de su configuración; mientras, el segundo se enfoca en la reflexión crítica sobre sus aspectos más problemáticos.

1. Configuración de la fase intermedia en el procedimiento penal abreviado español.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) de 1882, que regula el procedimiento penal español, consagró un modelo de proceso cuyos rasgos generales corresponden con el teóricamente denominado *sistema mixto*, inspirado en el Código de Napoleón de 1808⁷. Este sistema se ha caracterizado como aquel en el que la etapa investigativa se agota en un trámite con rasgos inquisitivos, mientras que al momento del juicio se sigue un trámite que respeta el principio acusatorio⁸.

Sin embargo, desde su promulgación hasta la actualidad, la LECrím ha sufrido numerosas reformas, hasta el punto en que, a la fecha, coexisten en España varios modelos de proceso penal⁹. En el presente trabajo el estudio de la fase intermedia en España se concentrará en el procedimiento abreviado¹⁰, sin perjuicio de que, en caso de considerarse necesario, se haga referencia a los demás que se encuentran vigentes.

⁷ CASTILLEJO MANZANARES, *Estudios penales y criminológicos*, p. 208. Una relación sucinta de las características fundamentales del procedimiento estatuido en el Código de Napoleón de 1808 en: PULECIO BOEK, *Richmond Journal of Global Law*, p. 71. Una visión crítica de este modelo de proceso en: FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, pp. 619-620.

⁸ NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, pp. 13-15.

⁹ Así, actualmente se utilizan el sumario ordinario (siendo este el procedimiento originalmente consagrado por la LECrím de 1882, aunque reformado en varias oportunidades); el abreviado (introducido a través de la LO 7/ 1988); el procedimiento con tribunal de jurado (LO 5/1995); el proceso penal de menores (LO 5/2000 y LO 8/2006), y el procedimiento para juicios rápidos (LO 8/2002). GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 65.

¹⁰ Esta decisión se justifica por razones prácticas, ya que la reconstrucción detallada de los distintos modelos de fase intermedia en España representaría un trabajo bastante complejo sin que se proyecte un beneficio correlativo proporcional para los objetivos de la investigación, y porque el procedimiento abreviado es, por amplio margen, el más utilizado en España.

En términos muy esquemáticos el proceso abreviado en España se divide en tres fases¹¹. La primera, que corresponde con la instrucción, y que legalmente se denomina diligencias previas, tiene como actividad central la investigación del hecho delictivo por parte del juez instructor. La segunda, que aquí denominaremos fase intermedia, se inicia con la decisión que sobre el destino de las diligencias previas toma el juez de instrucción y se termina con el auto de apertura del juicio oral, en el que esta misma autoridad declara si es o no procedente que el caso pase a la fase de juzgamiento. Entre estas dos actuaciones, que corresponden con lo que aquí se entenderá como la fase intermedia en España, existe una actuación fundamental que es la necesaria presentación de una acusación, realizada por alguna de las partes legitimadas para ejercer la acción penal. Finalmente, la tercera fase corresponde al juzgamiento, y es el momento en el que se debate de manera definitiva la responsabilidad penal del procesado de manera pública y oral.

Debe señalarse, sin embargo, que no hay acuerdo en relación con la división estructural que se acaba de sugerir, dado que en la literatura sobre el proceso penal abreviado en España no hay consenso sobre la delimitación de la fase intermedia. Esto al punto en que algunas posiciones no identifican la etapa intermedia como una fase independiente del proceso sino como una etapa preliminar del trámite de juicio oral¹²; otras no reconocen la existencia de una fase intermedia sino una *fase de preparación del juicio oral*, adscribiéndole la finalidad exclusiva de “posibilitar que las acusaciones formulen sus acusaciones”¹³; y existen también posiciones que incluyen en la misma el traslado de la acusación que se realiza a la defensa con posterioridad al auto de apertura del juicio oral para que formule sus escritos de defensa¹⁴. Incluso el Tribunal

Para poner un ejemplo de esta realidad vale mencionar que consultada la Base de Datos de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial, se pudo establecer que, de acuerdo con estadísticas del año 2015, en los Juzgados de lo Penal de Barcelona habían registrados 20.375 procesos abreviados (los juzgados de lo penal no son competentes para tramitar sumarios ordinarios), mientras en la Audiencia Provincial de Barcelona había 1036 procesos abreviados registrados, frente a tan solo 246 procesos sumarios ordinarios. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑA, Base de datos de la Estadística Judicial (PC-AXIS), Consultada 01/08/2016, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Base-de-datos-de-la-estadistica-judicial--PC-AXIS-/>

¹¹ Se está tomando aquí como final del proceso el momento de la definición de una sentencia condenatoria. Por tanto no se está considerando el momento de ejecución y control de la pena.

¹² LÓPEZ BARJA, *Tratado de Derecho procesal penal – Tomo II*, pp. 1905-1914.

¹³ STC 54/1991 (ponente Rubio Llorente).

¹⁴ STS 1088/1999 (ponente Conde-Pumpido Tourón).

Constitucional, en la STC 186/1990¹⁵, plantea que el auto de incoación del procedimiento abreviado es la parte final de la instrucción, y por lo tanto no incluye este momento dentro de su delimitación de la fase intermedia, dejando como momento fundamental de la misma exclusivamente el momento de la decisión sobre el auto de apertura de juicio oral.

De cualquier manera, en este trabajo se considera que en el diseño institucional del proceso abreviado español existen dos momentos que pueden identificarse con lo que aquí se comprende como etapa intermedia, por corresponder con escenarios de valoración de la viabilidad del caso para ser llevado a juicio que se encuentran entre la instrucción y el juzgamiento: aquel que se presenta cuando el juez de instrucción decide que se ha agotado la fase investigativa y por ende debe elegir si emite auto de incoación del procedimiento abreviado o si emite auto de sobreseimiento¹⁶; y aquel en que, una vez formulada la acusación, el juez de instrucción debe decidir si emite auto de apertura del juicio oral o si declara el sobreseimiento de la causa¹⁷.

La delimitación que se realiza se entiende suficientemente justificada, en la medida en que la decisión sobre el auto de incoación del procedimiento abreviado cumple con los requisitos planteados en la introducción para identificar la fase intermedia en los procesos penales de los distintos países; y dado que el estudio aislado del auto de apertura del juicio oral no puede dar cuenta, de manera suficiente, de la valoración del caso previa al juicio que se hace en este procedimiento.

En lo relativo al escrito de defensa¹⁸, no se considera parte de la fase intermedia por cuanto el mismo no corresponde con una actividad procesal dirigida a realizar una valoración del caso previa al juicio, ni a debatir la procedencia de su apertura, sino que su función está dirigida a la preparación de la actuación de la defensa en el juicio mismo, y por tanto es más adecuado que se entienda como un momento anterior al

¹⁵ STC 186/1990 (ponente Gimeno Sendra).

¹⁶ Art. 779 LECrim.

¹⁷ Art. 782 -783 LECrim.

¹⁸ Art. 784 LECrim.

juicio oral propiamente dicho, pero incluido estructuralmente dentro de la fase de juzgamiento¹⁹.

Precisado lo anterior, para poder comprender la fase intermedia se hace necesario revisar someramente cómo se organiza la fase anterior del proceso, es decir cómo se organiza la fase de diligencias previas en el modelo del proceso penal abreviado.

1.1. Las diligencias previas en el proceso penal abreviado.

Las diligencias previas en el proceso abreviado tienen como objetivo fundamental la investigación relativa a la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado y la definición del órgano competente para el enjuiciamiento²⁰. En España dicha función se encomienda a un órgano jurisdiccional, el juez instructor, cuya función es dirigir y controlar el proceso investigativo, apoyándose en el trabajo forense que realiza la policía judicial²¹.

En adición a esto, durante esta fase procesal el juez instructor está habilitado, en los estrictos términos legales, para imponer las cautelas necesarias para garantizar el cumplimiento de los fines del proceso; se desempeña como un órgano que controla la razonabilidad del inicio de la investigación; y tiene el deber de realizar la imputación.

En este momento es interesante revisar las funciones de control del inicio de la investigación y de imputación por la estrecha relación que tienen con el diseño institucional de la fase intermedia²².

¹⁹ Esto se sostiene aun cuando, en términos de las competencias orgánicas, habría razones para afirmar que el escrito de defensa hace parte de la fase intermedia, siendo estas, que es una actuación que se presenta ante el juez instructor, y que en la práctica su contenido se incluye en el paquete que el juez instructor remite al órgano de juzgamiento. Sin embargo, aquí se considera que el razonamiento funcional es más relevante que los aquí esbozados. Por otro lado, ORTEGO PÉREZ maneja el mismo criterio de delimitación de la fase intermedia del procedimiento abreviado que se sostiene en este texto. ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, pp. 198-200.

²⁰ STS 559/2014 (ponente Monterde Ferrer).

²¹ Art. 126 CE. En el procedimiento abreviado español existe además la posibilidad de que se realice, con anterioridad a las diligencias previas, una investigación oficial preliminar en cabeza del Ministerio Fiscal; empero esta necesariamente debe estar seguida por las diligencias previas a cargo del juez de instrucción.

²² La reflexión sobre las demás funciones que realiza el juez instructor en el marco del proceso se profundizará en un punto posterior.

Así, debe mencionarse que el juez instructor realiza un primer control del caso en el momento en que conoce la denuncia o la querrela²³ y debe decidir si inicia las diligencias previas. El control que en este escenario se realiza, más allá de la revisión del cumplimiento de los requisitos formales y de competencia, básicamente consiste, de acuerdo con la doctrina tradicionalmente sostenida, en un auto en el que se revisa si los hechos narrados en la noticia criminal corresponden con una conducta delictiva, es decir, consiste en un examen de tipicidad de los hechos narrados en la noticia criminal²⁴.

Si bien de lo anterior parece inferirse que el examen que se realiza en este momento procesal no requiere de ningún tipo de actividad probatoria, ni implica la necesidad de cumplir con carga probatoria alguna, debe precisarse que el Tribunal Supremo en reciente pronunciamiento, en el que figuraba como denunciado el expresidente del gobierno Mariano Rajoy, sostuvo una posición distinta frente al tema, aclarando que es requisito para la admisibilidad de la querrela que los hechos que en ella se precisan sean de propio conocimiento de la parte que la ejerce y que se aporte un elemento o principio de prueba que avale razonablemente la comisión de un hecho delictivo²⁵. Así, frente a este punto no hay una línea jurisprudencial consolidada, lo que permite que en la práctica las decisiones jurisprudenciales oscilen entre las dos posturas.

Superado este primer filtro inicial, la admisión de la denuncia o querrela debe ser puesta en conocimiento de los presuntamente responsables²⁶, para permitir su defensa y el ejercicio de la contradicción en el contexto de las diligencias previas.

Una vez acaecido esto hay otro momento importante para la comprensión de la fase intermedia, que se desarrolla en el marco de las diligencias previas del procedimiento abreviado español, y es la imputación²⁷. En lo relativo a esta figura existen diferencias

²³ En el procedimiento penal español la denuncia implica una declaración de conocimiento de la posible comisión de un delito público; por su parte la querrela es un acto de ejercicio de la acción penal mediante el cual el querellante asume la calidad de parte acusadora a lo largo del procedimiento, y por tanto su admisibilidad requiere del cumplimiento de algunos requisitos más que los de la denuncia. Entre ellos está que debe ser presentada a través de abogado y que solo puede presentarse ante el juez de instrucción. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, pp. 307-326.

²⁴ STS 1061/2007 (ponente Puerta Luis).

²⁵ ATS de 4 de diciembre de 2015 (ponente Maza Martín). De cualquier forma esta posición parece coherente con lo expresamente dispuesto en el art. 269 LECrim que hace posible la inadmisión de la denuncia por considerarse manifiestamente falsa. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, pp. 333.

²⁶ Art. 118.5. LECrim.

²⁷ Es importante aclarar que si bien la doctrina reconoce la imputación como acto procesal en España, en este contexto el calificativo de imputado para la persona procesada reviste un carácter peyorativo. Tan es

relevantes entre la forma en que se regula en el procedimiento ordinario y en el procedimiento abreviado que vale la pena destacar.

Así, en el procedimiento ordinario existe un acto de imputación formal, cuyo contenido está expresamente regulado y delimitado, que se denomina auto de procesamiento²⁸. El mismo podría caracterizarse como una resolución jurisdiccional motivada que debe incluir la determinación de las personas procesadas, una relación de los hechos objeto de investigación, la calificación jurídica provisional que se les asigna, y que debe estar soportada al menos en algún indicio racional de criminalidad. Así mismo, constituye un requisito previo de la acusación, en la medida en que no es posible acusar una persona contra la que no se ha dictado auto de procesamiento, aunque esto no significa que deba existir congruencia entre el contenido fáctico y jurídico del auto de procesamiento y la calificación provisional que hacen los acusadores. Finalmente se caracteriza porque es un auto susceptible de control por ser recurrible y constituye presupuesto para la adopción de medidas cautelares²⁹.

En cambio, en el diseño del procedimiento abreviado no se contempló la existencia del auto de procesamiento y por tanto el trámite de la imputación se realiza de una manera distinta. De hecho, fue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 186/1990) la que, con el ánimo de evitar la existencia de diligencias previas sin una adecuada participación de la defensa, dispuso que era necesario citar dentro de dicho trámite al procesado³⁰ a rendir interrogatorio, diligencia dentro de la cual se le debía informar de los hechos objeto de investigación, constituyendo este un acto inicial de imputación que se formaliza posteriormente con el auto de transformación del procedimiento abreviado³¹.

así que la LO 13/2015 eliminó la expresión imputado de la LECrim, cambiándola en el caso del procedimiento abreviado, por investigado para referirse a las personas contra quienes se surten diligencias previas y por encausado para referirse a las personas contra quienes se ha dictado auto de incoación del procedimiento abreviado.

²⁸ Art. 384 LECrim.

²⁹ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, pp. 427-433.

³⁰ Debe aclararse que en este punto se hace referencia a la noción de *procesado* como concepto genérico para referirse a la persona que es sujeto pasivo del proceso penal, y no, tal y como es usada en la LECrim, a la persona contra quien se ha proferido auto de procesamiento.

³¹ GIMENO SENDRA aclara que dentro de los actos judiciales de imputación en el procedimiento abreviado está la citación para ser oído (como acto inicial) que se complementa (en virtud de la reforma realizada por la Ley 38/2002) con el auto de transformación del procedimiento abreviado. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, pp. 425-438. Esto es coherente, igualmente, con lo dispuesto en la LO 13/2015,

En la regulación actual de la LECrim la citación para ser oído se consagra en el artículo 775, y en él se precisa que en dicha diligencia el procesado debe ser informado de sus derechos, tiene derecho a entrevistarse tanto antes como después con abogado, y lo más importante, antes del interrogatorio correspondiente, el juez tiene el deber de informarle de manera comprensible los hechos que se le imputan, existiendo el deber posterior de informar de cualquier modificación en los mismos³². En adición, el contenido del interrogatorio al procesado y sus modificaciones se erige como un límite subjetivo y fáctico para el auto de continuación del procedimiento abreviado, pues no puede pronunciarse el mismo ni contra personas, ni por hechos, que no hayan sido considerados en esta etapa previa³³.

Las diferencias entre el auto de procesamiento y la información de los hechos en la citación para ser oído se podrían resumir en que en el abreviado, en términos del contenido de la decisión y su controlabilidad, la citación para ser oído implica un ejercicio mucho menos exigente que el que implica la figura del auto de procesamiento³⁴. Ello por varias razones: 1) para la comunicación de los hechos en el

que, de manera indirecta, al aclarar la diferencia entre las nociones de investigado y encausado, permitió deducir que el auto de incoación del procedimiento abreviado se considera como acto de imputación formal. LO 13/2015, Preámbulo, V.

³² Al respecto NAVARRO MASSIP, desde una perspectiva práctica, considera: “«los hechos que se le imputan», no suele informarse de los concretos hechos que se le imputan y la misma no pasa de ser una formalidad en la que de un modo genérico se le pregunta al imputado «si conoce los hechos por los que declara».

Que el imputado, imperativamente asistido de Letrado, conozca «genéricamente» los hechos por los que declara, es de sentido común. Distinto es saber qué concretos hechos son los que se le imputan en términos de atribución fáctica penalmente relevante” NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012.

Esta práctica es contraria a lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva 2012/13/UE en lo relativo al derecho a recibir información sobre la acusación, que exige que la persona sospechosa o acusada reciba información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido.

³³ ARMENGOT VILAPLANA, *El imputado en el proceso penal*, p. 84; STS 1061/2007 (ponente Puerta Luis)

³⁴ De cualquier forma, en la práctica procesal, especialmente en casos de altísima relevancia social y con frecuencia excepcionalísima, se presentan eventos en que, durante las diligencias previas en el procedimiento abreviado, el juez emite autos en que plasma el acto de imputación y permite a las partes pronunciarse sobre el mismo, o incluso recurrir su decisión, aun sin estar legalmente obligado a agotar tal trámite. Ejemplos de esto podemos encontrarlos en: 1) Diligencias Previas N° 3121/12- Pieza Separada 13, Juzgado de Instrucción Num 3. de Reus, Auto de 22 de Julio de 2016, (Caso Innova), en el que el juez, antes de realizar la citación para ser oído, emite un auto en donde presenta los indicios hasta el momento recopilados, y corre traslado a las partes personadas (incluyendo a la defensa) para que se pronuncien sobre si consideran que hay indicios de delito o no.

2). Diligencias Previas N°2677/08, pieza separada 25, Juzgado de Instrucción N° 3 de Palma de Mallorca, Auto de 3 de abril de 2013, (Caso Noos), en el que se cita a la Infanta Cristina a declarar como imputada, tras hacer una detallada relación de los hechos y medios de prueba obtenidos durante la instrucción, y refiriendo expresamente la posibilidad de interponer recursos de reforma y apelación contra la decisión descrita. El auto es efectivamente apelado y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Auto N° 256-

interrogatorio no se exige que la valoración del caso supere ningún estándar probatorio, por ello dicha actuación bien puede partir simplemente de los hechos narrados en la noticia criminal; 2) no implica la necesidad, ni siquiera provisional, de calificación del caso; 3) al no proferirse un auto no existe un acto de motivación, ni siquiera mínimo y provisional, que permita reconstruir el argumento que liga los hechos, la calificación jurídica y la base probatoria en el caso; 4) lo anterior se relaciona con que la citación para ser oído en el abreviado no sea un acto controlable, pues no es susceptible de ser ni recurrible ni objeto de contradicción³⁵.

De lo anterior se puede inferir que la comunicación de los hechos que se hace durante la primera comparecencia del investigado en el procedimiento abreviado no constituye un acto de valoración del caso por parte del juez instructor, sino que constituye un mero acto de información frente al que no es posible un efectivo control. Las implicaciones de esta forma de concebir esta actuación podrán entenderse de mejor manera cuando se comprendan sus relaciones con la fase intermedia del procedimiento.

1.2 El inicio de la fase intermedia en España. El auto de incoación del procedimiento abreviado³⁶.

Una vez el juez de instrucción considera que se ha agotado la fase de diligencias previas por haber practicado todas las actuaciones investigativas necesarias, y habiendo cumplido con el necesario requisito de haber agotado la primera comparecencia y declaración del investigado, se inicia la fase intermedia con la decisión relativa a si se cuenta con suficientes elementos para continuar el caso, o si por el contrario el mismo debe descartarse, provisional o definitivamente. En términos procesales esto se expresa, según lo regulado en el artículo 779 de la LECrim, con la emisión de un auto de

2013, Apelación Penal – Rollo 144/13 Autos DPA 2677/08), tras una revisión detallada de las diligencias, revoca parcialmente la imputación por considerar que no hay indicios suficientes para sostener los hechos imputados. Finalmente el juez de instrucción emite nuevo auto de imputación limitando su alcance a los posibles delitos fiscales y de blanqueo de capitales (Previas N° 2677/08, pieza separada N°25, Juzgado de Instrucción 3 – Palma de Mallorca, Auto de 7 de enero de 2014).

³⁵ En el mismo sentido: ARMENGOT VILAPLANA, *El imputado en el proceso penal*, pp. 101-105.

³⁶ En la literatura procesal española no existe consenso sobre cómo denominar esta actuación procesal concreta, así, refiriéndose a esta misma actuación se encuentran referencias al auto de incoación del procedimiento abreviado, auto de continuación del procedimiento abreviado, auto de transformación del procedimiento penal abreviado, auto de conclusión de las diligencias previas y de imputación, e incluso “auto de PA”. Aquí, todas estas expresiones se entenderán como sinónimas y se usarán indistintamente.

incoación del procedimiento abreviado, o de un auto de sobreseimiento, ya sea libre o provisional³⁷.

En primer lugar, vale mencionar que el momento para esta decisión depende de las consideraciones discrecionales del juez, quien no está obligado a informar a las partes para que expresen formalmente, con anterioridad al auto, su postura frente al caso³⁸.

Centrando la atención en el auto de incoación del procedimiento abreviado debe recordarse que su regulación se consagra legalmente en el artículo 779. 4 LECrim, el cual dispone expresamente en cuanto a su contenido: “Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla”³⁹.

La brevedad del enunciado ha generado que el contenido y los alcances de la decisión que se toma en este escenario hayan sido objeto de un intenso debate que vale la pena revisar.

Así, siguiendo a ARMENGOT VILAPLANA, puede sostenerse que frente al auto de continuación del procedimiento abreviado existen puntos en que la jurisprudencia ha alcanzado un relativo consenso, siendo estos los siguientes:

Actúa como resolución de clausura de la instrucción fijando provisionalmente el objeto del proceso; confirma, en atención a las diligencias practicadas que el

³⁷ Debe precisarse que la norma habilita al juez de instrucción a tomar, en ese momento procesal, otra decisión distinta de las arriba expuestas como es transformar el procedimiento, cuando en virtud del delito objeto de juzgamiento no proceda continuar con el trámite abreviado; o remitir las diligencias al funcionario competente para tomar una decisión sobre la instrucción cuando sea otro distinto de él mismo. No implicando estas opciones un verdadero agotamiento de la fase intermedia, sino el cambio del trámite a otro en donde esta misma etapa se deberá agotar con posterioridad, el texto se concentrará en el estudio del auto de incoación del procedimiento abreviado y de los autos de sobreseimiento. De cualquier forma debe resaltarse que el auto de transformación de diligencias previas tiene gran importancia en la práctica procesal en España, por cuanto a pesar de existir distintos modelos de instrucción en los procedimientos vigentes, lo común es que los jueces agoten esta fase siguiendo el modelo de diligencias previas, y luego realicen la transformación del procedimiento al que corresponda, utilizando el auto comentado. Al respecto: GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 353. En igual sentido: VILLEGAS FERNÁNDEZ, *Fiscal Investigador contra juez instructor*, p. 91.

³⁸ De cualquier forma debe tenerse en cuenta que el ministerio fiscal tiene la facultad de instar al juez de instrucción para que dé por concluida la investigación, cuando considere que ya hay suficientes elementos para acusar. Art. 773.1 LECrim.

³⁹ Con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 38/2002 la regulación de este Auto era aún más escueta, pues en el artículo correspondiente (Art. 789.5 - cuarta LECrim) disponía: “Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 779, seguirá el procedimiento ordenado en el Capítulo II.”

proceso debe continuar por los trámites del Procedimiento Abreviado; efectúa el enjuiciamiento sobre el carácter típico de los hechos y sobre la posibilidad de atribuirlos a un determinado sujeto, descartando, al mismo tiempo, otras opciones; y ordena, como mera resolución de dirección procesal, el traslado de las actuaciones a las partes acusadoras para que se pronuncien sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa. (...)

(...) el auto de continuación debe delimitar los hechos delictivos y los posibles responsables, no siendo vinculante la eventual calificación jurídica que pueda hacerse de los hechos⁴⁰.

Al contrario, existen asuntos en que los altos tribunales han venido variando su criterio, entre posturas, en ocasiones, absolutamente contrapuestas. Por ello, vale la pena concentrarse en los puntos más problemáticos que se han identificado frente al auto estudiado, pues es en ellos en los que se presenta mayor actividad y contradicción jurisprudencial.

Uno de los asuntos más problemáticos ha sido la determinación de cuál es el alcance del auto de incoación del procedimiento en lo que respecta a la fijación de los hechos objeto del proceso, y a la necesidad de que los mismos estén o no descritos en el auto correspondiente.

En una primera etapa la jurisprudencia del Tribunal Supremo se decantó por la idea de que las funciones del “auto de PA” se agotaban en los ejercicios formales de cierre de la instrucción, declaración de la continuación del trámite como procedimiento abreviado y traslado del caso a las acusaciones. Así, la delimitación fáctica del objeto procesal no se reconocía como una función de este auto, y en sentido opuesto se precisaba que el referente fáctico del caso podía remitirse a los hechos sobre los que había versado la instrucción⁴¹.

⁴⁰ ARMENGOT VILAPLANA, *El imputado en el proceso penal*, pp. 108-109.

⁴¹ STS 1532/2000 (ponente Conde-Pumpido Tourón); STS 1088/1999 (ponente Conde-Pumpido Tourón). Adicionalmente GUERRERO PALOMARES sostiene que esta era la doctrina con la que se alineaba mayoritariamente la jurisprudencia menor (al menos hasta 2006, fecha de publicación de su texto). GUERRERO PALOMARES, *Revista de derecho y proceso penal*, p. 122.

Posteriormente, la reforma realizada a través de la Ley 38/2002 precisa que en el auto de continuación del procedimiento abreviado se debe incluir *la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan y no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775*, pareciendo indicar la intención de que se entienda este auto como un verdadero escenario de fijación del contenido fáctico del proceso⁴², y aclarando, sin lugar a ambigüedades, que el mencionado acto procesal tiene como referentes ineludibles los hechos imputados en la primera declaración durante la instrucción.

Sin embargo, a partir de allí, en la jurisprudencia se han identificado tres posturas distintas relativas al asunto:

1) La que reitera la posición previa a la norma precitada, es decir, que no asigna al “auto de PA” la función de delimitación fáctica del caso y que no exige que los hechos se incluyan en el cuerpo del auto, precisando incluso que la decisión que el juez toma en ese momento está basada en los hechos objeto de imputación y en las diligencias previas, y por tanto son perfectamente conocidos por el procesado⁴³.

2) La que defiende la posición opuesta, es decir, que el auto sí constituye un escenario de delimitación fáctica del caso, y que por tanto los hechos en que se fundamenta la acusación deben estar efectivamente incluidos en su contenido, aunque sea de manera general, puntualizando un criterio antagónico al del anterior grupo de pronunciamientos, siendo este que: *“los hechos sobre los que hayan podido versar las diligencias previas solamente podrán erigirse en objeto de la acusación en la medida que esta resolución lo determine, y no sobre otros diversos”*⁴⁴

3) Una postura que, reconociendo la necesidad legal de que el “auto de PA” incluya los hechos del caso y reconociendo que implica una delimitación fáctica a futuro para el proceso, limita el alcance de este requisito planteando que el hecho delictivo debe

⁴² ARMENGOT VILAPLANA, *El imputado en el proceso penal*, p. 107.

⁴³ STS 1061/2007 (ponente Puerta Luis); STS 251/2012 (ponente Andrés Ibáñez) La última sentencia defiende de manera paralela, de un modo que se puede considerar contradictorio, la postura 1 y 3 que arriba se están ilustrando.

⁴⁴ STS 559/2014 (ponente Monterde Ferrer); STS 371/2016 (ponente Varela Castro).

entenderse como una unidad, y que la exclusión de determinadas hipótesis fácticas debe estar mediada por un sobreseimiento expreso de las mismas⁴⁵.

Así, en este estado de cosas se podría sostener que, a pesar de que no es posible identificar una línea consolidada, y a pesar de que antes de la Ley 38/2002 la visión dominante era la consistente en que el auto de continuación del procedimiento no implicaba una fijación fáctica del caso, la tendencia actual es considerar el auto como un escenario de delimitación de los hechos, aunque con diferencias significativas entre dos corrientes, pues una exige la consagración positiva, así sea genérica, de los hechos objeto del proceso en el auto, mientras que a la otra le basta que los hechos no hayan sido expresamente descartados mediante una declaración de sobreseimiento, siendo la segunda, en esos términos, mucho menos exigente, al punto de afectar significativamente en la práctica el potencial de garantía de la regla⁴⁶.

Otro asunto problemático se ha centrado en si el no cumplimiento de los requisitos del auto de incoación del procedimiento genera una afectación relevante a los derechos del procesado, al punto de tener la potencialidad de generar la nulidad de lo actuado posteriormente.

En ese punto la sentencia STS 1/1998⁴⁷ constituye un precedente relevante, ya que en un caso en el que un “auto de PA” se hizo a partir de un formulario preimpreso, sin ninguna referencia a los hechos específicos del caso, y cuyo trámite no fue notificado al procesado, el Tribunal consideró, que a pesar de que esto vulneraba los requisitos mínimos del auto, no se presentaba una verdadera afectación material al derecho de defensa y por tanto no procedía declaración de nulidad, porque este derecho había sido satisfecho con la información de los hechos que se había realizado en el momento de la

⁴⁵STS 656/2007 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre); STS 251/2012 (ponente Andrés Ibáñez); STS 590/2016 (ponente Llarena Conde).

⁴⁶ Muy expresivo al respecto es que en las distintas sentencias ubicadas en que se ha usado esa doctrina, la decisión ha ido dirigida a negar la afectación a derechos del procesado, en casos en que en fases posteriores del proceso se han tenido en cuenta hechos no incluidos en el auto de continuación del procedimiento, justificando esto en que los mismos no habían sido objeto de sobreseimiento expreso. Por otro lado, debe precisarse que el “auto de PA” indirectamente termina implicando una delimitación sustancial del caso, ya que al determinar que el caso se debe tramitar por el procedimiento abreviado, impide que se formule acusación por delitos que requieran un trámite cualificado. STS 1192/2002 (ponente Martín Canivell).

⁴⁷ STS 1/1998 (ponente Jiménez Villarejo).

declaración del procesado durante la instrucción, ya que desde allí se posibilitaba el ejercicio de la defensa.

En ese mismo sentido la STS 1061/2007⁴⁸, si bien reconoce que la información al procesado del objeto del trámite constituye un elemento relevante del derecho de defensa, a su vez considera que no es el auto de continuación del procedimiento el escenario en donde se debe exigir esta garantía, pues esta se cumple con la imputación previa y con el traslado de la acusación, una vez realizada la apertura del juicio oral, derivando de allí que el incumplimiento de los requisitos que deben observarse en el auto no genera una afectación efectiva a este derecho fundamental⁴⁹.

Recientemente, la sentencia STS 371/2016⁵⁰ parece mostrar un cambio de posición en el Tribunal Supremo, pues defiende, además de la necesaria inclusión de los hechos del proceso en el auto de incoación de procedimiento abreviado, que las partes acusadoras tienen el deber de acomodar sus pretensiones a la referencia fáctica autorizada en dicho auto, entendiendo la necesidad de este acto ligada al derecho a un proceso con todas las garantías, considerando a este incluso un presupuesto anterior al examen del respeto al derecho de defensa.

En resumen, en la jurisprudencia tradicionalmente se ha dado un papel secundario al auto de continuación del procedimiento abreviado como escenario de garantía de los derechos de los procesados a través de la delimitación fáctica del caso y solo recientemente hay pronunciamientos que reivindican este momento como un escenario de garantía jurisdiccional del derecho a un proceso con todas las garantías.

Un tercer aspecto en el que se puede ubicar una evolución interesante en la jurisprudencia relativa al “auto de PA” es el que corresponde con los estándares que se deben cumplir a la hora de valorar la procedencia de decidir la continuación del proceso.

En la STS 1088/1999⁵¹ se puede encontrar un abordaje amplio del mencionado asunto, del cual se pueden inferir los siguientes elementos: 1) El elemento fáctico del caso

⁴⁸ STS 1061/2007 (ponente Puerta Luis).

⁴⁹ Una argumentación semejante puede encontrarse en STS 251/2012 (ponente Andrés Ibáñez).

⁵⁰ STS 371/2016 (ponente Varela Castro).

⁵¹ STS 1088/1999 (ponente Conde-Pumpido Tourón).

puede referirse a las diligencias de instrucción y por ende no es necesario su desarrollo expreso en el auto; 2) debe incluir sucintamente el criterio del instructor de que no se aprecia la necesidad de diligencias adicionales, y pronunciarse expresamente solo sobre la no procedibilidad de las diligencias requeridas por las partes sobre las que no se haya tomado decisión alguna en la instrucción; 3) debe expresar sucintamente el criterio del instructor de que el hecho originario del procedimiento podría constituir alguno de los delitos frente a los que procede el procedimiento abreviado, y solo pronunciarse expresamente si está pendiente de resolver una solicitud contraria a este pronunciamiento; 4) debe acordar el traslado a las acusaciones, bastando como fundamentación de este acuerdo la mera cita de la norma procedimental que así lo dispone. En esos términos plantea una visión formalista del contenido del auto y por ende una perspectiva formal de sus criterios de valoración.

Al contrario, el ATS del 23 de marzo de 2010⁵², partiendo de reconocer la necesidad de incluir tanto la delimitación subjetiva como fáctica del caso en el “Auto de PA”, y ligando la procedencia del mencionado auto con la improcedencia de los correlativos autos de sobreseimiento, plantea algunos criterios interesantes para el ejercicio valorativo que debe realizar el juez instructor, siendo estos: 1) implica un estándar distinto del que se tiene en cuenta en la sentencia tras el juicio oral, por tanto la duda, que justifica la absolución en el juicio, justifica, a su vez, la continuación del procedimiento en el momento procesal objeto de estudio; 2) el sobreseimiento exige la positiva estimación de que el hecho no es constitutivo de delito, en esos términos siempre que haya indicios de comisión del hecho y su valoración como delito se justifica la continuación del trámite; 3) así, basta para la procedencia del auto de PA la razonabilidad de un juicio de tipicidad provisional con el alcance estrictamente necesario para excluir la certeza o seguridad de que los hechos indiciarios son atípicos; 4) la razonabilidad del juicio de tipicidad en este momento procesal se entiende como la probabilidad razonable de sostener, de modo no ilógico ni temerario, un provisional juicio de tipicidad.

Este último se considera un precedente muy importante, pues es una decisión que, yendo más allá de los criterios formales del auto, realiza un esfuerzo por plantear una

⁵² ATS de 23 de marzo de 2010 (ponente Prego de Oliver y Tolivar).

delimitación material del juicio que es requerido para proferir una decisión en uno u otro sentido.

Por otro lado, en ATS del 17 de diciembre de 2013⁵³, profundiza en el estándar probatorio que se debe superar para que sea procedente dictar auto de incoación del procedimiento abreviado, aclarando que se requiere de la existencia de indicios racionales de criminalidad, refiriéndose a esta expresión a datos objetivos derivados de la investigación penal de los que quepa razonablemente deducir un juicio provisorio de responsabilidad penal respecto de persona concreta. Sin embargo, aclara la misma sentencia que solo procede decretar el sobreseimiento en esta fase, cuando la conducta investigada de manera clara, inobjetable e incontrovertible no encaja jurídicamente en una figura penal determinada; infiriéndose de esto, por tanto, que la existencia de indicios que generen duda sobre el acaecimiento de delito, habilita que se emita el auto de continuación del procedimiento abreviado, reiterando por tanto la posición del ATS del 23 de marzo de 2010.

Finalmente, el ATS del 23 de marzo de 2010 precisa un punto relevante adicional que es el referido al alcance de la valoración que se debe realizar en el evento en que se examine una apelación a un auto de continuación del procedimiento abreviado⁵⁴. Frente a ello, considerando que el tribunal decisor de la apelación es el mismo tribunal que se encargaría posteriormente del juzgamiento, plantea que el estudio de la apelación se debe circunscribir a un ejercicio de control de legalidad, descartando en consecuencia la posibilidad de que la audiencia realice un nuevo ejercicio valorativo de la materialidad del caso⁵⁵.

⁵³ ATS de 17 de diciembre de 2013 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre).

⁵⁴ Debe precisarse que contra este auto procede recurso de reforma y de apelación, y que están legitimadas para interponerlos cualquiera de las partes personadas. Además procede excepcionalmente recurso de casación.

⁵⁵ Este es el argumento que defiende la sentencia citada, aun cuando en las diversas audiencias provinciales existen reglas de reparto que buscan garantizar que los magistrados que revisan un asunto relativo a la fase intermedia en apelación no sean los mismos que asuman el conocimiento de la fase de juzgamiento. Por otro lado, haciendo referencia a la práctica jurídica, NAVARRO MASSIP precisa: “Se nos podrá decir que el derecho de defensa queda salvaguardado con la interposición de los recursos correspondientes, pese a determinada jurisprudencia incluso entiende que a través del recurso ante el superior jerárquico no puede sobreseerse las actuaciones. La inutilidad del recurso de reforma y subsiguiente apelación suele ser resuelta por los Juzgados de Instrucción y las correspondientes Audiencias Provinciales señalándose de un modo rituario, salvo loables excepciones, que el mismo cumple con la función que le es propia: el auto de incoación de procedimiento abreviado se limita a

En resumen, los temas claves relativos al auto de continuación del procedimiento abreviado han sido objeto de amplio debate jurisprudencial en sede del Tribunal Supremo, entre posiciones que ven dicha actuación desde una perspectiva formalista, considerándola básicamente una decisión de impulso procesal sin implicaciones prácticas en los derechos de los participantes en el proceso, y posturas que tienden a darle un mayor contenido en términos de considerarlo un momento de valoración material del caso, de fijación del elemento fáctico del mismo y de garantía de los derechos del procesado, sin que a la fecha se pueda sostener que existe una doctrina unívoca relativa a estos puntos.

1.3. El trámite de las diligencias complementarias.

Una vez el auto de continuación del procedimiento abreviado adquiere firmeza, las diligencias se remiten al ministerio fiscal y a las acusaciones que se hayan constituido para que estas decidan si formulan acusación, solicitan el sobreseimiento, o solicitan diligencias complementarias⁵⁶. Especial mención merece que las diligencias no le son trasladadas a la defensa y por tanto no cuenta con la posibilidad de pronunciarse en ninguno de los sentidos que la ley permite a las acusaciones. Esto es así pues la sentencia STC 186/1990 consideró que tal actividad era contraria al fin de la norma y podría en la práctica revelarse como dilatoria y redundante, pues la defensa ya estaba garantizada en la instrucción⁵⁷.

Haciendo referencia en específico a la solicitud de las diligencias complementarias se debe mencionar que a través de ellas se permite que las partes acusadoras requieran la reapertura de la instrucción, en los eventos en los que consideren que la información obtenida durante las diligencias previas es insuficiente y se encuentran ante la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la

constatar la existencia de indicios de criminalidad en los hechos objeto de investigación en la fase de instrucción” NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012.

⁵⁶ Art. 780.1 LECrim.

⁵⁷ Vale mencionar que el mismo Tribunal, en la sentencia STC 66/1989 sí permite la participación de la defensa en un momento procesal que podría considerarse equivalente pero en el proceso ordinario. STC 66/1989 (ponente López Guerra).

tipificación de los hechos⁵⁸. De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que la finalidad de esta figura no es completar la instrucción en todos los casos en que los acusadores consideren que quedó pendiente la práctica de diligencias investigativas, sino que solo debe ser utilizada de manera excepcional, cuando el no practicar la diligencia solicitada no permita la adecuada formulación de la acusación⁵⁹.

Como particularidades de esta figura vale resaltar que en el evento en que sea el ministerio fiscal el que solicita las diligencias complementarias, el juez de instrucción está obligado a dar trámite a las mismas, mientras que si la solicitud la hace alguna de las otras acusaciones, el juez está habilitado para decidir lo que estime procedente⁶⁰. Así mismo, en el 780.2 LECrim se dispone que para la práctica efectiva de las diligencias complementarias se debe citar al encausado y la defensa, garantizando la posibilidad de contradicción.

Incluso, en garantía del derecho de defensa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que en el evento en que a partir de diligencias complementarias se determine la existencia de nuevos hechos punibles en contra de la persona imputada, o la posible responsabilidad en el caso de una persona no previamente vinculada al proceso, se debe reabrir la fase de instrucción, realizar de nuevo la citación para ser oído, permitir a la persona que realice la solicitud de las diligencias previas que considere pertinentes y, si es del caso, dictar nuevo auto de continuación del procedimiento abreviado⁶¹.

A pesar de la intención del legislador de que el uso de las diligencias complementarias fuera excepcional, la vaguedad de su regulación, y principalmente, la imposibilidad del juez de instrucción de controlar las solicitudes que hace el ministerio fiscal ha generado que las mismas sean usadas en la práctica simplemente como un mecanismo de prolongación de la instrucción. Buen ejemplo de esto es la STS 159/2015⁶², en la que se revisa un caso en el que las diligencias complementarias se prolongaron por 5 años. En dicha sentencia, si bien se aclara que esto implica una violación al derecho a un juicio

⁵⁸ Art. 780.2 LECrim.

⁵⁹ ORTEGO PEREZ, *El juicio de acusación*, pp. 204 y sig.

⁶⁰ Art. 780.2 LECrim.

⁶¹ STS 714/2006 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca).

⁶² STS 159/2015 (ponente Marchena Gómez).

sin dilaciones indebidas y reitera que las diligencias complementarias están pensadas para ser usadas de manera excepcional, se define finalmente como consecuencia jurídica de la vulneración que se aplique la atenuante punitiva por dilaciones indebidas, consagrada en el art. 21.6 CP, lo cual implica que el uso exagerado y contrario a la orientación teleológica de la figura procesal termina generando consecuencias en la fijación de la pena y no en la validez del proceso, que queda incólume.

1.4. La acusación y el auto de apertura del juicio oral.

En adición a las diligencias complementarias, las partes acusadoras cuentan con dos opciones tras el auto de incoación del procedimiento abreviado: presentar escrito de acusación o solicitar el sobreseimiento cuando consideren que no hay elementos para sostener la pretensión penal. Con esto, en este modelo de diseño del proceso se pretende garantizar el respeto al principio acusatorio, pues no se podrá proceder al juzgamiento si no existe un órgano, de aquellos legitimados por la ley, que sostenga la acusación.

Así, el escrito de acusación constituye un acto de postulación de la pretensión penal concreta por parte de alguno de los órganos acusadores. En él se debe solicitar la apertura del juicio oral; se deben identificar de manera precisa los sujetos acusados; debe incluir un relato claro y preciso de los hechos objeto de la acusación⁶³; la calificación jurídica que se les da a tales hechos⁶⁴; el grado de participación de los acusados; las pruebas cuya práctica se interese en el juicio oral; los hechos que podrían corresponder con circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; las penas en que incurrirían los procesados; y la delimitación de la pretensión patrimonial para el caso de la acusación privada⁶⁵.

Es entonces sobre este acto de concreción de la pretensión penal sobre el que recae el juicio que se realiza en la segunda parte de la fase intermedia en el proceso abreviado, que se concreta en la decisión, que toma el juez instructor, de si profiere auto de

⁶³ Se ha resaltado la importancia de este requisito en la jurisprudencia, tal como se muestra en: ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, pp. 211-212.

⁶⁴ Es interesante señalar que en este procedimiento es admisible la presentación de calificaciones jurídicas alternativas de los hechos objeto de acusación, de acuerdo con lo establecido en el Art. 653 LECrim. De ello se deriva que en juicio se puede estimar probada cualquiera de las calificaciones jurídicas propuestas.

⁶⁵ Art. 781 y Art. 650 LECrim.

apertura de juicio oral, o de si por el contrario decreta el sobreseimiento de la causa, sin que, como ya se ha mencionado, en este momento tenga la defensa la posibilidad de realizar ningún acto de contradicción.

El art. 783 de la LECrim dispone que una vez solicitada por una acusación la apertura del juicio oral, el juez de instrucción la acordará, a menos que se presente alguna de estas situaciones concretas: 1) que el hecho no sea constitutivo de delito; 2) que no existan indicios racionales de criminalidad contra el acusado⁶⁶.

El mismo artículo también plantea que en el evento en que exista un proceso con varias partes acusadoras, pero se haya abierto el juicio oral solamente en virtud del escrito de acusación de una de ellas, se dará traslado de nuevo a aquella parte que hubiere solicitado el sobreseimiento para que presente de nuevo escrito de acusación si así lo desea y no ha renunciado a ello. Así mismo, determina el artículo que en este acto se definirá la competencia para el juzgamiento y que frente al mismo no procede recurso, salvo en lo correspondiente a la situación personal.

Por otro lado, la jurisprudencia ha aclarado que el auto de apertura del juicio oral no implica un acto de fijación definitiva de la acusación, pues la misma puede modificarse en lo relativo a la calificación jurídica e incluso en lo relativo a la prueba requerida para el juicio oral en momentos posteriores del proceso⁶⁷, sino que constituye *un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía jurisdiccional*.⁶⁸ Con la expresión *juicio negativo*, la jurisprudencia parece referirse a que el juicio que está

⁶⁶ Debe precisarse que lo arriba descrito aplica estrictamente para el ministerio fiscal y las acusaciones privadas. Por el contrario, la apertura del juicio oral es improcedente en el caso en que la acusación sea sostenida exclusivamente por la acusación popular. La excepción a esta regla se da en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito no existe posibilidad de personación de un interés particular, casos en los cuales se puede abrir el juicio con la exclusiva acusación popular. STS 8/2010 (ponente Martínez Arrieta); GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, p. 750.

⁶⁷ Al respecto: STS 1192/2002 (ponente Martín Canivell). Esto en la medida en que es posible variar la calificación jurídica de la acusación en el juicio oral, en el momento que se denomina calificaciones definitivas, y se puede requerir la práctica de nuevas pruebas hasta el inicio de las sesiones de juicio oral. Arts. 732, 733, 785 LECrim; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, pp. 758; CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, pp. 87-100. De otro lado, como se explicó extensamente en un punto anterior, la delimitación fáctica del caso ya se debería entender realizada en el momento de la citación para ser oído y con el proferimiento del auto de continuación del procedimiento abreviado, aunque desde luego la acusación implicaría una definición de los hechos en mayor grado de detalle.

⁶⁸STC 186/1990 (ponente Gimeno Sendra); STS 257/2002 (ponente Soriano Soriano); STS 559/2014 (ponente Monterde Ferrer).

facultado a realizar en este momento el juez consiste en verificar si se presentan en el caso las causales específicas de sobreseimiento, estando de no ser así obligado a emitir el auto de apertura del juicio oral, siendo esto coherente con la literalidad del art. 783 LECrim.

De cualquier forma se debe precisar que, en términos prácticos, la no vinculatoriedad, en etapas posteriores del proceso, de la calificación jurídica que se realiza con la acusación no tendría por qué implicar una merma en la rigurosidad del examen que se hace de la misma con el auto de apertura de juicio oral. Sin embargo, no es posible ubicar, ni en la ley ni en la jurisprudencia superior, estándares claros con respecto a los presupuestos⁶⁹ ni a la necesidad de motivación de este auto, más allá de la remisión al *juicio negativo* sobre la existencia de causales de sobreseimiento, lo que ha llevado a que el mismo en la práctica sea percibido como irrelevante por no constituir un verdadero filtro de las acusaciones⁷⁰.

Al respecto, la Sentencia STC 157/1990⁷¹ dispone expresamente: “*El ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solo a un pronunciamiento motivado del juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos (...)*”⁷². Sin embargo esta regla, que implicaría un necesario juicio de tipicidad en el escenario del auto de apertura de juicio oral, no parece referirse específicamente a dicha instancia en el procedimiento abreviado, encontrándose expresamente reiterada la noción de calificación jurídica exclusivamente en la STS 257/2002⁷³.

⁶⁹ ORTEGO PÉREZ sostiene que uno de los presupuestos del auto de apertura del juicio oral es la existencia de motivos fundados para sostener la acusación, que habrán de ser de mayor entidad que la justificación indiciaria exigida para acordar la imputación formal, sin embargo no se encuentra referencia a este requisito ni en la norma, ni en la jurisprudencia superior. Así mismo el autor sostiene que el contenido del auto ha de comprender un relato sucinto de los hechos y su subsunción provisional en los tipos delictivos por los que se acuerda abrir el plenario, mediante una exposición pormenorizada de los delitos que se imputan al acusado, sosteniendo ésta afirmación a través de la referencia a una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (AAP de Barcelona de 28 de enero de 2000 (Sección 2) [ARP 902]); sin embargo, no es posible ubicar una referencia semejante a estos contenidos en la jurisprudencia de los altos tribunales. ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, p. 285.

⁷⁰ GUERRERO PALOMARES, *Revista de derecho y proceso penal*, 2006-2, p.121; NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, p. 2.

⁷¹ STC 157/1990 (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

⁷² VARELA CASTRO, *El juicio sobre la acusación*, p. 317.

⁷³ STS 257/2002 (ponente Soriano Soriano).

Al contrario, revisadas varias decisiones de altos tribunales que tienen como objeto el auto de apertura de juicio no es posible ubicar referencias a la necesidad de que en el mismo se realice (ni mucho menos se motive) una calificación jurídica concreta en términos de ubicar los hechos delictivos en tipos penales específicos, ya que en ellas se usan nociones más vagas tales como *calificación de los hechos*⁷⁴.

En resumen, el auto de apertura de juicio oral corresponde a una decisión no recurrible del juez de instrucción, en la que, tras examinar que no se presenta en el caso ninguna de las causales de sobreseimiento definidas en la ley, decide abrir la fase de juzgamiento definiendo a su vez la competencia para agotar tal trámite.

La dependencia del auto de apertura de juicio oral de la evaluación de las causales de sobreseimiento obliga a que para la comprensión adecuada de la decisión que toma el juez de instrucción en el segundo de los momentos de la fase intermedia sea necesario revisar la regulación de la figura del sobreseimiento, y especialmente los criterios de valoración que pueden llevar a proferir tal declaración.

1.5. La declaración de sobreseimiento.

La declaración de sobreseimiento es la alternativa con que cuenta el juez de instrucción, tanto al momento de definir si se dicta el auto de continuación del procedimiento abreviado⁷⁵, como al momento de definir si se dicta el auto de apertura del juicio oral. Esta puede implicar tanto la terminación definitiva del proceso (sobreseimiento libre), o la suspensión temporal de este (sobreseimiento provisional), según corresponda⁷⁶.

Vale recordar aquí que la declaración del sobreseimiento en un momento posterior al auto de continuación del procedimiento abreviado se puede dar tanto tras la solicitud de sobreseimiento de los acusadores como tras la presentación de uno o varios escritos de acusación.

⁷⁴ STC 170/1993 (ponente Gimeno Sendra); STC 320/1993 (ponente Gimeno Sendra); STC 310/2000 (ponente Cachón Villar).

⁷⁵ En el caso del “auto de PA” el juez también cuenta con la posibilidad de decretar la transformación del procedimiento, o de continuar con las diligencias previas.

⁷⁶ ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, p. 257.

En relación con el segundo de los escenarios, el art. 782 LECrim regula el sobreseimiento en el marco del procedimiento abreviado, remitiendo a las causales de declaración de sobreseimiento libre y provisional, reguladas en los artículos 637 y 641 LECrim, respectivamente.

Así, el artículo 637 LECrim define como causales para la declaración del sobreseimiento libre: 1) el que no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa; 2) que el hecho no sea constitutivo de delito; y 3) que aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores. Por su parte el artículo 641 de la misma norma define como causales de declaración de sobreseimiento provisional: 1) que no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa; y 2) que resulte del sumario haberse cometido un delito, pero no haya motivos suficientes para acusar a determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

De la simple lectura de estas causales se puede inferir que la valoración que se realiza para la declaración del sobreseimiento libre y el provisional implica estándares evidentemente distintos. Al respecto ORTEGO PÉREZ precisa que la declaración del sobreseimiento libre requiere certeza absoluta del órgano decisor frente a la procedencia de la causal⁷⁷. Por su parte, SIGÜENZA LÓPEZ sostiene que la causal de sobreseimiento provisional del 641.1 exige para su declaración que “*las investigaciones practicadas permitan afirmar la posibilidad de que haya tenido lugar (el hecho delictivo) pero no su probabilidad*”⁷⁸, entendiendo por probabilidad un punto medio entre la posibilidad y la certeza. Además, frente al motivo regulado en el 641.2 el mismo autor plantea que lo que se debe valorar es la existencia de duda frente a la autoría o participación del encausado en los hechos, siendo la duda necesariamente de tal entidad “*que no pueda ser despejada con la actividad probatoria propia del juicio oral*”⁷⁹.

Así, retomando la idea de que el examen que se realiza al momento de dictar el auto de apertura de juicio oral es un juicio negativo sobre la no procedencia de causales de

⁷⁷ ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, pp. 260-263.

⁷⁸ SIGÜENZA LÓPEZ, *El sobreseimiento libre*, p. 80.

⁷⁹ SIGÜENZA LÓPEZ, *El sobreseimiento libre*, p. 82.

sobreseimiento, y partiendo de que la procedencia de las causales de sobreseimiento provisional implica el cumplimiento de un estándar más débil que el cumplimiento de las causales de sobreseimiento libre, podemos inferir que el juez de instrucción, al momento de decidir si emite o no el auto de apertura de juicio oral, estaría obligado a considerar dos criterios: 1) que de la acusación se pueda inferir la probabilidad de ocurrencia de un hecho delictivo; y 2) que no exista duda sobre la autoría o participación del encausado en los hechos, y que en caso de existir duda, la misma pueda ser potencialmente solventada con la actividad probatoria propia de la fase de juicio.

Otro asunto muy interesante relativo a la declaración del sobreseimiento es que exige una minuciosa fundamentación, al contrario del auto de apertura de juicio oral que no tiene un estándar claro en ese punto. Así, ORTEGO PÉREZ sostiene que la jurisprudencia ha exigido que el auto que decreta el sobreseimiento exprese de manera precisa la base fáctica y jurídica en que se fundamenta la decisión⁸⁰. De la misma manera, los autos de sobreseimiento son susceptibles de recurso de apelación, al contrario de lo que ocurre con el auto de apertura del juicio oral.

Finalmente, vale resaltar que existen algunos casos en los que la solicitud de sobreseimiento del caso por parte del acusador (o los acusadores) no implican de manera automática su declaración. Uno de estos es el regulado en el Art. 782.1 de la LECrim en el que se dispone que los casos en que se solicite el sobreseimiento en virtud de causales de ausencia de culpabilidad (Inimputabilidad, estado de necesidad exculpante, miedo insuperable), las actuaciones se deben devolver a las acusaciones para calificación, y se debe continuar el trámite hasta sentencia, a efectos de evaluar la responsabilidad civil y la imposición de medidas de seguridad.

También en el caso en el que el ministerio fiscal solicite el sobreseimiento y no se haya constituido acusación particular, el juez de instrucción está facultado para ubicar a los ofendidos o perjudicados con el delito y verificar si estos tienen la intención de formular acusación; o incluso, también puede remitir la causa al superior jerárquico del fiscal,

⁸⁰ ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, pp. 258-259.

para que este confirme si se sostiene acusación o se mantiene la solicitud de sobreseimiento⁸¹.

1.6. Conformidad y fase intermedia del proceso penal abreviado en España.

También se considera interesante revisar cómo se relaciona la configuración de la fase intermedia del proceso con las aceptaciones tempranas de la culpabilidad, que en España reciben el nombre de conformidades.

Haciendo referencia específicamente al procedimiento abreviado, vale mencionar que en él existen tres formas distintas de acceder a sentencias de conformidad, con regulaciones jurídicas diferentes y con relaciones diversas con la fase intermedia.

Una de ellas ha sido denominada por la doctrina conformidad prestada en el procedimiento preliminar⁸². Como se deriva del nombre, este modelo de conformidad opera en las diligencias preliminares, con anterioridad a la fase intermedia, y por tanto no tiene ninguna relación con este momento procesal. Es importante resaltar que este tipo de conformidad solo procede en casos muy específicos expresamente regulados por la ley, teniendo como criterio el quantum punitivo de la posible pena⁸³. Adicionalmente es la única de las modalidades de conformidad que tiene como efecto jurídico una rebaja de un tercio de la pena efectiva que correspondería de acuerdo con los delitos imputados⁸⁴.

Las otras dos modalidades han sido denominadas doctrinariamente *conformidad con el escrito de acusación* y *conformidad prestada en el acto de juicio oral*⁸⁵. Las dos tienen como característica común que solamente son procedentes con posterioridad al agotamiento de la fase intermedia, ya que pueden presentarse en el escrito de defensa, antes de la apertura del acto de juicio oral, durante la primera parte de la audiencia de juzgamiento, o incluso en las conclusiones definitivas. En esos términos, la superación

⁸¹ Art. 782.2 LECrim.

⁸² GÓMEZ COLOMER, *Revue internationale de droit pénal*, pp. 25-27.

⁸³ Art. 801.1 LECrim.

⁸⁴ Art. 801.2 LECrim.

⁸⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Revue internationale de droit pénal*, pp. 27-36.

de la fase intermedia supone una barrera para la aplicación de este tipo de conformidades.

Adicionalmente, las dos últimas modalidades de conformidad mencionada tienen un espectro de aplicación más amplio que la conformidad en las diligencias preliminares, ya que pueden utilizarse en todos los casos susceptibles de trámite por el procedimiento abreviado (pena de hasta 9 años), teniendo como característica común, además, que no implican una rebaja específica por la mera aceptación de la responsabilidad.

Sin embargo, es importante aclarar que el auto de apertura de juicio oral no delimita materialmente el contenido de la conformidad, porque la misma puede darse con respecto a los escritos de acusación presentados con anterioridad al mencionado auto, o frente a escritos nuevos presentados con posterioridad a ese momento, suscritos tanto por la defensa como por las acusaciones, siempre que no contengan cargos más graves que los presentados en la acusación inicial. Incluso, las conformidades que se presenten en estos momentos procesales pueden ser rechazadas por el juez a quien corresponda su revisión⁸⁶, si considera que no se ha formulado la calificación procedente y cree que los hechos merecen una calificación que conlleve pena de mayor gravedad o de diferente naturaleza⁸⁷, aunque vale precisar que la valoración del caso que la ley faculta a realizar al juez en este evento se limita a la verificación de que la calificación aceptada es consistente con los hechos aceptados por las partes⁸⁸, y por lo tanto no está facultado para entrar a revisar el sustento probatorio del caso.

En conclusión, la fase intermedia no tiene ninguna relación con las conformidades propias de las diligencias preliminares, pero sí constituye presupuesto de las conformidades que se dan con el escrito de defensa o en momentos posteriores. Lo anterior dado que, por la estructura del proceso, tanto el auto de continuación del procedimiento abreviado, como el auto de apertura de juicio oral, son anteriores a estas. A pesar de esto, la fase intermedia no constituye un límite material para el contenido de

⁸⁶ En el caso de las conformidades presentadas en el escrito de defensa o antes de la apertura del juicio es el juez de instrucción el competente para realizar la valoración de la conformidad; en el caso de las conformidades al inicio del juicio oral el competente es el juez de lo penal o la audiencia provincial, según a quien corresponda el enjuiciamiento. GÓMEZ COLOMER, *Revue internationale de droit pénal*, 2012-1, pp. 28, 32.

⁸⁷ GÓMEZ COLOMER, *Revue internationale de droit pénal*, pp. 29-30.

⁸⁸ Art. 787.2 LECrim.

las conformidades, pues éstas solo están acotadas por la premisa fáctica y por el cargo más grave contenidos en la acusación inicial.

1.7. Facultades de los sujetos actuantes en la fase intermedia del proceso abreviado español.

Fijando la atención ahora en las facultades de los sujetos actuantes en la fase intermedia en el procedimiento abreviado español, vale empezar por mencionar que en este contexto existe un esquema de participantes que se aparta de algunos criterios que en otros ordenamientos jurídicos se consideran indiscutibles, tales como la exclusiva facultad del Estado de ejercer la acción penal o la atribución de la competencia investigativa al mismo órgano acusador estatal. En esto reside uno de los rasgos más interesantes del proceso estudiado, ya que parece razonable pensar que las particularidades en la concepción de los sujetos actuantes en el proceso, y las posibilidades de actuación que a estos se asignan, tienen implicaciones relevantes en la forma en que las fases del proceso se desarrollan.

En esos términos, a continuación se hará referencia a los sujetos procesales que actúan en el proceso abreviado español, centrando la atención en sus facultades durante la fase intermedia.

1.7.1 El juez de instrucción.

Para iniciar se debe hacer referencia al juez de instrucción⁸⁹, pues en él se concentran la mayor parte de las facultades estatales durante la investigación, teniendo estas como corolario la decisión sobre la procedencia de continuar con el trámite del caso en las etapas procesales que aquí se han identificado como fase intermedia.

⁸⁹ La figura del juez instructor aparece en España con la LECrim de 1882, siendo esta la primera norma procesal en el país que asigna las funciones de investigación y juzgamiento a dos órganos diferenciados. Antes de esto, las funciones de investigar y juzgar se concentraban en un solo juez, desde la época de la consolidación del proceso penal español en los siglos XV y XVI. Al respecto: WOISCHNIK, *Juez de instrucción y derechos humanos en Argentina*, pp. 52-56; VILLEGAS FERNÁNDEZ, *Fiscal investigador contra juez instructor*, p. 86; TOMÁS Y VALIENTE, “Manual de historia del derecho español”, pp. 1469-1473.

Así, en el contexto de las diligencias previas, el juez de instrucción está facultado para dirigir la investigación, pero también para limitar los derechos del procesado y para autorizar las limitaciones solicitadas por las partes procesales, ya sea en el marco de diligencias investigativas⁹⁰, o en el marco de la imposición de medidas cautelares⁹¹. También en esta fase inicial, el juez de instrucción realiza en dos momentos valoraciones relativas a la viabilidad de continuar con el caso, primeramente al momento de la admisión de la denuncia o querrela y en segundo lugar en el momento de la citación para ser oído⁹². De acuerdo con lo anterior, el juez instructor, durante las diligencias previas, concentra la triple función de investigador, de garante de los derechos del investigado y de evaluador de la relevancia penal del caso.

Es precisamente la función de evaluación de la relevancia penal del caso la que continúa recayendo en el juez instructor durante la fase intermedia, ya que es la autoridad decisora al momento de emitir el auto de incoación de procedimiento abreviado, el posterior auto de apertura del juicio oral, o el alternativo auto de sobreseimiento.

De allí que el juez instructor sea el protagonista de la fase intermedia en España, dado que, tras hacer uso de sus amplias facultades durante la investigación, se encarga de valorar la misma, y de decidir sobre la procedencia de continuar con el caso, tanto antes como después de la acusación.

⁹⁰ Así por ejemplo, en lo relativo a los actos de investigación, el juez de instrucción está facultado para ordenar de oficio y para evaluar las solicitudes de las demás partes actuantes en el proceso, en lo que se refiere a intervenciones corporales, recogida de ADN, intervención de comunicaciones telefónicas, entrada y registro, obtención de datos y tráfico de correo electrónico, y registro de dispositivos masivos de información. Adicionalmente está facultado para autorizar, previa solicitud del ministerio fiscal o de la policía judicial, según corresponda, escuchas y grabaciones domiciliarias, actuaciones de agentes encubiertos y actuaciones de agentes provocadores. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, pp. 465-604.

⁹¹ En lo que respecta a las medidas cautelares reales, frente a aquellas que tienen como objetivo garantizar el posible pago de una prestación civil, el juez de instrucción solo puede acordarlas previa solicitud de parte, mientras que frente a aquellas que tienen como objetivo garantizar el pago de obligaciones de carácter penal, puede acordarlas de oficio. Por otro lado, en lo correspondiente a la prisión provisional, el juez de instrucción está facultado para convocar audiencia para su evaluación, y para decretarla previa solicitud de alguna de las partes acusadoras. Art. 505 LECrim; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, pp. 723-724.

⁹² El contenido de los momentos procesales arriba mencionados se desarrolla en el punto 1.1. del presente capítulo.

1.7.2. Las partes acusadoras y la víctima.

Como ya se mencionó, el ejercicio de la acción penal en España no es exclusivo del Estado, implicando esto que además del ministerio fiscal, que actúa como órgano acusador estatal, existen acusaciones no estatales. Estas son las que puede presentar el ofendido por el delito, en calidad de acusador particular o privado⁹³, e incluso, las que pueden ser presentadas por ciudadanos no directamente afectados por el delito, en calidad de acusación popular⁹⁴. A continuación revisaremos las facultades relacionadas con la fase intermedia de cada una de ellas.

Para empezar con lo relativo al ministerio fiscal⁹⁵ debe mencionarse que este órgano tiene amplias facultades en las diligencias previas y en la fase intermedia, por lo que tiene una posición privilegiada si se compara con los demás sujetos actuantes; sin embargo, podría decirse que desempeña un rol secundario, pues se encuentra supeditado, en la mayoría de las ocasiones, al poder de decisión del juez de instrucción.

La posición prevalente que tiene el ministerio fiscal, frente a los demás sujetos que actúan en el trámite, parece derivarse de que es concebido en el proceso español, no como una parte cuya función es acusar, sino como un órgano imparcial cuya tarea es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la ley⁹⁶.

⁹³ Art. 109bis LECrim. En esta norma, introducida en la LECrim por la Ley 4 de 2015 (Estatuto de la víctima del delito (EVD)), se liga la posibilidad de ejercer la acusación particular con el concepto de víctima, que en principio es diferente del concepto de ofendido, usado tradicionalmente para identificar la posibilidad de ser acusador particular. La diferencia reside en que se identifica como ofendido solamente a quién sufre daño directo por el delito, mientras víctimas, en los términos del Art. 2 EVD, además pueden ser los familiares de una persona que ha sufrido muerte o desaparición. De cualquier forma, al utilizar el legislador el concepto de víctima en el artículo referido clarifica que toda persona que puede considerarse víctima puede ejercer la acción particular. Vale precisar que no se deben confundir estos dos conceptos con el de perjudicado, que se refiere solo a quien ha visto indirectamente afectado su patrimonio en virtud del hecho delictivo, quien solamente podría constituirse como parte civil en el proceso, en los términos del Art. 110 LECrim. Para una revisión más amplia de la confusión conceptual reseñada ver: FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, pp. 42-58; GÓMEZ COLOMER, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, pp. 320-322.

⁹⁴ Art. 125 CE; Art. 101 LECrim.

⁹⁵ Las normas fundamentales sobre el Ministerio Fiscal se consagran en el art. 124 CE. Allí se aclara que el Fiscal General es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, y que ejerce su función conforme a los principios de unidad de gestión y dependencia jerárquica, y con sujeción, a los de legalidad e imparcialidad. Así mismo el EOMF en su art. 1 aclara que es un órgano con personería jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el poder judicial.

⁹⁶ Art. 124 CE. De esta concepción se deriva que, aunque el ministerio fiscal es el órgano encargado de la acusación, está facultado también para pronunciarse en favor de los intereses del procesado, al punto de

En lo referente a sus facultades concretas durante la investigación, el ministerio fiscal puede requerir la práctica de diligencias investigativas y la imposición de medidas cautelares⁹⁷, igual que las demás acusaciones. Adicionalmente tiene algunas facultades no reconocidas a las demás partes en el proceso, como: 1) practicar diligencias informativas con anterioridad a las diligencias previas, contando para ello con el apoyo de la policía judicial y teniendo como límite solamente la afectación de derechos fundamentales y la imposición de medidas cautelares⁹⁸; y 2) actuar dentro de las diligencias previas aun cuando se haya declarado el secreto de la instrucción⁹⁹.

Además, en el marco específico de la fase intermedia, el ministerio fiscal tiene las siguientes facultades: 1) solicitar al juez de instrucción que dicte el auto de incoación del procedimiento si considera que lo investigado es suficiente para acusar¹⁰⁰; 2) recurrir el mencionado auto o los autos a través de los que se decrete el sobreseimiento¹⁰¹; 3) solicitar la práctica de las diligencias complementarias que considere pertinentes, sin que esta facultad esté sometida a control jurisdiccional¹⁰²; y, la más importante, 4) tomar la decisión relativa a presentar escrito de acusación o solicitud de sobreseimiento¹⁰³, siendo este último momento coyuntural por representar institucionalmente la manifestación del principio acusatorio y por implicar una ruptura en lo relativo al control del juez de instrucción de todas las decisiones fundamentales del proceso hasta ese punto.

Por su parte, las acusaciones particular¹⁰⁴ y popular, si bien tienen amplias facultades para actuar durante la investigación y la fase intermedia, tienen mayores limitaciones en su actuación de las existentes para el ministerio fiscal.

tener el deber de solicitar el sobreseimiento si aprecia que no existen los méritos necesarios para instar la apertura del juicio oral. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 233.

⁹⁷ Art. 3º numeral 5 EOMF (Ley 50/1981).

⁹⁸ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, pp. 369-374.

⁹⁹ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, pp. 408.

¹⁰⁰ Art. 773.1 LECrim.

¹⁰¹ Por regla general se puede interponer recurso de reforma y apelación contra los autos interlocutorios emitidos por el juez de instrucción en el procedimiento abreviado (Art. 766 LECrim). El auto de apertura de juicio oral constituye una excepción a esta regla, pues contra él no procede recurso alguno por expresa determinación legal (Art. 783.3).

¹⁰² Art. 780.2 LECrim.

¹⁰³ Arts. 781 y 782 LECrim.

¹⁰⁴ En los casos de delitos semipúblicos y privados a la acusación particular se le denomina acusación privada.

Así, en primer lugar, estas acusaciones solo pueden iniciar su participación en el proceso en el marco de las diligencias previas y por intermedio de abogado¹⁰⁵. Además, si bien están habilitadas para solicitar diligencias investigativas y medidas cautelares durante las diligencias previas, su actuación queda suspendida cuando el juez declara el secreto de la instrucción¹⁰⁶. Así mismo, tienen la facultad de solicitar diligencias complementarias, pero en su caso el juez de instrucción tiene la facultad de acordarlas o no, según estime procedente¹⁰⁷. Con todo, vale aclarar que a estas acusaciones es aplicable el mismo régimen de recursos propio del ministerio fiscal.

Existe, de otro lado, un punto específico en que se diferencian las facultades de la acusación particular y la acusación popular en la fase intermedia, siendo este la vinculatoriedad de los escritos de acusación presentados por estas. Mientras que el presentado por la acusación particular obliga a la apertura de juicio oral cuando no se presenten las causales de sobreseimiento¹⁰⁸, cuando una acusación es presentada exclusivamente por la acusación popular la apertura del juicio oral es improcedente, a menos que el proceso se refiera a delitos que se remiten a bienes jurídicos colectivos¹⁰⁹.

Otro aspecto interesante relacionado con la acusación particular en la fase intermedia es que en los eventos en que el ministerio fiscal solicite el sobreseimiento y no haya acusador popular constituido en el trámite, el juez de instrucción puede ordenar que se informe de este hecho a los ofendidos o perjudicados por el delito de quienes tenga conocimiento, para que estos decidan si consideran que el proceso debe continuar y por tanto presentan la correspondiente acusación¹¹⁰.

Por último, vale la pena precisar que la víctima¹¹¹, cuando no se constituye como acusador particular, también tiene facultades de participación en el proceso penal,

¹⁰⁵ Art. 277 y 771.1° LECrim.

¹⁰⁶ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 408.

¹⁰⁷ Art. 780.2 LECrim.

¹⁰⁸ Art. 783.1 LECrim.

¹⁰⁹ STS 8/2010 (ponente Martínez Arrieta); GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, p. 750.

¹¹⁰ Art. 782.2.a) LECrim.

¹¹¹ El EVD es un cuerpo normativo en el que se compilan todos los derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal. Su promulgación puede ligarse con la necesidad del Estado español de adaptar su legislación a la Directiva 2012/29/UE, que establece los estándares mínimos de derechos, asistencia y protección para las víctimas en la Unión Europea.

aunque mucho más limitadas que aquellas que detenta cuando se constituye en parte¹¹². En concreto, en lo relacionado con la fase intermedia, la víctima tiene las siguientes prerrogativas: 1) derecho a proporcionar pruebas e información a las autoridades¹¹³; 2) derecho a que se le notifique la conclusión de las diligencias previas¹¹⁴; y, 3) derecho a que se le notifique el auto de sobreseimiento y a proceder a su impugnación¹¹⁵.

En definitiva, la actual regulación posiciona a la víctima como un participante muy fuerte en el proceso penal español y más concretamente en la fase intermedia, en la medida en que le permite definir discrecionalmente si quiere constituirse o no en parte, teniendo, de cualquier forma, facultades de actuación en la etapa¹¹⁶.

1.7.3. La defensa.

Por último, las facultades asignadas a la defensa en el diseño institucional del procedimiento abreviado difieren mucho en su alcance dependiendo de si se observa la fase de investigación o la fase de juzgamiento. Lo anterior ya que las importantes facultades de participación y contradicción con que cuenta la defensa en las diligencias previas contrastan con el papel, casi nulo, que desempeña en la fase intermedia.

Yendo al detalle, se debe precisar en primer lugar que la defensa cuenta con la posibilidad de participar en el procedimiento abreviado prácticamente desde el inicio de las diligencias previas, ya que del artículo 118 LECrim es posible inferir que desde el momento de aceptación de la denuncia o la querrela se debe comunicar al investigado la

¹¹² El artículo 3 de la Ley 4/2015 (EVD) dispone que las víctimas en el proceso penal tienen derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, participación activa, y trato respetuoso, profesional individualizado y no discriminatorio. En este apartado se centrará la atención en los derechos de participación activa de las víctimas que no se constituyen en acusador particular. Para una visión más completa de los derechos de las víctimas en el procedimiento penal español, ver: GÓMEZ COLOMER, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, pp. 325-385.

¹¹³ Art.11 EVD.

¹¹⁴ Art. 779.1.1ª LECrim.

¹¹⁵ Art. 12 EVD.

¹¹⁶ Adicionalmente, al menos en términos de la regulación jurídica, el requisito de actuar por intermedio de abogado para personarse como acusador particular no constituye una barrera para el acceso de las víctimas de escasos recursos a las facultades que pueden ejercer al constituirse como partes. Esto, ya que del Art. 6.3 de la Ley 1/1996 (de asistencia jurídica gratuita) se puede inferir que las víctimas que no tengan recursos para contratar un abogado tendrían derecho a la asistencia jurídica gratuita para que un profesional las represente en el proceso.

existencia de un proceso en su contra, permitiéndose desde este momento el ejercicio del derecho de defensa¹¹⁷.

En el escenario concreto de las diligencias previas, el reconocimiento del mencionado derecho faculta al investigado para designar abogado que lo defienda en la causa y a defenderse por sí mismo; a conocer el caso que existe contra él; a ser oído informándole previamente los hechos que se le imputan; a aportar pruebas y solicitar la práctica de diligencias en su favor; y a ejercer contradicción en las diligencias posiblemente inculpatorias, incluyendo esto la posibilidad de interponer recursos en los mismos términos que las demás partes procesales¹¹⁸.

De cualquier forma debe precisarse que lo anterior no implica que, en la práctica, en todos los casos, el ejercicio de las facultades reconocidas a la defensa sea absoluto durante la fase de investigación, pues dicha actividad puede ver limitado su alcance con el uso de dos figuras que se reconocen en el proceso español: el atestado y la declaración del secreto durante la instrucción.

El atestado¹¹⁹ hace referencia a la actividad investigadora que realiza la policía judicial, con anterioridad a las diligencias previas, dirigida a la averiguación del delito y la identificación de su autor¹²⁰. Se caracteriza porque, una vez terminado, si se considera que hay delito, las diligencias practicadas se remiten en bloque para que sirvan como fundamento para abrir diligencias previas; y porque, durante su desarrollo no hay participación de la defensa, con excepción del momento de la declaración del sospechoso¹²¹.

El problema que el atestado representa para la actividad defensiva es que, según algunas posiciones, en muchos casos la parte más significativa de la investigación criminal se concentra en este momento procesal y no en las diligencias previas, y por ello, la

¹¹⁷ Teniendo en cuenta el contenido del art. 118 LECrim se puede inferir que, en los casos en que el proceso no inicia en virtud de denuncia o querrela, el momento de comunicación de los hechos al investigado, en el marco del proceso abreviado, sería entonces, alternativamente, o el momento de imposición de una medida cautelar o el momento de la citación para ser oído.

¹¹⁸ Las facultades aquí mencionadas se reconocen genéricamente en el art. 118 LECrim.

¹¹⁹ Art.292 -298, 769-770 LECrim.

¹²⁰ GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, p. 366.

¹²¹ Art. 118.2 LECrim.

facultad contradictoria de la defensa no se desarrolla efectivamente en la parte más significativa de la investigación¹²².

En lo relativo al secreto instructorio vale mencionar que se refiere a la posibilidad que tiene el juez de declarar secreta la instrucción (diligencias previas para el caso del abreviado), en los términos y en los casos expresamente previstos por la ley, impidiendo en virtud de aquello que las partes personadas conozcan el contenido de las diligencias investigativas¹²³, con excepción del ministerio fiscal a quien, como ya se dijo, no le es oponible esta figura¹²⁴. Esto, como es apenas lógico, limita el alcance de la acción de la defensa durante la instrucción, al no tener posibilidad de conocer ni contradecir las actuaciones investigativas.

Ahora, en lo que corresponde a la fase intermedia, la única actuación que puede realizar la defensa es interponer recurso en contra del auto de incoación del procedimiento abreviado, teniendo esta actuación, como ya se expuso en este texto, alcance restringido, por estar el juez de segunda instancia, al menos en los términos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, limitado a la revisión de la legalidad del auto¹²⁵.

Ello implica que, comparativamente, en el momento de la fase intermedia, la defensa se encuentra en una posición débil con respecto a las acusaciones, en la medida en que estas tienen facultades de las que la defensa carece.

Las diferencias en el tratamiento procesal de las acusaciones y la defensa durante la fase intermedia se pueden resumir en los siguientes puntos: 1) los autos que desmejoran la posición procesal de la defensa (“auto de PA” y auto de apertura de juicio oral) requieren estándares de motivación débiles, mientras que los autos que mejoran su posición procesal (auto de sobreseimiento) requieren ejercicios exhaustivos de motivación¹²⁶; 2) las acusaciones cuentan con un recurso judicial para que se revise de

¹²² VILLEGAS FERNÁNDEZ, *Fiscal investigador contra juez instructor*, pp. 77, 92, 135.

¹²³ Art. 302 LECrim. En este artículo se dispone que el secreto se debe decretar por el término de un mes y que se debe levantar al menos 10 días antes del fin de la instrucción. Además, la práctica de prorrogar el periodo del secreto instructorio se tolera indirectamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al defenderse en sus decisiones que la misma no implica ni un retraso malicioso de la administración de justicia ni la nulidad de las actuaciones sumariales practicadas. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 410.

¹²⁴ Art. 4.1 EOMF.

¹²⁵ ATS de 23 de marzo de 2010 (ponente Prego de Oliver y Tolivar).

¹²⁶ Al respecto ver el apartado 2.1. Cap. 1.

fondo la decisión de sobreseimiento (que es la que afecta sus intereses en el proceso), mientras la defensa solamente cuenta con un recurso de alcance limitado ante el auto de incoación de procedimiento abreviado y no puede interponer recurso alguno ante el auto de apertura de juicio oral; 3) mientras las acusaciones pueden solicitar diligencias complementarias, a la defensa le está vedada tal facultad¹²⁷; y 4) las partes acusadoras presentan su acusación formal antes del cierre de la fase intermedia, mientras que para la defensa no hay un momento legalmente regulado, en esta fase procesal, para exponer formalmente las razones por las que considera que no se debe abrir la fase de juzgamiento¹²⁸.

En conclusión, se puede afirmar que en el procedimiento abreviado se reconoce la participación y contradicción de la defensa durante la instrucción (con las excepciones expuestas), pero tales facultades no se le reconocen satisfactoriamente durante la fase intermedia.

2. Reflexiones sobre la configuración de la fase intermedia en el proceso abreviado español.

Una vez descrita la configuración de la fase intermedia en el procedimiento abreviado español, en este punto es conveniente reflexionar acerca de lo encontrado, teniendo como referentes algunos elementos que se consideran fundamentales en la regulación de este momento procesal.

2.1. Control material, motivación y controlabilidad de las decisiones en la fase intermedia.

Fijando inicialmente la atención en la estructura del procedimiento abreviado es interesante ver que, con anterioridad a la fase de juzgamiento, el mismo contempla

¹²⁷ STC 186/1990 (ponente Gimeno Sendra).

¹²⁸ Vale reiterar que, como ya se explicó previamente, en este trabajo la presentación del escrito de defensa no se entiende como parte de la fase intermedia porque su función en el proceso no es debatir la procedencia de la apertura de la fase de juzgamiento, sino preparar la actuación de la defensa en el momento del juzgamiento.

cuatro momentos en que jurisdiccionalmente se realizan pronunciamientos relativos a la viabilidad de continuar el trámite del caso: dos en las diligencias previas (admisión de la denuncia o querrela; e información de los hechos en la citación para ser oído) y dos en la fase intermedia (auto de continuación del procedimiento abreviado y auto de apertura del juicio). Adicionalmente, la necesidad de que se presente al menos una acusación como presupuesto para que pueda procederse al juzgamiento, constituye, en términos prácticos, un filtro no jurisdiccional para la procedencia del caso. El mencionado esquema de pronunciamientos parecería ser evidencia, al menos en términos estructurales, de que la voluntad legislativa está dirigida a limitar los casos que llegan a fase de juzgamiento, a través de una separación progresiva de los casos que tienen probabilidad de sentencia condenatoria, de aquellos que no tienen mérito para continuar.

Ahondando en el asunto, se ha identificado que en los distintos momentos de pronunciamiento jurisdiccional de la viabilidad del caso se exigen requisitos distintos para su superación que, si bien no son evidentes en la regulación legal, son ubicables si las normas legales se vinculan con pronunciamientos jurisprudenciales específicos¹²⁹. Los mismos se resumen en la siguiente tabla¹³⁰:

¹²⁹ Se ha evidenciado, en la descripción que previamente se ha hecho de los distintos momentos procesales estudiados, que en las decisiones jurisprudenciales frente a estos temas no es posible ubicar líneas con posiciones unificadas, encontrándose por el contrario, posiciones contradictorias. Sin embargo, para hacer posible la sistematización de la información se utilizará aquí la posición jurisprudencial que exige los requisitos materiales más altos, a sabiendas de que existen posiciones que definen requisitos estrictamente formales o requisitos materiales más débiles.

¹³⁰ En el cuadro se omite la referencia a la admisión de la denuncia para concentrar la reflexión en las instancias procesales más relevantes para este trabajo.

Requisitos para la superación de las fases procesales estudiadas en el procedimiento abreviado español		
Fase procesal	Requisitos	Fuente normativa
<i>Información de los hechos en la citación para ser oído</i>	Definición de los hechos objeto de imputación e identificación de la persona imputada.	Art.775.1 LECrim
<i>“Auto de PA”</i>	Determinación de los hechos punibles e identificación de la persona a la que se le imputan. Razonabilidad de un juicio de tipicidad provisional con el alcance absolutamente necesario para excluir la certeza o seguridad de que los hechos indiciarios son atípicos (la duda justifica la superación de la etapa).	Art. 779.4 LECrim; ATS del 23 de marzo de 2010; ATS de 17 de diciembre de 2013.
<i>Auto de apertura de juicio oral</i>	Juicio negativo con respecto a la procedencia de las causales de sobreseimiento. Elementos: 1) que de la acusación se pueda inferir la probabilidad de ocurrencia de un hecho delictivo; 2) que no exista duda sobre la autoría o participación del encausado en los hechos, y que en caso de existir duda, la misma pueda ser potencialmente solventada con la actividad probatoria propia de la fase de juicio ¹³¹ .	STC 186/1990, STS 257/2002, STS 559/2014.

Este esquema ordenado de requisitos, orientado a revisar la posibilidad de avanzar con el procesamiento en distintos momentos del trámite, es coherente con la idea general del carácter progresivo del proceso, y de que cuanto más cercano esté el momento del juzgamiento, más exigentes deben ser los requerimientos para superar la fase procesal.

A pesar de lo anterior, se ha identificado que el mencionado esquema de requisitos no es coherente con las exigencias de motivación que se hacen a los autos referidos¹³², ni con la controlabilidad, en segunda instancia, de las decisiones que se toman en estos

¹³¹ Este estándar se deriva de los requisitos para decretar el sobreseimiento provisional. El estándar legal para el auto de apertura de juicio oral, establecido en el artículo 783.1 LECrim, es que no existan indicios racionales de criminalidad o que el hecho no sea constitutivo de delito. La explicación de por qué se asume como estándar el arriba descrito se encuentra en los apartados 1.4 y 1.5 del presente capítulo.

¹³² Es importante precisar que el art. 120.3 CE solamente exige la motivación de las sentencias, empero el art. 248.2 LOPJ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional extienden esta obligación a los autos. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, pp. 81-83

momentos procesales. Ello pues se exige normativamente una motivación más laxa, si se compara con los requisitos materiales definidos para superar cada etapa, y no se permite un control de las decisiones que permita su revocación cuando estos no se hayan alcanzado. Lo anterior se puede verificar si se compara el contenido de la tabla que se presentó previamente con el de la tabla que se muestra a continuación:

Exigencias de motivación y posibilidades de control en cada fase procesal.		
Fase procesal	Exigencia de motivación	Posibilidad de control
<i>Información de los hechos en la citación para ser oído</i>	Ninguna.	Ninguna. (No es recurrible).
<i>“Auto de PA”</i>	Determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan (Art. 779.4 LECrim) ¹³³ .	Susceptible de apelación, solo permitiendo control de legalidad y no valoración de la materialidad del caso. (ATS del 23 de marzo de 2010).
<i>Auto de apertura de juicio oral</i>	No es clara ¹³⁴ . Al contrario, frente al auto que declara el sobreseimiento si se exige minuciosa fundamentación.	Ninguna (No es recurrible). Contrario a los autos de sobreseimiento que si son susceptibles de recurso.

La inconsistencia aquí evidenciada entre requisitos de superación y exigencia de motivación no es un asunto menor. Ello, pues de acuerdo con lo planteado por

¹³³ Se considera que esta exigencia de motivación en el “Auto de PA” va en contravía de lo dispuesto en el Art. 6 de la Directiva 2012/13/UE, el cual exige que toda persona sospechosa o acusada reciba información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido. La contradicción es más clara si esta norma se interpreta de acuerdo con la consideración (28), contenida en la misma Directiva, que expresamente dispone: “Debe facilitarse una descripción de los hechos constitutivos de infracción penal incluyendo, si se conocen, el lugar y la hora así como la posible tipificación jurídica, de forma suficientemente detallada, teniendo en cuenta la fase del proceso penal en la que se facilite esa descripción”.

¹³⁴ Si bien la STS 257/2002 (ponente Soriano Soriano) puede inferirse que el Auto de Apertura de Juicio Oral debería contener la concreción de los hechos que se le imputan a determinados sujetos y una calificación jurídica provisional, esta es una posición jurisprudencial que no se repite ni en decisiones previas ni posteriores del Tribunal Supremo. Al contrario en reiterada jurisprudencia no se encuentra remisión alguna a la necesidad de motivación del auto de apertura de juicio oral, y la doctrina que remite a la práctica procesal refiere la usual ausencia de motivación del auto (ver punto 1.4). Por eso, en este caso, se prefiere utilizar en el cuadro la expresión “no es clara”, pues el utilizar la regla inferida de la sentencia previamente citada podría generar equívocos relativos a la forma en que efectivamente se tramita el proceso.

FERRAJOLI, es precisamente la motivación¹³⁵ en hecho y en derecho de las decisiones judiciales la que las hace verificables y refutables, y por tanto evidencia que las decisiones en el proceso se toman a partir de “convicciones razonadas” y no de “convicciones autocráticas”¹³⁶.

En los casos de los autos de continuación del procedimiento abreviado y del auto de apertura del juicio oral, para hacer referencia específicamente a aquellos que componen la fase intermedia, se exigen al juez de instrucción unos ejercicios racionales de imputación, que sin embargo no deben verse obligatoriamente reflejados en el contenido del auto como tal. Por ello, la razonabilidad de la justificación de la decisión efectivamente tomada no es verificable.

Al contrario, y a pesar de la exigencia general de motivación de los autos, incluso podría llegarse a afirmar que, en ninguno de los que componen la fase intermedia en el procedimiento abreviado español, la regla en concreto aplicable a cada escenario exige una verdadera motivación, si tomamos este concepto como necesidad de expresión de la justificación de la decisión. Ello pues el esquema racional de la motivación implica la consideración de una premisa jurídica y de una premisa fáctica, cuya selección debe a su vez estar justificada (en el caso de la premisa fáctica con la expresión de los medios de prueba que le dan sustento)¹³⁷.

Así, si tomamos como ejemplo la exigencia de motivación del auto de incoación del procedimiento abreviado, veremos que la misma se refiere a la definición de los hechos objeto del proceso, más guarda silencio frente a la necesidad de definición de una premisa jurídica concreta y también frente a la necesidad de relacionar la premisa fáctica con el elemento probatorio que le da sustento¹³⁸. En ese sentido, la motivación requerida en el derecho positivo para el auto no exige la reconstrucción de un argumento jurídico completo, pues se conforma con la expresión de la premisa fáctica y con su correspondencia abstracta con un hecho punible indeterminado.

¹³⁵ En este trabajo se está tomando como referente una concepción racional de la motivación, que se remite a la *expresión lingüística de las razones que justifican la decisión adoptada*, pareciendo ser esta, de acuerdo con FERRER, la concepción de motivación que asume el Tribunal Constitucional español en la STC 176/1985. FERRER BELTRÁN, *Isonomia*, p. 94.

¹³⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 543, 623.

¹³⁷ FERRER BELTRÁN, *Isonomia*, p. 107.

¹³⁸ Relativo a la dependencia existente entre la definición de la *quaestio facti* de un caso y su referencia a una *quaestio iuris* determinada ver: GONZÁLEZ LAGIER, *Jueces para la democracia*, pp. 17-26.

Lo anterior se hace aún más evidente si se revisa el asunto a partir de los conceptos del derecho penal sustantivo. La exigencia de “un juicio de tipicidad provisional”, que se hace jurisprudencialmente para la superación de la etapa de incoación del procedimiento abreviado, no es coherente con la exigencia de motivación que se concentra exclusivamente en la determinación del sujeto procesado y de los hechos punibles¹³⁹. Esto, pues si se toma como referencia el esquema de la teoría del delito, ya clásico, planteado por ROXIN, el agotamiento del juicio de tipicidad sería imposible remitiéndose en exclusiva unos hechos en abstracto punibles, pues requiere al menos la remisión a un tipo penal concreto que tenga en cuenta sus específicos elementos descriptivos, normativos y subjetivos; además de la imputación objetiva del resultado lesivo al realizador de la conducta típica objetivamente; y la existencia de un nexo subjetivo entre el sujeto activo y la conducta realizada¹⁴⁰. Por tanto, se evidencia que la exigencia de motivación es deficiente si se compara con la exigencia material que se plantea para superar la etapa.

Tal vez a la mencionada imposibilidad de verificar la justificación de la decisión tomada en los autos mencionados se liga la imposibilidad de recurrir el auto de apertura de juicio oral y la formalización del recurso al auto de incoación del procedimiento abreviado. Ello, porque para la autoridad judicial de superior jerarquía es muy difícil validar la corrección del razonamiento del decisor sin tener la posibilidad de conocerlo explícitamente.

De ahí que aunque, a primera vista, la posibilidad de recurrir el auto de incoación de procedimiento abreviado constituye la más importante garantía legislativa para la defensa en el contexto de la fase intermedia, en la medida en que permite el control del asunto por un órgano distinto del investigador, revisando con mayor detalle, es claro que la jurisprudencia le permite al juez quedarse en un escenario de control exclusivamente formal, no estando obligado a una revisión material de los presupuestos para la continuación del procedimiento abreviado.

¹³⁹ Aquí se hace referencia exclusivamente al auto de incoación del procedimiento abreviado, pues para este se realiza una exigencia de motivación más alta que para el auto de apertura del juicio oral. Sin embargo, y precisamente por esto, las conclusiones a las que se llega con respecto al primero de los autos que compone la fase intermedia son perfectamente aplicables al segundo auto estudiado.

¹⁴⁰ ROXIN, *Derecho Penal Parte General - Tomo I*, pp. 275-553.

En conclusión, la manera en que se plantea la estructura de la fase intermedia en el proceso penal abreviado define dos escenarios para el control material del caso, y en decisiones jurisprudenciales es posible ubicar requisitos materiales concretos que se deben alcanzar para superar estas fases procesales. A pesar de esto, el potencial práctico de estos requisitos es muy limitado, porque no existe coherencia entre estos y las exigencias de motivación de los autos correspondientes, lo que afecta su verificabilidad; no existiendo además mecanismos para un verdadero control de la decisión, por la ausencia de recursos (auto de apertura de juicio oral), y por la formalización de la revisión en segunda instancia (auto de incoación del procedimiento abreviado).

2.2. Delimitación del objeto del proceso en la fase intermedia.

Por otro lado, desde diversos sectores doctrinales se ha identificado como una función importante de la acusación, y también de la fase intermedia como juicio sobre la misma, la fijación del objeto del proceso¹⁴¹. Frente a ese punto específico, en el modelo vigente de procedimiento abreviado los distintos momentos relevantes para la fase intermedia desempeñan diversos papeles en la definición del objeto subjetivo y fáctico del trámite, mientras la delimitación que se hace con respecto a las dimensiones jurídica y probatoria es prácticamente nula.

En primer lugar, la información de los hechos en la citación para ser oído constituye, en términos estructurales, el momento fundamental de la fijación fáctica del caso¹⁴². Esto, pues en este momento es cuando, de acuerdo con la regulación jurídica, se establece el límite subjetivo y fáctico del contenido del auto de incoación del procedimiento

¹⁴¹ Consideraciones relativas a la importancia de la acusación como escenario de delimitación del objeto del proceso pueden ubicarse en: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 606-607; GONZÁLEZ NAVARRO, *Acusación y defensa en el proceso penal*, pp. 134-135. Consideraciones específicas sobre la necesidad de que la fase intermedia (en un momento posterior a la acusación) sea el momento de fijación del objeto del juicio en: CASTILLEJO MANZANARES, *Estudios penales y criminológicos*, pp. 261-262; LORCA NAVARRETE, *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)*, p. 132.

¹⁴² Tan es así que en el evento en que en la práctica de diligencias complementarias se ubiquen nuevos hechos, es necesario reabrir la fase de diligencias previas y citar al procesado para ser oído nuevamente, informándole allí los nuevos hechos objeto del proceso. STS 714/2006 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca).

abreviado¹⁴³. En esos términos, el mencionado auto de incoación del procedimiento abreviado tiene la función de determinar los hechos punibles e identificar la persona a la que se imputan, pero siempre, dentro del marco de los hechos previamente informados en la citación para ser oído¹⁴⁴.

Sin embargo, en este punto se revela problemático que no parece existir un estándar definido en cuanto a la riqueza descriptiva que debe tener la referencia a los hechos imputados en estas instancias procesales, lo que lleva a que en fuentes que nos remiten a la práctica procesal se hable de que en la citación para ser oído se hace una referencia genérica al conocimiento de los hechos y no una descripción concreta de los hechos imputados¹⁴⁵, e incluso, a que la propia jurisprudencia relativa al “auto de PA”, al referirse a la fijación de los hechos objeto del proceso en dicha instancia, en su línea más exigente requiera simplemente una inclusión general de los hechos en el auto, mientras en posiciones más laxas le basta con que los hechos a tener en cuenta en instancias posteriores no hayan sido expresamente sobreseídos, o incluso, se niegue al auto referido la función de delimitación del objeto fáctico¹⁴⁶.

De cualquier forma, la presentación de la acusación sí exige una consagración de los hechos punibles que pretenden ser objeto de juzgamiento, y se supone que el límite de estos son los que fueron considerados en la información de los hechos en la citación para ser oído y en el auto de incoación del procedimiento abreviado.

Finalmente, al auto de apertura de juicio oral, de manera sorpresiva, no le está asignada jurídicamente función alguna con respecto a la delimitación del objeto fáctico del caso, aunque, de acuerdo con las posturas teóricas previamente citadas, sería el momento apropiado para tal tarea por corresponder con la valoración de la acusación. Así, el momento de la decisión frente al auto de apertura de juicio oral no comprende la posibilidad de valorar si existe coherencia entre los hechos delimitados en el “auto de

¹⁴³ Ver en este capítulo apartado 1.1. Al contrario, en el procedimiento abreviado, de acuerdo con la posición mayoritaria, la delimitación completa del objeto del proceso, que incluiría la calificación jurídica y la petición de pena, solo se daría en el momento de las conclusiones definitivas. Al respecto: GONZÁLEZ NAVARRO, *Acusación y defensa en el proceso penal*, pp. 79-84.

¹⁴⁴ Ver en este capítulo apartado 1.2.

¹⁴⁵ NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012.

¹⁴⁶ Ver en este capítulo apartado 1.2.

PA” y los hechos objeto de acusación, ni delimitar de ninguna otra forma el objeto fáctico del juzgamiento¹⁴⁷.

La ausencia de esta posibilidad en el momento de la emisión del auto de apertura de juicio oral es coherente con la conceptualización que se ha hecho de la valoración que se hace en el mismo como *juicio negativo* de no procedencia de las causales de sobreseimiento¹⁴⁸. Ello en la medida en que, lógicamente, partiendo de esta perspectiva, el juez en este momento procesal solo cuenta con dos decisiones posibles: 1) se evidencia la existencia de alguna causal de sobreseimiento y por lo tanto se decreta el mismo; 2) no se evidencia la existencia de ninguna causal de sobreseimiento y por tanto se emite auto de apertura del juicio oral.

El problema es que este modelo deja sin respuesta adecuada, por ejemplo, casos en que el elemento fáctico de la acusación no sea coherente con su delimitación en el “auto de PA”, sin que esto implique necesariamente que proceda alguna causal de sobreseimiento¹⁴⁹. En el escenario planteado el juez no tendría más opción que decretar la apertura del juicio oral, aun a sabiendas de la inconsistencia en la delimitación fáctica.

En conclusión, la fase intermedia sí cumple una función de delimitación fáctica del caso en el procedimiento abreviado español, empero, la forma en que esta se desarrolla se revela problemática por las siguientes razones:

1) La definición del objeto fáctico se concentra en la parte inicial de la fase intermedia, por lo cual no existe una fijación jurisdiccional de los hechos objeto del proceso con posterioridad a la acusación.

¹⁴⁷ En lo relativo a la ausencia de control del contenido fáctico de la acusación por parte del juez de instrucción en el auto de apertura de juicio oral. NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, p. 2.

¹⁴⁸ Una crítica a la concepción de la valoración del auto de apertura de juicio oral como juicio negativo por su poca aptitud para definir de manera contradictoria el objeto del juicio en: LORCA NAVARRETE, *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)*, p. 131.

¹⁴⁹ En general el modelo de juicio negativo frente a las causales de sobreseimiento para el auto de apertura de juicio oral dejaría sin respuesta adecuada todos los casos de inconsistencias en la acusación que no implican necesariamente la procedencia de la declaración de sobreseimiento. Ejemplos, más allá del arriba presentado, podrían ser acusaciones con incoherencias entre hechos y pruebas o acusaciones con evidentes errores de tipificación, sin que en ninguno de los dos casos se presente ausencia de hechos punibles.

2) En la regulación de la citación para ser oído y del “auto de PA” no hay un estándar claro en lo relativo a la riqueza descriptiva que debe tener la referencia a los hechos, lo que permite un nivel de vaguedad muy alto en su presentación que pone en entredicho su potencial limitativo.

3) A pesar de que los hechos objeto de acusación tienen como límite los hechos informados en la citación para ser oído y los hechos referidos en el auto de incoación del procedimiento abreviado, la conceptualización que se ha hecho del contenido del auto de apertura de juicio oral no permite que en este momento procesal se controle la observancia del mencionado límite.

2.3. La estructura de los actos procesales relevantes para el control de la fase intermedia (Síntesis).

La estructura de los actos procesales fundamentales para la fase intermedia del procedimiento abreviado español, ya desarrollada en detalle en los apartados previos del presente capítulo, se puede sintetizar teniendo en cuenta las exigencias que la regulación procesal hace con respecto a la presentación y evaluación del argumento jurídico que se debe contener en cada una de ellas, que en principio debería incluir cuatro dimensiones diferenciadas para ser completo: la dimensión subjetiva (definición de la persona(s) objeto del acto procesal), la dimensión fáctica (hechos relevantes), la dimensión jurídica (delito imputado), y la dimensión probatoria (pruebas que sustentan la ocurrencia de los hechos)¹⁵⁰.

Los requerimientos básicos para tener en cuenta en cada dimensión se resumen en la siguiente tabla:

¹⁵⁰ Una justificación de porque se deben tener en cuenta estas dimensiones del argumento jurídico a la hora de valorar los actos de la fase intermedia, puede verse en el Cap. 4 apartado 2.2.1.3.

Criterios para caracterizar el control de la idoneidad del caso en las distintas fases del proceso penal			
Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
<p>1) ¿Para superar el momento procesal es necesaria la individualización o identificación del sujeto procesado?</p> <p>2) ¿Esta individualización es vinculante para las etapas subsiguientes del proceso penal?</p>	<p>1) ¿Para superar el momento procesal es necesaria la determinación de los hechos objeto de persecución penal?</p> <p>2) ¿Cuál es el grado de riqueza y especificidad descriptiva que se exige con respecto a los hechos objeto de persecución penal en la fase procesal?</p> <p>3) ¿Esta individualización es vinculante para las etapas subsiguientes del proceso penal?</p>	<p>1) ¿Para superar el momento procesal es necesaria la definición de la conducta punible específica objeto de persecución penal?</p> <p>2) ¿Qué grado de determinación jurídica debe tener la definición de la conducta punible específica objeto de persecución penal?¹⁵¹</p> <p>3) ¿La definición de la conducta punible realizada en el momento procesal es vinculante para las etapas subsiguientes del proceso?</p>	<p>1) ¿Cuál es el estándar de prueba que se debe alcanzar para superar la fase procesal?</p> <p>2) ¿Cuáles son los medios de prueba que se pueden utilizar para acreditar que se ha alcanzado el estándar de prueba?</p> <p>3) ¿Los medios de prueba utilizados en el momento procesal limitan la posibilidad de considerar otros medios de prueba en etapas subsiguientes del proceso?</p>

Siguiendo el esquema propuesto, en las tablas siguientes se resumen los requerimientos que en la regulación del procedimiento abreviado se hacen al auto de incoación de procedimiento abreviado, a la acusación, y al auto de apertura del juicio oral:

¹⁵¹ El objeto de esta pregunta puede entenderse mejor teniendo en cuenta que lo que se busca averiguar aquí es si para la superación de la fase procesal se tienen en cuenta todos los elementos del delito, o solo algunos como la tipicidad o el injusto.

Criterios para caracterizar el control de la idoneidad del caso en el auto de continuación del procedimiento abreviado			
Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
<p>1) Se debe identificar la persona imputada.</p> <p>2) Sí, la individualización es vinculante.</p>	<p>1) Sí, se deben determinar los hechos punibles.</p> <p>2) No es precisa. En la posición más exigente parece bastar con una consagración general.</p> <p>3) Sí, es vinculante.</p>	<p>1) No es necesaria la definición de una conducta punible específica.</p> <p>2) No se precisa ningún grado de determinación jurídica.</p> <p>3) No hay ningún tipo de fijación de la premisa jurídica del caso.</p>	<p>1) Razonabilidad de un juicio de tipicidad provisional con el alcance absolutamente necesario para excluir la certeza o seguridad de que los hechos indiciarios son atípicos. (no debe justificarse en la motivación del auto)</p> <p>2) Todos los disponibles en el expediente.</p> <p>3) No, pueden practicarse pruebas en etapas posteriores.</p>

Requisitos jurídicamente establecidos para la acusación.			
Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
<p>1) Se deben identificar de manera precisa los sujetos acusados.</p> <p>2) La individualización vinculante se ha hecho en etapas previas.</p>	<p>1) Debe incluir un relato de los hechos objeto de la acusación.</p> <p>2) Se requiere que los hechos se relaten de manera clara y precisa, y que se incluyan los que impliquen circunstancias agravantes o atenuantes.</p> <p>3) Si, es vinculante.</p>	<p>1) Se debe incluir la calificación jurídica que se da a los hechos.</p> <p>2) Se debe incluir la determinación del delito, el grado de participación y las penas.</p> <p>3) No, puede variarse en la calificación definitiva durante el juicio.</p>	<p>1) Para presentar acusación no se exige un estándar de prueba. Lo que se exige es que proponga las pruebas cuya práctica se interese en el juicio oral.</p> <p>2) No se exige la superación de un estándar de prueba.</p> <p>3) No, incluso hasta en el inicio de las sesiones del juicio oral pueden incorporarse nuevas pruebas¹⁵².</p>

¹⁵² Art. 785.1 LECrim.

Criterios para caracterizar el control de la idoneidad del caso en el auto de apertura del juicio oral.

Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
<p>1) No se establece expresamente, pero se asume que es un requisito lógico mínimo.</p> <p>2) La individualización vinculante se ha hecho en etapas previas.</p>	<p>1) A pesar de que en algunas fuentes se pide la concreción de los hechos imputados (STS 257/2002), esta exigencia no está consolidada en la jurisprudencia.</p> <p>2) No se precisa.</p> <p>3) El auto como tal no fija la premisa fáctica.</p>	<p>1) A pesar de que en algunas fuentes se pide la inclusión de una calificación provisional (STS 257/2002), esta exigencia no está consolidada en la jurisprudencia.</p> <p>2) No se precisa.</p> <p>3) El auto no fija la premisa jurídica.</p>	<p>1) Que de la acusación se pueda inferir la probabilidad de ocurrencia de un hecho delictivo, y qué no exista duda sobre la autoría o participación del encausado en los hechos, y qué en caso de existir duda, la misma pueda ser potencialmente solventada con la actividad probatoria propia de la fase de juicio. (no debe justificarse en la motivación del auto)</p> <p>2) No queda claro si puede recurrirse a todos los disponibles en el expediente o si solo se pueden tener en cuenta los relacionados en la acusación.</p> <p>3) No, pueden incorporarse pruebas en etapas posteriores.</p>

2.4. El problema de la imparcialidad del órgano decisor en la fase intermedia.

La concentración de funciones en el juez instructor durante la fase investigativa y la fase intermedia¹⁵³ ha llevado a que la doctrina española reflexione sobre la imparcialidad de esta autoridad al momento de valorar si se debe continuar con el proceso a través de la decisión sobre el auto de continuación de procedimiento abreviado o el auto de apertura del juicio oral.

De un lado, un número importante de autores han defendido que la combinación de la función investigativa y la de valoración del caso, en cabeza del juez de instrucción, implica que no se pueda sostener que el juez toma una decisión imparcial relativa a la procedencia de continuar con el proceso, criticando, por ese motivo, que la decisión en la fase intermedia se asigne al mencionado órgano jurisdiccional¹⁵⁴.

Por su parte, en defensa de la asignación al juez de instrucción de la función decisoria en la fase intermedia pueden encontrarse básicamente dos argumentos. El primero resta importancia a la imparcialidad del decisor en la fase intermedia, a partir de considerar que la imparcialidad del juez es particularmente relevante en la fase de juzgamiento, y por tanto, la asignación al juez de instrucción de la decisión en la etapa intermedia se considera válida, ya que logra precisamente garantizar que el juez decisor no esté contaminado al momento del juicio¹⁵⁵. El segundo plantea que la imparcialidad del instructor puede predicarse precisamente en virtud de su carácter jurisdiccional, es decir, defiende que el hecho de que la investigación y las decisiones de la fase intermedia sean tomadas por un juez, es garantía de su imparcialidad¹⁵⁶.

Estando en general de acuerdo con el primer grupo de autores señalados, a continuación se discutirán los argumentos que se postulan en defensa de la posición actual del juez instructor en la fase intermedia.

¹⁵³ Ver apartado 1.7.1 Cap. 1.

¹⁵⁴ Entre otros: BASTARRECHE BENGOA, *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, p. 105; CASTILLEJO MANZANARES, *Estudios penales y criminológicos*, p. 256.; RAMOS RUBIO, *Revista catalana de seguretat publica*, pp. 80-85; SIGÜENZA LÓPEZ, *El sobreesimiento libre*, p. 106; GUERRERO PALOMARES, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, pp. 128-130; SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, pp. 75-76.

¹⁵⁵ Esta postura es la que parece ubicarse en la STC 186/1990, al respecto: CASTILLEJO MANZANARES, *Estudios penales y criminológicos*, p. 256. También puede encontrarse una defensa doctrinaria de la misma en: ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El periodo intermedio del proceso penal*, pp. 111-114.

¹⁵⁶ Este segundo argumento puede inferirse de lo defendido por ARMENTA DEU en: ARMENTA DEU, *Revista Ius et praxis*, pp. 101-103.

En lo relativo al primer argumento, inicialmente hay que precisar que el hecho de que la imparcialidad del decisor final del proceso sea una garantía jurisdiccional fundamental, incluso en mayor medida que la del decisor en la fase intermedia, no implica necesariamente que la imparcialidad del decisor en el periodo intermedio no sea relevante. Esto ya que la imparcialidad del juzgador no está necesariamente ligada con el modelo de decisión que existe en la fase intermedia objeto de estudio, pues es perfectamente posible pensar en diseños alternativos de este momento procesal que continúen garantizando la imparcialidad del juzgador final. Así, la importancia de la imparcialidad del juez en el periodo estudiado debe valorarse por sus propios méritos y no en relación con el valor de la imparcialidad del decisor en la fase de juzgamiento.

En esos términos se considera que la importancia de la imparcialidad del decisor de la fase intermedia debe valorarse con relación a qué tanto aporta esta característica a la consecución de los objetivos de la fase procesal en específico y del proceso penal en general.

A partir de lo hasta ahora desarrollado, a modo de intuición se puede plantear que la imparcialidad del decisor en la fase intermedia lo ubicaría en una posición más equilibrada para valorar las circunstancias del caso, repercutiendo esto en una mayor garantía para los intervinientes en el proceso (especialmente la defensa). Sin embargo, correspondiendo la evaluación de la importancia del periodo intermedio en la estructura general del proceso penal y la defensa sistemática de las características valiosas de la fase intermedia a un momento posterior del trabajo no se profundizará más aquí en el asunto.

En cuanto al segundo argumento esgrimido para defender la posición del juez instructor en el diseño actual del procedimiento abreviado, el mismo se entiende débil, porque no es posible defender que la pertenencia al poder judicial del instructor es suficiente para sostener que sus decisiones en la fase intermedia son imparciales.

Al respecto vale recordar que FERRAJOLI ha precisado que la posición institucional del juez en el proceso se debe caracterizar por su exterioridad al sistema político, y más en general, a todo el sistema de poderes (independencia); por ser ajena a cualquier interés privado o personal (imparcialidad personal); y por carecer de cualquier tipo de interés

público o institucional (imparcialidad institucional)¹⁵⁷, caracterizándose este último elemento por la posición institucional del juez como tercero supra-partes, que carece de interés acusatorio y no ejerce funciones de acusación¹⁵⁸. De allí que la pertenencia orgánica de un funcionario a la judicatura no implica necesariamente su imparcialidad, pues esto solamente está ligado con su independencia.

En el caso del juez de instrucción, entonces, su independencia se entendería garantizada por la pertenencia al poder judicial¹⁵⁹, y su imparcialidad personal se presumiría de manera general; sin embargo, su imparcialidad institucional, al momento de tomar una decisión en la fase intermedia, estaría bajo sospecha permanente. Lo anterior pues el acto mismo de investigar incluye, dentro de su práctica, la construcción de hipótesis inculpatorias¹⁶⁰, y la labor investigadora del juez instructor incluye cargas de imputación y prueba propias de la actividad acusatoria¹⁶¹. Así, el carácter jurisdiccional del instructor no sería suficiente para afirmar su imparcialidad al momento de valorar la suficiencia de una investigación que el mismo ha dirigido y controlado¹⁶².

¹⁵⁷ La consideración que hace FERRAJOLI de dos aspectos diferenciados de la imparcialidad judicial es similar a la división que se tiene en cuenta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre imparcialidad subjetiva (ausencia de interés, directo o indirecto, del juez en el caso) y objetiva (ausencia de contacto anterior del juez con el *thema decidendi*, a un nivel que genere duda razonable sobre su imparcialidad). JAÉN VALLEJO, *Revista Diálogos de Saberes*, p. 203.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 578-582.

¹⁵⁹ La independencia del poder judicial se reconoce en España a nivel Constitucional (Art.117.1 CE), subordinando la actuación de los jueces exclusivamente al imperio de la ley, y se desarrolla en el diseño institucional de la judicatura española asignando la competencia de la organización de la carrera profesional de los jueces al Consejo General del Poder Judicial, ente perteneciente al mismo poder judicial (Art. 122 CE), y reconociendo la independencia personal de los jueces en la toma de decisiones de su competencia (Art. 12 - 14 LOPJ).

¹⁶⁰ Al respecto, GASCÓN reconstruye en los siguientes términos el procedimiento de aceptación de una hipótesis, implicando la necesaria formulación de hipótesis previas: “Al principio del procedimiento las pruebas (p_1) desempeñan ya una primera función de sugerir, estimular o *inducir* una hipótesis ($p_1 \rightarrow h$) de la cual aquellas pruebas primeras (pero también muchas otras) *se deducen lógicamente* ($h \rightarrow p_1 p_2$). Es entonces cuando estas pruebas primeras (p_1) y las otras pruebas (p_2) desempeñan una segunda función; a saber: la corroboración de la hipótesis (h), su *validación* o aceptación.” GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, p.102. Una idea similar a la planteada en el texto principal se defiende en BASTARRECHE BENGOA, *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, pp. 108-109.

¹⁶¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 567.

¹⁶² Adicionalmente debe señalarse que la posibilidad de recusar al juez de quien se sospecha por algún motivo que no es imparcial no es una institución idónea para solventar los problemas de ausencia de imparcialidad del juez instructor que se exponen aquí, ya que estos no parten de una animadversión subjetiva o de un interés objetivo particular en el caso, sino de un problema estructural en la repartición de las facultades de acusación y control del caso en el esquema procesal. Para una perspectiva de los alcances de la recusación en el proceso penal español, ver: PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, pp. 163-168.

Desde otra perspectiva, la supuesta imparcialidad del juez instructor al tomar las decisiones propias de la fase intermedia también puede cuestionarse a partir de la literatura que sobre los sesgos en la toma de decisiones han desarrollado algunos autores, en el marco de la psicología cognitiva, con fundamento en las ideas de KAHNEMAN y TVERSKY¹⁶³.

Como marco general hay que precisar que estas perspectivas teóricas parten de considerar que el proceso cognitivo humano no implica la aprehensión objetiva de la realidad, pues la forma en que se perciben y conocen los fenómenos está inevitablemente determinada por el contexto, las motivaciones, las expectativas y las experiencias de cada sujeto¹⁶⁴. Teniendo esto como referente, en ellas se plantea que la toma de decisiones de los sujetos no parte de un modelo de elección racional que sopesa equilibradamente probabilidades, sino que se sustenta ordinariamente en procesos más simples, que tradicionalmente se han entendido con relación a la intuición, y que estos autores conceptualizaron como *heurísticos*.

KAHNEMAN y TVERSKY identificaron inicialmente tres heurísticos básicos: el de disponibilidad, el de representatividad, y el de anclaje-ajuste, caracterizando el concepto general como un conjunto de atajos mentales altamente eficientes que ofrecen soluciones subjetivamente convincentes y usualmente útiles a los problemas relativos a la toma de decisiones¹⁶⁵. Así, el razonamiento a través de *heurísticos* se entiende como una característica humana muy importante, en la medida en que permite tomar decisiones rápidas y eficaces; sin embargo, el uso de cada heurístico también está asociado con la ocurrencia de un grupo de *sesgos*, siendo definidos estos, en este contexto, como desviaciones de las teorías normativas racionales o violaciones a las leyes básicas de la probabilidad. Esto significa que en el modo de razonamiento humano cotidiano hay una permanente vulnerabilidad al sesgo y al error¹⁶⁶.

Centrando la reflexión en los elementos más relevantes para el argumento, el heurístico de anclaje-ajuste se ha caracterizado como un proceso cognitivo particular en el que quien toma la decisión, primero se enfoca en un anclaje y luego realiza una serie de

¹⁶³ GICOVICH y GRIFFIN, "Introduction - Heuristic and biases: then and now", p. 19.

¹⁶⁴ MACLEAN y DROR "A primer on the psychology of cognitive bias", pp. 13-14.

¹⁶⁵ GICOVICH y GRIFFIN, "Introduction - Heuristic and biases: then and now", p. 20.

¹⁶⁶ GICOVICH y GRIFFIN, "Introduction - Heuristic and biases: then and now", pp. 19-20.

ajustes dinámicos hacia su decisión final, siendo que cuando el ajuste es insuficiente la decisión está sesgada por corresponder demasiado con el anclaje¹⁶⁷. Considerando esto, se ha defendido que el anclaje actúa como una sugestión que hace que la información consistente con el anclaje sea más accesible, ya sea en la memoria o por una búsqueda externa sesgada¹⁶⁸. En esos términos, el heurístico de anclaje puede generar que la elección del decisor esté viciada por un *sesgo confirmatorio* al producir que la selección e interpretación de la información se haga de tal forma que privilegie un resultado que corresponda con el anclaje, en perjuicio del resultado correcto¹⁶⁹.

Una investigación reciente, realizada en Alemania, ha explorado empíricamente los alcances del sesgo confirmatorio en la toma de decisiones por parte de jueces y ha llegado a conclusiones muy interesantes¹⁷⁰ que vale la pena revisar aquí, con algún detalle, por su pertinencia para lo que se está discutiendo en este apartado. En términos generales, el estudio se formuló y desarrolló de la manera que se describe en los párrafos subsiguientes¹⁷¹.

En el estudio principal, teniendo como muestra un grupo significativo de personas con formación y experiencia específica en derecho penal (130 jueces, fiscales o abogados con experiencia en el área), se le pidió a cada uno que resolviera un caso hipotético asumiendo el rol de juez, asignándose a la mitad un caso de derecho penal (a los miembros de este grupo se les consideró expertos específicos) y a la otra mitad un caso de derecho laboral (a los miembros de este grupo se les consideró expertos generales). Los dos casos estaban expresamente diseñados por expertos en derecho para que la decisión de cuál era la respuesta correcta fuera bastante discutible, y por ende las posiciones de los participantes se repartieran entre las dos posibilidades que daba cada caso. Tras la lectura de la descripción general del caso, a los participantes se les solicitaba que asumieran una posición preliminar con respecto a la decisión que

¹⁶⁷ CHAPMAN y JOHNSON, “Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value”, p. 146.

¹⁶⁸ CHAPMAN y JOHNSON, “Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value”, p. 150.

¹⁶⁹ CHAPMAN y JOHNSON, “Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value”, p. 154; MACLEAN y DROR, “A primer on the psychology of cognitive bias”, p. 16.

¹⁷⁰ SCHMITTAT y ENGLISH, *Psychology, Public Policy and Law*, pp. 386-400.

¹⁷¹ Solo se resaltan aquí los aspectos del estudio más relevantes para las conclusiones obtenidas. Si se quiere ver en más detalle los distintos aspectos de su diseño y aplicación puede consultarse el estudio completo.

tomarían. En este punto del estudio, a la mitad de los integrantes de cada grupo se les presentaban dos frases recordando la responsabilidad social que asumen los jueces al tomar el tipo de decisiones propias de los casos que estaban revisando, con el fin de medir si este elemento generaba un cambio en las respuestas de los participantes. Luego se les presentaban diez argumentos jurídicos, cinco en apoyo de cada una de las posibles respuestas del caso. Tras leer cada argumento los participantes debían calificar, en una escala de uno a diez, qué tan importante fue cada uno para la decisión preliminar tomada, y qué tan fuertemente cada argumento soportaba la decisión que pretendía apoyar. Cuando los participantes habían terminado de procesar la información de cada argumento se les solicitaba que realizaran su decisión final.

Lo pretendido con el estudio era medir si los participantes evidenciaban sufrir un sesgo confirmatorio al momento de la toma de decisión definitiva, y en caso tal, si los grados de sesgo eran diferentes en los casos de los expertos específicos y los expertos generales, y si el recordatorio de responsabilidad generaba algún efecto en el grado de sesgo confirmatorio sufrido por los participantes.

Los resultados obtenidos fueron los siguientes: 1) en el caso penal 65.7% de los participantes eligió una opción y 34.3% la otra, mientras en el caso laboral 49.2% eligió una opción y 50.8% la otra; 2) de los ciento treinta participantes solo dos modificaron su posición preliminar al momento de dar su decisión definitiva; 3) se demostró una significativa asimilación sesgada de la información, pues los argumentos en favor de la hipótesis preliminar asumida fueron valorados, consistentemente, con puntajes más altos que los argumentos en favor de la hipótesis contraria; 4) los expertos específicos mostraron menores grados de asimilación sesgada de la información que los expertos generales; 5) El recordatorio de responsabilidad, cuando se hizo a los expertos generales, tuvo el efecto de disminuir su grado de asimilación sesgada de la información, pero no tuvo el mismo efecto en los expertos específicos, pues en el caso de estos últimos el recordatorio no generó una variación significativa en los resultados¹⁷².

¹⁷² La hipótesis de los autores para explicar este resultado es que los expertos específicos mostraban desde antes de los recordatorios una conciencia alta de la responsabilidad que implican este tipo de decisiones. Además acreditan que esta hipótesis es consistente con resultados de estudios previos. SCHMITTAT y ENGLISH, *Psychology, Public Policy and Law*, pp. 388, 395.

Hay varias conclusiones interesantes que los autores del estudio infieren de los resultados. La primera es que los expertos legales, y por tanto los jueces, no están protegidos contra el sesgo confirmatorio, y que, tal como los legos¹⁷³, tienden a evaluar los argumentos a favor de sus hipótesis previas de manera más positiva que los argumentos en contra de estas. La segunda es que los expertos específicos mostraban grados menores de sesgo confirmatorio que los expertos generales. Y la tercera es que el sentimiento de responsabilidad con respecto a la actividad realizada tiende a disminuir el grado de asimilación sesgada de la información¹⁷⁴.

Teniendo en cuenta lo mencionado sobre los heurísticos y sesgos, y los resultados del estudio anteriormente descrito, se considera posible plantear como hipótesis, con respecto al tema de la imparcialidad del juez instructor, que la ejecución de las funciones de investigación, control de limitación de derechos fundamentales y valoración del caso, previas a la fase intermedia, hacen que el juez, al momento de tomar la decisión de emitir los autos de incoación de procedimiento abreviado y auto de apertura de juicio oral, esté en una posición institucional especialmente vulnerable a un sesgo confirmatorio¹⁷⁵.

Recuérdese al respecto que la actuación investigativa del juez de instrucción inicia con una valoración, así sea poco exigente, de la procedencia del caso (admisión de la querrela), y que a partir de allí estructura su actividad investigativa recopilando elementos de una posible hipótesis acusatoria, teniendo como momentos de valoración del caso, previos a la fase intermedia, la decisión de si procede a citar al investigado para ser oído (necesariamente), y el momento de decidir si impone medidas limitativas de derechos fundamentales entre las que se puede destacar la prisión preventiva (dependiendo de las circunstancias del caso).

¹⁷³ La afirmación de que las personas no expertas también son susceptibles a sesgos confirmatorios la sustentan los autores con la remisión a otros estudios. Asimismo citan estudios que concluyen que el sesgo confirmatorio también se evidencia en detectives policiales y jurados. SCHMITTAT y ENGLISH, *Psychology, Public Policy and Law*, pp. 395, 387-388.

¹⁷⁴ SCHMITTAT y ENGLISH, *Psychology, Public Policy and Law*, pp. 395.

¹⁷⁵ Una postura en un sentido similar puede encontrarse en: PAPAYANNIS, *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, p. 48. Literatura adicional relativa a la ocurrencia de sesgos confirmatorios en la toma de decisiones en el proceso penal se puede encontrar en: ROACH, *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, pp. 401-402, 418-423; en el contexto español en: MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, *In Dret*, 2011, pp. 1-39.

Así, el diseño institucional del proceso estimula que, al momento de la toma de decisión en el periodo intermedio, el juez de instrucción parte de una hipótesis acusatoria como anclaje, implicando esto, si seguimos los postulados de la teoría sobre heurísticos y sesgos, que tendrá tendencia a recopilar la información y a valorar la información recopilada durante las diligencias previas de una manera tal que confirme la idea inculpatoria de la que ha partido. Adicionalmente, el anclaje es mucho más evidente al momento de la decisión sobre el auto de apertura de juicio oral, ya que en ese momento la decisión del juez de instrucción parte de la hipótesis inculpatoria previamente asumida en el auto de continuación del procedimiento abreviado.

Por último, el planteamiento consistente en que el carácter jurisdiccional del instructor contrarrestaría los efectos del sesgo no parece sostenible, pues es cuestionable si se considera que al caso específico aplican algunos de los postulados defendidos en la literatura general sobre el tema¹⁷⁶, y además es una postura que no es consistente con los resultados del estudio empírico al respecto, pues en él se concluyó que aunque el carácter de experto específico (en este caso el juez de instrucción sería sin ninguna duda un experto específico en el ámbito penal) disminuye en alguna medida el procesamiento sesgado de la información, esta calidad no anula el efecto del sesgo confirmatorio en la toma de decisiones.

En conclusión, la ingente posibilidad de que el juez de instrucción esté psicológicamente sesgado hacia la confirmación de una de las hipótesis en disputa permite cuestionar razonablemente su posición imparcial en el trámite.

¹⁷⁶ En concreto se hace referencia arriba a la idea de *exceso de confianza* (*overconfidence*) que se ha desarrollado en este tipo de literatura. De manera muy resumida, la conclusión a la que se ha llegado en este contexto es que los seres humanos tenemos la tendencia a llegar a conclusiones demasiado rápido, con pocas pruebas que las soporten, y además tendemos a confiar demasiado en nuestras propias conclusiones, sin que haya diferencia en este aspecto entre expertos y legos. Con respecto al “exceso de confianza” en expertos se cita un estudio en el ámbito de la medicina, en el que, en pacientes que se encontraban en Unidad de Cuidados Intensivos y luego murieron, se compararon los resultados del diagnóstico dado por los médicos tratantes cuando los pacientes aún estaban con vida y los resultados de la autopsia; el resultado fue que los médicos que estaban completamente seguros de su diagnóstico antes de la muerte resultaron estar equivocados el 40% de las veces. KAHNEMAN, *Thinking fast and slow*, pp. 209-221, 263.

2.5. Las facultades de participación de los diversos sujetos interesados en la fase procesal.

El último asunto sobre el que se considera relevante reflexionar en este capítulo son las facultades de participación de los diversos sujetos interesados en la fase intermedia del procedimiento abreviado.

Esto pues en discusiones de la teoría del proceso penal contemporánea este punto se ha identificado como uno de los objetivos principales de la revisión crítica de los modelos de proceso¹⁷⁷, y adicionalmente, porque ante la crisis de la clasificación inquisitivo-acusatorio como estructura conceptual para estudiar las diferencias entre los procedimientos continentales y anglosajones¹⁷⁸, en nuevas aproximaciones conceptuales al fenómeno el tema de las facultades de los distintos sujetos en el proceso tiene un lugar central en la discusión.

Una propuesta de conceptualización alternativa de los distintos modelos de proceso penal es la generada por DAMAŠKA. Este autor plantea que las diferencias entre los distintos modelos de proceso son entendibles de mejor manera si estos se ubican a partir de dos variables fundamentales: su relación con la forma en que se estructura la autoridad del Estado y su relación con la función del gobierno¹⁷⁹. A partir de allí plantea dos grupos de tipologías dentro de las que se pueden clasificar los procedimientos: los que tienen modelos de autoridad jerárquica, en oposición a aquellos con los modelos de autoridad coordinada; y los que tienen como función la implementación de políticas, en oposición a aquellos orientados a la solución de conflictos.

La clasificación dentro de la que el autor ubica los procedimientos mixtos continentales es aquella que surge de la conjunción de los procesos basados en modelos de autoridad

¹⁷⁷ Al respecto HARDING, en el contexto de un nutrido libro colaborativo enfocado en los sistemas de procedimiento penal alrededor del mundo, propone como uno de los principales objetivos a abordar en la discusión crítica sobre el tema la reflexión sobre la siguiente pregunta: “¿hasta qué punto están los distintos intereses del Estado, de los presuntos delincuentes, de las víctimas o de la sociedad en general apropiadamente representados y expresados a través de los diferentes tipos de procedimiento?”. HARDING, “Overview of different types of procedure”, pp. 4-5.

¹⁷⁸ Posiciones que sustentan la crisis de la clasificación inquisitivo/acusatorio como medio para explicar las diferencias en los procesos penales puede encontrarse en: PULECIO BOEK, *Richmond Journal of Global Law*, 2014, pp. 67-144; ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales – La justicia penal en Europa y América*, pp. 54-58.

¹⁷⁹ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, p.13.

jerárquica y de los que tienen como función la implementación de políticas¹⁸⁰, estando también dentro de la misma clasificación, en una posición más cercana al modelo conceptual, el proceso propio de los Estados absolutistas del *Ancient Régime* y el proceso de los Estados totalitarios comunistas.

DAMAŠKA plantea que este modelo de proceso se fundamenta en una perspectiva epistemológica optimista, que hace que se considere como un objetivo razonable el alcanzar niveles óptimos de precisión en el descubrimiento de los hechos¹⁸¹. Partiendo de esta idea, el autor identifica algunos elementos que caracterizan las facultades de los participantes en este tipo de proceso, siendo estos, de manera muy resumida, los siguientes: 1) el control del proceso se concentra en los funcionarios del Estado, sea el decisor o el fiscal¹⁸²; 2) se pueden ubicar formas de esfuerzos colaborativos entre los funcionarios del Estado (juez y acusador) en la búsqueda de la solución óptima del problema legal; 3) no existe equivalencia entre la posición de la acusación estatal y la defensa, manteniendo la primera una posición privilegiada, incluso hasta el punto de tener facultades coercitivas contra el procesado¹⁸³, y la segunda, por ende, facultades muy limitadas, que se expresan en la restricción de sus investigaciones independientes, en su exclusión en algunos momentos de la investigación, y en general en su desigualdad frente al acusador¹⁸⁴; 4) existe la posibilidad de permitir a las víctimas y a los ciudadanos participación en el proceso aportando al desarrollo del mismo como fuentes de información¹⁸⁵; 5) no se reconoce a la víctima dominio sobre el inicio y destino del proceso¹⁸⁶.

Por su parte, GRANDE realiza una aproximación interesante a la descripción de cómo se diferencian los modelos de proceso penal continentales y anglosajones, ubicando como criterio central la forma en que se organiza, en cada uno, la participación de los sujetos.

Así, para esta autora, las diferencias entre los procesos penales continentales y anglosajones parten de las diversas concepciones que tienen sobre la verdad, siendo

¹⁸⁰ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, p. 189.

¹⁸¹ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 160-161.

¹⁸² DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 162-163.

¹⁸³ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, p. 157.

¹⁸⁴ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 174, 177-178.

¹⁸⁵ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, p. 153.

¹⁸⁶ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, p. 200.

asumida en el contexto continental la idea de que la reconstrucción objetiva de la realidad es alcanzable, derivándose de esto que el objetivo del proceso es buscar la *verdad ontológica*¹⁸⁷. GRANDE sostiene que a partir de esta idea se estructura, en el proceso continental, una idea de justicia que ella denomina *rumba justice*, haciendo referencia con esto a que el modelo de proceso que de ella se deriva se caracteriza por la posibilidad de que un número plural de actores (las partes, la víctima, la defensa y los funcionarios estatales), con distintas facultades de actuación y en distintos momentos, realicen una búsqueda colectiva de la verdad ontológica¹⁸⁸.

Los rasgos específicos de este modelo, que en general implica el paso del control oficial del proceso a un modelo de control más coordinado¹⁸⁹, de acuerdo con la autora se desarrollan en dos etapas. En la primera, que corresponde con la introducción del sistema mixto a través del Código de Napoleón de 1808, se desarrolla la figura del fiscal, no solo como acusador sino como limitador de los poderes del juez de instrucción, y se abre la posibilidad a la defensa de participar en la recolección de la prueba durante la investigación¹⁹⁰. Luego, con posterioridad a la finalización de la Segunda Guerra Mundial se amplía aún más el modelo de coordinación a partir de una aproximación multilateral a la investigación, representada por el reconocimiento a la defensa, y en ocasiones también a las víctimas, de las facultades de inspeccionar el dossier de la investigación, de estar presentes en las diversas diligencias investigativas, de solicitar actividades investigativas, e incluso de ofrecer contrapruebas y contraargumentos en la etapa de investigación¹⁹¹.

En lo anterior vemos que DAMAŠKA y GRANDE, partiendo de un fundamento epistemológico similar y revisando el mismo objeto, realizan lecturas divergentes en lo relativo a la comprensión de las facultades de los sujetos en los procesos penales de la tradición continental, aportando, por esta misma razón, elementos interesantes para

¹⁸⁷ GRANDE, *Global jurist*, p. 2.

¹⁸⁸ GRANDE, *Global jurist*, pp. 7, 14.

¹⁸⁹ GRANDE, *Global jurist*, p. 9.

¹⁹⁰ GRANDE, *Global jurist*, p. 9.

¹⁹¹ GRANDE, *Global jurist*, p. 9.

reflexionar sobre la forma en que se organiza la participación de los sujetos en el ámbito objeto de este trabajo¹⁹².

Ubicando la mirada en las fases estudiadas del procedimiento penal abreviado español, en lo referente al control del desarrollo del caso debe decirse que continúa recayendo principalmente en los agentes estatales. Así, es el juez instructor quien decide cuando se realiza la imputación, cuando se da fin a las diligencias previas, y si se dicta o no auto de apertura de juicio oral; y es el ministerio fiscal quien determina si presenta o no acusación. Sin embargo, estos actores no tienen el control absoluto del caso, pues existe una notable excepción que es la facultad del acusador particular de presentar acusación y de llevar el caso a juicio, aun en contra de la voluntad del fiscal, implicando esta facultad la posibilidad del ofendido de determinar el destino del proceso en un momento muy relevante. Por lo anterior, la premisa de DAMAŠKA respecto a que el control del destino del proceso recae exclusivamente en los agentes estatales debe matizarse en el ámbito concreto aquí estudiado.

Igualmente es necesario cuestionar la concepción que presenta DAMAŠKA de la víctima y de la participación ciudadana como propia de este tipo de procesos, caracterizándolos como una mera fuente de información con débiles facultades para influir en el desarrollo de las decisiones trascendentales. Al contrario, la reconstrucción del proceso penal abreviado, hasta la fase intermedia, nos muestra una víctima con facultades de actuación muy cercanas a las del propio ministerio fiscal, llegando incluso, como ya se dijo, a detentar la potestad acusatoria; y una participación ciudadana, que a través de la figura de la acusación popular tiene el potencial de desempeñar un papel definitorio en el trámite procesal, teniendo incluso también la facultad de acusar, aunque de manera más restringida, y estando por tanto lejos de poder ser calificada como una mera fuente de información. En este punto, entonces, se antoja más sugerente el panorama que presenta GRANDE, permitiendo ver a la víctima y a la ciudadanía, como invitados que se suman con derechos plenos a la danza del proceso penal.

¹⁹² Para ver la descripción de las facultades de cada sujeto participante en el proceso ver el apartado 1.7. de este capítulo.

Otro tema interesante es la relación entre el juez y el fiscal, respecto de la que GRANDE resalta la relación de control, en oposición a DAMAŠKA que resalta sus esfuerzos colaborativos dirigidos al fin común de encontrar la verdad.

Frente a este tópico, lo que se observa en el procedimiento penal abreviado es una relación ambigua, ya que aunque claramente existen momentos concretos en los que juez instructor y ministerio fiscal se controlan entre sí, en el panorama general es posible ver que prima una dinámica de coordinación entre estos dos participantes en el proceso.

En principio, la forma en que se estructura el procedimiento plantea momentos concretos de control entre el juez instructor y el fiscal. De un lado, la aprobación del juez es necesaria para decretar las diligencias limitativas de derechos solicitadas por el fiscal, e incluso realiza un acto de control de la acusación con el auto de apertura de juicio oral¹⁹³. Por el otro, existen momentos en que el impulso procesal no depende exclusivamente del juez, pues requiere que las partes acusadoras soliciten cierto tipo de medidas para que puedan ser decretadas, tales como la prisión preventiva o las medidas cautelares dirigidas a la satisfacción de pretensiones civiles¹⁹⁴. Incluso, la necesidad de que se presente una acusación para que pueda abrirse el juicio puede ser entendida como un mecanismo de control al poder del juez instructor, pues solo puede darse apertura al trámite final cuando alguna de las partes, con el acto de presentar acusación, ha confirmado que la posición del juez de que se está posiblemente ante una conducta punible, expresada previamente con el proferimiento del auto de continuación de procedimiento abreviado.

Sin embargo, también existen elementos en el diseño procesal que permiten considerar razonablemente que tiene un potencial explicativo importante la postura de que detrás de la forma en que se estructura el procedimiento estudiado está la concepción del ministerio fiscal y del juez instructor como dos oficiales estatales con competencias coordinadas para descubrir la verdad ontológica del hecho punible.

En la fase investigativa rasgos de este modelo de actuar coordinado pueden verse en distintos momentos. Uno es la posibilidad que tiene el ministerio fiscal de realizar

¹⁹³ Las limitaciones de este acto de control han sido desarrolladas en el apartado 2.1.

¹⁹⁴ Ver apartado 1.7.1 Cap. 1.

actividades investigativas antes de que el juez instructor inicie las diligencias previas; otro es la anteriormente mencionada solicitud de detención preventiva, ya que el juez de instrucción es el que convoca a audiencia para que alguna de las acusaciones solicite la medida y también quien decide sobre la procedencia de la solicitud presentada; y finalmente, otro es la posibilidad del ministerio fiscal de continuar participando en las diligencias previas aun cuando se haya decretado el secreto de la instrucción.

En la fase intermedia la idea de coordinación también se evidencia con la existencia de una posición privilegiada de la fiscalía en cuestiones tales como la posibilidad que tiene de requerir al juez de instrucción que dicte el auto de incoación de procedimiento abreviado, y especialmente, en la facultad que tiene de que se practiquen todas las diligencias complementarias que solicite, sin que frente a ellas pueda haber un control efectivo del juez. El juez de instrucción, por su parte, también tiene facultades que son coherentes con la idea de coordinación, como la posibilidad de no validar inmediatamente la solicitud de sobreseimiento realizada por el ministerio fiscal, buscando antes una acusación alternativa de las otras partes facultadas para realizar tal actividad, o incluso, requiriendo al superior jerárquico del fiscal para que confirme su decisión¹⁹⁵.

Así, más que una relación de control mutuo entre fiscal y juez instructor dirigida a evitar excesos en la labor acusatoria e investigativa de uno y otro, lo que parece evidenciarse aquí es una especie de tándem, en el que los dos actores van relevándose y supliendo sus respectivas falencias, mientras siguen el camino común de construir un caso lo más robusto posible que permita ubicar la verdad de los hechos. Además, a este esfuerzo colaborativo, en el procedimiento abreviado español, se suman claramente las acusaciones particular y popular, que con sus amplias facultades en la fase investigativa, y con la posibilidad, en la fase intermedia, de solicitar diligencias complementarias, recurrir el sobreseimiento y presentar acusación, entran a suplir cualquier falencia que los demás participantes del proceso hayan podido tener en la consolidación de una hipótesis inculpatória.

Estrechamente ligado con lo anterior está el papel que desarrolla la defensa en el trámite procesal. En la lectura de GRANDE se pone el acento en el amplio reconocimiento de

¹⁹⁵ Ver apartado 1.5. Cap. 1.

facultades que se le hace en la fase de investigación, y por tanto se ve a esta como un participante con herramientas suficientes para plantear una perspectiva alternativa del caso que enriquece la búsqueda colectiva de la verdad ontológica; mientras que en la posición de DAMAŠKA lo que se resalta es el desequilibrio general existente entre las facultades de acusación y defensa en este tipo de diseños procesales, lo que hace que se le caracterice como un actor con un potencial de influencia muy limitado.

En un apartado previo de este trabajo se expusieron de manera detallada las facultades de la defensa en el proceso abreviado español, concluyéndose al respecto que hay una marcada diferencia entre sus posibilidades de acción en la fase investigativa y la fase intermedia¹⁹⁶. De allí, que en la fase investigativa la postura de GRANDE podría encontrarse reflejada en las amplias facultades de participación y contradicción que se le reconocen a la defensa (aunque siempre en menor medida que al acusador estatal); pero en la fase intermedia la participación casi nula de la defensa, unida a la posibilidad de coordinación de las demás partes procesales para la consolidación del caso inculpatario, están más cerca de la visión de DAMAŠKA sobre el asunto.

Considerando todo lo anterior es posible afirmar, en primera medida, que en la fase intermedia del procedimiento abreviado español la forma en que se organiza la participación de los sujetos interesados tiene rasgos en común interesantes, en términos generales, con la forma en que DAMAŠKA y GRANDE caracterizan la participación de los sujetos en los procedimientos penales de la tradición continental. Esto es un indicio concreto de que los modelos conceptuales que proponen para entender las diferencias entre procesos anglosajones y continentales tienen un potencial explicativo mayor que la clásica distinción entre procesos inquisitivos y acusatorios, y por ello son herramientas interesantes para el ejercicio comparativo.

Por otro lado, considerando en detalle las facultades de los sujetos en la fase investigativa y la fase intermedia del procedimiento abreviado español puede decirse que, en este caso concreto, la perspectiva general de un modelo de participación coordinado entre los distintos sujetos interesados es bastante ilustrativa, pues es innegable que cada uno desempeña un papel relevante en el desarrollo del trámite procesal. Sin embargo es importante realizar algunas precisiones para representar de

¹⁹⁶ Ver apartado 1.7.3 del presente capítulo.

manera más fiel lo que pasa en la etapa procesal estudiada. Retomando la metáfora del baile podría decirse que en el proceso abreviado se presenta una danza conjunta en la que todos los sujetos interesados participan, pero más que una rumba sería un *ballet*, en el que cada partícipe tiene una jerarquía dentro de la presentación. Así, unos son los bailarines principales en los que se concentra el protagonismo durante la pieza (juez de instrucción y ministerio fiscal); otros que desde su papel secundario eventualmente participan de manera decisiva (acusador particular y popular); y finalmente, hay un antagonista, que aunque en un principio desarrolla un rol relevante en la trama, en últimas, resulta eclipsado por los demás bailarines y prácticamente excluido del acto final (defensa).

2.6. Resumen.

La reconstrucción de la fase intermedia del proceso abreviado español y la reflexión crítica sobre sus características fundamentales ha llevado a que a lo largo del capítulo se definan algunas posturas en lo relativo a la organización procesal y a la forma en que se organiza la participación de los sujetos en la misma.

En cuanto a la organización procesal es claro que es posible ubicar una fase intermedia, ya que existen dos momentos claramente diferenciados en que se hace una valoración del caso posterior a la fase investigativa y previa al juicio, siendo estos el auto de continuación de procedimiento abreviado y el auto de apertura de juicio oral.

A pesar de que esta estructura bipartita genera la impresión de que en este modelo de fase intermedia se da un control riguroso del caso antes del juicio, la revisión exhaustiva de su regulación demuestra, al contrario, que la misma constituye una barrera más bien débil entre la etapa de investigación y juzgamiento. Lo anterior por cuanto:

- 1) Las inconsistencias entre el estándar material que se debe cumplir en cada una de las decisiones de la fase intermedia y los requerimientos de motivación de los autos que expresan las mismas afectan la verificabilidad de la razonabilidad de las decisiones tomadas por el juez instructor y la posibilidad de un recurso efectivo contra las mismas. Por esto, la rigurosidad del juicio que se debe agotar

en la fase intermedia termina confiándose exclusivamente al fuero interno del decisor.

2) En este modelo de fase intermedia se realiza una fijación débil del caso de cara al juicio, dado que en ella solamente se realiza una delimitación subjetiva y fáctica, y por tanto el aspecto de la calificación jurídica y de la prueba utilizable aun es revisable en la fase de juicio. Además, la delimitación fáctica se realiza en la primera parte de la fase intermedia (“auto de PA”) sin que haya un estándar claro de la riqueza descriptiva que debe tener la misma, lo que permite la consagración genérica de hechos en el auto, limitando esto la eficacia práctica de este requerimiento legal. Por si fuera poco, no es posible, en el auto de apertura de juicio oral, controlar que exista coherencia entre la fijación de los hechos del auto de continuación del procedimiento abreviado y los hechos objeto de acusación, a pesar de que este sería el escenario procesal idóneo para controlar que se haya respetado la delimitación fáctica previamente realizada.

3) Los modelos de conformidad de mayor aplicación en el proceso penal abreviado no pueden utilizarse sin que se haya agotado previamente la fase intermedia, pues por disposición legal solo se pueden realizar con posterioridad al auto de apertura de juicio oral. Esto es interesante pues antes de una terminación del caso previa al juicio, en virtud del diseño procesal, al menos se tiene que agotar una valoración material del mismo.

En lo relativo a la forma en que se organiza la participación en la fase intermedia de los distintos sujetos facultados legalmente también ha sido posible llegar a conclusiones interesantes que se pueden resumir en los siguientes términos:

4) La multiplicidad de funciones que desarrolla el juez de instrucción en las diligencias previas hace que de manera general pueda cuestionarse su posibilidad de ser imparcial al momento de tomar la decisión de dar continuidad al caso o no, en el momento del “auto de PA”, y más aún en el del auto de apertura de juicio oral. Esto ya que algunas de las actividades delegadas a él durante la instrucción son propias de la actividad acusatoria y por ende afectan la posición institucional desinteresada que debe caracterizar a quien toma una

decisión imparcial en el marco del proceso; y porque el ejercicio de una actividad investigativa previa, dirigida a la validación de una hipótesis inculpatoria, hace que el juez al momento de decidir sea extremadamente vulnerable a estar psicológicamente sesgado hacia una decisión confirmatoria de la hipótesis que el mismo ha elaborado.

5) El procedimiento abreviado español permite la participación de múltiples actores en las fases investigativa e intermedia, siendo esto coherente con la forma en que desde las perspectivas teóricas de DAMAŠKA y GRANDE se caracterizan los procedimientos penales de la tradición continental. Aunque el trámite es controlado de manera general por la autoridad judicial, tanto la acusación estatal como las acusaciones ciudadanas tienen amplias facultades en lo correspondiente al desarrollo de la investigación y primordialmente en cuanto a la presentación de la acusación. Esto hace posible afirmar que el diseño institucional estimula una actuación coordinada de estos participantes en el proceso, dirigida a consolidar un caso inculpatorio lo más sólido posible. Lo anterior deja a la defensa, especialmente en la fase intermedia, en una clara situación de desventaja, en la medida en que debe enfrentarse a un número plural de acusadores sin contar si quiera con medios procesales eficaces para controvertir las posiciones que afectan sus intereses.

Capítulo 2. La imputación y la acusación como fase intermedia del procedimiento penal colombiano.

En este capítulo la atención se centrará en la fase intermedia del procedimiento penal ordinario colombiano. En el primer apartado se da una panorámica del contexto de la reforma al procedimiento penal colombiano y se identifican las etapas procesales que se entienden como fase intermedia; el segundo se dedica a la descripción detallada de la forma en que se configuran las fases procesales correspondientes; y el tercero se enfoca en una reflexión crítica relativa a sus aspectos más problemáticos.

1. Precisiones preliminares relativas al proceso penal colombiano.

1.1. Apuntes sobre la reforma al sistema procesal penal.

El procedimiento penal colombiano ha estado históricamente influenciado por las concepciones generales sobre el proceso de la tradición europeo-continental. Así, durante casi todo el siglo XX, en los códigos colombianos era posible ubicar características que correspondían con aquellas de los sistemas mixtos continentales, como la acumulación de amplias facultades en el órgano investigador, la separación de la etapa de instrucción y la de juzgamiento, y el predominio del carácter escrito de las diligencias¹⁹⁷.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 906 de 2004¹⁹⁸, el procedimiento penal colombiano fue objeto de una reforma en la que se cambió radicalmente la estructura del proceso, se introdujeron instituciones procesales previamente desconocidas, se

¹⁹⁷ Refiriéndose a los códigos posteriores a la Constitución de 1991 (Decreto ley 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000): FORERO RAMÍREZ, “Sistema penal acusatorio en Colombia”, pp. 71-72. Haciendo referencia a que en Colombia, desde el Código regulado por la Ley 94 de 1938 se establece una clara distinción entre investigación y juzgamiento: USAID, *Assesment of USAID/Colombia’s justice reform and modernization program*, p. 7.

¹⁹⁸ En Colombia existen varios sistemas procesales en materia penal: la jurisdicción penal ordinaria, la justicia penal militar, la jurisdicción especial indígena y los juicios contra altos funcionarios estatales. Por su parte, dentro de la jurisdicción ordinaria existen dos procedimientos, el ordinario, regulado por la Ley 906 de 2004, y el abreviado, introducido recientemente a través de la Ley 1826 de 2017. Por razones de necesaria delimitación del objeto del trabajo aquí se ha elegido estudiar específicamente la fase intermedia del procedimiento ordinario.

modificó el rol de los distintos participantes, y se realizaron reformas importantes en instituciones claves para el sistema procesal¹⁹⁹.

Para hacer viable el mencionado cambio se realizó una reforma constitucional que incluyó en el texto de la norma superior los elementos básicos que serían la base del nuevo diseño procesal²⁰⁰, a partir de allí se creó una comisión redactora encargada de elaborar una propuesta de código²⁰¹, y finalmente la misma fue discutida y aprobada por el Congreso de la República.

Es evidente la significativa influencia en la reforma de la concepción del proceso penal propia del sistema de los Estados Unidos. La introducción de elementos como la tramitación oral de la mayor parte de las diligencias procesales y de ideas como igualdad de armas, oportunidad y justicia penal negociada, a modo de ejes centrales del nuevo proceso, muestra que se pretenden acoplar al sistema colombiano ideas tradicionalmente usadas en el contexto de aquel país²⁰².

Así mismo, es posible documentar la existencia de influencia directa del gobierno de los Estados Unidos en la modificación del procedimiento en Colombia²⁰³. Vale recordar

¹⁹⁹ REYES, *Revista de Ingeniería – Facultad de ingeniería universidad de los andes*, pp. 1-10.

²⁰⁰ Dicha reforma se dio a través del Acto Legislativo 03 de 2002 en el que se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la C.N.

²⁰¹ La mencionada comisión redactora se integró por el Fiscal General de la Nación, el Ministro del Interior y de Justicia, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las comisiones primera y tercera, y tres miembros de la academia, designados por el Gobierno y el Fiscal General. La secretaría técnica la realizó la Corporación Excelencia para la Justicia. USAID, *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)*, p. 15.

²⁰² En un interesante esfuerzo por caracterizar los elementos comunes de las reformas a los procedimientos penales que se han dado en las últimas décadas del siglo XX en Latinoamérica, LANGER plantea que la mayor influencia para este movimiento ha sido la de una red de expertos latinoamericanos que impulsaron el proceso de reformas, teniendo como referente el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica; quedando en su relato, en un segundo plano, la influencia de agencias de cooperación como USAID. LANGER, *The american journal of comparative law*, 2007, pp. 617-676. Si bien esta perspectiva parece muy potente en términos generales, aquí se considera que para caracterizar el proceso de la reforma en Colombia es imprecisa, pues al no dar relevancia suficiente a circunstancias concretas, como el momento temporal en que se da la reforma en Colombia y la especial influencia de los Estados Unidos en el mencionado país, sobrevalora la influencia de la red de expertos y por tanto del código modelo, e infravalora correlativamente la influencia de las agencias de los Estados Unidos. Por ello, en este texto se parte de considerar que la influencia principal de la reforma en Colombia viene de la participación de las agencias norteamericanas, y por tanto, solo es accesoria en este caso la influencia del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

²⁰³ En lo relativo a las razones que motivan el interés de los Estados Unidos en la reforma del proceso penal colombiano, de acuerdo con LÓPEZ, en el informe *Andes 2020: A New Strategy for the Challenges of Colombia and the Region (2003)* el *Council on Foreign Relations* se plantea que: uno de los problemas

que los gobiernos de los respectivos países suscribieron, en el año 1999, un acuerdo de cooperación que se conoció popularmente como “Plan Colombia”. Este tenía como objetivo central la cooperación militar para atacar a la cadena productiva del narcotráfico y a los grupos armados al margen de la ley, pero también incluyó, entre otras cosas, un acuerdo para apoyar a la administración de justicia a través de la implementación de un “sistema penal oral acusatorio”²⁰⁴. Esto implicó inversión directa del gobierno norteamericano para el proceso de reforma²⁰⁵ y además cooperación en distintos temas relacionados con su implementación²⁰⁶.

En virtud de lo anterior, el actual procedimiento penal colombiano se constituye a partir de una combinación interesante: es un sistema claramente influenciado por algunas ideas del proceso penal de Estados Unidos que se pretende integrar en una cultura

más graves de la región andina en su conjunto es: “la falta de aplicación efectiva de la ley y del poder acusatorio” con lo que se posibilita el negocio de la droga y los mercados negros que se financian a partir del mismo. Esta realidad es vista como una amenaza para la seguridad interna de los Estados Unidos y requiere, por tanto, de políticas de fortalecimiento del accionar del estado colombiano, con especial énfasis en su capacidad de lidiar internamente con las organizaciones criminales. LÓPEZ MEDINA, *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia*, pp. 32-33.

²⁰⁴ Plan Colombia “Plan para la paz, la prosperidad y el fortalecimiento del Estado”, (<http://www.cuestiones.ws/revista/n7/feb02-col-plan.htm>).

²⁰⁵ De acuerdo con datos del DNP, la inversión de los Estados Unidos en el componente de fortalecimiento institucional del Plan Colombia, dentro del que se encuentra el objetivo de implementación de la reforma al proceso penal, fue de 465 millones de dólares entre el año 1999 y el año 2005. DNP, *Balance Plan Colombia 1999-2005*, p.11. Así mismo la inversión de los Estados Unidos, entre el año 2000 y 2008, en la “promoción del Estado de Derecho – reforma judicial y construcción de capacidades” en Colombia, se estima en 238.7 millones de dólares. GAO, *Plan Colombia (...)*, p. 47. Por su parte el DOJ acredita que desde el inicio del Plan Colombia ha asignado más de 140 millones de dólares para asistencia a fiscales, investigadores, expertos forenses, personal de protección y jueces. DOJ, *Programa de reforma del sector de la justicia*.

²⁰⁶ DNP, *Balance Plan Colombia 1999-2005*, p. 35. Se ha podido observar que la cooperación de EE.UU a la reforma del procedimiento penal colombiano se canaliza, básicamente, a través de dos vías institucionales: USAID y el DOJ. En lo relativo a USAID, esta entidad reconoce en documentos oficiales su apoyo en el proceso de reforma e implementación del sistema procesal, mencionando al Plan Colombia como un factor que incrementó la asistencia en estos temas. El énfasis de la cooperación de USAID ha estado en la capacitación de los operadores del sistema y de estudiantes de Derecho, y su principal logro ha sido la creación y desarrollo de la oficina de la Defensoría Pública. USAID, *Assesment of USAID/Colombia’s justice reform and modernization program*, pp. 6-12. Por su parte el DOJ centra su cooperación en el apoyo a la Fiscalía y el personal técnico investigativo para mejorar la investigación y el juzgamiento de crímenes. DOJ, *Programa de reforma del sector de la justicia*. Esto es coherente con lo postulado por LANGER respecto a las diferencias en los estilos de cooperación entre USAID y el DOJ en la implementación de los sistemas procesales penales en Latinoamérica: mientras USAID tiene un enfoque desarrollista, centrado en la estabilización institucional de los países, y que tiene en cuenta la importancia de las diferencias en la cultura jurídica a la hora de impulsar las reformas; el DOJ dirige su cooperación directamente a la eliminación o reducción de las actividades criminales que afectan a los Estados Unidos. Incluso LANGER, a partir de una investigación en que entrevistó a personas que participaron en el proceso de reforma, acredita que en Colombia el DOJ ayudó en el diseño del Código, y que funcionarios del OPDAT introdujeron varios cambios en la regulación de la investigación previa y expresaron su aprobación a la regulación del descubrimiento probatorio que diseñaron Jaime Granados y su equipo. LANGER, *The american journal of comparative law*, 2007, pp. 658-659, 664.

jurídica que históricamente ha concebido el derecho y el proceso penal desde la perspectiva de la tradición continental²⁰⁷.

Los resultados concretos que viene dando este encuentro de influencias podrán verse en este capítulo, específicamente en lo relacionado con la fase intermedia del procedimiento penal colombiano.

1.2. Estructura general del proceso penal colombiano y ubicación de la fase intermedia.

En la Ley 906 de 2004 no se reconoce formalmente la existencia de una fase intermedia en el procedimiento penal. De hecho, la referencia a la noción de etapa intermedia es prácticamente nula en la práctica procesal y muy extraña en el ámbito académico. ¿Quiere decir esto que en el proceso colombiano no existe algo que pueda identificarse como fase intermedia? A continuación se abordará esta cuestión, tomando como punto de partida la estructura del procedimiento colombiano.

Se debe iniciar por aclarar que en la estructura del Código y en los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales se ha entendido que el proceso penal colombiano se divide en tres partes: la indagación o investigación previa, la investigación formal y el juicio²⁰⁸.

La indagación o investigación previa es la fase en que, tras la recepción y aceptación de la noticia criminal²⁰⁹, se investiga si hay elementos de prueba²¹⁰ para sostener la posible

²⁰⁷ Caracterizando la cultura jurídica latinoamericana actual, LÓPEZ plantea que la influencia del derecho norteamericano en la región se puede rastrear durante el siglo XX, principalmente en el derecho privado, expresándose a través de la introducción de ideas propias del derecho de los Estados Unidos, en el marco de teorías jurídicas y esquemas conceptuales que se habían recepcionado con anterioridad, propios de la tradición europeo continental. En virtud de ello, el autor entiende la introducción de elementos del proceso penal adversarial en América Latina, simplemente como una apuesta “más profunda y arriesgada”, en el mismo sentido de lo ya acaecido en el derecho privado. LÓPEZ, *The Cambridge companion of comparative law*, pp. 356-359.

²⁰⁸ Vale precisar que aquí se está teniendo en cuenta el proceso hasta el momento de imposición de la sentencia, y por lo tanto no se está considerando el momento de ejecución de la misma. Por otro lado, es importante resaltar que para muchos autores las dos primeras etapas mencionadas son simplemente subdivisiones de una sola que se suele denominar investigación, pero aquí se prefiere la división en tres partes pues se considera que expresa de manera más clara la diferencia entre ellas y la importancia que tiene cada una individualmente considerada. BAYONA ARISTIZÁBAL (...), *Acta Sociológica*, p. 77.

²⁰⁹ En el proceso penal colombiano la gran mayoría de noticias criminales se presentan, a la fiscalía, a través de denuncia o a través de querrela (Art. 66 y sig., CPP). Existen varias diferencias entre denuncia y

ocurrencia del delito. La facultad para realizar esta actividad recae en cabeza de la Fiscalía²¹¹ y por tanto esta dirige la investigación, pues es la superior funcional de la policía judicial que a su vez se encarga de la realización directa de los actos investigativos.

Las diligencias investigativas que se realizan en este momento procesal son susceptibles de distintos tipos de controles. Las que se consideran más invasivas de los derechos fundamentales tienen control previo obligatorio por parte del juez de control de garantías²¹²; otras que se considera que afectan derechos fundamentales, pero en una proporción menor, deben ser objeto de control judicial²¹³ posterior a su realización²¹⁴;

querella. La denuncia es procedente en el caso de los delitos más graves, puede presentarse por parte de cualquier persona que tenga conocimiento de la ocurrencia del hecho, y una vez presentada la decisión sobre la procedencia de la acción penal depende exclusivamente de la fiscalía. Por su parte la querella procede en general en casos de delitos menos graves expresamente señalados en la ley, solo puede ser presentada por la víctima del delito o su representante, y si se retira con anterioridad del escrito de acusación da lugar al archivo de las diligencias.

²¹⁰ Es necesaria aquí una precisión terminológica. En el proceso penal colombiano solamente se denominan pruebas aquellas que se presentan en el juicio oral y se someten a contradicción. Por ese motivo, en las fases del proceso previas al juicio, las evidencias y demás elementos con valor probatorio se denominan elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informaciones. En este texto, para hacer referencia a los mencionados elementos, se utilizarán las nociones de “elementos materiales probatorios” o “elementos de prueba”. De cualquier forma, debe precisarse que en los eventos que en este texto se utiliza la noción de prueba en el contexto de la discusión sobre la fase intermedia del proceso penal, se está haciendo referencia al término de manera genérica, como es usado a nivel teórico, sin tener en cuenta la distinción propia del procedimiento colombiano.

²¹¹ Debe precisarse que la investigación que realiza la fiscalía en este procedimiento se orienta por el principio de objetividad (Art. 115 CPP) y no por la idea de investigación integral. Esto quiere decir que la fiscalía realiza una investigación de parte dirigida a verificar si hay elementos para sostener un caso inculpatario contra el procesado, si bien debe adecuar su actuación a un criterio objetivo y transparente. En términos prácticos esto tiene entre otras las siguientes implicaciones: la defensa y el procesado también pueden realizar su propia investigación de parte separada de la realizada por fiscalía; por regla general defensa y procesado no tienen acceso a la investigación de la fiscalía hasta antes de la acusación; y la fiscalía no tiene el deber de realizar diligencias investigativas solicitadas por el procesado o por la defensa. FANDIÑO (...), *¿Cuál es la incidencia del principio de investigación integral frente al modelo adversarial de partes, implementado con la ley 906 de 2004?*

²¹² Las principales son aquellas que implican una invasión en la intimidad del cuerpo de la persona como la inspección corporal (Art. 247 CPP) y la obtención de muestras que involucren al imputado (Art. 249 CPP). Por otro lado, también necesita control judicial previo la captura del procesado (Art. 297, CPP), aunque esta última no sea un acto investigativo propiamente dicho.

²¹³ Para mayor claridad es importante precisar, en este punto, que en el procedimiento penal colombiano los jueces desarrollan básicamente dos funciones, la de control de garantías, que corresponde al control de las diligencias en las etapas de indagación e investigación previa; y la de conocimiento, que corresponde al desarrollo de las actividades propias de la fase de juicio. Esto implica que en Colombia los jueces no desarrollan la función de instrucción del caso, pues esta es una competencia exclusiva de la fiscalía.

²¹⁴ Es el tipo más común de control. Entre las más importantes diligencias incluidas en este grupo se encuentran los allanamientos (Art. 219 y sig. CPP), la interceptación de comunicaciones (Art. 235 CPP), la vigilancia y seguimiento de personas (Art. 239 CPP) y la actuación de agente encubierto (Art. 242 CPP)

algunas otras pueden ser ordenadas directamente por la fiscalía sin control judicial²¹⁵; y, finalmente, los denominados actos urgentes son realizados por la policía judicial sin que medie orden de autoridad alguna²¹⁶.

La indagación puede terminar de distintas formas. Una se da cuando la fiscalía determina, tras haber realizado todas las diligencias investigativas pertinentes, que no hay elementos para sostener una formulación de imputación, razón por la cual decreta el archivo de las diligencias o solicita al juez que decrete la preclusión²¹⁷, en virtud de lo cual se cierra el caso en esta fase procesal. La otra se da cuando el fiscal, considerando que hay elementos para inferir razonablemente que una o varias personas son autores o partícipes del hecho delictivo investigado, decide formular imputación y por tanto da continuidad al proceso.

Así, la formulación de imputación implica el fin de la fase de indagación y el inicio de la fase de investigación propiamente dicha. Es una audiencia pública, dirigida por el juez de control de garantías, en la que el fiscal individualiza a la persona o personas posiblemente responsables del delito investigado, y les informa los cargos que existen contra ellas²¹⁸. En adición a las actuaciones previamente mencionadas, la imputación implica otras varias consecuencias procesales que la constituyen como un hito relevante dentro del trámite, entre las que se encuentran: 1) es a partir de ella donde necesariamente se activa el derecho de defensa, pues en esta audiencia el procesado debe estar obligatoriamente representado por abogado²¹⁹; 2) inmediatamente después de la imputación se puede proceder a la aceptación unilateral de cargos o a la suscripción

²¹⁵ Este tipo de control es excepcional. Aplica para exámenes de ADN que involucran al imputado (Art.245 CPP) y exhumaciones (Art. 217 CPP).

²¹⁶ Entre ellas son destacables la inspección al lugar de los hechos (Art. 213 CPP) y la inspección a cadáver (Art. 214 CPP).

²¹⁷ El archivo de las diligencias (Art. 79 CPP) es una decisión que toma el fiscal de manera autónoma y tiene como característica que implica solamente una suspensión provisional del proceso, ya que en el evento en que se encuentren nuevos elementos materiales probatorios se puede reanudar el caso, siempre y cuando no se haya extinguido la acción penal. Por su parte, la preclusión (Art. 331 y sig. CPP) corresponde a una solicitud que el fiscal realiza al juez de conocimiento para que cese la persecución penal, y en caso de ser concedida tiene efectos de cosa juzgada. El fiscal puede optar por cualquiera de las dos alternativas durante la indagación, al contrario, tras la formulación de imputación solo puede solicitar la preclusión.

²¹⁸ Art. 286 y sig. CPP.

²¹⁹ Art. 289 CPP.

de preacuerdos²²⁰; 3) solamente después de la imputación se pueden imponer medidas de aseguramiento al procesado²²¹; y 4) tiene como consecuencia la interrupción del término de prescripción de la acción penal²²².

Tras la imputación, la fiscalía tiene como plazo máximo 90 días para decidir si presenta escrito de acusación²²³ o en su defecto solicita la preclusión del caso, pudiendo durante ese lapso continuar con la realización de las diligencias investigativas que considere pertinentes. Si decide presentar escrito de acusación esto marca el cierre de la fase procesal de investigación y corresponde al inicio de la fase de juicio, que se compone además por la audiencia de formulación de acusación, la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio oral.

Iniciando por la acusación, se debe precisar que esta, en el proceso colombiano, se ha concebido como un acto complejo que se integra por el escrito de acusación y por la audiencia de formulación de acusación.

El escrito de acusación es el documento mediante el que la fiscalía presenta los hechos, la imputación jurídica y los elementos de prueba con los que pretende obtener una sentencia condenatoria, ante el juez de conocimiento, la defensa y los demás intervinientes en el proceso²²⁴.

Por su parte la audiencia de formulación de acusación²²⁵ se desarrolla ante el juez de conocimiento por ser parte integral de la fase de juicio, realizándose en ella varias actuaciones procesales relevantes: 1) se garantiza que las partes e intervinientes

²²⁰ Art. 293 CPP. Vale aclarar que la jurisprudencia permite que se realicen preacuerdos con anterioridad a la audiencia de imputación, aunque esto es muy excepcional en el trámite procesal. CSJ, *Sentencia del 7 de diciembre de 2011 (Rad. 36367)*, MP. José Luís Barceló Camacho.

²²¹ Art. 306 y sig. CPP.

²²² Art. 292 CPP. Otras consecuencias procesales interesantes derivadas del acto de imputación que ha identificado la doctrina colombiana son: formalización de la investigación penal; interrupción de la prescripción; determinación del lapso para el perfeccionamiento de la investigación penal; prohibición de la enajenación de bienes sujetos a registro; imposibilidad de dar por terminado el proceso mediante archivo o conciliación; apertura a la posibilidad de optar por la mediación penal. ARANGO GIRALDO, *Control constitucional a la imputación de cargos*, pp. 59-68.

²²³ Art. 175 CPP. En los casos en que se presente concurso de delitos, sean tres o más los imputados, o se trate de delitos de competencia de Jueces Penales del Circuito especializados el plazo es de 120 días.

²²⁴ Art. 336 y sig. CPP.

²²⁵ Art.338 y sig. CPP.

conozcan el escrito de acusación; 2) se da lugar a que los participantes²²⁶ en la audiencia expresen las causales de impedimento, recusación, o nulidad que consideren se puedan haber presentado; 3) se da el reconocimiento oficial de la víctima en el proceso; 4) se da lugar a que las partes o intervinientes presenten las observaciones al escrito de acusación con la intención de que el fiscal los aclare, adicione o corrija de inmediato; 5) se formula la acusación definitiva que será tomada en cuenta como hito para el juzgamiento; y 6) se descubren los elementos materiales probatorios que la fiscalía pretende presentar como pruebas para dar soporte al caso de la acusación en el juicio.

El siguiente momento en la estructura procesal es la audiencia preparatoria²²⁷. En ella la defensa descubre los elementos materiales probatorios con los que pretende sustentar su caso en juicio, y luego el juez de conocimiento define qué elementos probatorios podrán incorporarse en el juicio oral, en el marco de un trámite con contradicción entre las partes.

La etapa culminante del proceso es el juicio oral²²⁸. Corresponde al momento en que se debate de fondo la responsabilidad penal del procesado en el marco de una audiencia pública en la que, tras un requerimiento previo al procesado para que diga si admite o no los cargos contra él, se presentan las teorías del caso de fiscalía y defensa; se interroga y contrainterroga a los testigos; se incorporan las demás pruebas a través de ellos; y se presentan alegatos conclusivos. Agotado el juicio es competencia del juez de

²²⁶ En este capítulo se recurrirá repetidamente a la noción de *participantes en el proceso penal*, englobando en ella a las partes (fiscalía y procesado/defensa) y los intervinientes (víctima) y al ministerio público (sujeto especial). A pesar de que posteriormente se profundizará en los roles de cada participante durante la fase intermedia, para hacer posible la comprensión del texto se hace necesario hacer algunas aclaraciones, especialmente en lo relativo a la víctima y al ministerio público. La calidad de víctima en el proceso penal colombiano la pueden tener las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto (Art. 132 CPP). Por su parte el ministerio público es representado en el proceso por un funcionario de la Procuraduría General de la Nación, y tiene como rol procesal la intervención en el trámite cuando sea necesario para la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (Art. 109 CPP). No se debe confundir por tanto al ministerio público colombiano con el ministerio fiscal español, ni con el ministerio público de otras regulaciones procesales que desarrolla funciones investigativas y acusatorias.

²²⁷ Art. 355 y sig. CPP.

²²⁸ Art.366 y sig. CPP.

conocimiento dictar sentencia frente al caso²²⁹, decisión controlable a través de la interposición de recurso de apelación²³⁰ y extraordinariamente de casación²³¹.

En este punto hay que hacer una precisión fundamental. Uno de los rasgos distintivos del nuevo esquema procesal penal, inspirado fuertemente en este punto en el sistema de los Estados Unidos, es la introducción de figuras procesales que a través de la regulación de formas para terminar de manera temprana el proceso buscan desestimular que la mayoría de los casos lleguen hasta juicio, aun cuando haya elementos para acreditar la responsabilidad penal de los procesados. Se está haciendo referencia aquí a las figuras de la oportunidad, la aceptación unilateral de cargos y los preacuerdos.

Sintéticamente, la figura de la oportunidad permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, por razones de política criminal, en los casos expresamente previstos en la ley, aun cuando exista fundamento para adelantar la persecución penal²³².

Por su parte, la idea de las aceptaciones de culpabilidad y los preacuerdos es brindar al procesado la posibilidad de aceptar la responsabilidad por los hechos y delitos imputados recibiendo como contraprestación un tratamiento punitivo más benigno del que se tendría en el evento de una condena tras ser comprobada la responsabilidad penal en el juicio oral. La diferencia fundamental entre las aceptaciones de culpabilidad y preacuerdos reside en que las primeras se dan en etapas determinadas del proceso (audiencia de imputación, audiencia preparatoria y audiencia de juicio oral) y para su introducción se requiere la manifestación unilateral del procesado de su deseo de aceptar cargos, siendo competencia del juez de conocimiento definir la pena concreta a imponer²³³. Por su parte, la posibilidad de suscribir preacuerdos se da desde antes de la formulación de imputación hasta el interrogatorio del procesado en el juicio oral, y tiene como característica definitoria que además de la aceptación de los cargos del procesado se requiere la participación y aceptación de la fiscalía para que sean procedentes²³⁴.

²²⁹ Art. 446 CPP.

²³⁰ Art. 177 CPP.

²³¹ Art. 180 y sig. CPP.

²³² Art. 323 y sig. CPP.

²³³ Arts 351, 356.5, 367 CPP.

²³⁴ Art. 348 y sig. CPP.

Habiendo repasado la estructura general del proceso colombiano es momento ahora de volver a la pregunta inicial, relativa a la posibilidad o no de predicar que en él es ubicable una fase intermedia. Inicialmente, se debe precisar que la misma no es equivalente a ninguna de las partes en las que la doctrina colombiana consolidada entiende dividido el proceso objeto de estudio. A pesar de ello, se considera que sí es posible identificar escenarios procesales en los que se realizan, en menor o mayor medida, las funciones que en este trabajo se han entendido como propias de la fase intermedia, y por ende se considera viable referirse válidamente a la existencia de esta etapa procesal en Colombia.

Debe recordarse que desde la introducción de este trabajo se ha postulado que para que una etapa procesal pueda identificarse como fase intermedia en los distintos ordenamientos jurídicos a estudiar esta debe cumplir algunos requisitos, que se pueden resumir en: 1) estar precedida de una fase investigativa; 2) ser previa a la etapa de juzgamiento en que se debate de manera definitiva la responsabilidad penal; y 3) implicar una necesaria valoración de la idoneidad del caso para ser llevado a juicio. Adicionalmente, como ya se mencionó y se verá también adelante, una característica relevante de la fase intermedia es la delimitación, en mayor o menor medida, del objeto de la discusión en el juicio²³⁵, razón por la cual también se incluye aquí como elemento para su identificación.

De acuerdo con lo anterior se considera que hay dos momentos que, a pesar de que en la doctrina mayoritaria se ubican en distintas fases procesales, pueden identificarse como la fase intermedia del proceso penal colombiano: la audiencia de formulación de imputación y la audiencia de formulación de acusación²³⁶.

²³⁵ Ver Cap. 1 Punto 2.2.

²³⁶ La Corte Suprema de Justicia ha identificado en una sola sentencia como fase intermedia del proceso penal colombiano al control del caso que se realiza en la audiencia de formulación de acusación. CSJ. *Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (Rad. 34370)*, MP. Sigifredo Espinoza Pérez/ Alfredo Gómez Quintero. Si bien esto es parcialmente correcto, aquí se considera que una comprensión completa de las funciones de la fase intermedia en Colombia no puede prescindir del estudio de la formulación de imputación y de otros momentos procesales relacionados, y por ese motivo se parte aquí de una concepción más amplia de este momento procesal. Otra posición con respecto al contenido de la fase intermedia en Colombia es la defendida por URBANO, quien sostiene que la misma incluye el escrito de acusación, la audiencia de acusación, y la audiencia preparatoria. URBANO MARTÍNEZ, *El control de la acusación*, p. 81. En el presente estudio no se incluye a la audiencia preparatoria como fase intermedia pues su función es la preparación del debate que se dará en el juicio oral y no la evaluación del caso previa al mismo.

Esto pues las dos audiencias se encuentran ubicadas entre la indagación y el juicio propiamente dicho; las dos implican, al menos formalmente, una necesaria valoración del caso, en términos de postular que se presentan los elementos necesarios para continuar con el proceso; y en las dos se realizan actos que delimitan el objeto del juicio. En esos términos estas dos audiencias serán el objeto base de estudio en este capítulo.

Sin embargo, son necesarias algunas precisiones adicionales:

1) En el proceso penal colombiano la formulación de imputación está íntimamente ligada con la posibilidad que tiene el procesado, dentro de la misma audiencia, de aceptar los cargos formulados, permitiendo esto que se dicte la sentencia en su contra sin agotar las demás fases procesales y con una importante rebaja punitiva como contraprestación²³⁷. Lo anterior pues la aceptación de cargos genera una transformación del proceso que hace que el acto de imputación se entienda como acusación, y que se realice una audiencia posterior de control de la aceptación de cargos, en la que se valora si la imputación y la aceptación suministran suficientes elementos para dictar un fallo condenatorio²³⁸. Por ello se considera que la fase intermedia del proceso penal colombiano no puede entenderse correctamente sin tener en cuenta las implicaciones de la aceptación de cargos y su control, y por tanto éstas serán parte integral del estudio que aquí se realizará.

2) La realización de la imputación y la acusación implica una decisión de avanzar en el desarrollo del proceso penal hacia el juicio. Existe también la posibilidad de la decisión contraria, dirigida a no continuar con el trámite, que se expresa procesalmente a través de las figuras del archivo y la preclusión. Se considera que una adecuada comprensión de la fase intermedia en Colombia no puede contentarse con observar una sola cara de la moneda, y por ello estas figuras procesales serán objeto de atención en el presente estudio.

3) La audiencia de formulación de acusación implica la realización de múltiples actuaciones procesales, y algunas de ellas nada tienen que ver con lo que aquí se ha identificado como fase intermedia. Así, por ejemplo, el trámite de impedimentos y

²³⁷ Art. 288.3 CPP.

²³⁸ Art. 293 CPP.

recusaciones y el descubrimiento de los elementos de prueba de la fiscalía no corresponden con actos de valoración del caso ni con actos de delimitación del objeto del proceso. Por este motivo, en este trabajo solo se considerarán como fase intermedia del proceso penal colombiano los actos procesales de la audiencia de formulación de acusación que estén relacionados con lo aquí definido como tal.

Habiéndose precisado y contextualizado el objeto de estudio del presente capítulo se procederá ahora a la descripción de su configuración, como presupuesto de una reflexión crítica posterior sobre su contenido.

2. La fase intermedia en el proceso penal colombiano.

2.1 La formulación de imputación y el control de la aceptación de cargos.

La audiencia de formulación de imputación incluye dos actos procesales altísimamente relevantes que aunque están íntimamente relacionados son claramente diferenciables: 1) la imputación propiamente dicha que incluye la individualización del procesado y la formulación de los cargos contra él; y 2) la posibilidad para el procesado de aceptar la imputación realizada, acompañada, en caso de que los cargos sean efectivamente aceptados, del control de la validez de este acto.

De hecho, la jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas realiza esta distinción analítica, lo que se muestra claramente en que en sus decisiones aclara cuando se refiere a un acto procesal o al otro. Por este motivo, siendo los dos momentos relevantes para este trabajo es necesario hacer un abordaje diferenciado de cada uno.

2.1.1 La formulación de imputación.

Como ya se mencionó, una vez el fiscal considera que se han realizado suficientes diligencias investigativas durante la etapa de indagación debe realizar una elección:

decreta el archivo de la actuación o solicita la preclusión²³⁹, buscando así cerrar el caso, o procede a formular imputación.

El archivo es procedente cuando el fiscal considera que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan caracterizar el hecho investigado como delito²⁴⁰ y se hace efectivo a través de una resolución motivada emitida directamente por el funcionario investigador²⁴¹.

Por su parte, la audiencia de formulación de imputación es en términos muy generales: “el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías²⁴²”.

A nivel de la estructura procesal la audiencia de formulación de imputación constituye un punto de quiebre, pues implica un momento de evaluación del caso y por ende un pronunciamiento relativo a la existencia de elementos idóneos para dar continuidad al trámite procesal, además de un momento de delimitación relativa del objeto del proceso. Por ello se considera válidamente asimilable a la primera parte de la fase intermedia del procedimiento colombiano.

Teniendo como referente lo regulado en la Ley 906 de 2004 y las decisiones jurisprudenciales de las Altas Cortes es posible afirmar que, a la fecha, en lo relativo a este acto hay algunos asuntos sobre los que existen posiciones unívocas y algunos otros que generan gran controversia.

Dentro de los primeros pueden mencionarse los siguientes:

²³⁹ A la regulación de la preclusión se hará referencia en un apartado posterior por ser una figura que permite cerrar el proceso penal como alternativa tanto a la imputación como a la acusación.

²⁴⁰ Art. 79 CPP. Este enunciado consagrado en la ley ha sido interpretado en la jurisprudencia como equivalente a un examen de tipicidad objetiva. Cort. Const., *C-1154/2005*, MP. Manuel José Cepeda Espinoza.

²⁴¹ Ante este escenario, las víctimas cuentan con la facultad, si consideran que el archivo no es procedente, de aportar nuevos elementos de prueba y de solicitar al fiscal que continúe la indagación, e incluso, en caso de controversia, pueden solicitar el desarchivo del caso ante el juez de control de garantías. Cort. Const., *C-1154/2005*, MP. Manuel José Cepeda Espinoza.

²⁴² Art. 286 CPP.

- Es el momento en el que se da la delimitación subjetiva del caso. La individualización concreta del imputado o imputados que allí se realiza²⁴³ implica que el objeto de debate en el proceso se limita a la responsabilidad por el delito de las personas allí vinculadas. Por tanto, no es posible vincular a otras personas al mismo trámite en etapas posteriores del proceso.
- Además de la delimitación subjetiva, la imputación propiamente dicha incluye tres elementos fundamentales: imputación fáctica, imputación jurídica, y una base probatoria que le da sustento.
- En lo relativo a la imputación jurídica es claro que la misma debe comprender todos los elementos relevantes para la valoración de la existencia de responsabilidad penal, incluyendo: cada uno de los elementos del tipo penal, antijuridicidad, culpabilidad, forma de participación, modalidad de ejecución de la conducta, circunstancias agravantes y atenuantes, e incluso naturaleza y magnitud de las sanciones a imponer²⁴⁴.
- El estándar de prueba para formular imputación se establece claramente en la ley y corresponde a la inferencia razonable de que el imputado es autor o partícipe del delito investigado²⁴⁵.
- Debe garantizarse la citación del procesado²⁴⁶ y la participación del abogado defensor²⁴⁷ en la audiencia, activándose obligatoriamente²⁴⁸ desde ese momento

²⁴³ Art. 286.1 CPP.

²⁴⁴ Cort. Const., C-025/2010, MP. Humberto Sierra Porto; CSJ, *Sentencia del 8 de junio de 2011 (Rad. 34022)*, MP. Julio Enrique Socha Salamanca; CSJ, *SP3168-2017 (Rad.44599)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

²⁴⁵ Art. 287 CPP.

²⁴⁶ Excepcionalmente puede desarrollarse una audiencia de formulación de imputación sin la presencia del procesado, cuando el mismo sea declarado persona ausente o contumaz. El investigado se declara persona ausente cuando no sea posible su localización (Art.127 CPP), sin embargo en este caso solo es posible realizar la imputación cuando se haya verificado que se han realizado intentos reales y materiales de ubicarlo. Cort. Const., C-591/2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández. Por su parte el investigado se declara contumaz cuando, habiendo sido debidamente notificado de la realización de la audiencia, no comparece sin que exista causa justificada.

²⁴⁷ Art. 289 CPP.

²⁴⁸ Aunque es obligatorio que se active la defensa técnica de la formulación de imputación vale precisar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aclarado que la defensa se puede ejercer incluso desde

el ejercicio del derecho de defensa. Sin embargo, ni procesado ni defensa cuentan con la facultad de oponerse o de modificar los términos de la imputación dentro de la propia audiencia²⁴⁹.

- Las víctimas, acreditando sumariamente su calidad de tal, pueden participar en la audiencia de formulación de imputación, aunque no cuentan con la facultad de modificar los términos de la imputación realizada por el fiscal²⁵⁰.
- El juez de control de garantías no cuenta con la posibilidad de realizar un control material²⁵¹ del acto de imputación, por considerarse este simplemente como un acto de comunicación de la fiscalía, siendo esta la única habilitada para definir su contenido. De ahí que el juez no pueda modular ni controlar los aspectos fácticos, jurídicos o probatorios de la imputación realizada²⁵².
- A pesar de que el artículo 175 CPP establece un término para formular imputación²⁵³, la inobservancia de este por parte del acusador no genera la

la fase de indagación, en los eventos en que, durante esta fase, el indiciado tenga noticia de que existe un proceso en su contra. Cort. Const., *C-127/2011*, MP. María Victoria Calle Correa.

²⁴⁹ Cort. Const., *C-303/2013*, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁵⁰ Cort. Const., *C-516/2007*, MP. Jaime Cordoba Triviño; Cort. Const., *C-209/2007*, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁵¹ Por otro lado, en lo relativo a la posibilidad de que el juez de control de garantías de controlar formalmente la imputación, a pesar de no ser posible ubicar posturas consolidadas, si parece posible identificar distintas tendencias jurisprudenciales. Así, mientras la sentencia AP299-2016 plantea que el juez tiene el deber de verificar que en la audiencia se cumpla con los formalismos legales y que no se afecten garantías fundamentales de partes e intervinientes; la sentencia AP2424-2016 considera que el juez de garantías no incurrió en ninguna irregularidad al considerar válida una imputación por un delito querellable sin que durante el proceso se hubiera presentado la correspondiente querrela de parte, siendo esto un requisito formal básico para la continuidad del caso. CSJ, *AP299-2016 (Rad.47271)*, MP. Gustavo Enrique Malo Fernández; CSJ, *AP2424-2016 (Rad.47223)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar. En la más reciente jurisprudencia sobre el tema, la Corte ha planteado, aunque de manera indirecta frente a la imputación, que el juez debe realizar labores de dirección dirigidas a que el acto contenga los precisos elementos que dispone el ordenamiento jurídico, en especial en lo que atañe a los hechos jurídicamente relevantes, reafirmando la postura del control formal. CSJ, *SP5660-2018 (Rad. 52331)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

²⁵² CSJ, *AP2424-2016 (Rad.47223)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ, *AP4182-2016 (Rad. 48058)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ, *Sentencia de tutela de 22 de septiembre de 2009 (Rad.44103)*, MP. José Leónidas Bustos Martínez.

²⁵³ El término referido es de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminal, ampliándose excepcionalmente el mismo a tres años en los eventos en que se presente concurso de delitos o sean tres o más los imputados, y a cinco en los casos en que se trate de delitos de competencia de los jueces del circuito especializados.

nulidad del acto, ni consecuencia jurídica alguna, con excepción de la posibilidad de recusar al funcionario acusador²⁵⁴.

Por otra parte, los aspectos controvertidos de la formulación de imputación empiezan por la definición del alcance de la imputación fáctica. Al respecto existen dos posiciones claramente diferenciables. La primera, que se defiende en la sentencia más antigua y las más recientes que tratan directamente el tema, asumen una concepción bastante exigente, pues considera que una adecuada imputación fáctica debe ser clara, expresa y precisa, y debe establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del hecho punible²⁵⁵. La segunda²⁵⁶, tiene una concepción mucho más flexible frente al asunto, pues considera que el criterio para evaluar si la imputación fáctica es adecuada se deriva del concepto de *relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes*, que es de hecho el que contempla la ley con respecto al tema²⁵⁷.

La controversia reside en que en el segundo grupo de sentencias se realiza una referencia abstracta al concepto mencionado, y a partir de ella, se dan por buenas imputaciones fácticas que se considerarían absolutamente deficientes si se les aplicara el estándar definido por las primeras sentencias citadas, ya que no determinan de manera precisa las circunstancias de tiempo y lugar de ocurrencia del hecho punible²⁵⁸.

Otro asunto problemático con respecto a la imputación han sido las características que debe tener la base probatoria que se presenta en dicha audiencia. Originalmente, la sentencia C-1260 de 2005²⁵⁹ dispuso que una adecuada imputación requería de base probatoria para sustentar la existencia de una inferencia razonable de ocurrencia del

²⁵⁴ CSJ, AP1173-2014 (Rad.43158), MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.

²⁵⁵ CSJ, Sentencia del 8 de junio de 2011 (Rad. 34022), MP. Julio Enrique Socha Salamanca; CSJ, SP3168-2017 (Rad.44599), MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ, SP5660-2018 (Rad. 52331), MP. Patricia Salazar Cuéllar (precisa los requerimientos de la premisa fáctica en casos de coautoría).

²⁵⁶ CSJ, AP6049-2014 (Rad. 42452), MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ, AP929-2015 (Rad. 44796), MP. Eugenio Fernández Carlier.

²⁵⁷ Art. 288.2 CPP.

²⁵⁸ Así, en la sentencia AP6049-2014 se considera adecuada la imputación fáctica en un caso de un delito de ejecución instantánea, a pesar de que la misma se plantea de manera muy vaga, mencionando que los hechos ocurrieron “entre los meses de marzo y abril”. Por su parte, en la sentencia AP929-2015 se realiza una imputación por acto sexual abusivo sin precisar, en el elemento fáctico, fecha, lugar y hora del supuesto hecho punible, circunstancia ante la que la Corte avala la imputación e incluso precisa que no se requiere presentar, con precisión exhaustiva, los hechos jurídicamente relevantes en dicha audiencia.

²⁵⁹ Cort. Const., C-1260/2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

delito, precisando, sin embargo, que esa base probatoria no implicaba la obligación de la fiscalía de descubrir elementos materiales probatorios en la audiencia²⁶⁰, por lo que la interpretación que de ella se derivó fue que la enunciación de los elementos materiales probatorios que sostenían la inferencia razonable era suficiente para cumplir con este requisito.

Frente al punto, un prolongado silencio jurisprudencial generó en la práctica jurídica, durante muchos años, diversas interpretaciones de cómo era adecuado sustentar la base probatoria de la imputación. Así, había jueces que exigían una relación precisa de cómo los elementos de prueba enunciados se ligaban con los hechos imputados; otros que consideraban suficiente la enunciación, a modo de listado, de los elementos de prueba; y otros que incluso consideraban innecesaria la referencia a una base probatoria en la audiencia.

Solo de manera muy reciente la Corte Suprema de Justicia presentó una postura precisa sobre el asunto, planteando sobre los deberes de la fiscalía en la presentación de la base probatoria de la imputación lo siguiente²⁶¹: 1) debe constatar que la información que soporta la imputación fue obtenida con apego a los postulados constitucionales y legales; 2) debe verificar que se alcance el estándar de conocimiento de inferencia razonable, lo que implica verificar que los medios de prueba dan respaldo a los hechos; 3) no es necesario que exponga la relación de los hechos jurídicamente relevantes con los elementos de prueba enunciados, pues esto solo debe hacerse en la audiencia preparatoria²⁶².

En esos términos, si bien es claro que la imputación debe tener un soporte en elementos de prueba, al no ser necesaria la presentación material de los mismos al juez ni a las partes, y no siendo ni siquiera necesario exponer el nexo lógico entre hechos y pruebas,

²⁶⁰ Es interesante resaltar que el argumento de la Cort. Const., para considerar que no era necesario que se descubrieran elementos de prueba para sustentar la inferencia razonable en la imputación, fue que en virtud del principio acusatorio, en la sistemática procesal de la Ley 906 de 2004, el descubrimiento de las pruebas solo se podía dar en la acusación y por lo tanto la revelación de elementos de pruebas en la imputación afectaría este principio.

²⁶¹ CSJ, *SP3168-2017 (Rad.44599)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

²⁶² De cualquier manera debe precisarse que esta no parece una línea consolidada, pues en reciente sentencia la Corte volvió a plantear que la imputación debe incluir “las razones por las cuales de los elementos probatorios recaudados (...) se infiere razonablemente que el destinatario de la imputación es autor o partícipe de la conducta típica, reprochable y punible que se investiga” CSJ, *SP14496-2017(Rad.39831)*, MP. José Francisco Acuña Vizcaya.

la verificación del respaldo que los medios de prueba dan a los hechos es un ejercicio intelectual que debe hacer el fiscal, pero que no debe necesariamente ser expresado en el acto de imputación.

También existen posiciones enfrentadas en la jurisprudencia con respecto a la congruencia fáctica que debe guardarse entre la imputación y la acusación²⁶³. En otras palabras, existe controversia con respecto a en qué medida el elemento fáctico presentado en la imputación delimita el objeto del juicio durante el resto del proceso penal.

La sentencia C-025/2010²⁶⁴ plantea que debe predicarse la existencia de congruencia fáctica estricta entre imputación y acusación, lo cual significa que los hechos presentados en la imputación y en la acusación deben ser los mismos, y prohíbe, por tanto, la inclusión en la acusación de hechos nuevos distintos de los referidos en la audiencia de imputación, aunque siendo admisible la posibilidad de presentación más detallada de los hechos en la segunda audiencia. En la orilla opuesta, la sentencia AP299-2016²⁶⁵ defiende que la consonancia fáctica entre la imputación y la sentencia es eminentemente provisional, por lo cual es aceptable que en etapas como la acusación o los alegatos finales en el juicio se varíen algunas circunstancias fácticas temporales o espaciales, siempre y cuando no se afecte el núcleo fáctico de la conducta punible.

Finalmente, las consecuencias jurídicas de una indebida imputación son otro asunto que genera posiciones encontradas en la jurisprudencia. Una postura defiende que la indebida imputación fáctica o jurídica puede hacer posible que se decrete la nulidad del proceso desde el acto de imputación, en virtud de que esto genera una importante afectación a las garantías de la defensa, porque existen estrategias desde aquel estadio procesal que, de usarse, podrían incidir de forma directa en la determinación de la condena²⁶⁶. Sin embargo, posteriormente la Corte asume una posición diversa y postula que, siendo la imputación un mero acto de comunicación, la consecuencia jurídica de su

²⁶³ Es importante resaltar que frente a la congruencia jurídica entre imputación y acusación no existe debate alguno, pues es claro que en la acusación la fiscalía está facultada para modificar los términos de la imputación jurídica realizada previamente.

²⁶⁴ Cort. Const., C-025/2010, MP. Humberto Sierra Porto.

²⁶⁵ CSJ, AP299-2016 (Rad.47271), MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.

²⁶⁶ CSJ, Sentencia del 2 de julio de 2008 (Rad.29117), MP. Alfredo Gómez Quintero; CSJ, Sentencia de 1 de febrero de 2012 (Rad. 36907), MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

realización indebida no puede ser la nulidad sino la imposibilidad de la fiscalía de obtener una sentencia condenatoria en el caso²⁶⁷.

La anterior reconstrucción muestra que la regulación de la formulación de imputación es un asunto sometido a fuerte controversia jurisprudencial, frente al que es posible ubicar posiciones judiciales muy disímiles, e incluso directamente contradictorias, aun en sus aspectos más fundamentales. Esto lleva a pensar que es una institución jurídica que todavía está en proceso de consolidación de sus elementos, lo que implica que cualquier caracterización que pueda hacerse de ella debe considerarse especialmente susceptible a repentinas modificaciones.

De cualquier manera, se estima necesario realizar una síntesis de los que se podrían entender como sus elementos definitorios en el estado actual de la discusión:

1) Los requisitos establecidos para el acto de formulación de imputación implican que es un acto con un contenido material fuerte y que por tanto genera una exigencia argumentativa alta para el fiscal, pues sus cuatro dimensiones (subjetiva, fáctica, jurídica y probatoria) requieren el cumplimiento de estándares rigurosos que deben ser presentados oralmente en el marco de una audiencia pública.

Así, la dimensión subjetiva requiere la individualización precisa de las personas que van a ser imputadas. La dimensión fáctica, por su parte, precisa de un grado de riqueza descriptiva importante, que como ya se ilustró puede ir, según la posición jurisprudencial que se asuma, desde la descripción del hecho con todas sus circunstancias, hasta una relación clara y sucinta, que de cualquier forma debe incluir los elementos necesarios para que pueda predicarse la existencia de delito. La dimensión jurídica requiere que se valoren todos los elementos necesarios para que la persona pueda ser declarada penalmente responsable. Y, por último, la dimensión probatoria exige la existencia de elementos de prueba suficientes para sustentar una inferencia razonable de la ocurrencia de delito.

2) Sin embargo, no existe posibilidad de controlar el cumplimiento de los anteriores requisitos lo que genera serias dudas sobre la eficacia práctica de estos. Primero, porque

²⁶⁷ CSJ, AP2424-2016 (Rad.47223), MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ, AP4182-2016 (Rad.48058), MP. Patricia Salazar Cuéllar.

el fiscal no tiene el deber de mostrar los elementos de prueba sobre los cuales sostiene la imputación y solo le basta con mencionarlos, por lo que las inferencias que de ellos deriva no son verdaderamente verificables; segundo, porque aunque los demás intervinientes en la audiencia tienen la facultad de presentar salvedades o de oponerse a la imputación realizada, el juez que la dirige no tiene la facultad legal de improbar la imputación y, de manera coherente con esto, no es posible interponer recursos contra la imputación formulada; y tercero, porque de acuerdo con la posición jurisprudencial más reciente, el incumplimiento de los requisitos del acto de imputación no genera la posibilidad de que se alegue, en etapas posteriores del proceso, la nulidad de lo actuado. Por esto, el cumplimiento o no de los requisitos jurídicamente establecidos para la imputación termina dependiendo exclusivamente del grado de rigurosidad con el que la fiscalía realice su trabajo.

3) Por otro lado, el acto de imputación sí representa un momento relevante para la delimitación del objeto del proceso, absoluto en lo que respecta a las personas sujetas a procesamiento, y muy rígido en lo referente a los hechos objeto de juzgamiento, aunque la posición jurisprudencial más reciente permita modificaciones puntuales en el elemento fáctico durante etapas procesales posteriores.

2.1.2 La aceptación de cargos.

Avanzando en el estudio del trámite procesal es momento de hablar ahora de la aceptación de cargos. La posible aceptación, por parte del procesado, de los cargos presentados contra él en la audiencia de imputación es un mecanismo con el que se pretende hacer más eficiente la tramitación de los casos, a través de la reducción de su duración y de la limitación del número de estos que llega a juicio oral. Su uso implica modificaciones en el trámite procesal relevantes para la comprensión del acto de imputación y por eso es necesario reconstruir su contenido con detenimiento.

Así, de acuerdo con el art. 288.3 CPP, en la parte final de la imputación formulada por la fiscalía se debe informar al procesado de la posibilidad que tiene, en ese momento, de aceptar los cargos en su contra para obtener como contraprestación una rebaja de pena, dando lugar, con ello, a que se dicte sentencia condenatoria en su contra. La cuantía de

la posible rebaja punitiva es bastante significativa, ya que es, por regla general, de hasta el 50% de la pena imponible²⁶⁸. Ante la amplitud del beneficio, con posterioridad a la expedición del código se han desarrollado algunas excepciones a la regla que proscriben la rebaja para el caso de algunos delitos considerados especialmente graves²⁶⁹ y limitan el beneficio en algunas circunstancias determinadas²⁷⁰.

El procesado, entonces, tiene la posibilidad de decidir si acepta la totalidad de los cargos imputados, si realiza una aceptación parcial (en casos de concurso de delitos puede aceptar unos cargos y no aceptar otros)²⁷¹, o si no acepta ninguno de los cargos.

En el evento en que no haya aceptación de cargos se cierra la audiencia de formulación de imputación y se continúa el trámite ordinario del proceso. Mientras, si se presenta aceptación de cargos, total o parcial, el juez de garantías debe interrogar al procesado para verificar que su manifestación fue voluntaria, libre, espontánea, debidamente informada y asesorada por la defensa. Si considera que dichos requisitos se cumplen debe declarar cerrada la imputación y convocar audiencia para que el juez de conocimiento examine la validez de la aceptación²⁷². En este caso, se entiende que la aceptación de cargos constituye confesión de los hechos imputados²⁷³, y, en los términos del Art. 293 CPP, la imputación realizada se asimila al acto de acusación,

²⁶⁸ Art. 351 CPP. La interpretación que se le ha dado a la norma precitada es que en este caso la rebaja otorgada debe necesariamente oscilar entre 1/3 más 1 día y la mitad de la pena. Recientemente la Corte Suprema ha estipulado los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de definir la rebaja concreta siendo estos: el momento procesal en que se da la aceptación de cargos; el ahorro de gasto a la estructura judicial; la colaboración que el procesado haya prestado en la determinación de las circunstancias del crimen y en la persecución de otros crímenes relacionados; y la actitud asumida en el proceso con respecto a la manera como ofrece reparar los perjuicios causados a las víctimas. CSJ, *SP14496-2017(Rad.39831)*, MP. José Francisco Acuña Vizcaya.

²⁶⁹ El artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe que se conceda este beneficio por delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes. Por su parte el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 prohíbe este beneficio para los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

²⁷⁰ La Ley 1453 de 2011 limitó el beneficio a una rebaja de hasta el 12,5% de la pena a imponer en casos de flagrancia.

²⁷¹ Es interesante aclarar que la jurisprudencia tiene una posición consolidada en lo relativo a que la imputación no se entiende aceptada como una unidad sino que cada cargo se entiende aceptado de manera individual. Esto tiene como consecuencia que en el caso de una aceptación de culpabilidad de varios cargos, en el que se haya presentado violación de garantías solo con respecto a algunos de ellos, el juez podría decretar la nulidad parcial de la aceptación y no la nulidad de toda la actuación procesal. CSJ, *Sentencia del 7 de diciembre de 2011 (Rad. 36367)*, MP. José Luís Barceló Camacho; CSJ, *Sentencia del 19 de julio de 2013 (Rad. 37951)*, MP. José Luís Barceló Camacho.

²⁷² Art. 293 CPP.

²⁷³ Cort. Const., *C-1260/2005*, MP. Jaime Araujo Rentería; CSJ, *Sentencia del 30 de noviembre de 2006 (Rad. 25108)*, MP. Mauro Solarte Portilla.

habiendo sido aclarado por reciente pronunciamiento jurisprudencial que en este momento se requiere que al registro de la imputación se adjunten los elementos de prueba en que se sostiene la misma y se remitan al juez de conocimiento²⁷⁴.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha establecido, de manera dominante, que una vez aceptados los cargos y verificada la validez de este acto por parte del juez de control de garantías no es posible que el procesado se retracte de esta manifestación de voluntad, en aplicación de lo que la misma Corte ha denominado principio de irrevocabilidad²⁷⁵.

El control de la validez de la aceptación de cargos por parte del juez de conocimiento, en la práctica, se realiza junto con la audiencia de individualización de pena y sentencia. De ahí que en esta actuación procesal, que sustituye el trámite procesal ordinario, primero se evalúe la validez de la aceptación de la imputación previamente realizada, y luego se proceda, tras un trámite contradictorio, a la determinación de la pena concreta a imponer²⁷⁶.

Siendo el objeto de interés en este trabajo la primera parte de la audiencia anteriormente mencionada es necesario resaltar que sobre este punto el debate jurisprudencial fundamental se centra en cuál es el alcance de la participación del juez de conocimiento en cuanto al control de la aceptación de cargos realizada en la imputación. Al respecto, existe acuerdo generalizado frente a la posibilidad del juez de verificar si la declaración del procesado fue libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa; mientras la polémica se centra en si el juez puede realizar un control material de la imputación aceptada, siendo posible ubicar al respecto varias tendencias diferenciables.

La primera, que podría denominarse *de control material débil*, plantea que efectivamente el juez en esta audiencia debe controlar materialmente la imputación,

²⁷⁴ CSJ, *SP-9379-2017 (Rad. 45495)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

²⁷⁵ La única opción que se tiene en ese caso, si el procesado se quiere apartar de la aceptación previamente realizada, es demostrar que en esta hubo vicios del consentimiento o violación de garantías fundamentales para buscar que se decrete su nulidad. Art. 353 CPP. Cort. Cons., *C- 1195/2005*, MP. Jaime Araujo Rentería; CSJ, *Sentencia del 2 de mayo de 2006 (Rad. 25248)*, MP. Mauro Solarte Portilla; CSJ, *AP830-2014 (Rad.34699)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez. Defendiendo una perspectiva contraria: CSJ, *Sentencia del 30 de mayo de 2012. (Rad. 37668)*, MP. María del Rosario González Muñoz.

²⁷⁶ La regulación correspondiente a la individualización de pena y sentencia puede encontrarse en el Art. 447 CPP.

pero sin que el referente de corrección de esta sea demasiado exigente. Así, en las sentencias que se ubican en esta categoría se hace referencia a nociones como *soporte probatorio mínimo, mínimo de prueba, o elementos de juicio suficientes para inferir la relación entre los procesados y el delito*, como criterios para determinar si una imputación específica tiene un fundamento aceptable²⁷⁷.

La segunda podría caracterizarse como *de control material fuerte* y defiende la facultad del juez de conocimiento de controlar materialmente la aceptación de cargos, pues remite a estándares más cualificados de corrección. En este caso los referentes conceptuales de la adecuada imputación implican un mayor grado de exigencia en el control, pues remiten a criterios de corrección como *el respeto al principio de legalidad, la tipicidad estricta, el establecimiento de los elementos estructurales del delito, o la certeza de la posibilidad de alcanzar una inferencia razonable*²⁷⁸. Además, vale resaltar que la postura defendida en estas sentencias sirvió para justificar que se revocara la aceptación de cargos hecha en los respectivos procesos, cuando constituyó la *ratio decidendi* del caso.

La tercera tendencia identificada es completamente opuesta a la anterior y podría denominarse como *de control meramente formal*. En ella se considera que el juez de conocimiento no tiene la facultad de controlar materialmente la aceptación de cargos realizada en la imputación, porque esto implica una intromisión indebida en un acto propio de la fiscalía y por tanto un atentado contra el principio acusatorio²⁷⁹.

²⁷⁷ CSJ, *Sentencia del 30 de noviembre de 2006 (Rad. 25108)*, MP. Mauro Solarte Portilla; CSJ, *Sentencia del 2 de mayo de 2006. (Rad. 25248)*, MP. Mauro Solarte Portilla; CSJ, *Sentencia del 30 de mayo de 2012. (Rad. 37668)*, MP. María del Rosario González Muñoz. Es interesante mencionar que las sentencias citadas tienen en común que se refieren a casos en que se cuestionó la validez de aceptaciones de cargos realizadas, siendo que en cada una de ellas fue rechazado tal alegato y por tanto se dio validez al acto procesal.

²⁷⁸ Cort. Const., *C-1260/2005*, MP. Clara Inés Vargas Hernández; Cort. Const., *C-1195/2005*, MP. Jaime Araujo Rentería; CSJ, *Sentencia del 19 de octubre de 2006 (Rad.25724)*, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; CSJ, *Sentencia de 15 de julio de 2008 (Rad. 28872)*, MP. Augusto Ibáñez Guzmán; CSJ, *Sentencia del 8 de julio de 2009 (Rad. 31280)*, MP. Julio Enrique Socha Salamanca; CSJ, *Sentencia de 6 de febrero de 2013 (Rad. 39892)*, MP. José Luis Barceló Camacho.

²⁷⁹ CSJ, *Auto del 6 de mayo de 2009 (Rad. 31538)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez; CSJ, *Sentencia del 19 de julio de 2013 (Rad. 37951)*, MP. José Luis Barceló Camacho; CSJ, *Auto del 14 de agosto de 2013 (Rad. 41375)*, MP. José Luis Barceló Camacho. Se considera, incluso, que es posible incluir una muy reciente decisión de la Corte en este grupo, pues aunque no hace referencia directa a la discusión aquí expuesta, al momento de mencionar las facultades del juez de conocimiento tras la aceptación de cargos omite la mención de la posibilidad de cualquier tipo de control material frente al acto. CSJ, *SP14496-2017 (Rad.39831)*, MP. José Francisco Acuña Vizcaya.

Finalmente, en sentencias que de manera reciente abordan directamente el tema²⁸⁰ se defiende una postura que podría denominarse como de *control de tipicidad*. En ella se plantea que el control judicial de la aceptación de cargos se debe limitar a verificar que no haya vicios del consentimiento ni se hayan afectado garantías fundamentales. A partir de ello precisa que no es admisible que en el mencionado momento procesal se dé una actividad de contradicción probatoria, ni que por vía de recursos se pretendan cuestionar los enunciados de hecho que constituyen la imputación fáctica aceptada, sin embargo, considera que, aun después de la aceptación de cargos, el juez puede absolver cuando de los hechos aceptados no se pueda derivar la ocurrencia de delito. Es decir, en el control de la aceptación no se puede cuestionar el soporte probatorio de los hechos, pero sí el carácter punible de los hechos aceptados.

En conclusión, se puede afirmar que frente al asunto ha existido un verdadero caos jurisprudencial en el que la CSJ ha oscilado entre posturas muy disímiles en cortos periodos de tiempo, lo que impide afirmar a ninguna de las posiciones expuestas como dominante.

Por el contrario, en lo relativo al alcance del control en sede de casación de una sentencia derivada de aceptación de cargos no ha existido mayor debate. Al respecto se ha defendido que la sentencia puede ser revisada no solamente cuando se dictó con violación de garantías procesales fundamentales, sino, entre otras, por violación de garantías materiales como el principio de legalidad del delito y la pena, o por una indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, menoscabo del principio de antijuridicidad material, del principio de culpabilidad subjetiva, o un inadecuado entendimiento de las formas de participación²⁸¹.

De otro lado, vale la pena precisar que la jurisprudencia también ha planteado reglas específicas sobre la congruencia entre imputación y sentencia en los casos en que se

²⁸⁰ CSJ, *SP10299-2014 (Rad.40972)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ, *SP9379-2017 (Rad. 45495)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar. En un nuevo giro, la sentencia más reciente consultada retoma la idea que aquí se caracterizó como de control material débil, pues en adición a los requisitos propios del modelo de control de tipicidad agrega que el juez debe verificar que se realice “el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004”, que corresponde a “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.” CSJ, *SP5660-2018 (Rad. 52331)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

²⁸¹ CSJ, *Sentencia de 8 de julio de 2009 (Rad. 31531)*, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

presenta aceptación de cargos. Al respecto la CSJ ha postulado que en estos casos solo es posible condenar tanto por los hechos como por los cargos imputados, es decir, se predica congruencia estricta, tanto fáctica como jurídica, entre imputación y sentencia²⁸².

La revisión general que aquí se ha hecho de la relación entre imputación y aceptación de cargos hace posible sostener que el acto de imputación tiene un alcance jurídico distinto en el caso de aceptación de cargos del que tiene en el caso del trámite procesal ordinario. Ello es razonable, debido a que en el trámite ordinario la imputación es apenas el momento inicial en la definición y justificación del caso en contra del procesado, mientras en el evento de aceptación de cargos es fundamento de la condena. De ahí que se considere justificado que el control de la aceptación que realiza el juez de conocimiento en la audiencia de individualización de pena y sentencia se constituya como un nuevo escenario procesal que permite una vigilancia más rígida del cumplimiento de los requisitos de la imputación de la que se realiza en la audiencia de imputación misma.

Esa parece la comprensión que justifica la posición jurisprudencial que antes se denominó como de *control material fuerte*, pues permite un grado considerable de control material de la imputación por parte del juez, imposible durante la audiencia de imputación. Sin embargo, las posiciones jurisprudenciales más recientes parecen perder de vista la diferencia de los alcances de la formulación de imputación en cada caso, pues dejan las facultades del juez, en un evento en el ámbito del mero control formal, y en el otro, en el mejor de los casos, remitiéndose a una base probatoria mínima, que en últimas puede incluso reconducirse a la misma aceptación de cargos que es entendida como una confesión.

En virtud de lo anterior, si se suma la posición jurisprudencial consolidada consistente en que no es posible ningún tipo de control material del caso durante la audiencia de formulación de imputación, a la tendencia jurisprudencial que rechaza la posibilidad de verificar la existencia de un sustento probatorio razonable para los cargos aceptados, se obtiene el asombroso resultado de que en el trámite derivado de aceptación de cargos es posible dictar condenas sin que exista casi ningún grado de verificación de que los

²⁸² CSJ, *Sentencia del 28 de febrero de 2007 (Rad 26087)*, MP. Marina Pulido de Barón.

hechos narrados corresponden con la realidad. El único escenario posible de control material, al que ya se hizo referencia, sería el recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida en virtud de aceptación de cargos²⁸³, lo cual, además de implicar un grave costo en términos de economía procesal, aquí se considera una elitización insostenible del control judicial.

Al contrario, la jurisprudencia es más sensible a los especiales alcances de la imputación en casos de aceptación de cargos en lo que corresponde al tema de la congruencia que debe existir entre imputación y sentencia. Que en este caso la congruencia no deba ser solamente fáctica, sino fáctica y también jurídica, es apenas lógico si se entiende que el imputado renuncia a su derecho a un juicio y a todas sus garantías correlativas brindando su consentimiento a ser penado por unos delitos específicos que luego no pueden ser modificados sin viciar la aceptación previamente realizada.

2.2 La audiencia de formulación de acusación como escenario de control del caso.

En los eventos en que, tras la imputación, el procesado no acepta los cargos, se continúa el trámite ordinario del proceso con una de dos posibles decisiones de la fiscalía que abren la puerta a la segunda parte de la fase intermedia del proceso penal colombiano: solicitar la preclusión o presentar acusación²⁸⁴.

Empezando por la preclusión debe mencionarse que aquí se concibe como parte de la fase intermedia del proceso, pues implica, dentro del trámite ordinario, una valoración de la posibilidad de cerrar el caso por no haber elementos suficientes para llevarlo a juicio, en la medida en que su declaración genera el cese definitivo de la persecución penal contra el imputado por los hechos objeto de investigación.

En el momento procesal que se estudia solamente puede ser solicitada por la fiscalía²⁸⁵, con fundamento en alguna de las causales consagradas en el art. 332 del CPP²⁸⁶, que

²⁸³ CSJ, *Sentencia de 8 de julio de 2009 (Rad. 31531)*, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

²⁸⁴ Es muy importante precisar que como alternativa a las dos opciones arriba descritas, en este momento se puede dar la terminación anticipada del proceso a través de otras vías procesales que son la aplicación de la oportunidad o la suscripción de un preacuerdo. Sin embargo, por no considerarse éstas como parte de la fase intermedia en Colombia no serán objeto de estudio en este trabajo.

²⁸⁵ La imposibilidad de la defensa de solicitar la preclusión en este momento procesal fue declarada exequible por la Corte Constitucional por considerarse que esto está estrechamente relacionado con la

implican la imposibilidad de cumplir con los requerimientos para formular acusación. La solicitud de preclusión debe ser sustentada por el fiscal en audiencia pública, en la que los demás intervinientes en el proceso, incluyendo las víctimas, están autorizados para participar y oponerse, si así lo desean. La facultad de dirigir esta audiencia recae en cabeza del juez de conocimiento, quien es, asimismo, el competente para revisar en lo sustancial el argumento de la fiscalía y decidir si la solicitud es o no procedente²⁸⁷, siendo su decisión susceptible de recursos de reposición y apelación.

Por su parte, como ya se dijo, la acusación ha sido entendida como un acto complejo que comprende en primer lugar la presentación del escrito de acusación y luego la audiencia de formulación de acusación.

Procede presentar escrito de acusación cuando a partir de los elementos de prueba legalmente obtenidos se pueda afirmar, con probabilidad de verdad²⁸⁸, la existencia del delito y la autoría o participación del procesado²⁸⁹. Adicionalmente, según lo regulado en el artículo 337 del CPP, el escrito de acusación necesariamente debe incluir: 1) individualización del procesado; 2) una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes; 3) los datos del defensor del procesado; 4) la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso²⁹⁰; 5) el descubrimiento de las pruebas que se pretenden hacer valer en juicio.

lógica del sistema penal acusatorio. Cort. Const, *C-118/2008*, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Existe una excepción frente a esta regla general y es que la defensa o el ministerio público pueden solicitar la preclusión cuando la fiscalía deje vencer los términos para solicitar preclusión o presentar acusación dispuestos en el art. 294 CPP. Cort. Const, *C-806/2008*, MP. Humberto Antonio Sierra Porto. Por otro lado, según el párrafo del Art. 332 CPP, la defensa y el ministerio público solamente puede solicitar preclusión en la audiencia de juzgamiento y en el caso en que en la misma se haga evidente la inexistencia del hecho investigado o la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal.

²⁸⁶ Las causales dispuestas en el art. 332 CPP son: 1) imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; 2) existencia de una causal que excluya la responsabilidad; 3) inexistencia del hecho investigado; 4) atipicidad del hecho investigado; 5) ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; 6) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; 7) vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294.

²⁸⁷ Art. 333 CPP. Se debe aclarar que por expresa disposición legal el juez que rechaza una solicitud de preclusión queda inhabilitado para ser posteriormente el juez del juicio oral Art. 355 CPP.

²⁸⁸ La jurisprudencia de la CSJ ha entendido que el estándar probatorio de la acusación es más exigente que el que se debe alcanzar en la formulación de imputación. De ahí que la inferencia razonable de la imputación se asimile a la idea de posibilidad de comisión del delito, mientras en la acusación se habla de probabilidad de verdad. CSJ, *Sentencia de 31 de julio de 2009. (Rad. 30838)*, MP. Yesid Ramírez Bastidas; CSJ, *SP3168-2017 (Rad.44599)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

²⁸⁹ Art. 336 CPP.

²⁹⁰ El comiso es una figura procesal que permite que los bienes del penalmente responsable, directa o indirectamente relacionados con el delito, pasen a ser propiedad del Estado. Art. 82 y sig. CPP.

Salta a la vista que en el anterior listado no se incluye, como requisito del escrito de acusación, la expresión específica de los cargos. Sin embargo, a partir de las decisiones jurisprudenciales relativas al contenido de la acusación es absolutamente claro que la misma debe incluir el delito que se considera cometido. Más aún, las decisiones jurisprudenciales exigen que en la acusación se realice una presentación circunstanciada (tiempo, modo y lugar) y precisa de los hechos del caso, y una imputación jurídica muy precisa que tenga en cuenta cada uno de los elementos del delito y las consecuencias jurídicas de la conducta²⁹¹.

Una vez presentado el escrito de acusación se debe realizar la audiencia de formulación de acusación, cuya dirección es facultad del mismo juez de conocimiento que conocerá el juicio oral. En esta audiencia se realizan varias actividades relevantes para el proceso, como la discusión sobre la existencia de causales de incompetencia, impedimentos o recusaciones; la determinación y reconocimiento formal de la víctima; y la orden de eventuales medidas de protección para la víctima²⁹²; empero, en la medida en que estas no son parte de lo que aquí se entiende como fase intermedia, no son interesantes para el objeto de estudio de este trabajo. Por lo tanto, la atención se concentrará en la posibilidad de los participantes en el proceso de plantear observaciones relativas al escrito de acusación, en las facultades del juez y la fiscalía con respecto a las mismas²⁹³, y en las consecuencias de la formulación definitiva de la acusación.

En ese orden de ideas, se empezará por precisar que una vez conocido el escrito de acusación por la defensa, las víctimas y el ministerio público, estos actores procesales, en el marco de la audiencia de formulación de acusación, están facultados para realizar observaciones acerca del documento si consideran que no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337 CPP. La jurisprudencia de la CSJ ha establecido una concepción netamente formal del alcance de estas observaciones, pues ha defendido, en

²⁹¹ CSJ, *Sentencia de 27 de julio de 2007 (Rad. 26468)*, MP. Alfredo Gómez Quintero; CSJ, *Sentencia del 8 de junio de 2011 (Rad. 34022)*, MP. Julio Enrique Socha Salamanca; CSJ, *Sentencia de 1 de febrero de 2012 (Rad. 36907)*, MP. Julio Enrique Socha Salamanca; CSJ, *SP3168-2017 (Rad.44599)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ, *SP5660-2018 (Rad. 52331)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar (Precisa los requerimientos de la premisa fáctica en casos de coautoría). Incluso, en un caso específico se decretó la nulidad de la acusación por no precisarse en la imputación el verbo rector específico de la conducta imputada, en un caso de con un tipo penal que tiene múltiples verbos rectores. CSJ, *Sentencia de 7 de septiembre de 2011 (Rad. 35293)*, MP. María del Rosario González de Lemos.

²⁹² Art. 338 y sig. CPP.

²⁹³ Art. 339 CPP.

una línea consolidada de decisiones, que pueden dirigirse a verificar la existencia y satisfacción de los requisitos del escrito, más no al control sustancial de sus contenidos, por ser este asunto competencia exclusiva de la fiscalía²⁹⁴. En adición, incluso ante esta perspectiva restrictiva del alcance de las observaciones realizables, la misma jurisprudencia aclara que el fiscal no tiene ninguna obligación de realizar las aclaraciones, adiciones o correcciones solicitadas²⁹⁵.

En esos términos, el fiscal formula la acusación definitiva, una vez escuchadas las observaciones a su escrito, teniendo o no en cuenta los planteamientos de los demás intervinientes en la audiencia, según estime conveniente²⁹⁶.

Por otra parte, en lo que corresponde al papel que debe desempeñar el juez en esta fase procesal, el CPP dispone expresamente solo la facultad de incorporar las correcciones a la acusación leída²⁹⁷, lo cual quiere decir que no se precisa ninguna regla con respecto a la posibilidad del juez de ejercer control sobre la acusación presentada. Esta omisión no es gratuita, pues, teniendo como fuente las actas de las discusiones del acto legislativo que introdujo las bases constitucionales del proceso penal colombiano y las actas de la comisión redactora del CPP se puede verificar que el tema de la posibilidad de control material de la acusación por parte del juez fue objeto de discusión, y que tanto el constituyente secundario como los miembros de la comisión redactora se decantaron por la opción de un mero control formal²⁹⁸.

²⁹⁴ CSJ, *Auto del 5 de octubre de 2007 (Rad 28294)*, MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán; CSJ, *Auto del 15 de julio de 2008 (Rad. 29994)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez; CSJ, *Auto del 24 de agosto de 2009. (Rad. 31900)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez; CSJ, *Sentencia de 17 de noviembre de 2010 (Rad.34945)*, MP. Jorge Luis Quintero Milanés; CSJ, *Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (Rad. 34370)*, MP. Sigifredo Espinoza Pérez/Alfredo Gómez Quintero; CSJ, *Auto del 21 de marzo de 2012 (Rad. 38256)*, MP. José Luis Barceló Camacho; CSJ, *Auto del 24 de septiembre de 2012 (Rad. 34780)*, MP. Javier Zapata Ortiz.

²⁹⁵ CSJ, *Sentencia de 17 de noviembre de 2010 (Rad.34945)*, MP. Jorge Luis Quintero Milanés; CSJ, *Auto del 21 de marzo de 2012 (Rad. 38256)*, MP. José Luis Barceló Camacho. En la última sentencia citada, la Corte asume otra posición frente al asunto consistente en defender que, en el caso de un escrito de acusación que no satisfaga los requisitos en su formulación, si el participante interesado no realiza la observación correspondiente, luego no puede atacar este hecho en sentencia de casación. Esto parece contradictorio con la visión restringida y formalista del alcance de las observaciones que la misma jurisprudencia defiende.

²⁹⁶ Art. 339 CPP.

²⁹⁷ Art. 343 CPP.

²⁹⁸ URBANO MARTÍNEZ, *El control de la acusación*, pp. 84-95. En el texto citado, el autor precisa que quienes impulsaron la idea del control formal de la acusación durante la discusión del acto legislativo fueron el Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca y el gobierno del para entonces

De cualquier modo, el asunto ha suscitado posiciones jurisprudenciales diversas. Así, excepcionalmente se ha defendido que el juez cuenta con la facultad de controlar que la acusación presentada cumpla con los requisitos formales exigidos legalmente y además debe verificar que exista correspondencia lógica y jurídica entre la dimensión fáctica de la acusación y su adecuación típica, excluyendo, eso sí, la posibilidad de contrastar que los hechos estén suficientemente respaldados en elementos de prueba. Además, desde esta postura se defiende que el juez puede disponer que el fiscal aclare, adicione o corrija la acusación en el evento en que lo considere necesario²⁹⁹.

Al contrario, la postura amplísimamente mayoritaria defiende que la acusación es un acto de la fiscalía frente al que no puede haber un control judicial, más allá del meramente formal que consiste en verificar que incluya sus elementos mínimos³⁰⁰. Esto significa que el juez en este momento no puede pronunciarse ni sobre la tipificación de la conducta; ni sobre el contenido de la imputación fáctica; ni acerca del contenido, legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios. Además, al argumento de la reserva de la fiscalía sobre el acto de acusación, en algunas sentencias se suma otro consistente en sostener que el juez de conocimiento no puede realizar un control sustancial de la acusación pues esto comprometería su imparcialidad para la audiencia

presidente Álvaro Uribe Vélez. Por su parte quien impulsó esta misma idea durante los debates de la comisión redactora fue la Corporación Excelencia para la Justicia, con el apoyo de la Fiscalía.

²⁹⁹ CSJ, *Sentencia del 28 de febrero de 2007 (Rad. 26087)*, MP. Marina Pulido de Barón; CSJ, *Sentencia del 8 de junio de 2011 (Rad. 34022)*, MP. Julio Enrique Socha Salamanca. En una sentencia específica la Corte plantea que el juez puede, en ejercicio de protección de las garantías de todas las partes, reclamar que lo descrito en la acusación comporte claridad y suficiencia, hasta el punto de exigir la delimitación del verbo rector que describe la conducta atribuida. CSJ, *Sentencia de 6 de marzo de 2013 (Rad. 40739)*, MP. Gustavo Enrique Malo Fernández. En la última sentencia conocida sobre el tema la Corte parece retomar la postura del control formal, con especial énfasis en la dimensión de los hechos jurídicamente relevantes, aunque no le reconoce expresamente al juez la facultad de improbar la acusación, y lo conmina más bien a que utilice sus facultades de dirección temprana y las articule con la posibilidad del fiscal de corregir o complementar los cargos. CSJ, *SP5660-2018 (Rad. 52331)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

³⁰⁰ CSJ, *Sentencia de 17 de noviembre de 2010 (Rad. 34945)*, MP. Jorge Luis Quintero Milanes; CSJ, *Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (Rad. 34370)*, MP. Sigifredo Espinoza Pérez/ Alfredo Gómez Quintero; CSJ, *Sentencia del 18 de abril de 2012 (Rad. 38020)*, MP. José Luis Barceló Camacho; CSJ, *Sentencia del 18 de abril de 2012. (Rad. 38521)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez; CSJ, *Sentencia del 27 de julio de 2012 (Rad. 39296)*, MP. Sigifredo Espinoza Pérez; CSJ, *Sentencia de 6 de febrero de 2013 (Rad. 39892)*, MP. José Luis Barceló Camacho; CSJ, *Auto del 14 de agosto de 2013 (Rad. 41375)*, MP. José Luis Barceló Camacho; CSJ, *AP6049-2014 (Rad. 42452)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ, *SP9853-2014 (Rad.40871)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez; CSJ, *AP2424-2016 (Rad.47223)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

de juicio oral³⁰¹. La única excepción, que algunas de las sentencias que defienden esta posición reconocen, es que el juez puede requerir aclaraciones con respecto a las dimensiones fáctica o jurídica de la acusación cuando las mismas sean completamente ininteligibles³⁰².

Por otro lado, la idea de la acusación como acto de parte no susceptible de control jurisdiccional también está en el centro del argumento que ha sido sostenido por la CSJ en lo relativo a la posibilidad de decretar la nulidad de la acusación. Al respecto, en las decisiones de la alta corporación se defiende de manera uniforme que el escrito de acusación no es susceptible de ser declarado nulo por ser un acto de parte, y que la sanción para una acusación que no contemple los elementos mínimos requeridos está dada por la no prosperidad de sus pretensiones en el juicio³⁰³.

A pesar de esto, es importante subrayar que en algunos casos en los que habría sido procedente aplicar la regla de derecho establecida por la Corte para absolver al procesado, por haberse presentado imputaciones o acusaciones sin el cumplimiento de los requisitos necesarios, la misma CSJ ignora su existencia y termina decretando la nulidad de estos actos. Así, en la sentencia con Radicado 35293³⁰⁴, en un caso de tráfico de estupefacientes en el que se consideró que se vulneraba el principio de legalidad porque en la acusación y en los actos posteriores no se precisaban adecuadamente los cargos contra el procesado por no definirse el verbo rector que describía la conducta realizada, la decisión final no fue absolver, como correspondería si se aplicara la regla definida, sino que se decretó la nulidad del proceso desde el escrito de acusación. También, en la sentencia con Radicado 36907³⁰⁵, en un proceso por inasistencia alimentaria en donde hubo imprecisiones graves en la definición del elemento fáctico de

³⁰¹ CSJ, *Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (Rad. 34370)*, MP. Sigifredo Espinoza Pérez/ Alfredo Gómez Quintero; CSJ, *Sentencia del 18 de abril de 2012 (Rad 38521)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez; CSJ, *AP2424-2016 (Rad. 47223)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ, *SP9853-2014 (Rad.40871)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez.

³⁰² CSJ, *Auto del 14 de agosto de 2013 (Rad. 41375)*, MP. José Luis Barceló Camacho; CSJ, *AP6049-2014 (Rad. 42452)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ, *SP9853-2014 (Rad.40871)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez.

³⁰³ CSJ, *Auto del 5 de octubre de 2007 (Rad 28294)*, MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán; CSJ, *Auto del 21 de marzo de 2012 (Rad. 38256)*, MP. José Luis Barceló Camacho; CSJ, *Sentencia del 13 de marzo de 2013 (Rad. 39561)*, MP. Javier Zapata Ortiz.

³⁰⁴ CSJ, *Sentencia de 7 de septiembre de 2011 (Rad. 35293)*, MP. María del Rosario González de Lemos;

³⁰⁵ CSJ. *Sentencia de 1 de febrero de 2012 (Rad. 36907)*, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

la imputación, la CSJ no se decanta por absolver al procesado, sino que decide decretar la nulidad de la audiencia de imputación.

De otra parte, en lo correspondiente a la delimitación del objeto de juicio a partir del acto de acusación, o lo que es lo mismo, al grado de congruencia que debe existir entre acusación y sentencia, también pueden encontrarse diversas posiciones jurisprudenciales.

Todas tienen en común que defienden que la imputación fáctica de la acusación es inmodificable en el juicio, y que por ende el debate final y la eventual condena deben centrarse exclusivamente en los hechos objeto de acusación. La diversidad de criterios se enfoca, por lo tanto, en hasta qué punto se limita el objeto jurídico de la posible condena por la imputación jurídica realizada en la acusación.

La postura inicial de la CSJ frente al asunto se centró en plantear que el fiscal puede modificar su imputación jurídica en los alegatos finales que se presentan en el juicio oral, y que tal potestad tiene como único límite la imposibilidad de que este acto modifique el núcleo central de la imputación fáctica³⁰⁶.

Sin embargo, con posterioridad a esta ocasión ha habido una línea constante de decisiones en las que reconoce que por regla general la dimensión jurídica de la acusación delimita de manera estricta las posibilidades de condena del fallador, estableciendo, de cualquier forma, la posibilidad excepcional de que el juez se aparte de lo allí dispuesto, si se cumplen los siguientes requisitos: *a) es necesario que la fiscalía así lo solicite de manera expresa; b) la nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género; c) el cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad; d) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación; y e) no debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes*³⁰⁷.

Solo en una sentencia la CSJ ha planteado una variación a la postura descrita inmediatamente antes, empero, la misma es relevante, pues en un caso en el que la

³⁰⁶ CSJ, *Sentencia del 28 de febrero de 2007 (Rad 26087)*, MP. Marina Pulido de Barón.

³⁰⁷ CSJ, *Sentencia de 27 de julio de 2007 (Rad. 26468)*, MP. Alfredo Gómez Quintero; CSJ, *Sentencia del 3 de junio de 2009 (Rad. 28649)*, MP. Jorge Luis Quintero Milanés; CSJ, *Sentencia de 31 de julio de 2009 (Rad. 30838)*, MP. Yesid Ramírez Bastidas; CSJ, *Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (Rad. 34370)*, MP. Sigifredo Espinoza Pérez/ Alfredo Gómez Quintero; CSJ, *Auto del 21 de marzo de 2012 (Rad. 38256)*, MP. José Luis Barceló Camacho.

fiscalía solicitó condena por acceso carnal violento, la Corte, considerando que la conducta que efectivamente se tipificaba eran actos sexuales abusivos, defiende que el juez al fallar está autorizado para apartarse de la imputación jurídica realizada por la fiscalía durante los alegatos finales en el juicio oral, y puede condenar por delito distinto, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos establecidos en la jurisprudencia dominante³⁰⁸.

Finalmente, el grado en que la dimensión probatoria de la acusación determina la prueba practicable en el juicio también ha sido objeto de regulación. El CPP desarrolla la idea de que en general la prueba que la fiscalía podrá practicar en el juicio solo puede ser aquella previamente descubierta durante la audiencia de acusación, salvo circunstancias excepcionales³⁰⁹. La CSJ se ha pronunciado al respecto, delimitando de manera estricta las circunstancias excepcionales en que es posible admitir en juicio un elemento de prueba no descubierto previamente, disponiendo que esto procede cuando: *(i) surge en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada y ello no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de estas encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido; (ii) no fue descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica; (iii) es “muy significativo” o importante por su incidencia en el caso; y, (iv) su admisión no comporta serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio*³¹⁰.

En conclusión, a partir de todo lo dicho con relación a la formulación de acusación como segunda parte de la fase intermedia del proceso penal colombiano es posible sintetizar algunos hallazgos básicos:

1) La acusación en este modelo procesal es un acto que exige la observancia de unos requisitos bastante rigurosos, ya que obliga a una determinación precisa y completa de las dimensiones subjetiva, fáctica y jurídica del caso. Además, tiene como referencia un estándar probatorio que pretende elevar la rigurosidad de la evaluación del sustento probatorio, si se compara con el que se debe observar para la formulación de imputación.

³⁰⁸ CSJ, *Sentencia de 16 de marzo de 2011 (Rad. 32685)*, MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

³⁰⁹ Art. 344 CPP.

³¹⁰ CSJ, *AP1083-2015 (Rad. 44238)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez.

2) Sin embargo, tal y como sucede en la formulación de imputación, la ausencia de controles efectivos al cumplimiento de estos requisitos termina generando que se confíe su verificación al mismo órgano acusador. De ahí que las restricciones al alcance y vinculatoriedad de las observaciones sobre la acusación que hacen los demás participantes en el proceso y la inexistencia de la posibilidad de nivel alguno de control sustancial del caso por parte del juez, sumadas a la presencia de exactamente estas mismas características en el control de la imputación, generen como resultado que en el trámite ordinario no haya ningún escenario de control material del caso previo al juicio oral.

3) Vale aclarar que esto sucede solamente cuando la decisión del fiscal es avanzar hacia el juicio a través de la acusación, porque en el evento en que su decisión es buscar el cierre del caso a través de la preclusión, la regulación frente a las facultades de control se invierte totalmente. Así, en ese caso, el juez tiene la facultad de valorar de fondo el argumento presentado por la fiscalía y de rechazar su solicitud si lo considera adecuado, y los demás participantes pueden pronunciarse sin ninguna restricción temática e interponer recursos si consideran que la decisión tomada por el juez ha sido equivocada.

4) De cualquier manera, a pesar de estar consolidado en el discurso jurisprudencial un modelo de mero control formal del caso, en decisiones procesales específicas se puede ver que la misma CSJ no está dispuesta a asumir las consecuencias más problemáticas de sus propios planteamientos. Así, cuando en ocasiones concretas la ausencia de controles previos ha llevado a que lleguen a juicio casos que sustancialmente contaban con suficientes elementos para sustentar una condena, pero con graves falencias al nivel de la imputación fáctica o jurídica, la Corte ha flexibilizado excepcionalmente sus propias reglas sobre nulidades y congruencia para evitar graves afectaciones a la justicia material, ignorando sin embargo, las consecuencias negativas que esto tiene para el derecho de defensa y la seguridad jurídica de los procesados.

5) Por último, la formulación de acusación constituye un límite fuerte en lo relativo a la fijación del objeto del juicio especialmente a nivel fáctico y probatorio. Por su parte, en lo correspondiente a la imputación jurídica, aun existiendo la posibilidad de modificación de los cargos en el alegato final de la fiscalía y la facultad del juez de condenar por un delito distinto del solicitado, se considera que la acusación constituye

un elemento delimitador riguroso, por el carácter estrictamente reglado de estas potestades y por la calificada riqueza descriptiva exigida a la dimensión jurídica de la acusación.

2.3. Organización institucional y facultades de los sujetos actuantes en la fase intermedia del proceso penal colombiano.

Uno de los argumentos fundamentales para sustentar la reforma del proceso penal colombiano fue la necesidad de modificar los roles de los sujetos que en el actúan, para poder construir un proceso más garantista y eficaz.

Así, desde la exposición de motivos del Acto Legislativo 03 de 2002³¹¹, en lo relativo al papel de los participantes³¹², se planteó como característica del nuevo modelo procesal su estructuración a partir de dos ideas básicas: el entendimiento del proceso como una disputa entre dos sujetos, defensa y acusador, que se enfrentan en un plano de igualdad; y la concepción del juez como funcionario imparcial decisor de la contienda³¹³. Las implicaciones prácticas de esa idea, según la referida exposición de motivos, son la necesidad de especialización de funciones entre los participantes en el proceso, debiendo concentrar la fiscalía las facultades de investigación y acusación, y los jueces las funciones jurisdiccionales³¹⁴, siendo necesario, además, dotar a la defensa de una estructura institucional suficiente para ejercer adecuadamente su función de garantía de los derechos.

³¹¹ CÁMARA DE REPRESENTANTES, *Proyecto de Acto Legislativo número 237 de 2002*, Gaceta del Congreso 134, 26/04/2002.

³¹² De acuerdo con la exposición de motivos otras características fundamentales del nuevo proceso, que no se refieren directamente al papel de los participantes, son el concebir el juicio oral como eje central del trámite y garantizar la eficiencia del sistema a través del principio de oportunidad, entendiendo dentro de este las formas de terminación temprana del proceso.

³¹³ Desde luego estas ideas no son originales del documento normativo referido sino que están inspiradas en el modelo de procedimiento penal propio de la tradición anglosajona.

³¹⁴ Esta precisión, que parece obvia, tiene sentido en el contexto colombiano, pues en el modelo de proceso penal previo a la reforma el fiscal estaba facultado para desarrollar funciones típicamente jurisdiccionales como ordenar la captura o decretar la detención preventiva. Por otro lado, es interesante que en la exposición de motivos se entiende la decisión sobre la preclusión como un acto jurisdiccional, que por ende debe ser facultad del juez, pero nada semejante se dice con respecto al control del caso previo a la apertura del juicio.

Estas ideas, igualdad entre las partes e imparcialidad del juzgador, se han afianzado como referentes discursivos del proceso colombiano, pues se incluyeron en la ley como principios rectores del proceso³¹⁵ y son objeto de referencia constante en las decisiones jurisprudenciales³¹⁶.

Sin embargo, la reconstrucción de las facultades de los sujetos actuantes en el proceso, al menos en la fase intermedia, proyecta un panorama muy diferente del que se ilustra en el discurso popularmente aceptado.

Para empezar por la fiscalía³¹⁷ se puede afirmar que en la fase de indagación tiene, en general, poderes más acotados, si se compara con los que detentaba en el anterior sistema procesal penal colombiano o con las facultades del órgano investigador en procedimientos penales como el español. Esto, pues como ya se mencionó, para ordenar los actos investigativos más invasivos en la esfera de los derechos del procesado debe sustentar su procedencia en sede judicial, y frente a decisiones como la medida de aseguramiento tiene la facultad de postulación, pero la decisión final es competencia de los jueces. Así mismo, en lo correspondiente a los momentos de preparación del juicio y

³¹⁵ Así el Art. 4 CPP dispone: “Artículo 4°. Igualdad. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal (...)”, mientras el Art. 5 CPP consagra: “Artículo 5°. Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.”

³¹⁶ La mención de la igualdad de armas o igualdad de medios es común en la jurisprudencia de la Cort. Const. y de la CSJ. Por ejemplo, la Cort. Const. hace referencia al concepto en los siguientes términos: *Con el principio de igualdad de armas, se quiere indicar que “(...) en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.”* Cort. Const., C-536/2008, MP. Jaime Araujo Rentería.

³¹⁷ La Fiscalía General de la Nación en Colombia hace parte de la rama judicial del poder público y por expresa disposición constitucional tiene como funciones fundamentales el ejercicio de la acción penal y la investigación de los hechos que revistan características de delito (Art. 250 CN). La dirección general de esta entidad está en cabeza del Fiscal General de la Nación. El Fiscal General de la Nación es elegido por la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República (Art. 249 CN). Por su parte los fiscales delegados son los funcionarios que actúan en los procesos concretos y deben desarrollar sus funciones observando los principios de unidad de gestión y jerarquía (Art. 251.3 CN, Art. 49 Decreto 016 de 2014), significando esto que los referidos funcionarios no gozan de las garantías de independencia y autonomía características de la actividad jurisdiccional.

el juicio mismo tiene, en términos generales, facultades equivalentes a las de la defensa, lo que hace la regulación en este punto coherente con la idea de igualdad de armas.

Sin embargo, en la formulación de imputación y en la acusación la fiscalía ejerce un poder claramente dominante en el trámite, ya que en estos momentos tiene el control casi absoluto del destino del proceso, porque concentra las facultades de ejercer la acción penal y controlar el cumplimiento de sus requisitos sustanciales. De ahí que en la fase intermedia el único acto de la fiscalía que es objeto de un control material riguroso sea la solicitud de preclusión, pues incluso en casos de aceptación de cargos, como se estudió en detalle anteriormente, la tendencia dominante es que el control judicial no aborde la verificación sustancial de los elementos de la imputación.

Vale añadir que la concentración del poder de decisión en la fase intermedia del proceso colombiano se acentúa por una característica de la organización institucional de la Fiscalía. Los fiscales, en cada caso concreto, no gozan de autonomía real para definir el contenido de los actos de formulación de imputación y acusación, pues estando sometida su actividad a los principios de unidad de acción y jerarquía, tienen el deber de acomodar sus actos procesales a las directrices que se emitan en niveles superiores de la Fiscalía General de la Nación. Esto se expresa, en términos prácticos, en la facultad del Fiscal General de asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos³¹⁸, y de determinar el criterio y la posición que la Fiscalía debe asumir, incluso en casos concretos, a través de comités técnico-jurídicos cuyos miembros son funcionarios de alto nivel jerárquico de la misma institución³¹⁹. Por ello, el poder de imputar y acusar, y de verificar que estos actos cumplan con los contenidos legalmente exigidos, no solo está concentrado en cabeza del fiscal de cada caso, sino que la fiscalía como institución concentra el poder de definir el contenido de estos actos en todos los procesos penales ordinarios.

Esta concentración de poderes en la fiscalía tiene como reflejo obvio la limitación de las facultades del juez y de los demás participantes del proceso durante las fases procesales estudiadas. Así, la figura discursiva del juez como un tercero imparcial, al cual se someten las solicitudes de las partes y que detenta el poder adjudicativo, se

³¹⁸ Art. 251.3 CN.

³¹⁹ Art. 251.3 CN; Cort. Const., C-232 de 2016, MP. Alejandro Linares Castillo.

desnaturaliza totalmente durante las audiencias de imputación y acusación³²⁰, ya que, como se vio en detalle en el apartado anterior, tiene posibilidades limitadísimas de control de las actuaciones de la fiscalía durante estas etapas procesales³²¹.

Además, la impotencia de los jueces en lo relativo al control de las actuaciones del órgano acusador durante la fase intermedia tiene como consecuencia el desmoronamiento, en este escenario, del ideal de la igualdad de armas entre las partes. Lo anterior, pues no son equiparables los amplios poderes de la fiscalía con la posibilidad de participación de la defensa en las audiencias de imputación y acusación, pues esta última se limita a la posibilidad de hacer observaciones, tanto frente al acto de imputación como frente al escrito de acusación³²². Ello porque incluso cuando la

³²⁰ Es precisamente en el control del caso en las audiencias de imputación y acusación donde se presenta esta característica de limitación del poder decisor del juez, pues en el caso del juez de control de garantías, en otro tipo de diligencias, como el control de actos investigativos, la legalización de captura, y el control de la solicitud de la medida de aseguramiento, cuenta con facultades plenas para aprobar o improbar las solicitudes de la fiscalía. Lo mismo sucede con el juez de conocimiento en lo que corresponde a la audiencia preparatoria y a la audiencia de juicio oral.

³²¹ Es interesante ver como en el año 2006, cuándo el nuevo procedimiento recién estaba iniciando su implementación, en un texto orientado a la capacitación de los jueces penales, GUERRERO, en lo relativo al rol del juez de control de garantías durante la audiencia de imputación, a partir de un ejercicio de dogmática constitucional del proceso penal propuso una interpretación de la norma procesal que habilitaba al juez de control de garantías a realizar un control material, aunque limitado, del acto de imputación. Así, el autor planteaba que el juez debía tener la posibilidad de rechazar la imputación cuando hubiese un error en la persona, cuando la imputación fuere palmariamente arbitraria o cuando faltaren requisitos de procedibilidad. GUERRERO, *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, p. 75. Empero, como se evidenció en el apartado anterior, esta no fue la interpretación asumida por las altas cortes colombianas con respecto a este asunto, pues triunfó una perspectiva más formalista con respecto al rol del juez durante el acto de imputación.

Por otro lado, la decisión del constituyente y el legislador, durante el proceso de reforma, de estructurar el proceso penal de tal forma que la acusación se presente necesariamente ante el mismo juez de conocimiento encargado de tomar la decisión definitiva tras el juicio oral muestra que desde un principio se pensó en un modelo en el que la acusación presentada por el fiscal no fuera objeto de controles judiciales sustanciales, por los evidentes problemas que este tipo de actuación podría generar en la imparcialidad del juzgador final. CÁMARA DE REPRESENTANTES, *Proyecto de Acto Legislativo número 237 de 2002*, Gaceta del Congreso 134, 26/04/2002; GUERRERO, *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, p. 75; URBANO MARTÍNEZ, *El control de la acusación*, pp. 88-95.

³²² De cualquier forma, uno de los cambios en el nivel institucional más interesantes que trajo la reforma del proceso penal en Colombia fue la creación, a través de la Ley 941 de 2005, del Sistema Nacional de Defensoría Pública, como ente gubernamental dependiente de la Defensoría del Pueblo. Esto permitió la creación de toda una estructura institucional enfocada en la defensa de los procesados que no pueden costearse un abogado, y en la representación de víctimas en las mismas circunstancias, que incluye abogados de la entidad, abogados particulares, investigadores judiciales, coordinadores académicos, personal administrativo, e incluso estudiantes universitarios en sus últimos años de grado. Si bien los recursos y capacidades de gestión de la Defensoría Pública no son comparables con los de la Fiscalía General de la Nación, la consolidación de esta entidad ha permitido que el Estado garantice una defensa técnica adecuada a las personas sin recursos para contratar un abogado de confianza. CORTÉS, *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, pp. 87-118; RAMOS SERRANO, "Bogotá", pp. 71-73.

defensa alega el eventual no cumplimiento de los requisitos sustanciales de estos actos, sus postulados no terminan siendo objeto de verificación ni tienen efecto jurídico alguno, más allá de la voluntad del propio acusador, en la medida en que el juez correspondiente no cuenta con las facultades para tomar decisiones relativas a estos asuntos.

Lo dicho para la defensa es igualmente sostenible en el caso de las víctimas, a pesar de que en el contexto colombiano se les ha reconocido como un participante central en el proceso a partir de una concepción amplia de sus derechos, dentro de los que se incluyen aquellos a la verdad, a la justicia, a la reparación integral, a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos³²³. Esto, pues las facultades concretas que se les reconocen en el trámite de la fase intermedia ponen en cuestión la posibilidad de realizar los mencionados derechos en la práctica, dado que, tal y como sucede con la defensa, sus observaciones en el acto de imputación y en la audiencia de acusación no son valoradas por el juez y su consideración depende exclusivamente del arbitrio del fiscal³²⁴.

De cualquier forma, debe resaltarse que ante las solicitudes de archivo y de preclusión el ordenamiento colombiano sí les reconoce a las víctimas la posibilidad de presentar alegatos contrarios a lo requerido por el acusador, debiendo ser estos valorados por el juez antes de tomar una decisión definitiva, y teniendo además las víctimas la posibilidad de interponer recursos si lo decidido por el juez es contrario a sus intereses. Lo anterior no es un asunto menor, pues, durante la fase intermedia, es en los casos de solicitud de archivo o preclusión donde las víctimas son más susceptibles de sufrir una afectación grave a sus derechos, por ser aquellos momentos en los que se cerraría el

³²³ Cort. Const., C-516/2007, MP. Jaime Cordoba Triviño.

³²⁴ Los casos más claros en los que se puede dar una afectación a los derechos de las víctimas en estos escenarios son aquellos en los que el fiscal realiza imputaciones o acusaciones que achacan conductas menos graves de las que realmente corresponderían con los hechos del caso, afectando por tanto la justicia y la reparación de las víctimas, o aquellos en los que el fiscal realiza imputaciones con evidentes errores formales o sustanciales, lo que afecta en general el devenir del proceso e indirectamente la satisfacción de los derechos de las víctimas. Con la regulación actual, si bien las víctimas tienen la posibilidad de realizar observaciones en audiencia evidenciando estas irregularidades, las mismas solo se tendrán en cuenta en el proceso si el fiscal así lo considera pertinente.

proceso sin una decisión condenatoria y sin posibilidades de acceder a mecanismos de satisfacción de sus intereses.

Finalmente, vale la pena hacer un comentario en lo relativo al reconocimiento de la posibilidad de actuación al ministerio público durante la fase intermedia. Constitucional y legalmente al ministerio público le es reconocido el rol de sujeto especial, que puede participar en el proceso penal cuando lo considere necesario, en calidad de defensor del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. De ello se derivan, entre otras facultades, la posibilidad de ejercer vigilancia sobre actos de investigación y diligencias que tengan potencial de afectación de garantías fundamentales, y de participar en audiencias³²⁵. Estas facultades, durante la fase intermedia, se concretan en la posibilidad que tiene este sujeto especial de participar en las audiencias de imputación, acusación, revisión de la decisión de archivo y preclusión, en términos generales, con las mismas potestades reconocidas a la defensa y a las víctimas.

La asignación de este rol procesal al ministerio público, aunque fuese extraño a un modelo de juzgamiento de estilo adversarial, se justificó en el Congreso durante los debates para la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, de acuerdo con lo dicho al respecto por la Corte Constitucional³²⁶, como medio para garantizar en grado máximo la legitimidad del proceso penal, ampliando y reforzando la gama de protección ofrecida inicialmente por el juez de garantías.

Sin embargo, este planteamiento, al menos en lo que corresponde a la fase intermedia, no encuentra un referente real en la práctica procesal. Así, por un lado, en las audiencias de imputación y acusación la intervención de un actor estatal adicional en el proceso, con facultad de participar, pero sin la posibilidad de que sus observaciones sean valoradas por el juez, en realidad no realiza ningún aporte a las garantías o a la legitimidad del proceso, pues no genera ninguna modificación significativa con respecto al problema de fondo, que es la ausencia de control de la actividad del fiscal, y por el contrario constituye una carga logística y burocrática adicional para el sistema procesal. Por su parte, la participación del ministerio público en las audiencias de archivo y

³²⁵ Art. 250 parágrafo CN; Art.277 numeral 7 CN; Art. 109 CPP.

³²⁶ Cort. Const., C-966/2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

preclusión, aunque es más influyente que en los anteriores escenarios mencionados, porque en este caso tiene como destinatario un juez con poder adjudicativo, de cualquier manera parece ser estructuralmente redundante, pues jurídicamente ya está prevista en estas audiencias la participación de acusación, defensa y víctimas, y por tanto no es claro el potencial valor que la actuación del ministerio público aporta al proceso³²⁷.

En síntesis, la revisión de la estructura institucional y de las facultades jurídicamente asignadas a los sujetos participantes en el proceso penal colombiano, en lo concerniente a las etapas procesales identificadas en este trabajo como fase intermedia, permite esbozar una perspectiva que incluye las siguientes conclusiones:

1) La fiscalía es el actor dominante de la actuación y además tiene una organización institucional que genera una concentración fuerte del poder de decidir el destino de las acciones penales; 2) los jueces, tanto de garantías como de conocimiento, ejercen como directores formales de las audiencias cuando la decisión del fiscal es avanzar en el proceso a través de la realización de imputación o acusación, y al contrario, detentan el poder de controlar sustancialmente el caso, cuando la fiscalía busca cesar la persecución penal a través de las figuras del archivo o la preclusión; 3) la defensa, a pesar de contar con una estructura institucional relativamente fuerte en lo que respecta a la defensoría pública, se encuentra en una posición muy débil durante esta fase procesal, pues no cuenta con medios efectivos para controvertir las decisiones de la acusación que afectan sus intereses y por tanto queda sometida a su voluntad; 4) las víctimas cuentan con

³²⁷ Más allá del escenario concreto de la fase intermedia, la participación del ministerio público en el proceso penal colombiano ha sido objeto de constante crítica. La Corporación Excelencia en la Justicia, en un comunicado de 2013, resume de manera precisa los argumentos que sustentan la consideración de que la intervención del ministerio público en el proceso penal debe suprimirse, siendo estos los siguientes: 1) el rol de la entidad en el procedimiento penal es demasiado amplio y su intervención puede generar actuaciones contradictorias en un mismo proceso; 2) la actuación del ministerio público en el proceso penal es redundante pues existe la fiscalía, los jueces de garantías y la defensa pública; 3) la intervención del ministerio público genera problemas en la práctica, por cuanto dificulta la coordinación de las audiencias y complejiza su debate; 4) en la práctica, de nada sirve que el delegado de la Procuraduría piense que no se debería imputar, o que el delito realmente cometido es diverso de aquel por el que se imputa o acusa, pues la definición de cuándo se imputa y por qué delito se hace corresponde sólo a la fiscalía; 5) la participación del ministerio público puede entorpecer el debate procesal, pues sus posiciones pueden ser radicalmente incompatibles tanto con las de la acusación, como con las de la defensa; 6) el personal que actualmente pertenece al ministerio público, ya capacitado en la práctica del sistema penal, podría entrar a reforzar el personal de la fiscalía, que tiene una alta carga laboral. CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, *Intervención del Ministerio Público en procesos penales debe suprimirse*, comunicado del 17 de diciembre de 2013, (<http://www.cej.org.co/index.php/sala-de-prensa/comunicados-cej/item/intervencion-del-ministerio-publico-en-procesos-penales-debe-suprimirse/3715>).

medios razonables para cuestionar las decisiones del acusador de finalizar la persecución penal durante la fase intermedia, pero se encuentran sometidas a la voluntad del fiscal en lo relativo a los términos concretos en que se ejerce la acción penal cuando se presenta imputación y acusación; y 5) la actuación del ministerio público, durante la fase procesal, no parece realizar aporte alguno en cuanto a la legitimidad y garantías del proceso, y por tanto su participación, en el mejor de los casos puede considerarse irrelevante, y en el peor conflictiva y problemática.

3. Reflexiones sobre la configuración de la fase intermedia en el proceso penal colombiano.

Tras haber realizado una descripción detallada de la regulación y forma de funcionamiento de las etapas procesales que en Colombia pueden identificarse con la noción de fase intermedia del proceso penal, en este apartado se expondrán algunas reflexiones relacionadas con lo encontrado.

3.1. Control de la idoneidad del caso en la fase intermedia en Colombia.

3.1.1. Presupuestos generales.

En este trabajo la identificación de qué etapas de un procedimiento penal específico son caracterizables como fase intermedia del proceso penal se ha realizado siguiendo dos criterios, uno temporal: que la etapa procesal esté precedida de una investigación y seguida del momento del juzgamiento; y uno funcional: que esté orientada para servir como escenario de control de la idoneidad del caso previo al juicio y que fije en alguna medida el objeto del proceso.

En lo relativo al control de la idoneidad del caso antes del juicio, a partir de la reconstrucción de la forma en que se desarrollan los procedimientos penales concretos, se puede plantear que esta función se suele desarrollar a partir de dos tipos de actuaciones diferenciadas: 1) la realización de un acto procesal en el que se presenta un argumento con respecto a la viabilidad de que se avance en el proceso, que debe

observar unos requisitos dispuestos jurídicamente, lo que ya implica en sí mismo una valoración del caso, pues el funcionario que emite el acto debe evaluar si los requisitos jurídicamente establecidos se cumplen o no; y, 2) la valoración externa e intersubjetiva del acto procesal mencionado, con referencia a un estándar definido.

De lo anterior puede deducirse que la valoración del grado en que una fase intermedia concreta realiza el control de la idoneidad del caso previo al juicio se puede y debe realizar teniendo en cuenta, por un lado, la rigurosidad de los requisitos que se establecen para el acto procesal inicial, y, en segundo lugar, el alcance de la valoración externa que se puede hacer de dicho acto.

Adicionalmente, debe precisarse que tanto el acto procesal como su valoración son pluridimensionales, pues, en principio, tienen como referente un argumento jurídico completo que incluye una premisa subjetiva (definición de la persona(s) objeto del acto procesal), una premisa jurídica (delito imputado), una premisa fáctica (hechos relevantes), y una premisa probatoria que sirve de sustento a la premisa fáctica. Por ello, al reflexionar sobre la fase intermedia en cuanto a su función de valoración de la idoneidad del caso antes del juicio, es necesario tener en cuenta las dimensiones subjetiva, fáctica, jurídica y probatoria.

Considerando lo anterior, a continuación se presenta una tabla en la que se sintetizan los criterios que se considera pueden tenerse como marco a la hora de caracterizar el control de la idoneidad del caso que se hace en las etapas procesales que componen la fase intermedia:

Criterios para caracterizar el control de la idoneidad del caso en las distintas fases del proceso penal				
Dimensiones	Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
Elementos a considerar.	<p>1) ¿Para superar el momento procesal es necesaria la individualización o identificación del sujeto procesado?</p> <p>2) ¿Esta individualización es vinculante para las etapas subsiguientes del proceso penal?</p>	<p>1) ¿Para superar el momento procesal es necesaria la determinación de los hechos objeto de persecución penal?</p> <p>2) ¿Cuál es el grado de riqueza y especificidad descriptiva que se exige con respecto a los hechos objeto de persecución penal en la fase procesal?</p> <p>3) ¿Esta individualización es vinculante para las etapas subsiguientes del proceso penal?</p>	<p>1) ¿Para superar el momento procesal es necesaria la definición de la conducta punible específica objeto de persecución penal?</p> <p>2) ¿Qué grado de determinación jurídica debe tener la definición de la conducta punible específica objeto de persecución penal?³²⁸</p> <p>3) ¿La definición de la conducta punible realizada en el momento procesal es vinculante para las etapas subsiguientes del proceso?</p>	<p>1) ¿Cuál es el estándar de prueba que se debe alcanzar para superar la fase procesal?</p> <p>2) ¿Cuáles son los medios de prueba que se pueden utilizar para acreditar que se ha alcanzado el estándar de prueba?</p> <p>3) ¿Los medios de prueba utilizados en el momento procesal limitan la posibilidad de considerar otros medios de prueba en etapas subsiguientes del proceso?</p>

3.1.2. Síntesis del modelo de control del caso en la fase intermedia en Colombia.

Ahora bien, centrando la atención en el procedimiento colombiano debe precisarse que los actos de imputación y acusación, que son competencia de la fiscalía, corresponden en el escenario concreto a lo que previamente se ha denominado de manera abstracta acto procesal inicial, mientras el alcance de la valoración externa e intersubjetiva corresponde con las facultades que sobre estos actos tienen el juez y los demás participantes en el proceso. Teniendo esto como marco, a continuación se sintetizará la información relevante de los actos procesales de imputación y acusación³²⁹, siguiendo el esquema ya estructurado en la tabla previamente presentada:

³²⁸ El objeto de esta pregunta puede entenderse mejor teniendo en cuenta que lo que se busca averiguar aquí es si para la superación de la fase procesal se tienen en cuenta todos los elementos del delito, o solo algunos como la tipicidad o el injusto.

³²⁹ En el apartado 2 del presente capítulo esta información se presenta de manera detallada.

Requisitos jurídicamente establecidos para el acto de imputación.				
Dimensiones	Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
Elementos a considerar	<p>1. Para superar la fase procesal se requiere la identificación del sujeto o sujetos imputados.</p> <p>2. Es el momento en el que se da la delimitación subjetiva del caso. No es posible vincular a otras personas al mismo trámite en etapas posteriores del proceso.</p>	<p>1. El acto de imputación exige la determinación de los hechos objeto de persecución penal</p> <p>2. Una adecuada imputación fáctica debe ser clara, expresa y precisa, y debe establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del hecho punible³³⁰.</p> <p>3. Debe predicarse la existencia de congruencia fáctica estricta entre imputación y acusación³³¹.</p>	<p>1. El acto exige la determinación de los delitos que son imputados.</p> <p>2. La misma debe comprender cada uno de los elementos del tipo penal, antijuridicidad, culpabilidad, forma de participación, modalidad de ejecución de la conducta, circunstancias agravantes y atenuantes, e incluso naturaleza y magnitud de las sanciones a imponer.</p> <p>3. La fiscalía está facultada para modificar los términos de la imputación jurídica realizada previamente. (Excepción: Aceptación de cargos en que hay congruencia estricta)</p>	<p>1. El estándar de prueba para formular imputación corresponde a la inferencia razonable de que el imputado es autor o partícipe del delito investigado.</p> <p>2. Se requiere la enunciación y no el descubrimiento de los elementos de prueba. No es necesario que se exponga la relación de los hechos jurídicamente relevantes con los elementos de prueba enunciados, pues esto solo debe hacerse en la audiencia preparatoria.</p> <p>3. Los elementos probatorios enunciados no delimitan el objeto del debate probatorio posterior.</p>

³³⁰ Como se aclaró en el apartado 2.1.1. de este capítulo la regla arriba señalada no está pacíficamente establecida en la jurisprudencia, pues alternativamente se plantea que la imputación simplemente debe contener una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes. De cualquier manera en reciente jurisprudencia se ha reiterado la línea dominante, explicitando de manera muy clara el nivel de precisión exigido en la formulación de las premisas fácticas y jurídicas de la imputación y la acusación. CSJ, *SP5660-2018 (Rad. 52.311)*, MP. Patricia Salazar Cuellar.

³³¹ Esta regla no está pacíficamente establecida en la jurisprudencia, pues la sentencia de la CSJ de radicado AP299-2016 defiende que la consonancia fáctica entre la imputación y la sentencia es eminentemente provisional, por lo cual es aceptable que en etapas como la acusación o los alegatos finales en el juicio se varíen algunas circunstancias fácticas temporales o espaciales, siempre y cuando no se afecte el núcleo fáctico de la conducta punible. En todo caso, en los eventos de aceptación de cargos tras la imputación se exige congruencia estricta entre los hechos de esta y la sentencia. Ver apartado 2.1.1.

Requisitos jurídicamente establecidos para el acto de acusación				
Dimensiones	Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
Elementos a considerar	<p>1. Para superar la fase procesal se requiere la identificación del sujeto o sujetos acusados.</p> <p>2. La delimitación subjetiva del caso viene desde la imputación.</p>	<p>1. El acto de acusación exige la determinación de los hechos objeto de persecución penal.</p> <p>2. La acusación requiere que se realice una presentación circunstanciada (tiempo, modo y lugar) y precisa de los hechos del caso.</p> <p>3. La premisa fáctica de la acusación es inmodificable en el juicio y por tanto fija el objeto del proceso</p>	<p>1. El acto exige la determinación de los delitos objeto de acusación.</p> <p>2. El acto exige una premisa jurídica muy precisa que tenga en cuenta cada uno de los elementos del delito y las consecuencias jurídicas de la conducta en los mismos términos que la imputación.</p> <p>3. Por regla general la dimensión jurídica de la acusación delimita de manera estricta las posibilidades de condena del fallador³³².</p>	<p>1. El estándar de prueba exigido es que a partir de los elementos de prueba legalmente obtenidos se pueda afirmar, con probabilidad de verdad³³³, la existencia del delito y la autoría o participación del procesado.</p> <p>2. No hay base probatoria. Se realiza descubrimiento probatorio en la audiencia de acusación, pero esto se hace para preparar el juicio y no para sustentar la acusación misma.</p> <p>3. En general, la prueba que la fiscalía podrá practicar en el juicio solo puede ser aquella previamente descubierta durante la audiencia de acusación³³⁴.</p>

³³² De cualquier forma, existe la posibilidad excepcional de que el juez se aparte de la premisa jurídica dispuesta en la acusación, si se cumplen los siguientes requisitos: a) es necesario que la fiscalía así lo solicite de manera expresa; b) la nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género; c) el cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad; d) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y e) no debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes.

³³³ La jurisprudencia de la CSJ ha entendido que el estándar probatorio de la acusación es más exigente que el que se debe alcanzar en la formulación de imputación. De ahí que la inferencia razonable de la imputación se asimile a la idea de posibilidad de comisión del delito, mientras en la acusación se habla de probabilidad de verdad. CSJ, *Sentencia de 31 de julio de 2009. (Rad. 30838)*, MP. Yesid Ramírez Bastidas; CSJ, *SP3168-2017 (Rad.44599)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

³³⁴ En circunstancias excepcionales es posible admitir en juicio un elemento de prueba no descubierto previamente en la acusación, siendo esto procedente cuando: (i) surge en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada y ello no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de estas encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido; (ii) no fue descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica; (iii) es “muy significativo” o importante por su incidencia en el caso; y, (iv) su admisión no comporta serio perjuicio al derecho de

La revisión y comparación analítica de los requisitos jurídicamente dispuestos para los actos de imputación y acusación permite realizar algunas observaciones interesantes.

En primera medida, se debe resaltar que en las dimensiones subjetiva, fáctica y jurídica, tanto para el acto de imputación como el de acusación, se exigen esencialmente los mismos requisitos y el mismo nivel de riqueza descriptiva, siendo la diferencia relevante que con la imputación se realiza la delimitación subjetiva y fáctica del objeto del proceso, y con la acusación la delimitación jurídica. Además, los requisitos mencionados son bastante rigurosos, pues en la práctica no son diferenciables de aquellos que se requieren en el marco del juicio para una condena. Esto muestra que en el modelo procesal colombiano no se va dando un aumento progresivo en cuanto a la exigencia de riqueza descriptiva en estas premisas, sino que desde el primer acto de vinculación del procesado al trámite la exigencia es máxima.

Esto es, en principio, una característica valiosa como instrumento de garantía del derecho de defensa, pues en este nivel el procesado cuenta desde un inicio con un conocimiento amplio del caso en su contra, lo que le permite prepararse para etapas procesales posteriores, y además es entendible desde un punto de vista sistemático, si se tiene en cuenta que la imputación es el referente de la condena en los eventos de aceptación de cargos. Sin embargo, también puede tener efectos problemáticos, pues exigencias tan rigurosas pueden ser muy difíciles de cumplir en ciertos casos complejos en los que no ha habido oportunidad para realizar una indagación amplia (por ejemplo, en eventos de captura en flagrancia por delitos graves), y la diferencia entre la exigencia jurídica y las posibilidades prácticas puede terminar generando que se busquen mecanismos para que no se pueda exigir realmente el cumplimiento de los requisitos, y por tanto la norma devenga ineficaz.

De cualquier manera, el aspecto más problemático de los requisitos jurídicamente establecidos para la imputación y la acusación está en la dimensión probatoria. Esto es así porque, de una parte, los estándares de prueba fijados para los actos son vagos y por tanto no constituyen un umbral claro que permita establecer racionalmente cuando los hechos deben considerarse probados; y de otro, porque la valoración del cumplimiento

defensa y a la integridad del juicio. CSJ, AP1083-2015 (Rad. 44238), MP. José Leonidas Bustos Martínez.

del estándar no se soporta en un trámite de presentación, práctica y valoración de elementos de prueba.

A nivel teórico, FERRER plantea que la necesidad de que un estándar de prueba sea un umbral significa que debe establecer claramente cuál es el nivel de corroboración que se requiere para que una hipótesis fáctica pueda considerarse como verdadera en un momento procesal determinado, siendo para él los mayores problemas de los estándares de prueba que actualmente se manejan en el derecho positivo la vaguedad de los enunciados con que se construyen y su remisión a la creencia subjetiva del decisor³³⁵. A su vez, la consecuencia de estos defectos es la imposibilidad de control intersubjetivo racional de las decisiones que se toman con referencia a los mismos³³⁶.

En el caso colombiano, el estándar de inferencia razonable para la imputación, y de probabilidad de verdad para la acusación, que han sido apenas desarrollados por la jurisprudencia³³⁷, si bien transmiten la idea de progresividad en la rigurosidad del estándar según se va avanzando en el procedimiento, no incluyen criterios que permitan evaluar con mediana claridad cuando hay suficientes elementos para que los enunciados fácticos se consideren probados, ni una guía siquiera mínima de cómo se pueden vincular los medios de prueba con la valoración del cumplimiento del estándar. Por ello, siendo su único contenido las vagas nociones en que son formulados, estos estándares de prueba dejan la decisión de si hay elementos probatorios suficientes para sustentar la realización de los actos procesales a la consideración subjetiva del fiscal³³⁸.

³³⁵ FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)”, pp. 403-406.

³³⁶ FERRER, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, pp. 1-6.

³³⁷ En la jurisprudencia de las Altas Cortes Colombianas no ha sido posible ubicar desarrollos relativos al contenido de los estándares de prueba mencionados, más allá de lo dispuesto en la Sentencia de la CSJ de Rad. 30.838, que plantea que la inferencia razonable de la imputación puede equiparse a una simple posibilidad, mientras la probabilidad de verdad de la acusación puede equiparse a la idea de atribución más o menos fundada de un hecho punible. CSJ, *Sentencia de 31 de julio de 2009 (Rad. 30838)*, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

³³⁸ En cuanto a la noción de inferencia razonable en el contexto del proceso colombiano es interesante realizar algunas precisiones. En primer lugar, no es un estándar que se utilice exclusivamente para la imputación, sino que también se contempla en la ley para otras audiencias preliminares como la de control de legalidad de la captura o la de imposición de medida de aseguramiento. De otro lado, en la doctrina colombiana es posible ubicar un debate interesante con respecto a si la noción de inferencia razonable debe interpretarse como equivalente a la noción de inferencia lógica desde una perspectiva de razonamiento analítico, o si debe interpretarse como exigencia de sensatez y no arbitrariedad desde una perspectiva de razonamiento dialógico. De cualquier manera no ha sido posible ubicar rastros de este debate en la jurisprudencia colombiana. SUÁREZ RAMÍREZ, *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable*, pp. 19-34.

Sin embargo, más allá de la vaguedad de los estándares, el mayor problema está en que la forma en que se regula la base probatoria que sirve como referente en estos momentos procesales no contempla que se presenten, practiquen, controviertan ni valoren los medios de prueba, y por lo tanto no es posible ligar estos racionalmente con el cumplimiento o no de los estándares de prueba fijados. Al respecto, FERRER, partiendo de la idea del derecho a la prueba, plantea que la justificación racional de una decisión judicial sobre los hechos (para este caso la decisión del órgano acusador de presentar imputación o acusación) debe partir de que esta sea siempre relacional a un conjunto de elementos de juicio, es decir, los hechos deben relacionarse con un conjunto de elementos de prueba admitidos, practicados y valorados en el proceso judicial³³⁹.

Por ello, el hecho de que la base probatoria de la imputación deba solamente enunciarse, es decir mencionarse, pero no presentarse efectivamente ante el juez, ni someterse a contradicción de la defensa, impide que potencialmente se pueda realizar su valoración, y por lo tanto que se pueda considerar racionalmente si soporta o no los hechos imputados, en la medida del estándar de prueba fijado. Esto es aún más claro en la acusación, ya que a pesar de que en el acto se exige legalmente que se descubran todos los elementos de prueba que se pretenden hacer valer en juicio, esto solamente se hace para preparar el debate que se dará en sede del juicio oral, y no para que se valore si el acto de acusación, en sí mismo, alcanza el estándar que le es propio.

En conclusión, la forma en que se regula la dimensión probatoria de los actos de imputación y acusación impide que potencialmente se pueda controlar intersubjetivamente la aseveración que debe hacer el órgano acusador, consistente en que a partir de los medios de prueba que se relacionan en el proceso se puede inferir alcanzado el estándar de prueba correspondiente.

En este punto, una vez agotada la reflexión sobre los requisitos de los mencionados actos procesales, es ahora pertinente detenerse sobre las formas de control intersubjetivo que sobre los mismos se contemplan en el proceso penal colombiano, que básicamente

³³⁹ FERRER, *Jueces para la democracia*, pp.28-32. En una línea semejante, en otro texto, el mismo autor plantea que la adopción de una resolución con respecto a qué hechos se consideran probados estará justificada si existen en el expediente judicial suficientes elementos de juicio a favor de la proposición fáctica que atribuyen a la hipótesis sobre los hechos un grado de probabilidad inductiva que supere el estándar de prueba previsto. FERRER, *Isonomia*, p. 105.

son el control que realizan los jueces de los actos de imputación y acusación; y la posibilidad de la defensa, las víctimas y el ministerio público de realizar observaciones a los mismos.

Sobre las facultades de los participantes en el proceso de realizar observaciones, vale mencionar que es interesante el hecho de que en las audiencias de imputación y acusación se contemple un espacio para que cada una exprese su postura en relación con el planteamiento de la fiscalía, pues permite enriquecer el debate procesal a partir de las consideraciones de cada sujeto con un interés relevante en el trámite; sin embargo, el alcance de esta actividad es limitado y en últimas no se puede entender como parte de un mecanismo de control intersubjetivo eficaz del caso, ya que: 1) la intervención de los participantes no implica la posibilidad de aportar prueba de descargo y por tanto la intervención, en la práctica, queda limitada a cuestionar las hipótesis acusatorias y cercena la posibilidad de defender hipótesis exculpatorias alternativas; y, 2) la consideración o no de las observaciones depende exclusivamente del arbitrio del mismo fiscal.

Lo anterior está estrechamente relacionado con el hecho de que el control del caso que realizan los jueces ante los que se presenta la imputación y la acusación corresponde con un ejercicio meramente formal, es decir, con la facultad de verificar que los actos de imputación y acusación incluyan los elementos legalmente establecidos, pero no de valorar en ningún nivel el contenido de cada elemento, en los términos que se resumen en la siguiente tabla:

Alcance del control judicial de la imputación				
Dimensiones	Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
Elementos a considerar	- Debe verificar que el documento incluya la identificación de al menos un imputado.	- Debe verificar que el documento incluya una relación fáctica. - No está habilitado para controlar que el grado de riqueza descriptiva de los hechos corresponda con el requisito legalmente establecido.	- Debe verificar que el documento incluya la referencia al delito posiblemente cometido. - No está habilitado para controlar que el grado de determinación jurídica de la conducta punible corresponda con el requisito legal, ni que exista coherencia entre el delito y los hechos imputados.	-Debe verificar que se enuncien elementos materiales probatorios. - No está facultado ni cuenta con la posibilidad material de controlar que el estándar de prueba se alcanzó efectivamente, a partir de la valoración de los medios de prueba enunciados

Alcance del control judicial de la acusación.				
Dimensiones	Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
Elementos a considerar	- Debe verificar que el documento incluya la identificación de al menos un acusado.	- Debe verificar que el documento incluya una relación fáctica y que la misma sea inteligible. - No está habilitado para controlar que el grado de riqueza descriptiva de los hechos corresponda con el requisito legalmente establecido.	- Debe verificar que el documento incluya la referencia al delito posiblemente cometido y que la misma sea inteligible. - No está habilitado para controlar que el grado de determinación jurídica de la conducta punible corresponda con el requisito legal, ni que exista coherencia entre el delito y los hechos imputados ³⁴⁰ .	- Debe verificar que la fiscalía realice el descubrimiento de los medios de prueba que pretende usar en el juicio. - No está facultado, ni cuenta con la posibilidad material, para controlar que el estándar de prueba se alcanzó efectivamente, a partir de la valoración de los medios de prueba descubiertos.

³⁴⁰ Es importante señalar que en reciente jurisprudencia parece vislumbrarse una tendencia hacia un cambio de línea en lo referente a las posibilidades del juez de controlar el cumplimiento de los requisitos de la imputación y de la acusación, especialmente de las dimensiones fáctica y jurídica. En ella se plantea que el juez debe controlar que estos actos *cumplan la ley* a través de los mecanismos de dirección

A partir de lo anterior se muestra la debilidad, y casi inexistencia, del control judicial del caso en el modelo de fase intermedia de Colombia, que a su vez, en oposición a los detallados requisitos de los actos de imputación y acusación, hace evidente que en el modelo estudiado la función del control se confía casi en su totalidad al órgano acusador, es decir, se terminan concentrando en cabeza del fiscal las funciones acusatorias y de control de acusación.

3.1.3. Aspectos problemáticos del modelo de control del caso colombiano.

La revisión analítica del modelo de control del caso integrado a los actos de imputación y acusación en Colombia, y las conclusiones a las que permite llegar, hacen posible develar algunos aspectos problemáticos del mismo.

El primero es que la ausencia de control externo a los actos de imputación y acusación de la fiscalía, o lo que es lo mismo, el hecho de que sea el mismo acusador el único facultado para controlar que estos cumplan con los requisitos legalmente establecidos, es problemático pues este órgano carece de la imparcialidad para realizar la actividad de control de manera fiable.

Desarrollando la idea de manera muy sucinta, el fiscal carece de imparcialidad para valorar la imputación y la acusación, pues se encuentra en una posición institucional en la que obviamente tiene un gran interés en que los referidos actos se consideren válidos. Ello, pues la valoración positiva de que estos actos acusatorios cumplen con los requisitos legales, además de ser necesaria para avanzar en el proceso, es una validación del trabajo que él mismo realiza en su rol de director de la investigación, y un requisito necesario para lograr el objetivo final, propio de su rol de acusador, de alcanzar una sentencia condenatoria. Por lo tanto, una valoración positiva de los actos es directamente beneficiosa para sus objetivos procesales y por ello evidentemente carece

temprana de la audiencia, y por lo tanto no se compromete con afirmar la posibilidad de que el juez rechace imputaciones o acusaciones que no cumplan con los requisitos legales. CSJ, *SP5660-2018 (Rad. 52.311)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar. Sin embargo, al no plantear una regla fuerte y no ser línea jurisprudencial consolidada, aquí se trabajará con la regla más establecida en la jurisprudencia.

de imparcialidad institucional frente al asunto, mientras su imparcialidad personal también queda en una posición cuestionable³⁴¹.

Pero además del interés directo, el fiscal a la hora de evaluar el caso que él mismo ha construido, aun realizando un esfuerzo consciente para valorar sus propias actuaciones de la manera más objetiva posible, no puede escapar a los sesgos cognitivos que genera su actividad previa en el caso. El sesgo básicamente se deriva de que el hecho de dirigir la investigación implica al fiscal la tarea de formularse hipótesis acusatorias que dirijan la elección de las vías más eficientes para descubrir los medios de prueba necesarios, y de realizar la recopilación y valoración progresiva de los referidos medios de prueba, razón por la cual, al momento de valorar si los elementos recopilados efectivamente son suficientes para alcanzar el estándar necesario tendrá tendencia a privilegiar los resultados consistentes con su hipótesis inicial, es decir, estará expuesto a sufrir un sesgo confirmatorio³⁴².

El segundo aspecto problemático del modelo colombiano de control del caso en la fase intermedia es que si se consideran de manera conjunta algunas conclusiones a las que se ha llegado previamente (la debilidad de la dimensión probatoria en los actos de imputación y acusación, la ausencia de control judicial material, y la no fiabilidad del fiscal como controlador del caso), se puede afirmar que el diseño del proceso no brinda herramientas adecuadas para determinar si los actos acusatorios se fundamentan en bases empíricas ciertas y fiables, o si por el contrario se basan en criterios subjetivos y

³⁴¹ FERRAJOLI al hablar de imparcialidad distingue entre imparcialidad personal e institucional. A la primera se refiere requiriendo que el juez no tenga ningún interés privado o personal en el resultado de la causa, mientras que a la segunda se refiere planteando que el juez no debe tener un interés acusatorio, defendiendo por tanto que el juez no debe tener funciones acusatorias, ni el acusador funciones judiciales. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 581-583. La consideración que hace FERRAJOLI de dos aspectos diferenciados de la imparcialidad judicial es similar a la división que se tiene en cuenta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre imparcialidad subjetiva (ausencia de interés, directo o indirecto, del juez en el caso) y objetiva (ausencia de contacto anterior del juez con el *thema decidendi*, a un nivel que genere duda razonable sobre su imparcialidad). JAÉN VALLEJO, *Revista Diálogos de Saberes*, p. 203.

³⁴² En el apartado 2.4 del capítulo I se desarrolló ampliamente la idea de que el juez instructor, en el procedimiento penal abreviado español, dado que concentra facultades investigativas y de control del caso, se encuentra en una posición institucional especialmente susceptible a sesgos confirmatorios. Este argumento se considera aplicable en su integridad al caso de los roles del fiscal colombiano en las audiencias de imputación y acusación, pero arriba solo se expone brevemente. Por ello, para ver el argumento de manera amplia el lector puede remitirse al apartado mencionado. Adicionalmente vale mencionar que una versión general del argumento que aquí se presenta, en el contexto de la referencia a eventos en que se mezclan las facultades investigativa y decisoria, ya se puede encontrar en DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, p. 162.

sospechas no suficientemente soportadas del ente acusador. Esto, pues el procedimiento legalmente regulado no incluye una adecuada presentación de los medios de prueba que soportan las hipótesis acusatorias, y por lo tanto estas últimas no se someten a un verdadero proceso racional de verificación y refutación, ni por parte de los demás participantes en el proceso, ni por parte del juez. De ahí que el único sustento de su validez termine siendo la afirmación en ese sentido del fiscal.

Lo anterior de ninguna manera es un asunto menor. Al contrario, la necesidad de que los actos acusatorios se fundamenten en bases empíricas ciertas, y de que este hecho sea verificable a través de procedimientos fiables, es un límite esencial contra el ejercicio arbitrario del poder de persecución penal, e incluso, de acuerdo con FERRAJOLI, es la base de un procedimiento penal de tipo cognoscitivo, que a su vez, es para él, el referente de un modelo de proceso penal legítimo. Así mismo, para el citado autor, una característica definitoria de los procedimientos penales de corte autoritario es que la decisión judicial se base en valoraciones, diagnósticos, o sospechas subjetivas, y no en anclajes empíricos concretos³⁴³. En últimas, un modelo de fase intermedia en el que el criterio definitorio es la decisión del órgano acusador y no el control de los fundamentos empíricos del caso, parece más propio de modelos autoritarios que de modelos normativamente valiosos de proceso penal.

Finalmente, el tercer y último aspecto problemático del modelo de control del caso colombiano al que aquí se hará referencia se remite a dos consecuencias disvaliosas importantes que genera el mismo en el contexto general del desarrollo del proceso. Estas ya se han mencionado en distintos momentos del apartado 2 del presente capítulo, pero aquí se expondrán de manera conjunta y concreta.

En primer lugar, al no existir un control del caso fiable en la fase intermedia, la fiscalía no cuenta con una barrera sustancial que le impida llevar a juicio a cualquier ciudadano, aun con acusaciones no fundadas o con errores graves en su formulación. Esto es negativo para los distintos participantes en el proceso y para el sistema mismo. El procesado, de una parte, sufre las afectaciones al buen nombre y al bienestar moral, psicológico y económico, que apareja el ser acusado en un juicio penal, sin que se haya verificado previamente que hay bases para ello. Las víctimas pueden ver afectada la

³⁴³ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 33-45.

satisfacción de sus derechos, cuando la fiscalía comete errores en la formulación de los actos acusatorios, y los mismos, por ausencia de control, no son corregidos en etapas tempranas del proceso y generan sentencias absolutorias injustas. La misma fiscalía pierde tiempo y recursos valiosos llevando a juicio casos inviables que podrían haberse corregido o desestimado de existir un control sustancial previo. Y el sistema penal, en general, malgasta recursos valiosos dando trámite a casos que no tienen vocación de éxito.

Sin embargo, más grave aún que lo anterior, es que la fase intermedia en Colombia no constituye una barrera adecuada que garantice que las aceptaciones de cargos previas al juicio tengan una base probatoria, aunque sea limitada. Así, si se suman los problemas en la dimensión probatoria del acto de imputación arriba explicados y la ausencia de control sustancial de la imputación, a la tendencia marcadamente formalista del control judicial que se hace a la aceptación de cargos en sí misma³⁴⁴, el resultado es que se producen sentencias condenatorias en las que no hay una verificación aceptable de que los hechos objeto de la decisión tengan base empírica.

3.2. Mitos en el discurso de la regulación de la fase intermedia en el proceso penal colombiano.

La reconstrucción minuciosa de las etapas procesales que en este trabajo se han reconocido como fase intermedia en Colombia ha permitido identificar, en el marco del discurso³⁴⁵ sobre el proceso penal, el uso de argumentos recurrentes dirigidos a justificar la regulación jurídica que se deriva de la norma legal y de las decisiones jurisprudenciales.

Dentro de este grupo de argumentos, en este apartado se quiere hacer énfasis específicamente en dos estrechamente relacionados entre sí: 1) que algunas características puntuales de la regulación del procedimiento penal colombiano se justifican porque son propias de la estructura de los procedimientos acusatorios, y; 2)

³⁴⁴ Ver apartado 2.1.2. del presente capítulo.

³⁴⁵ En este apartado se entiende la noción de discurso como acontecimientos comunicativos complejos, especialmente de texto y habla. La misma es inferida del uso que se da a la palabra por VAN DIJK en sus estudios sobre análisis crítico del discurso. VAN DIJK, *Anthropos*, pp. 23-36.

que el eje central del proceso penal colombiano es el juicio, porque en el sistema acusatorio³⁴⁶, en oposición al sistema inquisitivo, el centro de gravedad es este momento procesal y no la etapa de investigación.

Estos argumentos se consideran interesantes, porque, aunque tienen apariencia de corrección, no resisten una revisión crítica, es decir, son falaces, y por tanto pueden considerarse como mitos³⁴⁷ en el discurso de la regulación del proceso penal colombiano, que además se utilizan para sustentar algunas de las características más problemáticas de la fase intermedia.

De acuerdo con lo anterior, en lo subsiguiente este apartado se enfocará en mostrar que efectivamente los argumentos reseñados se presentan en el discurso del proceso penal colombiano y se usan para justificar características concretas de la regulación de la fase intermedia, para luego argumentar por qué se consideran mitos y exponer las consecuencias problemáticas que genera su uso.

Para empezar, la reforma del proceso penal colombiano se justificó, desde un inicio, a partir de la necesidad de introducir en Colombia un modelo de procedimiento penal *contendencia acusatoria*, caracterizado primordialmente por la división de roles entre la investigación y acusación, juzgamiento, y defensa, es decir por la introducción en Colombia de un esquema adversarial; y por considerar como eje del proceso al juicio oral. Es posible ubicar estas ideas ya desde la exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional que terminó desembocando en el Acto Legislativo 03 de 2002; en los debates legislativos que dieron lugar a la expedición de la Ley 906 de 2004³⁴⁸; y

³⁴⁶ En este apartado se utilizará el término *sistema acusatorio* de acuerdo con el uso que se le da en la jurisprudencia colombiana y en general en el contexto procesal colombiano, que en principio hace referencia al modelo de proceso introducido en Colombia en la Ley 906 de 2004, como opuesto al antiguo *sistema inquisitivo*. Esto a pesar de que por precisión conceptual durante todo este estudio para hacer referencia a las características del proceso penal de los Estados Unidos se ha preferido la expresión *sistema adversarial*.

³⁴⁷ La palabra mito en este contexto se utilizará con referencia a una de las específicas acepciones que para ella reconoce el Diccionario de la Lengua Española, siendo esta: *persona o cosa a la que se le atribuyen cualidades o excelencias que no tiene*. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, (<http://dle.rae.es>)

³⁴⁸ CÁMARA DE REPRESENTANTES, *Proyecto de Acto Legislativo número 237 de 2002*, Gaceta del Congreso 134, 26/04/2002; CÁMARA DE REPRESENTANTES, *Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 01 de 2003*, Gaceta del Congreso 104, 26/03/2004, pp. 2-3.

en distintos documentos y procesos de formación, capacitación y evaluación de la implementación de la reforma al procedimiento³⁴⁹.

Sin embargo, lo más interesante está en que estas ideas fueron recepcionadas por la jurisprudencia de las Altas Cortes, y han sido usadas en este contexto, más que como características que describen el nuevo modelo de procesamiento, como argumentos para justificar decisiones específicas sobre cómo se deben interpretar ciertas normas procesales.

Centrando el foco en las decisiones jurisprudenciales relacionadas con la fase intermedia del proceso penal se puede rastrear el uso de los argumentos mencionados en los siguientes casos que definen líneas de pensamiento que todavía se siguen aplicando en la jurisprudencia actual:

- En la sentencia C-1260 de 2005³⁵⁰ uno de los problemas jurídicos que entra a resolver la Corte Constitucional consiste en evaluar si es inconstitucional que el art. 288 del CPP disponga que en la audiencia de imputación no es necesario que la fiscalía descubra elementos materiales probatorios para soportar su imputación fáctica.

El argumento de la Corte para sustentar la constitucionalidad de la norma demandada es que la implementación del nuevo modelo de procesamiento penal de tendencia acusatoria implicó cambios estructurales, dentro de los que se encuentra el hecho de que es la etapa del juicio el momento de practicar y valorar las pruebas, por ser este espacio en el que se puede garantizar la observancia de las garantías de publicidad y defensa con la aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración, y por tanto en la etapa de indagación no se practican pruebas sino que se recolectan elementos

³⁴⁹ ESCUELA DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y CIENCIAS FORENSES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Informe Sistema Acusatorio - Curso de Capacitación*; CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – SALA ADMINISTRATIVA, *Evaluación de gestión sistema penal acusatorio primer año de implementación*, pp. 91-106. Específicamente, en lo relativo a la consolidación de la idea del juicio como centro del proceso es interesante mencionar que, durante los primeros años de implementación del sistema procesal, USAID Y el DOJ centraron sus esfuerzos de cooperación, relacionados con la formación de estudiantes de derecho, en la promoción y financiación de concursos interuniversitarios de audiencias simuladas, orientados exclusivamente a la simulación de juicios orales. Esto, a mi modo de ver, transmite la idea de que el juicio oral es el momento trascendental del proceso. USAID, *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)*, pp. 177-178.

³⁵⁰ Cort. Const., C-1260/2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

materiales probatorios que solamente deben ser descubiertos en la audiencia de acusación. Por ello considera que no es contrario a la Constitución que no se descubran los elementos de prueba que sustentan la imputación, porque los escenarios de descubrimiento y contradicción de la prueba ya están dados en la acusación y el juicio.

En otras palabras, lo que la Corte defiende en esta decisión es que, teniendo en cuenta que el juicio es el eje de gravedad en el proceso penal, es propio de la estructura del procedimiento con tendencia acusatoria que la prueba se descubra en la acusación y se practique y valore en juicio, de lo que se deriva que no se deben descubrir elementos de prueba para sustentar la imputación.

- La CSJ, en Sentencia de tutela de 22 de septiembre de 2009 (Rad.44103)³⁵¹, aborda el problema jurídico de si el juez de control de garantías tiene la facultad legal de aprobar o improbar la imputación presentada por la Fiscalía. La Corte toma una decisión al respecto argumentando que el juez no tiene la facultad de improbar la imputación en la medida en que esta es un acto de comunicación de parte, y por ello de permitirse su control se agrietarían las bases de la estructura acusatoria del proceso, pues el juez dejaría su rol de árbitro imparcial de la contienda porque asumiría una teoría del caso.

Replanteando lo dicho por la Corte en términos de los argumentos aquí estudiados, se puede afirmar que en esta sentencia se defiende que es propio de la estructura del procedimiento acusatorio que el juez no pueda realizar control material del acto de imputación, pues esto afecta su rol de árbitro imparcial en el conflicto de partes.

- La CSJ en Auto del 14 de agosto de 2013 (Rad. 41375)³⁵² revisa de manera extensa el problema jurídico de si el juez de conocimiento debe tener la facultad de controlar materialmente el cumplimiento de los requisitos de la acusación por parte de la Fiscalía.

En la *ratio decidendi* de este caso la Corte plantea que es de la ontología de un modelo procesal acusatorio que el juez no pueda controlar materialmente la acusación formulada por la fiscalía, porque esto implicaría que el juez se está

³⁵¹ CSJ, *Sentencia de tutela de 22 de septiembre de 2009 (Rad.44103)*, MP. José Leónidas Bustos Martínez.

³⁵² CSJ, *Auto del 14 de agosto de 2013 (Rad. 41375)*, MP. José Luís Barceló Camacho.

entrometiendo en la función acusatoria y porque el control de la acusación afectaría la imparcialidad del juez en un modelo acusatorio. Así, desarrollando el argumento, la Corte incluso dispone expresamente que permitir que el juez interfiere con el *nomen iuris* de la acusación daría al traste con la principal característica del principio acusatorio que es la diferenciación de las funciones del fiscal y el juez en el proceso penal³⁵³. En adición, la Corte en su extenso razonamiento también menciona que el juez solo debe controlar los elementos sustanciales de la acusación al momento del juicio oral, cuando se toma una decisión definitiva sobre el caso, implicando en este argumento la idea del juicio oral como centro del proceso³⁵⁴.

En resumen, a partir de las decisiones jurisprudenciales arriba citadas se puede afirmar que las Altas Cortes Colombianas han considerado, teniendo como referente la idea de que el juicio es el eje central del procesamiento penal, que la no necesidad de descubrir una base probatoria para el acto de imputación y la imposibilidad de control material por parte de los jueces de los actos de imputación y acusación son características propias de un modelo de procesamiento penal de tendencia acusatoria.

Habiéndose establecido la presencia de los argumentos reseñados, en general en el discurso de la reforma del proceso penal en Colombia y en particular en la jurisprudencia de las Altas Cortes, es momento ahora de exponer por qué se considera que se pueden calificar como mitos.

Así, en cuanto a la idea consistente en que el juicio es el eje central de los procesos penales de tendencia acusatoria, y en especial del procedimiento colombiano, la misma se considera como un mito porque no resiste un examen empírico, en la medida en que

³⁵³ El mismo argumento arriba expuesto en relación con el escrito de acusación, también ha sido utilizado en la jurisprudencia para alegar que el juez de conocimiento no tiene facultad de controlar los elementos de la imputación sobre la que se realiza aceptación de cargos (que entra a tener efectos de escritos de acusación). Sin embargo, como se ilustró en el apartado 2.1.2., la línea jurisprudencial con respecto a la posibilidad de control material de la aceptación de cargos es más controvertida que la correspondiente a la del control material de la acusación, y por ende no se entrará a realizar su discusión en este apartado.

³⁵⁴ El argumento del juicio oral como centro del proceso también sirve para justificar que la defensa pueda realizar observaciones netamente formales al escrito de acusación, y que las mismas no deban ser necesariamente consideradas por la fiscalía ni valoradas por el juez. Ello pues se considera que los debates sustanciales del nivel jurídico y probatorio tienen como escenario idóneo el juicio oral y que por ello no se deben adelantar en la audiencia de acusación. Ejemplo de esta línea de pensamiento en: CSJ, *Auto del 5 de octubre de 2007 (Rad 28294)*, MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

desconoce que en la actualidad la inmensa mayoría de los casos que ingresan al sistema penal no llegan a juicio oral.

Una revisión de los datos disponibles al respecto es importante para ilustrar el planteamiento. De acuerdo con datos tomados por USAID del sistema de información de la Fiscalía General de la Nación, de la totalidad de los casos que egresaron del sistema penal en el año 2014 solamente el 5% terminaron con sentencia, mientras el 70% culminaron con archivo de la investigación, el 11% con extinción de la acción penal, el 9% con conciliación, el 3% con preclusión y solo el 0,06% con aplicación del principio de oportunidad³⁵⁵.

A su vez, si se toman exclusivamente los casos que terminaron en sentencia, de las cifras presentadas en el documento citado se puede inferir que, en el año 2014, solamente el 29% de las mismas se dictaron tras agotarse el trámite del juicio oral, mientras el 71% se profirieron en virtud de aceptación unilateral de cargos y de preacuerdos y negociaciones³⁵⁶.

Con los anteriores datos se puede calcular que de la totalidad de los casos que ingresan al sistema penal aproximadamente solo el 1.5% llegan a juicio oral, a partir de lo cual se puede afirmar que, si se toma este universo amplio como referencia, el juicio más que el eje central del proceso penal sería un momento claramente residual del mismo. Además, incluso si se toman como referencia solamente los casos en los que se realiza una primera formalización de la persecución penal mediante la imputación, las cifras evidencian que la aceptación temprana de cargos, los preacuerdos, y la preclusión, son

³⁵⁵ USAID, *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)*, pp. 32-33.

³⁵⁶ USAID, *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)*, pp.41-42. Es importante precisar que el dato del porcentaje de sentencias proferidas con posterioridad al juicio oral no se encuentra de manera expresa en el documento citado, empero, es posible inferirlo del mismo, de manera relativamente fiable, pues aporta los datos necesarios. Así, se cuenta con el número total de sentencias condenatorias y sentencias absolutorias en el año 2014, y por tanto se puede calcular el número total de sentencias proferidas en el año; por su parte, el número total de sentencias proferidas tras el juicio oral se puede calcular, pues se cuenta con el dato de sentencias absolutorias en el año (una sentencia absolutoria solamente se puede proferir tras agotarse el juicio oral salvo casos excepcionalísimos) y con el dato de sentencias derivadas de acusación directa en el año (que dados los demás descriptores de la estadística se entiende referido a las sentencias condenatorias tras el juicio oral), y sumando estos dos se puede tener el dato de cuantas sentencias se dictaron tras agotarse el juicio oral. Teniendo los datos del número total de sentencias proferidas en 2014 y el número total de sentencias proferidas tras el juicio oral durante el mismo año, con una simple operación aritmética se puede calcular el porcentaje arriba anotado.

instituciones procesales a través de las cuáles se resuelven más del doble de casos que a través del trámite del juicio oral, por lo cual se revela insostenible afirmar que este último es el centro de gravedad del proceso penal³⁵⁷.

En adición, vale resaltar que, a pesar de que los datos presentados son impactantes, no es accidental que un número mínimo de casos lleguen a juicio, teniendo en cuenta el modelo de procesamiento diseñado. Ello, pues se ha entendido que un proceso de tendencia adversarial, como el que se introdujo en Colombia, es sostenible siempre y cuando la gran mayoría de los casos no lleguen a juicio, y por ende durante el trámite procesal se crean incentivos para que los casos culminen en etapas anteriores del proceso³⁵⁸. En el caso del proceso penal colombiano los incentivos para que los casos no lleguen a juicio son muy fuertes, siendo los más evidentes la posibilidad de aceptar cargos o de llegar a preacuerdos con rebajas punitivas automáticas que llegan a ser hasta del 50% de la pena, pero existiendo además otras instituciones importantes relacionadas con esta finalidad, tales como la conciliación y la aplicación del denominado principio de oportunidad³⁵⁹. Sin embargo, lo que sí se considera aquí incoherente es que aunque

³⁵⁷ Las cifras aquí presentadas son coherentes con las observaciones que reporta LÓPEZ del primer año de funcionamiento del sistema, con las que acredita que en la época era mínimo el número de juicios que se realizaban, mientras la mayoría de sentencias se lograban por otras vías como la aceptación de cargos y los preacuerdos. LÓPEZ MEDINA, *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia* (...), pp. 112.

³⁵⁸ Lo mencionado arriba es absolutamente claro en el sistema procesal penal de los Estados Unidos, que como se explicó en el apartado 1.1 del presente capítulo fue un referente fundamental de la reforma del proceso penal colombiano. Allí, en la jurisdicción federal, aproximadamente en el 75% de los casos que son conocidos por el fiscal no se presentan cargos, y, según la misma Corte Suprema de los Estados Unidos, el 97% de las condenas son producto de aceptaciones de culpabilidad. WHITEBREAD y SLOBOGIN, *Criminal Procedure an analisis of cases and Concepts*, p.592.; USSC, *Missouri v. Frye*, (2012). Además, en la jurisprudencia de la Corte Suprema también se ha reconocido que sin la utilización de las aceptaciones tempranas de culpabilidad (*plea bargaining* en Estados Unidos) no se podría sostener la carga que se generaría al trámite de juzgamiento y el sistema de procesamiento penal se paralizaría. USSC, *Lafler v. Cooper*, (2012), voto de disenso Juez Scalia.

³⁵⁹ En Colombia, ya desde las discusiones de la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal se tenía claro que los preacuerdos y negociaciones eran un instrumento fundamental para la eficiencia del proceso, al punto en que se afirmó durante las reuniones por parte de Luis Camilo Osorio, presidente de la comisión y Fiscal General del momento, que lo que más le atraía de ese sistema era la solución anticipada de más del 90% de los casos, y defendió la necesidad de un sistema de rebajas de pena fijas y automáticas con el fin de estimular el uso de esta institución para que esta diera suficiente apalancamiento al sistema. COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL (...), *Acta N° 25*, 30 de junio de 2003, pp. 24-31. Sin embargo, la revisión exhaustiva de las actas de la Comisión Redactora evidencia que esta circunstancia, en general, no se consideró de manera sistemática en las discusiones relativas a la estructura del proceso o a la regulación de momentos procesales concretos como la imputación o la acusación. Así mismo, es sorprendente que, al revisar la ponencia del proyecto de Código en la Cámara de Representantes, en la exposición de los elementos estructurales del nuevo sistema no se hace mención alguna al papel fundamental que la justicia penal negociada estaba destinada a realizar en el nuevo sistema, a pesar de que la regulación que entró en vigencia ya se encontraba en el proyecto presentado. CÁMARA DE REPRESENTANTES, *Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 01 de 2003*,

es claro que el sistema procesal busca de manera decidida desestimular que los casos lleguen a juicio, al mismo tiempo se pretende sostener discursivamente que el juicio es el eje de gravedad del proceso penal implementado.

En lo relativo a la otra idea que aquí se ha identificado como mito discursivo, que consiste en que algunas características de la regulación del procedimiento penal colombiano se justifican porque son propias de la estructura de los procedimientos acusatorios³⁶⁰, la misma se considera falaz por dos razones: 1) porque la definición de los elementos que hacen parte de la estructura de un sistema acusatorio no es una cuestión obvia, ni sobre la que exista consenso, y por ello, para definir un contenido frente al particular se requiere aportar razones que legitimen la decisión (lo cual no realiza la Corte), y; 2) porque de los elementos que la Corte reconoce como estructurales a un sistema acusatorio no se pueden inferir las características concretas que a partir de ellas se defienden como parte del ordenamiento.

En cuanto a la primera razón es importante aclarar que la noción de sistema procesal acusatorio no tiene un significado obvio, y, por el contrario, a la misma se le asignan en el discurso procesal distintos usos y distintos contenidos, por lo que no se puede hablar de un consenso evidente en cuanto a su significado, ni mucho menos de que tenga una naturaleza que le es propia.

En referencia a los usos del concepto, LANGER ha planteado que la comprensión de lo acusatorio suele venir dada a partir de su antagonismo con lo inquisitivo, y que estas nociones de acusatorio-inquisitivo se utilizan en la doctrina del derecho procesal penal comparado y en la jurisprudencia comparada de maneras diversas, siendo estas: 1) como tipos ideales-descriptivos; 2) como sistemas históricos o sociológicos que se encuentran presentes en procesos penales concretos pasados o contemporáneos; 3) como intereses o

Gaceta del Congreso 104, 26/03/2004, pp. 2-3. Por su parte, la idea de que el proceso está diseñado para que la mayoría de los casos no lleguen a juicio a partir de la introducción de instituciones como la aceptación de cargos y los preacuerdos también ha sido reconocida por la jurisprudencia de la CSJ, ejemplos de esto en: CSJ, *Auto del 14 de agosto de 2013 (Rad. 41375)*, MP. José Luís Barceló Camacho; CSJ, Sentencia de 8 de julio de 2009, (*Rad. 31063*), MP. José Luís Quintero Milanés.

³⁶⁰ Vale señalar que este argumento es muy similar a uno que se utiliza en el contexto del procedimiento penal de los Estados Unidos, pues por ejemplo a la hora de decidir qué derechos de la Constitución se encuentran integrados a la cláusula de *due process of law*, la USSC remite cómo criterio de decisión a la idea de *aquellos que son fundamentales al esquema norteamericano de justicia*. DRESSLER y THOMAS, *Criminal Procedure Investigating Crime*, p.48.

valores contrapuestos que coexisten en todo proceso penal; 4) como funciones del proceso penal; y 5) como modelos normativos³⁶¹.

En este nivel se considera claro que el uso que realizan las Cortes del concepto es como modelo normativo, al menos en el caso específico de las sentencias revisadas en este apartado, pues el hecho de que en las sentencias objeto de análisis se utilice la idea de que alguna característica puntual de la regulación procesal se justifica “por ser propia de la estructura de un sistema acusatorio” evidencia que en este contexto la noción sistema acusatorio es utilizada como un criterio de evaluación positiva³⁶² que sirve de sustento para que una regulación procesal específica se considere aceptable.

Lo realmente problemático está en el contenido que se le asigna al concepto. Tomando como referencia la sentencia de la CSJ de Rad. 41375³⁶³ se puede observar que en ella se identifican como principios inherentes a la estructura del sistema acusatorio los siguientes: 1) igualdad de armas; 2) derecho de defensa (que incluye): - contradicción, no autoincriminación y defensa técnica; 3) no existencia de proceso sin acusación que implica la necesaria distinción entre el órgano que acusa y el que juzga, y; 4) derecho premial, que implica la necesidad de las instituciones de la aceptación de cargos y los preacuerdos y negociaciones.

La crítica aquí está centrada, más allá de la discusión sobre la relevancia valorativa de estos principios, en que no se puede afirmar válidamente que los mismos sean inherentes a la definición de sistema acusatorio; por el contrario, aquí se sostiene que son dependientes de una elección puntual y que el contenido del concepto es contingente. El sustento de la idea anterior se evidencia al citar referencias autorizadas a lo acusatorio que incluyen un contenido distinto del seleccionado por la Corte en la sentencia previamente referida, siendo que algunas pueden ser parcialmente coincidentes y otras completamente discordantes.

³⁶¹ LANGER, *Revista brasileira de direito processual penal*, pp. 12-24.

³⁶² Con respecto al uso de los conceptos acusatorio-inquisitivo como modelos normativos dice LANGER expresamente: “Estos modelos incluyen un conjunto de principios o características positivas o negativas que pueden usarse para evaluar procesos penales actuales, para tomar decisiones en casos individuales o para promover reformas procesales”. LANGER, *Revista brasileira de direito processual penal*, pp. 22.

³⁶³ CSJ, *Auto del 14 de agosto de 2013 (Rad. 41375)*, MP. José Luís Barceló Camacho. Vale aclarar que el apartado que arriba se cita de esta sentencia es reiteración de la sentencia: CSJ, *Sentencia de 8 de julio de 2009 (Rad. 31063)*, MP. Jorge Luis Quintero Milanés. Se toma esta sentencia como referente porque en ella se desarrolla uno de los mitos objeto de estudio en este apartado.

Así, por ejemplo, en el marco de la misma jurisprudencia colombiana, la Sentencia C-591/2005 menciona como características básicas del nuevo sistema: la garantía de los derechos fundamentales del procesado y la observancia de los derechos de las víctimas; el control judicial de las actividades invasivas de derechos fundamentales propias de la fiscalía; y el deber del juez de buscar la verdad y la justicia material³⁶⁴. De otra parte, la Sentencia C-396/07 identifica como características básicas del sistema acusatorio la separación de las etapas de investigación y juzgamiento; el control judicial de los actos en que se requiera potestad jurisdiccional; que la actuación judicial solo proceda a petición de parte; que el proceso penal sea, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público; y la posibilidad de terminación del proceso penal de manera anticipada a través de principio de oportunidad o acuerdo entre las partes, por regla general con control formal y material de la decisión³⁶⁵. Por su parte, de acuerdo con PULECIO BOEK, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha hecho referencias a la “naturaleza de los sistemas acusatorios” identificándola con las características de garantía de una efectiva defensa por parte de abogado, de protección contra la autoincriminación, y de necesidad de regulación de algún tipo de descubrimiento probatorio previo al juicio³⁶⁶.

En el ámbito doctrinal la diferencia de concepciones en cuanto al contenido de lo acusatorio es aún más clara y esto se sustentará con algunos ejemplos puntuales. Para empezar, desde una perspectiva continental, el principio acusatorio tiene como contenido fundamental la exigencia de que en el proceso exista una división funcional entre la acusación, que en sí misma debe tener sustento material, y el juzgamiento; y por ende, estos actos deben realizarse por funcionarios distintos para garantizar la imparcialidad del juzgador³⁶⁷. Por su parte, LANGER plantea que cuando se parte de una concepción del modelo acusatorio como tipo ideal se le suele identificar con las características de proceso como contienda entre dos partes, con trámite oral, con

³⁶⁴ Cort. Const., C-591/2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁶⁵ Cort. Const., C-396/2007, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁶⁶ PULECIO BOEK, *Richmond Journal of Global Law*, pp. 76-77.

³⁶⁷ Partiendo de esta definición ARMENTA DEU diferencia entre procesos penales acusatorios y adversativos, pues es característica de estos últimos, más no de los primeros, la confrontación entre dos partes con igualdad de armas con la dirección de un tercero imparcial. ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales – La justicia penal en Europa y América*, p.42-43. En el mismo sentido: ARMENTA DEU, *Revista brasileira de direito processual penal*, pp. 123-124.

proceso concentrado y con jueces legos (jurados)³⁶⁸. Mientras, PULECIO BOEK, en el contexto norteamericano, plantea que en el nivel teórico, desde una perspectiva normativa, se suelen asociar un grupo amplio de características a la categoría de proceso penal acusatorio³⁶⁹: a) jueces como árbitros imparciales de una contienda entre partes y jurados como decisores finales; b) acusador como parte con un interés específico en el resultado del proceso (en oposición a acusador como autoridad neutral); c) posibilidad de aceptación de cargos y negociación; d) proceso impulsado principalmente por las partes; e) no obligatoriedad de llevar un expediente; f) investigaciones independientes de acusación y defensa previas al juicio; g) menos control jerárquico; h) procedimientos públicos y orales; i) división clara de las funciones investigativas y adjudicativas y división de roles estricta entre las partes; j) amplios derechos reconocidos al procesado; y, k) mayor intervención de la víctima en los procedimientos³⁷⁰. Por su parte, FERRAJOLI, también desde una perspectiva normativa³⁷¹, considera como definitorio de un sistema procesal acusatorio que el juez sea un sujeto rígidamente separado de las partes; que el juicio sea una contienda entre iguales iniciada por la acusación; y que el juicio sea contradictorio, oral y público y resuelto por el juez según su libre convicción³⁷²; pero a su vez considera totalmente incompatibles con este modelo de juzgamiento características que suelen asociarse a él, tales como la discrecionalidad de la acción penal; el carácter electivo del juez; la sujeción de los órganos de acusación al poder ejecutivo; y la exclusión de la motivación de los juicios ante jurado³⁷³.

En síntesis, lo que se busca mostrar con este variopinto catálogo de significados es que la referencia a *principios inherentes* a un sistema acusatorio de procesamiento no es sostenible, pues no existe tal cosa como una ontología de los sistemas procesales acusatorios, sino distintos usos de un término, cuyo contenido termina siendo una elección basada en criterios valorativos sobre qué características se han de ligar al núcleo de este concepto. Por ello se considera criticable que el valor normativo de ciertas ideas procesales se pretenda derivar, como hace la Corte, del fundamento exclusivo de considerarse integradas a la estructura propia de los sistemas acusatorios.

³⁶⁸ LANGER, *Revista brasileira de direito processual penal*, pp. 17.

³⁶⁹ En inglés *adversarial system*

³⁷⁰ PULECIO BOEK, *Richmond Journal of Global Law*, pp. 72-75.

³⁷¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 92.

³⁷² FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 564.

³⁷³ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 563.

De cualquier forma, el anterior no es el único ni el más fuerte argumento que se puede construir contra lo planteado en las sentencias, consistente en que es justificable la ausencia de descubrimiento probatorio en la imputación, y la ausencia de control judicial de los actos de imputación y acusación, por ser esto propio de la estructura de los sistemas acusatorios. El argumento más fuerte es que, ni aun asumiendo como válidos los principios que la Corte considera inherentes al sistema acusatorio, de ellos es posible inferir las conclusiones que se expresan en las decisiones de las sentencias señaladas.

Con respecto a esto, lo primero que se debe resaltar es que la referencia teórica a características generales de los sistemas procesales, por regla general, hace énfasis en algunos elementos de estos, mientras otros, claves en la práctica procesal, tienden a ser oscurecidos. El segundo es el caso de los temas del control de los actos acusatorios y de los debates probatorios previos al juicio, pues en las caracterizaciones teóricas que se hacen de los sistemas acusatorios, incluyendo la realizada por la CSJ en la sentencia ya precisada, no se asumen posiciones definidas, ni positivas ni negativas, sobre estos temas. Así, cuando no es ubicable en ninguna parte de la amplia literatura sobre las características esenciales de los sistemas acusatorios la referencia a los elementos que las Cortes defienden usando este argumento, esto se puede considerar un indicador sólido de que lo postulado por el ente judicial tiene flaco fundamento.

Empero, lo más importante es que, en el razonamiento de las Cortes, de las premisas (principios inherentes del sistema acusatorio) no se pueden inferir las conclusiones (no control judicial de los actos de imputación y acusación, y no descubrimiento probatorio en la imputación). Esto, que se podría demostrar de manera teórica, se ilustra de manera más plástica a partir de un ejemplo concreto.

En el sistema procesal penal de los Estados Unidos³⁷⁴, que por tradición puede caracterizarse como paradigma de un modelo adversarial de juzgamiento, y que de

³⁷⁴ Debe aclararse que en los Estados Unidos de Norteamérica no puede hablarse de un único modelo de procedimiento penal pues cada estado de la unión tiene la facultad de definir el suyo propio dentro de los límites definidos por la Constitución Federal. Sin embargo, en el estudio sobre dicho procedimiento que se realiza en el capítulo 3 de esta tesis, y se enfoca en el procedimiento del Estado de Nueva York, considerando también el procedimiento Federal y el de California, se observa que en los tres se encuentran características estructurales comunes que permiten que en este caso se realice válidamente una referencia general al modelo de procesamiento norteamericano.

manera general observa los principios que la CSJ colombiana considera inherentes al sistema acusatorio³⁷⁵, en su regulación y en su práctica procesal contempla la posibilidad, aunque de manera reglada y estrictamente delimitada, de controles judiciales a los actos acusatorios y la necesidad de que estos mismos actos estén soportados en prueba.

Tomando como referencia el procedimiento penal para delitos de rango *felony* del Estado de Nueva York, el *complaint*, que es el acto que allí sería equivalente a la imputación en Colombia, se presenta por escrito, y debe incluir una parte fáctica, una parte jurídica, y estar soportado al menos por una declaración que ratifique cada uno de los elementos del delito. Así mismo, el juez ante el que se presenta el *complaint* cuenta con la facultad de rechazar este acto si considera que no cumple con los requisitos establecidos legalmente para el mismo³⁷⁶.

Por su parte, de acuerdo con el diseño ordinario de dicho procedimiento³⁷⁷, antes de formularse acusación (*indictment*) es necesario que el caso se presente ante un juez en una audiencia que se denomina *preliminary hearing*, en la que la acusación tiene el deber de aportar prueba suficiente que permita acreditar que hay causa razonable para creer que el procesado efectivamente es responsable de un delito de rango *felony*, siendo que en el evento en que el fiscal no logre acreditar que se cumple con el estándar probatorio correspondiente, el juez está facultado para rechazar los cargos.

En adición al trámite de la *preliminary hearing*, el fiscal antes de acusar también está obligado a presentar el caso ante un grupo de entre dieciséis y veintitrés personas, que se denomina *gran jurado*, teniendo el deber allí de presentar prueba legalmente suficiente que permita inferir que hay causa razonable para creer que el procesado cometió un delito de rango *felony*. Asimismo, el gran jurado también está facultado para

³⁷⁵ En el apartado 1. del Cap. III de la presente tesis se exponen las características generales básicas del modelo procesal penal de los Estados Unidos. De su lectura se puede inferir que estas consideradas características generales incluyen los denominados “principios inherentes al sistema acusatorio” que refiere la CSJ en su sentencia de Rad. 41375.

³⁷⁶ Para una descripción detallada de este trámite ir a: apartado. 2.2 cap. 3.

³⁷⁷ En la práctica del procedimiento hay distintos medios por los que se elude la realización de la *preliminary hearing*, estos se explican detalladamente en el apartado 2.3.1 Cap. 3, donde se realiza una exposición detallada del trámite de esta fase procesal.

rechazar los cargos en los eventos en que considere que el caso no cumple con el estándar probatorio requerido³⁷⁸.

En conclusión, en el proceso penal del Estado de Nueva York, que es paradigmático de lo que se suele denominar modelo de procesamiento adversarial, es obligatoria la presentación de prueba para sustentar los actos acusatorios equivalentes a la imputación y acusación, y los adjudicadores, sean el juez o el gran jurado, están facultados para controlar materialmente que el caso tenga sustento y rechazar los cargos en el evento de considerar que los requisitos necesarios no se cumplen.

Lo anterior es entonces una prueba que permite falsear los argumentos objeto de estudio de las Cortes colombianas, pues no se puede predicar válidamente que la ausencia de control jurisdiccional de los actos de imputación y acusación y el no descubrimiento de prueba en la imputación son propios de la estructura del sistema acusatorio, cuando en un procedimiento penal actual, representativo de los sistemas acusatorios, estos actos no son solo posibles sino propios de su diseño institucional.

Por ello, al no partir de un fundamento válido el uso que las Cortes hacen de las ideas del juicio como eje del proceso penal y de la referencia a la estructura del sistema acusatorio, lo único razonable es considerar que estas expresiones terminan siendo usadas como elementos retóricos³⁷⁹ dirigidos a justificar unos criterios regulativos concretos, sin que tengan un referente material sólido que los soporte, y por eso es aceptable denominarlas como mitos en el discurso del proceso penal colombiano.

Finalmente, es importante resaltar que reviste gran importancia el hecho de develar como carentes de fundamento los argumentos sobre los que aquí se ha reflexionado, en la medida en que estos son uno de los soportes básicos del modelo de regulación que en Colombia se ha hecho de la fase intermedia del proceso penal, especialmente en el punto de la imposibilidad de verificar y controlar sustancialmente los actos acusatorios

³⁷⁸ Una descripción exhaustiva del trámite ante el gran jurado en el procedimiento penal de NY puede verse en el apartado 2.3.2. Cap. 3.

³⁷⁹ Al respecto LANGER plantea que el hecho de que la idea de sistema acusatorio haya tendido a imponerse a la de sistema inquisitivo como referente normativo ha generado que la noción de sistema acusatorio se instrumentalice como dispositivo retórico y como eslogan en decisiones judiciales y reformas procesales alrededor del mundo. Lo descrito en este apartado se considera una prueba de la hipótesis planteada por el mencionado autor. LANGER, *Revista brasileira de direito processual penal*, p. 24.

de la fiscalía. Rechazadas las premisas la conclusión deviene inadmisibile, y la consecuencia de ello es que se hace imprescindible reflexionar sobre si el modelo de fase intermedia actual tiene algún otro referente con verdadera fuerza normativa que pueda justificarlo, o si por el contrario no es aceptable, y por lo tanto se debe repensar cuáles son los valores que deben orientar el sistema procesal y cómo se deben desarrollar en el diseño institucional específico.

3.3. Caracterización de la fase intermedia colombiana en perspectiva comparada.

A lo largo del presente capítulo se han venido desarrollando algunas ideas que son centrales en la cuestión que se abordará en este apartado final.

La primera es que el procedimiento penal colombiano no es encuadrable dentro de los procedimientos que se categorizan teóricamente como mixtos continentales, de los cuales el procedimiento español es un representante, pero tampoco puede entenderse como perteneciente a la misma tipología de procesos a los que aquí se ha hecho referencia como procedimientos penales adversariales, que son los que se desarrollan en las distintas jurisdicciones de los Estados Unidos. El procedimiento colombiano, influenciado por ambos, se constituye a partir de alguna forma de mestizaje de las ideas de los dos tipos de procedimientos antes señalados³⁸⁰.

La segunda es que las categorías teóricas inquisitivo-acusatorio, en general, no tienen la suficiente capacidad explicativa para aportar a una caracterización precisa de los

³⁸⁰ Esto se reconoce de alguna manera en ciertos sectores de la jurisprudencia y doctrina procesal colombiana al utilizar la noción de “proceso con tendencia acusatoria” en vez de la noción de “proceso acusatorio” para referirse al proceso colombiano. Sin embargo, aquí se considera que las características específicas de la mezcla que se da en Colombia todavía no han sido suficientemente identificadas ni comprendidas. Un ejemplo de las fuentes en las que se usa la noción de sistema de tendencia adversarial o acusatoria puede ser: CÁMARA DE REPRESENTANTES, *Proyecto de Acto Legislativo número 237 de 2002*, Gaceta del Congreso 134, 26/04/2002; CÁMARA DE REPRESENTANTES, *Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 01 de 2003*, Gaceta del Congreso 104, 26/03/2004, pp. 2-3; ESCUELA DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y CIENCIAS FORENSES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Informe Sistema Acusatorio - Curso de Capacitación*; CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – SALA ADMINISTRATIVA, *Evaluación de gestión sistema penal acusatorio primer año de implementación*, pp. 91-106; Cort. Const., C-1260/2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández; Cort. Const., C-536/2008, MP. Jaime Araujo Rentería.

procedimientos penales contemporáneos³⁸¹, y esta situación se acentúa cuando se confrontan con una realidad previamente inexistente, como la que representa el procedimiento penal objeto de este capítulo.

Lo anterior deja al académico que estudia el actual procedimiento penal colombiano en una posición complicada. Se enfrenta a un tipo de proceso distinto de los que históricamente han sido objeto de estudio académico por parte de la literatura procesal, y se ve compelido a hacerlo con un aparato teórico y conceptual que no parece tener la capacidad de rendimiento suficiente para realizar satisfactoriamente esta tarea.

De este contexto surge la pregunta a abordar en este apartado: ¿es posible realizar una caracterización precisa de los elementos que constituyen el procedimiento penal colombiano que supere las limitaciones de las categorías acusatorio-inquisitivo? La respuesta, que se buscará sostener adelante, es que la propuesta teórica que realiza DAMAŠKA, en su icónico libro *The faces of justice and state authority*, en la que presenta un marco conceptual alternativo para explicar las diferencias entre los distintos procesos judiciales en el ámbito comparado, es mucho más sofisticada que la tradicional distinción acusatorio-inquisitivo y permite en consecuencia una comprensión más precisa de cómo se sintetiza en el procedimiento colombiano el encuentro dialéctico entre las ideas de las concepciones procesales mixta y adversarial.

³⁸¹ Al respecto, las reservas de LANGER con el uso de las categorías acusatorio-inquisitivo son diversas y relevantes, y se podrían sintetizar en los siguientes puntos: 1) son nociones sin un significado unívoco y claro, pues en la doctrina tienen muy diversos usos y contenidos lo que las hace vagas y ambiguas; 2) son nociones que hacen referencia a modelos multidimensionales que integran variables dependientes e independientes en un solo concepto, por lo que se podría decir que son nociones demasiado gruesas, que por ende son problemáticas, pues el análisis de ciertos fenómenos requiere que se tengan en cuenta distintas variables individualmente consideradas; y 3) son conceptos que han contribuido a limitar los ámbitos de interés del derecho procesal penal comparado, pues han iluminado ciertos aspectos del fenómeno procesal confiriéndoles gran relevancia y consecuentemente han oscurecido otros, sacándolos del foco del interés académico. LANGER, *Revista brasileira de direito processual penal*, pp. 12-42.; DAMAŠKA, a su vez, destaca que más allá de sus significados más básicos (sistema acusatorio como sistema de conflicto entre partes y sistema inquisitivo como sistema de investigación oficial) las características concretas a las que se refieren estos conceptos no son claras y son muchas veces contradictorias, y por tanto en resumen, son nociones vagas y ambiguas. Además, las critica porque considera que no tienen la potencialidad para comprender los contrastes esenciales de los modelos de administración de justicia continentales y angloamericanos. DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 3-6. Por su parte, ARMENTA DEU considera necesario superar la referencia a las nociones de inquisitivo y acusatorio, en la medida en que ningún sistema contemporáneo real corresponde con esos modelos puros, y al contrario, todos mezclan elementos de las dos nociones teóricas. ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, pp. 54-58.

La propuesta de DAMAŠKA, resumida de manera muy esquemática, consiste en plantear un marco para la clasificación de los procedimientos judiciales³⁸², a partir de dos tipologías independientes entre sí: modelos de procesos derivados de la forma de organización de la autoridad del Estado y modelos de proceso derivados de las concepciones sobre la función del gobierno. En la tipología de modelos de procesos derivados de la forma de organización de la autoridad del Estado, el autor ubica dos tipos ideales que se oponen: tipos de proceso ante sistemas judiciales jerárquicos³⁸³ y tipos de proceso ante sistemas judiciales coordinados³⁸⁴. Mientras, en la tipología de modelos de proceso derivados de las concepciones sobre la función del gobierno ubica a su vez otros dos tipos ideales que se oponen: tipos de procesos dirigidos a la implementación de políticas³⁸⁵ y tipos de procesos dirigidos a la solución del conflicto³⁸⁶.

El hecho de que los conceptos base de la propuesta de DAMAŠKA sean tipos ideales hace necesarias algunas precisiones. En primer lugar, con tipos ideales el autor se refiere a que los modelos de procesos que propone no corresponden con procedimientos penales históricos ni actuales, sin embargo, tampoco se deben entender como modelos normativos, es decir como formas procesales perfectas o deseables. Al contrario, lo que se pretende con estos tipos ideales es, en términos del mismo autor, un diseño separado de las contingencias históricas con el afán de identificar y analizar³⁸⁷.

De otro lado, DAMAŠKA expresamente plantea que las características de los modelos arquetípicos que propone no tienen la intención de representar repositorios de los

³⁸² Vale aclarar que la propuesta de este autor no pretende limitarse al procedimiento penal ni a los contextos continental europeo y anglosajón, al contrario, pretende ser útil para analizar distintos tipos de procedimientos judiciales que se desarrollan en diversos espacios geográficos.

³⁸³ La expresión utilizada arriba es la traducción que se hace para este texto de la expresión *process before hierarchical officialdom* que usa DAMAŠKA en su texto.

³⁸⁴ ³⁸⁴ La expresión utilizada arriba es la traducción que se hace para este texto de la expresión *process before coordinate officialdom* que usa DAMAŠKA en su texto.

³⁸⁵ La expresión utilizada arriba es la traducción que se hace para este texto de la expresión *policy-implementing type of proceeding* que usa DAMAŠKA en su texto.

³⁸⁶ La expresión utilizada arriba es la traducción que se hace para este texto de la expresión *conflict solving type of proceeding* que usa DAMAŠKA en su texto.

³⁸⁷ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, p. 12. Debe precisarse que DAMAŠKA en su texto no utiliza expresamente la noción de tipos ideales para referirse a las categorías que propone. Sin embargo, en este apartado se utilizará, porque se considera que se amolda perfectamente a lo que plantea el autor y además permite una comprensión más precisa de las categorías que plantea. Para revisar en más detalle el tema puede ser útil remitirse a LANGER cuando explica las características de los tipos ideales descriptivos. LANGER, *Revista brasileira de direito processual penal*, pp. 17-18.

elementos básicos de los sistemas procesales anglosajones o continentales, pues lo que se busca con sus modelos precisamente es tratar de entender las complejas mezclas de disposiciones que tienen los procedimientos, para poder analizarlos en términos de los elementos que los componen³⁸⁸. Por ello, es normal que un procedimiento concreto tenga elementos de los distintos tipos ideales que desarrolla el autor. De ahí que los procedimientos concretos no pueden identificarse nunca de manera absoluta con ninguno de los tipos ideales, sino que deben ubicarse, en términos de grado, como más afines con las características idealmente descritas por uno u otro, por lo que la propuesta del reseñado autor termina representando un marco flexible para explicar muy diversos tipos de sistemas.

Adicionalmente, el hecho de que las tipologías sean independientes entre sí implica que las distintas estructuras de organización del sistema judicial pueden mezclarse con los distintos modelos de proceso derivados de las concepciones sobre las funciones del gobierno. Así, habrá procedimientos concretos que podrán ubicarse tendencialmente en los espacios generados por las cuatro combinaciones posibles: jerárquicos- implementación de políticas; jerárquicos-solución del conflicto; coordinados- implementación de políticas; coordinados-solución del conflicto³⁸⁹.

Ahora, cada tipo ideal, individualmente considerado, incluye un conjunto de características claramente definidas, que el autor contextualiza y desarrolla de manera bastante exhaustiva, de las que aquí solo se podrá hacer breve mención.

En el marco de la tipología de modelos de procesos derivados de la forma de organización de la autoridad del Estado, los procesos ante sistemas judiciales jerárquicos se caracterizan porque³⁹⁰:

- El proceso es entendido como una sucesión metodológica de etapas, entre las que el juicio es solamente una fase más y no el centro del procedimiento.
- Las autoridades judiciales se organizan en estructuras rígidas y jerárquicas integradas por funcionarios profesionales. Por ello, la revisión del superior

³⁸⁸ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, p. 12.

³⁸⁹ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, p. 14.

³⁹⁰ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 47-56.

jerárquico de las decisiones tomadas en primera instancia hace parte de la estructura ordinaria del sistema procesal y tiene un alcance muy comprehensivo.

- El expediente es el eje central del proceso, pues desempeña un rol definitivo para garantizar la completitud y autenticidad de la documentación recolectada durante todo el procedimiento. Por ello, la información recogida en las etapas previas tiene un valor directo y relevante al momento del juicio.
- El procedimiento se desarrolla siguiendo rígidamente el esquema jurídicamente reglado y ante los funcionarios oficiales del Estado.
- Parte de un ideal legalista-lógico de los estándares normativos para la toma de decisiones.

En oposición, los modelos coordinados tienen las siguientes características básicas³⁹¹:

- Participación de personas del común y de funcionarios no profesionales como adjudicadores, y organización horizontal de las distintas autoridades que participan en el proceso.
- Idea de concentración de la actividad procesal en el juicio, de lo que se deriva la ausencia de una etapa procesal equivalente a la instrucción.
- Prevalencia de la toma de decisión en un solo nivel de autoridad, que se expresa en privilegiar el control horizontal de las decisiones entre autoridades coordinadas³⁹², y en la correspondiente debilidad relativa del acceso a revisión de las decisiones por parte de superiores jerárquicos. Limitación a la necesidad de motivación de las decisiones y control indirecto de las mismas.
- Confianza en la comunicación oral y en la inmediatez con el decisor al momento de la recepción del testimonio.
- No todas las fases procesales se deben agotar bajo la supervisión directa de funcionarios del Estado, y por lo tanto es válido delegar la realización de funciones procesales relevantes a las partes y a participantes privados.

³⁹¹ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 57-69.

³⁹² Esta idea, que es muy difícil de entender desde el punto de vista del procesalista continental, se ejemplifica muy bien en la estructura de la fase intermedia de los procesos penales de los Estados Unidos, en la que el juez de la *preliminary hearing*, el Gran Jurado, y el juez ante el que se presenta el *indictment*, sin tener una jerarquía entre sí, desempeñan de manera coordinada la función de controlar el acto de acusación. Ver Cap. 3 - apartado 2.

- Posibilidad de los funcionarios de ejercer poderes discrecionales, e incluso de flexibilizar la aplicación de reglas procesales por razones de justicia sustantiva.

Por su parte, en el marco de la tipología de modelos de proceso derivados de las concepciones sobre la función del gobierno, el autor considera que los tipos de procesos dirigidos a la implementación de políticas están estrechamente relacionados con concepciones activistas del Estado, y que tienen concretamente las siguientes características fundamentales³⁹³:

- La legitimidad de estos modelos de proceso suele referirse a su posibilidad de obtención de resultados sustancialmente correctos. Por lo tanto la función de las normas procedimentales se entiende como adjetiva e instrumental, de lo que se deriva que en ocasiones la aplicación de las normas procesales pueda flexibilizarse al colisionar con la posibilidad de obtener un resultado que se considere sustantivamente más preciso.
- Parte de una postura epistemológica optimista, pues considera posible obtener niveles óptimos de conocimiento de la verdad sobre los hechos, y considera que el vehículo más adecuado para este fin es una investigación realizada por parte de funcionarios del Estado, neutrales y sin intereses personales en el caso. En últimas adjudicador e investigador pueden entenderse como funcionarios que colaboran en la búsqueda de la solución correcta del caso.
- El control del inicio y el final del proceso recae en cabeza de funcionarios del Estado; y la participación de terceros ajenos a ellos, aunque posible en el proceso, siempre debe ser supervisada por estos.
- No puede hablarse estrictamente de la existencia de partes procesales, pues aunque el proceso pueda asumir la forma de un conflicto, del lado acusatorio estará un funcionario del Estado, mientras que el procesado y la defensa serán simples particulares. De ahí que no se reconozca a los particulares el control del desarrollo y destino del proceso (*dominus litis*) porque este debe ser controlado oficialmente.

³⁹³ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 147-180.

- La cualidad principal del adjudicador debe ser, más que su imparcialidad, su posibilidad de lograr resultados sustanciales correctos.
- Se reconoce el deber del procesado de cooperar con el desarrollo del trámite por lo que puede ser objeto directo de acción procesal como fuente relevante de información.
- El rol de la defensa es limitado si se compara con las facultades del funcionario acusador, sin embargo, su participación puede considerarse relevante para la obtención de resultados sustancialmente correctos y por tanto incluso puede regularse como obligatoria.
- El sistema permite que las decisiones finales puedan modificarse con cierta facilidad si se descubre que son sustancialmente incorrectas.

Finalmente, los modelos de proceso dirigidos a la solución del conflicto, que el autor entiende estrechamente ligados a una concepción reactiva del Estado, se identifican con las siguientes características³⁹⁴:

- La legitimidad del sistema tiende a justificarse procedimentalmente. La victoria debe ser del ganador en el debate procesal, en el que las partes se enfrentan en igualdad de condiciones y con un adjudicador imparcial. Ante una decisión que soluciona el conflicto, que el resultado obtenido no sea sustancialmente preciso no genera mayor preocupación.
- Se reconoce a las partes el dominio sobre el desarrollo del proceso, por lo tanto, en uso de su autonomía, los ciudadanos son libres para renunciar a los derechos que en él se les reconocen. Esto genera que los derechos puedan ser usados como herramientas de negociación entre las partes y que por lo tanto la estructura procesal sea flexible, ya que puede modificarse de acuerdo con las decisiones que tomen las partes.
- El nivel de igualdad que garantiza el sistema es la meramente abstracta igualdad entre las partes, es decir, la garantía formal de que iguales armas procesales estén disponibles para estas, sin tener en cuenta las desigualdades extraprocesales que puedan existir. Así mismo, la idea de igualdad de

³⁹⁴ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 97-146.

condiciones entre las partes (de iguales posibilidades de victoria) implica idealmente que las partes representen intereses particulares. Si una de las partes representa intereses del Estado esto implica en sí mismo un manifiesto desequilibrio.

- Las partes pueden disponer del inicio y terminación del procedimiento sin necesidad de autorización judicial; delimitan el marco fáctico y jurídico del caso; e incluso tienen las penas definidas normativamente como referentes de negociación para llegar a una posible sentencia consensuada.
- El proceso no tiene como objetivo independiente el descubrimiento preciso de lo acaecido en el caso, al contrario, el debate fáctico está ligado al objetivo fundamental de la resolución del conflicto. Por ello, el fallo es más una decisión resolviendo el debate entre las partes que un pronunciamiento sobre lo sucedido.
- El procesado tiene la facultad de decidir si participa y en qué momento, como fuente de información, en la dimensión probatoria del proceso.
- Las partes deben descubrirse entre sí los elementos de prueba que pretenden usar en el trámite, para garantizar una confrontación equilibrada.
- La característica principal del adjudicador en este tipo de proceso debe ser la neutralidad, que se debe expresar en el tratamiento equitativo de las partes y en una actitud imparcial. Por ello, el juez debe depender de las partes para obtener la prueba del caso y debe llegar al juicio con el menor conocimiento previo posible sobre el desarrollo del proceso.
- El procesado tiene autonomía para decidir si es representado o no por un abogado, incluso en las etapas más relevantes del proceso.
- Las decisiones finales, aun siendo sustancialmente incorrectas, son difícilmente modificables cuando se ha respetado el procedimiento. Al contrario, decisiones finales obtenidas rompiendo el equilibrio en el procedimiento, aunque sustancialmente correctas, son más fácilmente modificables.

Teniendo como marco las características de los tipos ideales aquí descritos, DAMAŠKA, en la parte final de su libro, procede a ubicar los modelos de procedimientos históricos y actuales dentro de las categorías planteadas.

Los sistemas procesales que aquí genéricamente se han caracterizado como mixtos continentales, el autor los ubica en el espacio de confluencia entre los procesos ante sistemas judiciales jerárquicos y los procesos dirigidos a la implementación de políticas, pero no como la versión más aproximada al tipo ideal³⁹⁵, sino como una versión moderada. En resumen, este tipo de proceso es muy cercano del tipo ideal jerárquico, pero se distancia en alguna medida del tipo ideal de implementación de políticas, porque, sin separarse de sus rasgos fundamentales, da mayor peso al juicio dentro de la estructura del proceso; reconoce un papel más activo del procesado y la defensa y espacios procesales para reivindicar sus intereses; se interesa porque al menos el juicio se estructure como una simulación de un conflicto entre acusación y defensa; e incluso implementa, en sus versiones más contemporáneas, rebajas de penas en casos de confesiones y aceptaciones de culpabilidad³⁹⁶.

De su parte, los modelos de proceso que aquí se han denominado adversariales, el autor, en el marco de la primera tipología, los ubica como cercanos al tipo ideal coordinado, y en la segunda, los considera caracterizables como un sincretismo dinámico entre ideas de implementación de políticas y solución del conflicto, aunque eso sí, más influenciados por el segundo de estos tipos ideales que ningún otro de los modelos de proceso penal contemporáneos³⁹⁷.

Así, se considera que este modelo de procesos tiene características del tipo ideal de implementación de políticas, porque no se puede obviar el hecho de que existe un grado importante de profesionalización y organización burocrática de algunos integrantes del sistema; una apropiación del conflicto por parte de la fiscalía que deja de lado a la víctima; y una actitud más activista en algunos aspectos, derivada de los cambios en la concepción de Estado que se introducen en Estados Unidos con el llamado *new deal*, y que se expresan en el proceso, por ejemplo, en mayores poderes del juez para limitar la

³⁹⁵ Es muy interesante que los procesos penales históricos más cercanos al tipo ideal jerárquico-implementación de políticas son, según el autor, los de los Estados comunistas chino y soviético, seguidos por el proceso penal del *ancient régime*. DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 186-199, 194-201.

³⁹⁶ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 189-194.

³⁹⁷ Lo anterior se presenta en la obra del autor de manera muy gráfica, pues incluso llega a dividir la descripción de las características de este modelo de procedimiento en dos apartados diferentes, uno que describe las características más cercanas al tipo ideal de solución del conflicto, y otro que describe aquellas más cercanas al tipo ideal de implementación de políticas. DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 222-226, 231-237.

autonomía de las partes y en la implementación de instituciones como la defensa judicial gratuita.

Sin embargo, a pesar de las anteriores consideraciones, el autor sigue defendiendo la fuerte tendencia de este modelo de proceso hacia el tipo ideal de solución del conflicto, porque el hecho de que en la organización del sistema judicial se observen rasgos importantes de una estructura coordinada (relaciones débiles de subordinación; designación política de los funcionarios; gran fragmentación y delegación de la autoridad, etc.); genera que sea más aceptable la consideración del proceso como un conflicto entre partes y no como una búsqueda conjunta de la verdad dirigida por los funcionarios oficiales.

Ahora bien, teniendo como antecedente todo lo que aquí se ha descrito, y sin perder de vista que la reflexión tendrá siempre como referente la fase intermedia del proceso por ser el objeto de estudio de este trabajo, es momento de abordar los interrogantes fundamentales para este apartado: ¿cómo puede encuadrarse el procedimiento penal colombiano actual en las categorías propuestas por DAMAŠKA? y ¿en qué medida se ve influenciado el procedimiento colombiano actual por las ideas de los modelos mixtos continentales y en qué medida por las de los modelos adversariales?

En cuanto a la tipología de modelos de procesos derivados de la forma de organización de la autoridad del Estado se defenderá aquí que el procedimiento penal colombiano, en su estructura más profunda, responde a las características principales del tipo ideal jerárquico de organización del sistema judicial, pero introduce algunos aspectos concretos, pero muy relevantes, del tipo ideal coordinado. Por lo tanto, la reforma procesal, no implicó en este punto un verdadero cambio de paradigma que lleve al proceso colombiano a ser cercano a la concepción de la organización de la autoridad del modelo adversarial.

Así las cosas, ¿qué hay en el procedimiento colombiano del tipo ideal jerárquico? Lo principal es que la estructura de la judicatura y de la fiscalía sigue siendo estrictamente jerárquica, y el funcionariado profesional y vinculado con fuerte vocación de

permanencia a las instituciones³⁹⁸. Esto genera, tal y como se menciona en la descripción del tipo ideal, que se siga un esquema de proceso que permite un control vertical de las decisiones por parte de los superiores jerárquicos, que incluye un amplio sistema de recursos y una exigencia fuerte de motivación de las decisiones con relevancia procesal³⁹⁹. Además, coherente con lo anterior, el proceso se estructura siguiendo la idea de una sucesión ordenada, preclusiva y rígida de etapas, pues aunque tiene métodos para la terminación anticipada o negociada del caso, como el principio de oportunidad, las aceptaciones de culpabilidad y los preacuerdos, estos se aplican de la manera estrictamente reglada por las normas⁴⁰⁰; por lo que no se considera válidamente defendible que, en virtud de la introducción de este tipo de figuras procesales, el procedimiento colombiano sea asimilable, en este punto, a los modelos adversariales, ya que estos últimos tienen una estructura mucho más flexible. Por último, las normas procesales y en general el modo de razonamiento de los participantes en el proceso responden, de manera dominante, a una concepción del ordenamiento jurídico como una estructura lógico racional de normas, por lo que se privilegia en su práctica el modo de razonamiento deductivo⁴⁰¹.

³⁹⁸ La organización jerárquica de la judicatura en lo relativo al procedimiento penal en Colombia es fácilmente evidenciable cuando se observa que el CPP da a los superiores jerárquicos la facultad de revisar las decisiones de los inferiores cuando se interpone recurso de apelación. Arts. 33.1, 34.1, 36.1 CPP. De cualquier forma, sobre la estructura jerárquica de la judicatura ya se habló en este capítulo en el apartado 2.3.

³⁹⁹ Vale mencionar que al menos la posibilidad de apelar la sentencia condenatoria, además de ser propia del modelo de proceso implementado en Colombia, hace parte esencial de la forma en la que el texto constitucional se concibe el derecho al debido proceso, por lo que hace parte de los valores fundamentales en los que se afianza el proceso penal. Art.29 CN. Además, el mismo derecho se encuentra consagrado en el N° 5 del Art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

⁴⁰⁰ Lo arriba dispuesto se afirma en virtud de que las figuras procesales arriba señaladas lo que permiten, básicamente, es la terminación anticipada del proceso por distintas vías, pero no la modificación en sí misma de la estructura del proceso jurídicamente establecido. Al contrario, al revisar el procedimiento penal de los delitos de rango *felony* del Estado de Nueva York se verifica que figuras como la amplísima discrecionalidad del órgano acusador, la posibilidad del procesado de renunciar a etapas procesales enteras sin aceptar responsabilidad, y la posibilidad del acusador de iniciar el trámite procesal directamente ante el gran jurado, entre otras, dan a este procedimiento niveles de flexibilidad inconmensurables con los integrados al proceso colombiano. Ver apartado 2. Cap. 3.

⁴⁰¹ Aunque lo arriba afirmado es en general correcto, no sobra precisar que principalmente a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha venido introduciendo, en casos puntuales, la necesidad de utilizar la ponderación de derechos a través del test de proporcionalidad, en eventos en que la toma de decisiones en el marco del proceso penal se debe dar en situaciones de colisión entre derechos fundamentales, cómo al momento de imponer una medida de aseguramiento o de aprobar actos investigativos que involucran intromisión en el cuerpo, implicando esto un cambio profundo en el modelo de razonamiento. Lo mencionado se puede ver en las siguientes sentencias: Cort. Const., C-318/2008, MP. Jaime Córdoba Triviño; Cort. Const., C-822/2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

¿Dónde está entonces la influencia de las características del tipo ideal coordinado en el procedimiento colombiano? Principalmente en la implementación de un esquema de audiencias orales como espacio para debatir los asuntos procesales relevantes, con la consecuente desaparición del expediente escrito como método de registro de la memoria del proceso; y, por otro lado, en la fuerza que adquiere la idea del juicio oral como centro del proceso penal. Lo anterior es muy relevante porque cambia la forma en que se vive el proceso por parte de los participantes en el sistema, pues se hace el tránsito de un mecanismo de participación esencialmente escrito a uno centrado en la oralidad, y genera que, en los casos en que efectivamente se llega a juicio, el debate procesal se centre en la prueba que se practica en ese escenario y por tanto la fase de indagación previa pierda toda la relevancia probatoria directa que puede tener a través de la consideración del expediente en el juicio.

Sin embargo, la incorporación de la idea del juicio como eje central del proceso penal también ha generado disfuncionalidades importantes en el diseño e interpretación que se hace de algunas fases del proceso colombiano, pues como ya se expuso en detalle previamente⁴⁰², partiendo de la idea de que el juicio es el eje central del procedimiento penal implementado, el legislador y las Altas Cortes colombianas han limitado la posibilidad de control jurisdiccional y en general de control material de los actos de imputación y acusación. Podría decirse en este punto, que a pesar de la influencia de modelos de control vertical y de control horizontal de las decisiones procesales, la fase intermedia colombiana no incorpora ninguno de los dos, justificando esto en una extraña interpretación de lo que significa la idea del juicio como eje central del proceso.

Por su parte, en lo que respecta a la tipología de modelos de proceso derivados de las concepciones sobre la función del gobierno, las formas en que se expresan las características de los tipos ideales que la componen es más problemática.

Así, si se centra la atención en la forma en que se regula jurídicamente el juicio oral, el procedimiento colombiano parece estar dando un gran paso hacia la asimilación de características del tipo ideal de solución del conflicto. El hecho de que el debate en este escenario se agote a partir de la presentación de casos independientes por parte de fiscalía y defensa, basados idealmente en investigaciones independientes hechas por

⁴⁰² Ver Apartado 3.2. Cap. 2.

cada una, con iguales poderes durante la discusión procesal, y ante un juez que se ubica en una posición que busca garantizar su imparcialidad, parece hacer razonable concebir el proceso como un verdadero conflicto entre partes⁴⁰³. Lo mismo sucede, aunque en una medida menor, cuando se revisan figuras como la aceptación de cargos y los preacuerdos, pues estas dejan en manos de la fiscalía y el procesado la decisión final sobre el caso, con un control judicial bastante débil⁴⁰⁴.

Sin embargo, cuando la atención se centra sobre la fase intermedia del procedimiento el panorama es muy distinto. La forma en que se distribuyen las facultades entre juez, fiscalía y defensa en las audiencias de imputación y acusación, que ya han sido detalladamente descritas y criticadas en este trabajo⁴⁰⁵, de ninguna manera pueden entenderse como un conflicto de partes en igualdad de condiciones que se resuelve por parte de un adjudicador imparcial. Por el contrario, se pueden caracterizar más convincentemente como un ejercicio colaborativo entre el fiscal, que concentra el poder de presentación de los actos acusatorios y de control sustancial de sus requisitos, y el juez, que cumple funcionalmente con verificar que el acto observe los requisitos formalmente dispuestos en la ley para evitar nulidades posteriores, quedando la defensa, y demás intervinientes, con un rol muy limitado y con influencia material nula⁴⁰⁶. En resumen, se podría decir que en el procedimiento penal colombiano las facultades de los participantes, en el juicio tienen fuertes características del tipo ideal de solución del conflicto, mientras en la fase intermedia expresan de manera muy fuerte las características de un proceso cercano al tipo ideal de implementación de políticas.

En últimas, en cuanto a los referentes de legitimidad de los dos tipos ideales mencionados sucede algo parecido. Si se concentra la atención en la regulación que se hace del juicio oral en el procedimiento colombiano se hace evidente una preocupación

⁴⁰³ Ver apartado 1.2 del presente capítulo.

⁴⁰⁴ Ver apartado 2.1.2 del presente capítulo.

⁴⁰⁵ Ver apartados 2.3 y 3.1 del presente capítulo.

⁴⁰⁶ En el capítulo 1 apartado 2.5, se caracterizó la forma en que se organizan las facultades de los sujetos actuantes en la fase intermedia del proceso abreviado español como un momento en el que la interacción entre los funcionarios oficiales (juez y ministerio público) puede catalogarse como un ejercicio colaborativo. Sin embargo, se precisó también que la idea del control oficial del caso no era enteramente sostenible pues la víctima y los grupos sociales, a través de las figuras de la acusación particular y popular, tenían la potencialidad de desempeñar un rol fundamental en el trámite a través del impulso de la acusación. Teniendo esto en cuenta, se considera que la forma en que interactúan los sujetos actuantes en la fase intermedia colombiana se puede categorizar válidamente como más cercana al tipo ideal de implementación de políticas que la fase intermedia del procedimiento abreviado español.

por legitimizar el trámite procedimentalmente, al guardarse, en general, la forma del conflicto de partes resuelto por un tercero adjudicador, y la presentación contradictoria de la prueba a través de la acción de las partes, frente a la que el adjudicador ejerce un rol meramente pasivo. Pero también existen elementos que permiten ligarlo con una preocupación por legitimizar el trámite a través de la corrección de sus resultados sustanciales, por ejemplo, la exigencia de una motivación exhaustiva de la sentencia y la posibilidad de una amplia revisión de esta en segunda instancia. Mientras, la forma en que se estructura y regula la fase intermedia no permite ligarla con los referentes de legitimidad de ninguno de los tipos ideales, pues de un lado no es posible entenderla en ninguno de sus escenarios como una confrontación entre partes con iguales posibilidades de triunfo; y del otro, no hay forma de afirmar razonablemente que está estructurada para propender por un resultado sustancialmente justificable, dada la carencia de herramientas para ejercer un control judicial material de los actos de imputación y acusación⁴⁰⁷.

En conclusión, el procedimiento colombiano efectivamente se constituye a través de una mezcla de influencias de los modelos de procedimientos mixtos continentales y adversariales, y efectivamente los tipos ideales propuestos por DAMAŠKA permiten un análisis más preciso de cuáles son los elementos concretos de esta mezcla del que permiten los conceptos inquisitivo-acusatorio.

Así, la utilización de los conceptos desarrollados por DAMAŠKA permite hacer una relectura del verdadero alcance que ha tenido la reforma procesal del 2004 en Colombia y su desarrollo. Se suele pensar en la reforma como un paso del modelo procesal mixto continental a un modelo adversarial, que aunque es tendencial, es al fin y al cabo un cambio de paradigma. Al contrario, lo presentado en este apartado lleva a afirmar que es más adecuado pensar en la reforma como una introducción de figuras procesales concretas de modelos adversariales, que, sin embargo, no logra separar el sistema de una racionalidad jerárquica profundamente arraigada y de una forma de estructurar las relaciones entre los participantes en etapas fundamentales del proceso, que no supera,

⁴⁰⁷ En este punto no sobra recalcar que el hecho de que no sea sostenible la legitimidad de la forma en que se estructura la fase intermedia en Colombia es un asunto que adquiere gran relevancia si se tiene en cuenta que solamente un número mínimo de casos llegan a juicio oral en el procedimiento colombiano. Ver en este capítulo el apartado 3.2.

sino que incluso acentúa, los rasgos del tipo ideal de implementación de políticas que se presentan en los modelos procesales mixtos continentales.

Capítulo 3. La *preliminary hearing* y el *grand jury* en los Estados Unidos. La fase intermedia del proceso en el Estado de Nueva York.

Este capítulo estudia la fase intermedia o *pretrial screening process* del procedimiento penal para delitos de rango *felony* en el Estado de Nueva York. En el primer apartado se realizan algunas precisiones preliminares para ilustrar ciertos elementos básicos relativos a las formas como se conciben el derecho y el proceso en el ámbito de los Estados Unidos; el segundo se dedica a describir detalladamente la forma como se configura la fase intermedia en el contexto estudiado, haciéndose también una referencia sucinta a modelos procesales equivalentes en el ámbito federal y en el Estado de California; y el tercero se enfoca en realizar algunas reflexiones críticas relacionadas con los aspectos más problemáticos de la regulación.

Un comentario previo es necesario antes de entrar en materia. Como ya se puede ver en el título, en este capítulo se ha tomado la decisión de por regla general no traducir los términos que designan instituciones procesales en el procedimiento estudiado, y por ello a lo largo del texto será común encontrar expresiones como *felony*, *indictment* o *complaint*. La razón que justifica esta decisión es la necesidad de garantizar la claridad y precisión conceptual, a través de evitar las confusiones que se pueden presentar al utilizar como traducción de un concepto que denota una figura procesal determinada aquel que se utiliza para hacer referencia a una institución funcionalmente similar en otro contexto procesal, cuando en realidad las dos instituciones a las que se busca hacer referencia son sustancialmente diferentes. Ello en virtud de la dificultad para el lector que una traducción confusa puede generar para la comprensión del contenido de una institución procesal determinada, por evocar en la mente de este el contenido que está acostumbrado a ligar con el término empleado y no aquel al que hace referencia la palabra no traducida. Dada esta situación, se ha hecho un esfuerzo para introducir cada concepto no traducido de la manera más clara posible, para facilitar que el lector comprenda fácilmente a que hace referencia cada uno.

1. Precisiones preliminares sobre el proceso penal en los Estados Unidos.

El estudio del proceso penal de los Estados Unidos implica la necesidad de un acercamiento a ciertas concepciones que se tienen sobre el derecho en este contexto para poder hacerlo inteligible, especialmente para los juristas formados en la tradición continental con la pretensión de abordar alguno de los elementos de su sistema. De ahí que siendo el objetivo de este capítulo estudiar la fase intermedia del proceso penal en los Estados Unidos iniciar por realizar unas sucintas precisiones preliminares sea ineludible.

Lo primero que hay que decir es que, desde la independencia de la corona británica y la formación de la nueva nación, un aspecto en el que se centró la preocupación en los Estados Unidos fue la necesidad de controlar y poner límites al poder central, para evitar que se constituyera en un nuevo poder tiránico⁴⁰⁸. Esto tuvo como consecuencia institucional la adopción, desde la Constitución, de un modelo de Estado Federal en el que cada estado integrante de la Unión conservaba gran autonomía y poder de decisión sobre sus propios asuntos, y de una Carta de Derechos (*Bill of Rights*) que fue originalmente entendida como oponible por parte de los ciudadanos única y exclusivamente al poder central representado en el Estado Federal.

En el contexto del procedimiento penal esto significó que se consideró que cada estado era competente para definir el modelo de proceso penal que aplicaría en su territorio, y que las enmiendas de la Constitución que consagran los derechos relevantes en el proceso solo se entendían vinculantes en el ámbito federal pero no en el de los estados⁴⁰⁹.

Posteriormente, la decimocuarta enmienda de la Constitución, integrada a la misma con posterioridad a la Guerra Civil, dispuso que cada uno de los estados debía observar el debido proceso (*due process of law*) para privar a las personas de su vida, libertad y bienes. Esto abrió la puerta para que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso por caso y de manera paulatina, empezara a considerar que algunos de los derechos consagrados en la cuarta, quinta y sexta enmienda de la Constitución se

⁴⁰⁸ DRESSLER Y THOMAS, *Criminal Procedure Investigating Crime*, p. 9.

⁴⁰⁹ DRESSLER Y THOMAS, *Criminal Procedure Investigating Crime*, pp. 10-11.

entendían incorporados a la enmienda decimocuarta, y por tanto eran de obligatoria observancia, no solo para la jurisdicción federal, sino también para cada una de las jurisdicciones de los estados⁴¹⁰.

A partir de esto, actualmente, en virtud de la cláusula de *due process of law* de la decimocuarta enmienda, todos los estados tienen el deber constitucional de observar en su procesamiento los derechos que la Corte Suprema ha entendido incorporados a esta. Este es, entonces, el mínimo común que debe identificar a todos los procedimientos penales que se desarrollan en los Estados Unidos, mientras la definición de los demás elementos del proceso es plena facultad de cada estado⁴¹¹.

En virtud de lo anterior son exigibles en todos los procedimientos penales por delitos graves (*felonies*) en Estados Unidos los derechos a no sufrir pesquisas y aprehensiones arbitrarias (*searches and seizures*) y la regla de exclusión probatoria (*exclusionary rule*), derivados de la cuarta enmienda; la prohibición de doble incriminación (*double jeopardy clause*) y la prohibición de compeler al procesado a autoincriminarse, derivadas de la quinta enmienda; y los derechos a la asistencia de abogado en las etapas críticas del proceso, a un juicio público y rápido (*speedy trial clause*), a controvertir los testigos acusadores y presentar los propios, y a un juicio decidido por un jurado imparcial⁴¹², derivados de la sexta enmienda. Por su parte, como ejemplo excepcional de un derecho no integrado a la *due process clause*, es posible mencionar, con especial relevancia para este capítulo, el derecho, consagrado en la quinta enmienda, a una acusación hecha por un gran jurado como requisito para realizar un juicio⁴¹³.

⁴¹⁰ El debate con relación a cuál es el criterio a partir del cual se debe evaluar qué derechos se encuentran incluidos en la cláusula de *due process of law* de la decimocuarta enmienda ha sido álgido en la Corte Suprema de los Estados Unidos. De cualquier manera, la postura hasta hoy dominante puede encontrarse en USSC, *Duncan v. Louisiana* (1968), que plantea que deben entenderse integrados *aquellos que son fundamentales al esquema norteamericano de justicia* y que implica la idea de incorporación selectiva. DRESSLER y THOMAS, *Criminal Procedure Investigating Crime*, p. 48.

⁴¹¹ Con todo, debe aclararse que cada estado tiene la posibilidad de interpretar los derechos constitucionales incorporados de modos que amplíen la protección garantizada por la jurisdicción federal, lo que les está vedado, sin embargo, es realizar una interpretación que provea menos protección. MORSE Y GORMAN, *New York Criminal Procedure*, p. 5.

⁴¹² En el caso específico del derecho a un juicio por jurado la USSC ha establecido que de manera general es oponible en los procedimientos penales de cada estado, pero esto no incluye el derecho a que el jurado esté compuesto por 12 personas (pueden ser menos) ni a que el fallo condenatorio se emita por unanimidad (puede bastar una mayoría calificada). USSC, *Baldwin v. New York*, (1970); USSC, *Apodaca v. Oregon*, (1972).

⁴¹³ ISRAEL (...), *Criminal Procedure and the Constitution*, pp. 31-35.

De cualquier forma, más allá de los mínimos establecidos constitucionalmente, los distintos modelos de procesamiento penal que hay en los Estados Unidos comparten algunas ideas generales y una estructura parecida.

Para empezar, las amplísimas facultades de la fiscalía a la hora de decidir si presenta o no cargos, y qué cargos va a presentar, son una característica común en los procesos penales en los Estados Unidos, sin necesidad de encontrarse incluidas en la norma constitucional. Esto implica que principios clásicos de la tradición procesal penal continental, como la persecución obligatoria de todo hecho delictivo y la estricta jurisdiccionalidad no son aplicables en los Estados Unidos; al contrario, en este contexto es una característica central del sistema la facultad de la fiscalía de decidir discrecionalmente si presenta cargos o no, aun en eventos en que haya prueba suficiente para sustentar un fallo condenatorio⁴¹⁴.

Está estrechamente relacionado con esto que las aceptaciones de culpabilidad previas al juicio (*guilty pleas*), especialmente a partir de negociaciones realizadas entre el procesado y el acusador (*plea bargaining*), sean la forma clásica en que se solventan la mayor parte de los casos en los que efectivamente se presentan cargos⁴¹⁵. Incluso la Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido que el 97% de las condenas federales y el 94% de las condenas en jurisdicciones estatales son producto de aceptaciones de culpabilidad y la ha considerado una etapa crítica del procesamiento⁴¹⁶. En conclusión, un acusador con amplias facultades decisorias sobre los términos de iniciación y terminación anticipada del proceso es característico del modelo procesal penal de los Estados Unidos.

Otro elemento profundamente arraigado en la tradición procesal norteamericana, a pesar de no derivarse directamente de la norma constitucional, es la preocupación porque el

⁴¹⁴ WHITEBREAD y SLOBOGIN precisan que en la jurisdicción federal aproximadamente en el 75% de los casos que son conocidos por el fiscal no se presentan cargos, siendo, según ellos, el porcentaje probable en las jurisdicciones estatales de alrededor del 50%. WHITEBREAD y SLOBOGIN, *Criminal Procedure an analysis of cases and Concepts*, p. 592. Los mismos autores precisan que existen algunos límites al poder discrecional del fiscal, siendo uno de los más interesantes la prohibición de elegir presentar o no presentar cargos en virtud de consideraciones discriminatorias o vindicativas. Los alcances de estas limitaciones están ampliamente desarrollados en la jurisprudencia. WHITEBREAD y SLOBOGIN, *Criminal Procedure an analysis of cases and Concepts*, pp. 594-609.

⁴¹⁵ WHITEBREAD y SLOBOGIN, *Criminal Procedure an analysis of cases and Concepts*, pp. 721 y sig.

⁴¹⁶ USSC, *Missouri v. Frye*, (2012).

proceso respete y represente la idea de *fairness*, siendo este un concepto tan complejo que no permite una definición precisa sino más bien una aproximación a sus elementos constitutivos.

Es importante anotar inicialmente que, en el contexto de la filosofía del derecho penal estadounidense, la noción de *fairness* se diferencia claramente de la noción de justicia (*justice*), pues en los términos de lo expresado por FLETCHER: *la justicia es relativa a lo que merecemos individualmente considerados, mientras que la idea de fairness hace referencia a la forma en que somos tratados en comparación con otros*⁴¹⁷. Así, podría decirse que la idea de *fairness* hace referencia a una concepción de justicia más enfocada en garantizar un procedimiento con un trato igualitario para las partes que en obtener resultados sustanciales precisos⁴¹⁸.

Lo anterior parece sustentarse también, si se revisa otra aproximación a la idea que ha hecho el mismo FLETCHER, recurriendo a las metáforas deportivas para referirse a la idea de *fairness* como la posibilidad de jugar con reglas preestablecidas y equilibradas para las partes, que les dan iguales oportunidad de ganar a cada una, y que por ende deben respetarse de manera estricta⁴¹⁹. Esto, llevado al contexto del proceso penal, según el mismo autor, implica que para que un proceso pueda ser considerado como *fair* debe garantizar que todos los procesados sean tratados de manera semejante y debe hacer un esfuerzo para mantener la “igualdad de armas” entre la acusación y la defensa⁴²⁰.

Las implicaciones de este modo de entender la justicia en el esquema de los procedimientos penales en los Estados Unidos y de las instituciones que lo componen son muy profundas y por ello es posible rastrear la idea de *fairness*, transversalmente,

⁴¹⁷ La frase arriba en cursivas es una traducción de este autor de la frase original en inglés: *Justice is about what we deserve—individually. Fairness is about the way we are treated in comparison to others.* FLETCHER, *Justice and fairness in the protection of crime victims*, p. 254.

⁴¹⁸ La diferencia entre justicia y *fairness* es trabajada de manera extensa por CHIESA, identificando lo que se entiende como justo ligado a la obtención de un resultado sustancial en que la persona recibe lo que merece, y lo *fair* con una concepción procesal de justicia que implica un tratamiento imparcial y que reconozca iguales oportunidades a las personas en una posición semejante. CHIESA, “Justicia y *Fairness* en el proceso penal”, pp. 287-295. La diferencia entre la perspectiva sustantiva y procedimental de la idea de tratamiento igualitario es profundizada por CHIAO a partir de la oposición que realiza entre los conceptos de *ex post fairness* y *ex ante fairness*. CHIAO, *New Criminal Law Review*, pp. 277-332.

⁴¹⁹ FLETCHER, *The American journal of comparative law*, p. 699.

⁴²⁰ FLETCHER, *Justice and fairness in the protection of crime victims*, p. 255.

en los más diversos escenarios⁴²¹. Sin embargo la expresión más visible y obvia es la preocupación porque el proceso maneje en muchos de sus momentos fundamentales un modelo adversarial, en que dos partes contrapuestas (acusador y defensa) se enfrenten dialécticamente en un escenario que les garantice igualdad de oportunidades, lo que conlleva la necesaria garantía de un tribunal imparcial y el recelo frente a la participación de la víctima en el proceso penal por amenazar el estricto equilibrio entre las partes.

De cualquier forma, debe precisarse que el hecho de que en el sistema procesal de los Estados Unidos se preste especial atención a la idea de *fairness* no quiere decir que la justicia sustancial no sea considerada en este contexto. Al contrario, las dos representan valores relevantes, que de hecho colisionan eventualmente, pues como bien ilustra CHIESA, en ocasiones el tratamiento *fair* al procesado puede tener como consecuencia un resultado injusto, o viceversa⁴²².

Un elemento adicional que se debe considerar para una adecuada comprensión de los distintos procesos penales de los Estados Unidos son las diferencias profundas en los estilos de razonamiento que existen entre los juristas de la tradición del *common law* y del derecho continental. Estas pueden sintetizarse en que los primeros tienden a privilegiar un razonamiento de tipo inductivo que presta mayor atención a las circunstancias del caso concreto, y que parte de estas para la construcción y discusión de las reglas jurídicas; mientras los segundos tienden a privilegiar un razonamiento de tipo deductivo que tiene como punto de partida de su proceso intelectual las reglas generales aplicables al caso y la coherencia de las mismas con la estructura general del sistema jurídico y con los valores fundamentales del mismo.

⁴²¹ CHIESA presenta como ejemplos de prácticas procesales que promueven la idea de *fairness* en el contexto del proceso de los Estados Unidos, en lo que respecta a la dimensión de tratamiento igualitario, la necesidad del descubrimiento probatorio antes del juicio, el derecho del acusado de confrontarse con los testigos de cargo, y las normas relativas a la admisibilidad de la prueba de carácter. CHIESA, “Justicia y *Fairness* en el proceso penal”, pp. 289-291. Por su parte la institución del jurado del juicio y la especial atención que se pone al proceso de selección de sus miembros pueden ser ejemplos de prácticas procesales que promueven la idea de *fairness* en su dimensión de imparcialidad.

⁴²² Un ejemplo muy sugerente de las tensiones entre *fairness* y justicia sustancial, en el ámbito del proceso penal de los Estados Unidos, es el de la exclusión probatoria por violación de las garantías de la cuarta enmienda. Así, la exclusión de las pruebas ilegalmente obtenida promueve la *fairness* ya que garantiza que el Estado no obtenga una ventaja indebida de una actuación ilegal, pero por otro lado puede afectar la justicia sustancial ya que la prueba puede ser central para la demostración del hecho delictivo y por tanto su exclusión impide un resultado sustancial acertado en el proceso. CHIESA, “Justicia y *Fairness* en el proceso penal”, pp. 295-298.

Lo anterior tiene como consecuencia que en el contexto de los Estados Unidos los resultados que en la práctica genera la aplicación de una regla sean de manera común un elemento fundamental para valorar, incluso en el nivel de la decisión jurisprudencial, si la misma debe mantenerse o cambiarse para responder de mejor manera al caso concreto; mientras que, en la forma tradicional de razonamiento del jurista del contexto continental, el referente de corrección de la norma está más en las normas superiores, y los principios y valores que ellas consagran, por lo que su razonamiento es menos sensible a los resultados que la aplicación de las normas genera en los casos específicos⁴²³.

Sin duda esto está íntimamente relacionado con la forma en que tradicionalmente se han concebido las fuentes del derecho en cada una de estas tradiciones jurídicas⁴²⁴. Así, si se tiene en cuenta que la decisión judicial ha sido históricamente aceptada como una fuente de derecho básica en el *common law*, es fácil entender que para el jurista de esta tradición sea natural proceder con un razonamiento inductivo y dando mucha importancia a las implicaciones concretas de la aplicación de las reglas de derecho al caso, pues esto es propio de la forma en que un juez, desde su posición institucional, puede crear derecho. Por su parte, si se considera que en la tradición del *civil law*, especialmente tras la revolución francesa y el proceso de codificación napoleónico, en su momento se concibió la ley como fuente fundamental del derecho, y la decisión judicial solamente como una expresión mecánica y acrítica de su contenido⁴²⁵, es comprensible que los juristas del *civil law* privilegien el razonamiento deductivo, teniendo siempre como referente de corrección la regla general consagrada en la norma⁴²⁶.

⁴²³ Una exposición más comprensiva a las diferencias en las formas de razonamiento que existen entre los juristas del *common law* y el *civil law* puede encontrarse en CHIESA, “Comparative Criminal Law”, pp. 1097-1099; otras reflexiones relativas al modo de razonamiento del jurista en el *Common law* pueden encontrarse en: GORDLEY, *California Law Review*, pp. 1817-1818; POUND, *The spirit of the common law*, pp. 1-2; R.W.L., *Journal of Comparative Legislation and International Law*, p. 156.

⁴²⁴ Una reflexión sobre la importancia de las diferencias en las fuentes del derecho en la tradición del *common law* y el *civil law* puede ubicarse en: CHIESA, “Comparative Criminal Law”, pp. 1099-1104.

⁴²⁵ Una descripción de la influencia de la revolución francesa y el código civil de Napoleón, en la formación de la cultura jurídica, en este caso de Latinoamérica, puede encontrarse en: LÓPEZ, *Teoría Impura del Derecho*, pp. 157 y sig.

⁴²⁶ Las diferencias expuestas entre las dos tradiciones ayudan a entender, igualmente, que en el proceso penal de los Estados Unidos se vea con buenos ojos que los jueces y otros operadores jurídicos tengan

Si bien siguen existiendo diferencias en las formas en que se conciben las fuentes del derecho en las dos tradiciones podría decirse que estas son cada día menos pronunciadas, pues la importancia del derecho legislado (*statutory law*) en ordenamientos jurídicos como el de los Estados Unidos es cada vez más fuerte, y la consolidación paulatina de la jurisprudencia como fuente del derecho en muchos países pertenecientes a la tradición del *civil law* es innegable. Sin embargo, las diferencias en los modelos de razonamiento que se generaron siguen profundamente arraigadas en la práctica jurídica de los dos contextos.

Finalmente, aunque esto no se derive de una obligación constitucional, los distintos procedimientos penales de los Estados Unidos tienen a grandes rasgos una estructura semejante. Así, realizando una apretada síntesis, es válido afirmar que para tramitar los casos de los delitos más graves (*felonies*), el procedimiento suele organizarse observando las siguientes etapas⁴²⁷:

1) La fase de investigación del delito es competencia de la policía⁴²⁸, teniendo este órgano amplias facultades que incluyen la posibilidad de arrestar al procesado sin previa orden judicial, y suele iniciarse en virtud de denuncia presentada por un ciudadano o un oficial de policía. Termina, o con la decisión de no presentar cargos, o presentando un documento a los tribunales denominado *complaint*, que resume los hechos del caso y los cargos que se consideran procedentes, activándose a partir de su recepción la fase adjudicativa del proceso.

2) Una vez aceptado *el complaint* se realiza una primera audiencia ante un juez, que se suele denominar presentación inicial (*initial appearance*), en la que participan como partes la fiscalía y la defensa, y cuyas finalidades básicas son

márgenes amplios para tomar decisiones discrecionales, mientras en la tradición continental esto sea visto con profundo escepticismo.

⁴²⁷ La estructura general del procedimiento penal de los Estados Unidos puede ubicarse cualquiera de los manuales que tiene este tema como objeto de estudio. Sin embargo para este apartado específico se tomó como fuente: ROBINSON, "United States", pp. 567-571.

⁴²⁸ Es interesante resaltar que el estudio de la fase investigativa del proceso penal y especialmente de los límites a la actividad investigativa policial, derivados de los derechos consagrados constitucionalmente, es un asunto que es objeto de un estudio muy detallado en la actividad académica de los Estados Unidos. Esto se evidencia en que, por ejemplo, buena parte del contenido de los manuales de procedimiento penal se dedica a esta etapa del proceso, y en que es común que en las universidades, durante la formación profesional, haya un curso especialmente dedicado a la fase investigativa.

revisar si el arresto se realizó legalmente (en el evento en que no se haya dado en virtud de orden judicial); comunicar a la persona los derechos que adquiere en calidad de procesado; y definir las condiciones en que esta comparecerá al proceso, ya sea en libertad (sin condiciones o bajo fianza), o privada de la libertad.

3) Con posterioridad a esto viene lo que en este trabajo se denomina fase intermedia, que en la literatura procesal de los Estados Unidos se denomina *pretrial screening process*, y está integrada por dos trámites distintos: la denominada *preliminary hearing* y la presentación del caso ante el gran jurado. Los dos tienen como finalidad más general verificar si hay suficientes elementos para sustentar que se continúe con el proceso mediante la presentación de un documento acusatorio oficial, denominado *information* (cuando el caso no se somete al gran jurado), o *indictment* (cuando el caso se somete al gran jurado).

4) Si el caso supera la fase intermedia se continúa con una audiencia que se denomina *arraignment*. En ella básicamente se realiza la presentación del documento acusatorio al procesado y se le solicita que declare si acepta o no los cargos contra él.

5) Si el procesado acepta la culpabilidad se procede con una audiencia para la definición de la sentencia, si no, se procede con el descubrimiento de las pruebas, la presentación de mociones previas al juicio de ser procedentes, y posteriormente con el juicio, que sigue un trámite adversarial, y en el que el procesado tiene el derecho constitucional a que el decisor final sea un jurado popular. Además, si el procesado es declarado culpable, con posterioridad al juicio se realiza otra audiencia para definir el monto preciso de la condena⁴²⁹.

De cualquier forma debe quedar muy claro que el hecho de que los distintos modelos de proceso penal existentes en los Estados Unidos compartan en términos generales los elementos que se han expuesto anteriormente de ninguna manera significa que todos

⁴²⁹ Vale aclarar que en este esquema solo se está considerando el proceso hasta la primera decisión vinculante sobre la responsabilidad penal y por tanto no se están incluyendo los distintos tipos de cuestionamiento que se pueden realizar a la sentencia inicial, ni los procedimientos posteriores a la condena.

sean iguales. Por el contrario, teniendo el legislador y la corte suprema de cada estado un marco amplísimo para definir las características específicas de su sistema procesal es apenas natural que cada uno evolucione de manera distinta y por tanto terminen funcionando de manera diferente.

Lo anterior se expresa claramente en la fase procesal objeto de esta tesis, que en general se ha denominado aquí fase intermedia y que en el ámbito de los Estados Unidos se identifica con la noción de *pretrial screening process*. Como se mencionó previamente, la misma se integra de manera general por la *preliminary hearing* y por la presentación del caso ante el gran jurado, sin embargo, la forma específica en que estos trámites funcionan y la importancia que se le concede a cada uno de ellos varía de manera significativa entre los distintos estados. Incluso, se ha identificado que, en los casos de delitos graves, en algunos estados es obligatorio que se agote el procedimiento ante el gran jurado (*indictment jurisdictions*), en otros este procedimiento es opcional y por lo tanto el *pretrial screening* puede agotarse recurriendo solamente a la *preliminary hearing (information jurisdictions)*, y en otros directamente no existe gran jurado en su modelo de proceso penal⁴³⁰.

Adicionalmente, se entiende aquí que las diferencias que existen entre las jurisdicciones no son meramente de forma, ya que los ajustes en la manera en que se agota el trámite del *pretrial screening* tienen el potencial de generar importantes consecuencias en el alcance de este como herramienta del control del caso y en general tener efectos en la forma en que se desarrolla todo el proceso penal. En otras palabras, diferencias existentes entre las distintas jurisdicciones en aspectos como el modo en que se agota la presentación inicial, el trámite en el que se hace más énfasis, el tipo de prueba aceptable, el alcance de la posibilidad de contradicción, y la vinculatoriedad de la decisión del adjudicador, entre otras, hacen que se deba reconocer la existencia de múltiples modelos de fase intermedia en el derecho de los Estados Unidos⁴³¹.

De esta realidad se deriva que sea necesario elegir una jurisdicción específica para estudiar su modelo concreto de *pretrial screening*, si se pretende realizar un estudio

⁴³⁰ TAYLOR, “Which States Use Criminal Grand Juries?”, (<https://blogs.findlaw.com/blotter/2014/11/which-states-use-criminal-grand-juries.html>).

⁴³¹ Una consideración similar, pero centrada exclusivamente en el trámite ante el gran jurado en: SIMMONS, *Boston University Law Review*, pp.16-29

detallado que permita comprender de manera precisa la forma en que la fase procesal efectivamente se desarrolla y se integra en el esquema general del proceso⁴³², tal como se hace en los otros capítulos al abordar el procedimiento abreviado español y el procedimiento colombiano. Por ello, este capítulo tendrá como referente central la reconstrucción de cómo funcionan los trámites de la *preliminary hearing* y el gran jurado en el procedimiento penal del Estado de Nueva York⁴³³, sin perjuicio de que se hagan breves referencias al procedimiento federal y al procedimiento del Estado de California con fines explicativos.

2. La fase intermedia en el proceso penal del Estado de Nueva York (NY).

2.1. Generalidades del procedimiento penal de NY.

Antes de abordar el estudio del *pretrial screening process* en NY es importante explicitar algunos aspectos generales de la justicia penal en este contexto concreto.

El primero es el sistema de fuentes. Como ya se dijo en el apartado anterior, el margen de discrecionalidad en la regulación procesal penal de los estados está delimitado, desde el nivel federal, por los derechos que se entienden integrados a la *due process clause* de la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y por la jurisprudencia de la USSC que los desarrolla. Más allá de esto, en el nivel estatal, NY tiene su propio sistema jerárquico de fuentes, en cuya arista superior se encuentra la

⁴³² El acceso a fuentes cuyo objeto sea un procedimiento penal específico en el contexto de los Estados Unidos no es tan sencillo como podría imaginarse, en la medida en que los manuales generales que estudian el proceso penal usualmente manejan un estilo en el que parten de los precedentes constitucionales generalmente aplicables y de la estructura general ampliamente compartida entre los distintos procesos, y a partir de allí hacen acotaciones específicas con referencia a jurisdicciones particulares. Ejemplos de esto pueden ser: SIMMONS y MCDONALD, *Learning criminal procedure*; WHITEBREAD y SLOBOGIN, *Criminal Procedure an analisis of cases and Concepts*. Este estilo de estructuración de los textos parece estar relacionado con el hecho de que aunque los sistemas jurídicos estatales son muy diferentes unos de otros, la formación que se da en las facultades de derecho tiene carácter nacional y no suele centrarse en ninguna jurisdicción específica. FRIEDMAN, *American law an introduction*, p.151.

⁴³³ La razón para elegir centrar el estudio de este capítulo en el *pretrial screening process* del proceso penal del Estado de Nueva York, y no en cualquier otro de los procedimientos penales de los Estados Unidos, es esencialmente práctica. Durante el primer semestre del año 2018 realicé una estancia de investigación en el *Buffalo Criminal Law Center* de la *State University of New York at Buffalo*, lo que me ha permitido tener acceso a fuentes autorizadas, cuyo objeto específico es el procedimiento penal del Estado de Nueva York, y contar con la retroalimentación necesaria para realizar una descripción lo más precisa posible de las instituciones estudiadas, en su contexto concreto de aplicación.

Constitución del Estado de NY (NY Const.), que a su vez en su artículo 1º tiene su propia *bill of rights*, en la que se puede encontrar la versión de este ordenamiento jurídico de los derechos del procesado en el marco del proceso penal. Adicionalmente, de manera similar al sistema federal, en el ordenamiento de NY se reconoce que en las decisiones judiciales rige el principio de *stare decisis*⁴³⁴, y por tanto las decisiones de las cortes de apelación del estado constituyen derecho vinculante para las cortes de menor jerarquía⁴³⁵. Por otro lado, en NY existe un cuerpo normativo que recoge de manera amplia y detallada la regulación del procedimiento penal, que se denomina *Criminal Procedure Law (CPL)*⁴³⁶, y es en la práctica el referente fundamental para la práctica del proceso penal.

El segundo es el esquema de los elementos del delito. Es muy importante precisar aquí que el modelo de estructuración de los elementos del delito en el contexto de los Estados Unidos no sigue el esquema de la teoría del delito de origen germánico, ni sigue un solo modelo de manera tan uniforme y ampliamente aceptada como se hace con el esquema de teoría del delito en muchos de los países de la tradición continental. De cualquier manera, especialmente a partir del *Model Penal Code*, cuyos lineamientos han sido adoptados en todo o en parte por diversas jurisdicciones, incluyendo la del Estado de NY⁴³⁷, es posible entender, de manera muy esquemática, que en el contexto de los Estados Unidos se dividen los elementos del delito en dos grandes categorías: *offenses* y *defenses*. La primera engloba los elementos positivos que se requieren para que una

⁴³⁴ La doctrina de *stare decisis* ha sido definida en el contexto de NY como: “la doctrina que sostiene que las decisiones de *common law* deben observarse como precedentes que orientan la decisión de los casos futuros, y que una regla jurídica una vez definida por una corte, generalmente se seguirá en los casos siguientes que presenten el mismo problema jurídico” DAVIS (...), *New York Jurisprudence, Courts and Judges* § 207. En inglés dice la cita de manera literal: “*“Stare decisis” is the doctrine which holds that common-law decisions should stand as precedents for guidance in cases arising in the future and that a rule of law once decided by a court, will generally be followed in subsequent cases presenting the same legal problem*”.

⁴³⁵ En la estructura judicial de NY las cortes se dividen en cortes de jurisdicción original y cortes de apelaciones, y está claramente establecido que las segundas son las de superior jerarquía, por lo que sus decisiones crean precedente vinculante para las demás. La corte de superior jerarquía es la Corte de Apelaciones, seguida por la división de apelaciones de la Corte Suprema del estado. DAVIS (...), *New York Jurisprudence - Courts and Judges*, §2, §11, §220.

⁴³⁶ El CPL está vigente desde el 20 de mayo de 1970 y fue promulgado por el senado y la asamblea del Estado de NY, con la aprobación del gobernador.

⁴³⁷ ROBINSON y DUBBER, *New Criminal law review*, p. 322.

conducta pueda ser considerada como punible, y la segunda todos aquellos elementos que de presentarse previenen la posibilidad de condena⁴³⁸.

En específico, la categoría *offenses* incluye dos grandes grupos de elementos: *actus reus* y *mens rea*. El *actus reus* incluye los elementos objetivos de la conducta delictiva, la doctrina de causación, el juicio de voluntariedad del acto, y los requerimientos de omisión; mientras, el *mens rea* se refiere a los estados mentales que se requiere que tenga el actor con respecto a la conducta para que pueda considerarse responsable por su realización, incluyendo los niveles de culpabilidad de *intention (purpose)*, *knowledge*, *recklessness*, y *negligence*⁴³⁹. Las *defenses*, mientras tanto, se agrupan en distintas categorías en las diferentes normas y elaboraciones doctrinarias, pero la *Penal Law* de NY las organiza en tres grupos distintos: *defense* de infancia⁴⁴⁰, *defense* de justificación⁴⁴¹, y *defenses* que implican ausencia de culpabilidad⁴⁴².

De otra parte, es relevante ilustrar el modo de organización de las cortes en el estado. Así, para efectos del procedimiento penal, los jueces en NY se dividen en cortes locales y cortes superiores. Las cortes locales, dentro de las que se encuentran las cortes del distrito, las cortes penales de la ciudad de Nueva York, las cortes municipales, y los jueces de cortes superiores que en ocasiones actúan como cortes locales, de manera general tienen asignada la competencia para ser el órgano de juzgamiento de los procesos por delitos que no tengan rango de *felony*⁴⁴³, y de conocer todo el procedimiento preliminar en los procesos por delitos de rango *felony*. De su parte, las cortes superiores, dentro de las que están las cortes supremas⁴⁴⁴ y las cortes de condado, tienen asignada la competencia de conocer el trámite *post-indictment* y el juzgamiento de los procesos por delitos de rango *felony*, y de controlar los procedimientos del gran

⁴³⁸ ROBINSON, *Structure and function of criminal law*, pp. 3-15.

⁴³⁹ ROBINSON, *Structure and function of criminal law*, pp. 16-22.

⁴⁴⁰ *Penal Law* Art. 30.

⁴⁴¹ *Penal Law* Art. 35.

⁴⁴² *Penal Law* Art. 40.

⁴⁴³ En el derecho penal sustantivo de NY se distinguen distintos tipos de delitos. Están los *felonies*, que son aquellos cuya pena definida legalmente es de más de un año de prisión; los *misdemeanors* cuya pena va desde los 15 días hasta un año de prisión; los *violation* que se identifican por tener penas definidas de menos de 15 días de prisión, y los *traffic infraction* que son los delitos relacionados con el tráfico vehicular y definidos como tales en la norma. *Penal Law* §10.00.

⁴⁴⁴ Hay una Corte Suprema por cada condado.

jurado⁴⁴⁵. Así, la estructura judicial se organiza de tal forma que posibilita, para los casos de los delitos más graves, que aquel con poder de decisión en la fase inicial y la fase intermedia del proceso sea distinto del decisor final.

Otro aspecto importante para tener en cuenta es la dimensión abiertamente política que tienen los métodos de selección de los principales actores gubernamentales del sistema penal en el contexto del Estado de NY⁴⁴⁶. En lo que corresponde a las cortes, los jueces de la Corte de Apelaciones son seleccionados por el gobernador del estado para periodos de 14 años, de una lista emitida por un comité de nominación judicial, mientras los jueces de la Corte Suprema y de las cortes de algunos condados son seleccionados directamente en elecciones partidistas por votación popular⁴⁴⁷. Por su parte, el *Attorney General*, que es el jefe de todos los fiscales del estado, también es escogido en un proceso de elección popular partidista, por un periodo de 4 años⁴⁴⁸.

Finalmente, es necesario subrayar que la víctima del delito es un actor con limitadísimas facultades en el proceso penal de NY. Más allá de los roles que asume como fuente de la noticia criminal o como testigo, a la víctima no se le reconoce la posibilidad de participar y ejercer contradicción en momentos procesales claves como el *arraignment*, el *pretrial screening process*, o el juicio. De hecho, sus facultades de actuación se concentran en la etapa de determinación de la condena, ya que debe ser notificada de la disposición final del caso⁴⁴⁹; está facultada para presentar alegato escrito o en audiencia con consideraciones relativas a la condena⁴⁵⁰; y puede solicitar la restitución de los bienes objeto del delito y la reparación de los perjuicios causados⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ MORSE y GORMAN, *New York Criminal Procedure*, pp. 35-36.

⁴⁴⁶ La forma de selección de los jueces y fiscales es un asunto cuya competencia es de cada estado de los Estados Unidos, por ello los procedimientos varían de estado a estado.

⁴⁴⁷ BRENNAN CENTER FOR JUSTICE, *Judicial Selection: An Interactive Map*, <http://judicialselectionmap.brennancenter.org>; ERIE COUNTY – BOARD OF ELECTIONS, *Public Officials*, <https://www.elections.erie.gov/public-officials-2/#PublicOfficials>. Una visión crítica de la selección de jueces por elección democrática puede encontrarse en BANNON, *Rethinking judicial selection in state courts*; mientras, una perspectiva que lo considera un procedimiento adecuado de elección en: WINTERSHEIMER, *QLR*, pp. 791-805.

⁴⁴⁸ NEW YORK STATE OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, <https://ag.ny.gov>

⁴⁴⁹ CPL §440.50(1).

⁴⁵⁰ CPL §380.50; §390.30(3).

⁴⁵¹ *Penal Law* §60.27.

Tras las anteriores consideraciones generales, a continuación se realizará la exposición del modelo de fase intermedia del procedimiento penal del Estado de Nueva York, que se iniciará describiendo, en lo pertinente, la fase inicial del procedimiento a estudiar, para permitir la comprensión posterior del desarrollo del *pretrial screening process* y de sus consecuencias en el proceso, pues como se ha evidenciado en los anteriores capítulos, para comprender la forma en que funciona la fase intermedia en un modelo procesal específico es necesario entender cómo se integra en su estructura general.

2.2. El arraignment en el proceso penal del Estado de Nueva York.

La presentación inicial del procesado ante el juez en el proceso penal del Estado de NY se denomina *arraignment*⁴⁵². Se da cuando tras la fase investigativa del proceso la policía considera que hay elementos suficientes para presentar cargos, y por ello decide presentar un documento acusatorio inicial, que genéricamente se denomina *complaint*, y que en el caso de incluir cargos por algún delito grave se denomina *felony complaint*⁴⁵³.

Este documento debe contener los siguientes elementos⁴⁵⁴:

- El nombre de la corte ante la que se presenta y el tipo de *complaint* que se presenta.
- Debe ser suscrito por una persona con conocimiento de la comisión de las conductas por las que se presentan cargos (usualmente un oficial de policía).
- Una parte acusatoria en la que se precisan los delitos objeto de acusación inicial.

⁴⁵² Esta audiencia es equivalente a la denominada *initial appearance*, a la que se hizo referencia cuando en un apartado anterior se habló de la estructura general del proceso penal en los Estados Unidos. No confundir con la audiencia de *arraignment* en la que se realiza la presentación del instrumento acusatorio definitivo en la jurisdicción federal, ni con el *arraignment on indictment* que se realiza en la jurisdicción de Nueva York.

⁴⁵³ Existen diferentes tipos de *complaint* de acuerdo con los delitos que son objeto del documento acusatorio inicial. Que un proceso específico se inicie a partir de un determinado tipo de *complaint* es relevante pues esto determina cuál es el trámite aplicable al caso. Este trabajo se enfocará exclusivamente en el procedimiento para los delitos más graves (*felonies*) y por tanto aquí se estudiará el procedimiento iniciado a partir del *felony complaint*. Una diferencia interesante entre el *felony complaint* y otros tipos de instrumentos acusatorios iniciales es que el primero sirve para iniciar el procedimiento pero no como instrumento acusatorio definitivo, mientras los segundos, en general, pueden servir para los dos fines. CPL §100.10.

⁴⁵⁴ CPL §100.15.

- Una parte fáctica que debe contener una declaración de la persona que presenta el *complaint* alegando hechos, con vocación probatoria, que sostienen o tienden a sostener los cargos, debiendo ser suficiente para establecer que existe causa razonable⁴⁵⁵ para creer que el procesado cometió el delito objeto del *complaint*⁴⁵⁶.

Así, el estándar probatorio requiere que los hechos descritos en el *complaint* sean conocidos directamente por quien lo suscribe o estén sustentados en declaraciones confiables⁴⁵⁷, y correspondan con cada uno de los elementos de los delitos incluidos en el documento acusatorio⁴⁵⁸, sin requerir, más allá de eso, elementos probatorios adicionales que sustenten su veracidad⁴⁵⁹.

Los elementos que debe tener el documento acusatorio inicial y el estándar previamente descrito son relevantes, ya que son el referente de un primer momento de control jurisdiccional del caso, en virtud de que el juez ante el que se presenta el *complaint* está facultado para revisar si el documento satisface los requisitos jurídicamente establecidos

⁴⁵⁵ Como se verá adelante es muy importante el lenguaje preciso de los estándares probatorios en cada momento procesal, aquí con la expresión “causa razonable” se está traduciendo la expresión en inglés “*reasonable cause*”.

⁴⁵⁶ CPL §100.40(4)(b); HARRIS y SWERN, “Arraignment”, p. 88.

⁴⁵⁷ En el caso del *felony complaint* el elemento fáctico puede fundarse en declaraciones de oídas, pero en ese evento la información debe satisfacer el *test* establecido en la sentencia *USSC, Spinelli v. United States* (1969), que consiste en que el informante tenga bases cognoscitivas sobre lo informado y sea confiable. MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, § 3:50.

⁴⁵⁸ En cuanto a la riqueza del elemento fáctico para superar el estándar, el criterio que se puede inferir del precedente que aborda el tema es que el instrumento acusatorio informe suficientemente del cargo para que el procesado tenga la posibilidad de defenderse, y que la información sea suficiente para identificar el cargo y por tanto prevenir una nueva persecución por los mismos hechos. De ahí que, por ejemplo, un cargo por posesión de marihuana en un lugar público se considerara insuficiente, teniendo en cuenta que en la parte fáctica solo mencionaba la noción de “lugar público” sin referirse a ningún lugar concreto. *People v. Afilal*, 26 N.Y.3d (2015); DONNINO, “Supplementary Practice Commentaries”, §100.40.

⁴⁵⁹ Un ejemplo claro del alcance de esta regla está dado en la sentencia *People v. Kalin*, en la que se considera, en un caso de posesión de drogas, que la parte fáctica satisface el estándar de prueba requerido, con la declaración del policía que realizó el decomiso de las sustancias, quien acredita que el procesado se encontraba en posesión de varios paquetes de heroína y marihuana, y que identificó este hecho a partir de su experiencia como oficial de policía y su entrenamiento en la identificación de sustancias controladas y marihuana, por la forma en que estaban empacadas las sustancias y por el decomiso de una pipa de marihuana. Por ende, la corte descarta que fuera necesario para cumplir el estándar que el policía realizara una descripción detallada de las sustancias encontradas o aportara un informe de laboratorio en el que se identificaran las mismas. *People v. Kalin*, 12 N.Y.3d 225 (2009). En otro caso, en que se presentó *complaint* por el delito menor de posesión de una navaja, la corte consideró que el elemento fáctico era suficiente (siendo el estándar similar en casos de *felonies*), pues el policía declaró que “observó que el procesado sacó un cuchillo de su bolsillo (...) decomisó el cuchillo al procesado (...) y probó el cuchillo determinando que era una navaja, pues abre con fuerza centrífuga y se cierra automáticamente”. *People v. Sans*, 26 N.Y.3d (2015). DONNINO, “Supplementary Practice Commentaries”, §100.40.

(*sufficiency on its face of the complaint*)⁴⁶⁰, teniendo el deber de rechazarlo si considera que no lo hace⁴⁶¹. En adición, un instrumento acusatorio inicial válido y suficiente es un prerequisite jurisdiccional no renunciabile⁴⁶² para la validez del proceso criminal⁴⁶³. De esto se derivan, entre otras consecuencias, que la defensa cuente con la posibilidad de solicitar que se rechace el *complaint* dentro de los 45 días siguientes a la audiencia de *arraignment*⁴⁶⁴, y que una sentencia dictada en virtud de una aceptación de culpabilidad previa al juicio (*guilty plea*) pueda revocarse en el evento en que el *complaint* en que se sustenta no cumpla con los elementos jurídicamente exigidos⁴⁶⁵.

Por otro lado, la comparecencia del procesado a la diligencia de *arraignment* puede procurarse de diversas formas. En los eventos en que el procesado ha sido arrestado la policía debe ponerlo a disposición de la corte “sin demoras irrazonables”⁴⁶⁶ para dar trámite a la diligencia mencionada, mientras, en los eventos en que no hay arresto, la corte envía al procesado una citación (*summons*) fijando fecha y hora para la audiencia⁴⁶⁷.

No sobra resaltar que en el proceso penal de Nueva York los requerimientos de suficiencia del *complaint* y la validez del arresto se relacionan de manera interesante. De una parte, para que sea posible emitir una orden de arresto es necesario que

⁴⁶⁰ CPL §100.40(4)(b).

⁴⁶¹ MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, § 3:50. De cualquier manera, es importante aclarar que el hecho de que una *felony complaint* sea rechazada no quiere decir que no pueda ser presentada de nuevo.

⁴⁶² Como se irá viendo a lo largo del capítulo una característica distintiva muy importante de los procesos penales de los Estados Unidos es la posibilidad que tiene el procesado de renunciar a etapas enteras del trámite e incluso a garantías constitucionales. Por ello al momento de revisar cada parte del proceso será importante considerar el alcance de las posibilidades de renuncia del procesado.

⁴⁶³ HARRIS y SWERN, “Arraignment”, p. 88.

⁴⁶⁴ MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, § 3:79. Según lo informado por los operadores jurídicos entrevistados, es bastante raro que en un caso con cargos de *felonies* estos se retiren por no ser *sufficient on its face*. Mientras, según el abogado defensor HAYES, esto es mucho más común en casos por *misdemeanors*. HAYES, Roland, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018; FRANZYC, Thomas, entrevista personal realizada el 30 de abril de 2018.

⁴⁶⁵ *People v. Kalin*, 12 N.Y.3d 225 (2009).

⁴⁶⁶ Se debe tener en cuenta que la noción de “sin demoras irrazonables” (*without unreasonable delay*) no remite a un plazo temporal específico, sino que le da la facultad al juez, teniendo en cuenta las distintas circunstancias del caso, de valorar si el tiempo que tardó la policía en poner a su disposición al procesado fue razonable. De cualquier forma el precedente en NY ha establecido que ordinariamente el tiempo necesario para presentar el detenido al juez es de 24 horas, definiendo, por tanto, que en los eventos en que ese tiempo se exceda se presumirá que la demora es irrazonable, siendo posible derrotar esta presunción con una explicación aceptable. *People ex rel. Maxian v. Brown*, 77 N.Y.2d 223 (1991).

⁴⁶⁷ MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, §4:1-§4:3.

previamente se presente un *complaint* ante el juez, y es requisito que este verifique que dicho documento acusatorio inicial cumpla con todos los requisitos ya explicados con anterioridad⁴⁶⁸. Por su parte, en los casos en los que la policía realiza un arresto sin contar con orden judicial⁴⁶⁹, la revisión que hace el juez de la suficiencia del *complaint* cumple la función de ser el mecanismo de control de la existencia de causa razonable para justificar la decisión de la policía de proceder con el arresto⁴⁷⁰.

En todo caso, una vez se ha validado la suficiencia del *complaint*, se procede con la diligencia de *arraignment*. La principal función de esta audiencia es informar al procesado: 1) cuáles son los cargos en su contra y suministrarle una copia del *felony complaint*; 2) el derecho que tiene de contar con un abogado que ejerza su defensa desde el *arraignment* y en los momentos procesales subsiguientes; y 3) el derecho que tiene a que se tramite una audiencia (*preliminary hearing*) en la que se determine si hay prueba suficiente para que se someta su caso al gran jurado⁴⁷¹.

Específicamente, el derecho del procesado a recibir la asistencia de un abogado está ligado a varios derechos correlativos: 1) a un aplazamiento de la audiencia para conseguir abogado; 2) a una llamada para contactar un abogado o para informar a un

⁴⁶⁸ CPL, § 120.20. Es importante mencionar que el numeral 2 de la norma aquí citada le permite al juez, aun cuando considera que el documento acusatorio inicial es *sufficient on its face*, recolectar más información para decidir si emite o no la orden de arresto, con el objetivo de verificar que hay causa razonable para creer que el procesado cometió el delito por el que se le pretende procesar. Este parece ser el mecanismo que la ley dispone para compensar las diferencias en los estándares de prueba que deben observarse al momento de valorar el *complaint*, y de valorar la validez de un arresto, estando el segundo, como se explica en la nota siguiente, ligado con la noción de *probable cause* en virtud del precedente constitucional.

⁴⁶⁹ En el procedimiento penal de los Estados Unidos es una práctica legal, y de hecho bastante común, que la policía proceda a arrestar a una persona sin orden judicial. El estándar para evaluar si esta actuación es legal, que ha sido desarrollado por el precedente de la USSC, es que el funcionario policial tenga causa probable (*probable cause*) para creer que un delito ha sido o está siendo cometido. Este estándar ha sido definido en los siguientes términos: “*Probable cause* para arrestar existe donde los hechos y circunstancias conocidos y sobre los cuales se tiene información razonablemente confiable son suficientes, por ellos mismos, para justificar la convicción de un hombre precavido de que un delito está siendo o ha sido cometido”. El texto original en inglés dice literalmente: “*Probable cause to arrest exists where the facts and circumstances within [the officers’] and of which they [have] reasonably trustworthy information [are] sufficient in themselves to warrant a man of reasonable caution in the belief that an offense has been or is being committed*” by the person to be arrested” USSC, *Brinegar v. United States* (1949); DRESSLER y THOMAS, *Criminal Procedure Investigating Crime*, p. 151. Adicionalmente, debe precisarse que en la doctrina y en diversas decisiones jurisprudenciales se aclara que la noción de *reasonable cause*, en el contexto del proceso penal de NY, es equivalente a la noción de *probable cause*, en el contexto del proceso penal federal. MORSE y GORMAN, *New York Criminal Procedure*, p. 59; *People v. Johnson*, 66 N.Y.2d 398 (1985).

⁴⁷⁰ PREISER, “Practice Commentaries”, §140.45.

⁴⁷¹ CPL § 180.10.

amigo o familiar de la detención; y 3) a que la corte le designe un abogado en caso de no tener recursos económicos para contratarlo por cuenta propia⁴⁷².

Todos estos derechos son renunciables y por ello el procesado puede decidir comparecer a la audiencia sin abogado⁴⁷³. Sin embargo, el CPL desestimula esta práctica pues dispone que el juez solo aceptará esta decisión si considera que se está realizando de manera inteligente e informada, y además consagra que todas las declaraciones que realice el procesado en la diligencia de *arraignment*, sin la asistencia de abogado, no son válidas a menos que éste, habiendo contado con la asistencia de abogado decida actuar por sí mismo, o que la declaración sea claramente voluntaria y espontánea, y no producto de inducción, provocación o estímulo⁴⁷⁴.

Por otro lado, a pesar de que en la norma no se contempla formalmente la posibilidad de que en los casos iniciados a través de *felony complaint* el procesado realice durante la diligencia de *arraignment* una aceptación de culpabilidad (*guilty plea*), es común que en la práctica, en virtud de negociaciones con el fiscal (*plea bargaining*), el procesado acepte ser responsable penalmente en este momento procesal, y por tanto renuncie a que su caso sea revisado en una *preliminary hearing* y a que sea sometido a consideración del *grand jury*, y desde luego también a su derecho a un juicio con jurado.

Esta práctica se hace efectiva básicamente a través de dos vías: 1) en los casos en que el procesado acepta la culpabilidad con la condición de que se le rebajen los cargos de un delito grave (*felony*) a un delito menos grave (*misdemeanor*) el trámite se da de la siguiente manera: El fiscal presenta el *felony complaint* en una corte con competencia

⁴⁷² CPL § 180.10.

⁴⁷³ CPL § 180.10 (5). Se debe precisar que, a través de la observación directa de audiencias en la Corte de la ciudad de Buffalo (*Buffalo City Court*) y de entrevistas realizadas a operadores judiciales del sistema, se ha podido verificar que en todo caso a los procesados de bajos recursos (aparentemente la gran mayoría) se les garantiza la representación judicial por parte de defensores públicos desde la audiencia de *arraignment*, y estos a partir de ese punto asumen su defensa. Sin embargo, de acuerdo con lo informado por Roland Hayes, miembro de la “Oficina de Ayuda Judicial” (*Legal Aid Bureau*), un defensor público en promedio representa 50 procesados por día, lo cual limita de manera muy importante el contacto entre el abogado defensor y sus representados. HAYES, Roland, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018; FRANCZYC, Thomas, entrevista personal realizada el 30 de abril de 2018.

⁴⁷⁴ MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, § 4:21. El hecho de que en términos generales la norma en NY estimule que el procesado esté asistido por abogado durante el *arraignment* es relevante, en la medida en que impide prácticas que se han presentado en otras jurisdicciones durante la presentación inicial, como que se solicite al procesado que declare si acepta o no la culpabilidad sin haber contado con asesoría suficiente, o que se le induzca a renunciar a su derecho a una *preliminary hearing* aunque esto sea contrario a sus intereses. MILLER y DAWSON, *Wisconsin Law Review*, pp. 252-277.

para procesar *misdemeanors*, allí, con el consentimiento del juez, el fiscal ofrece rebajar el cargo de *felony* a *misdemeanor* con la condición de que el procesado acepte la culpabilidad⁴⁷⁵; 2) en los casos en que el procesado acepta la culpabilidad con la condición de que se le rebaje el cargo a un *felony* con un tratamiento punitivo más benigno, o se le rebaje la pena a imponer, o se le dé algún otro beneficio punitivo distinto del explicado en el numeral anterior, el trámite es el siguiente: una vez culminada la diligencia de *arraignment*, el procesado renuncia a su derecho a una *preliminary hearing*⁴⁷⁶ y a ser acusado a través de un *indictment* emitido por el gran jurado, y por tanto acepta que se le procese a través de un documento acusatorio definitivo denominado *superior court information*⁴⁷⁷. En virtud de dicho documento se desarrolla audiencia de *arraignment* ante la corte superior⁴⁷⁸, en la que se realiza la aceptación de culpabilidad en cambio del beneficio acordado con el fiscal⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ HARRIS y SWERN, “Arraignment”, p. 90. Esto hace legalmente viable la aceptación de cargos, pues el *felony complaint* queda convertido en un *misdemeanor complaint*, y bajo ciertas condiciones está permitido que el procesado acepte culpabilidad en una audiencia de *arraignment* derivada de un *misdemeanor complaint*. CPL §170.65(3). Las estadísticas disponibles parecen aportar alguna luz sobre la popularidad de esta práctica, pues muestran que, de todos los casos resueltos en el 2016, que se derivaron de un arresto por al menos un cargo de rango *felony*, el 19.5% terminaron en condena por *felony*, y el 25.3% terminaron en condena por *misdemeanor*. Si se tiene en cuenta que la modificación del cargo de *felony* a *misdemeanor* usualmente está mediada por la práctica arriba descrita, esto se puede entender como un indicador significativo. Sin embargo no es totalmente concluyente, pues la disminución del cargo también puede derivarse de otros factores como el cambio de opinión del fiscal o la decisión de una corte local o del gran jurado. DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, 2013-2017 *Dispositions of Adult Arrests – New York State*, p. 2. Por otro lado, un factor que hace muy atractiva para el procesado la posibilidad de aceptar la culpabilidad por un *misdemeanor* en vez de enfrentar la posibilidad de una condena por un *felony*, es la regulación que en el contexto general de los Estados Unidos se conoce como de *tres strikes* y en el contexto concreto de NY se denomina *persistent felony offender*. En general esto hace parte de un sistema de fijación de las penas en las que en los casos de reincidencia criminal en delitos de rango *felony* se posibilita un endurecimiento bastante importante de las penas a imponer, llegando hasta el punto en que cuando una persona comete por tercera vez un delito de rango *felony* se le puede imponer una pena máxima de cadena perpetua, sin importar que la pena máxima que por regla general corresponda al tercer delito cometido sea mucho menor. CPL §70.08, §70.10.

⁴⁷⁶ Incluso, un comentarista acredita que es posible que el fiscal, en el marco de un *plea bargaining*, realice ofertas punitivas favorables al procesado bajo la condición de que este renuncie a su derecho a una *preliminary hearing*. MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, §5:11. Además a partir de las entrevistas personales realizadas a operadores del sistema se confirma que esta es una práctica común. HAYES, Roland, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018; FRANCZYC, Thomas, entrevista personal realizada el 30 de abril de 2018.

⁴⁷⁷ La importancia de este instrumento acusatorio puede evidenciarse con el hecho de que de todos los casos que llegaron a *arraignment* en las cortes superiores de NY durante el año 2016, el 31,4% lo hicieron a través de la presentación de un *superior court information*, mientras el 66,5% llegaron en virtud de *indictments*. DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, *New York State Felony Processing Report Indictment through Disposition January – December 2016*, Table 8.

⁴⁷⁸ El lenguaje utilizado por el CPL puede ser bastante confuso, pues denomina *arraignment* tanto la primera presentación del procesado ante la corte local y en virtud del documento acusatorio inicial, como

Por último, otra actividad relevante que se realiza antes de finalizar la audiencia de *arraignment* es la determinación de cómo se garantizará la comparecencia del procesado a los trámites posteriores. La norma determina, de manera general, tres posibilidades: 1) que el procesado sea dejado en libertad con el compromiso de presentarse voluntariamente cuando sea citado; 2) que el juez fije una fianza que el procesado debe cubrir como garantía de que comparecerá a las diligencias posteriores (*bail*); o 3) que dada la gravedad del delito y el peligro de no comparecencia del procesado, este deba permanecer privado de la libertad durante el procedimiento⁴⁸⁰.

Frente a este trámite es interesante resaltar que la facultad de determinar el modo de comparecencia del procesado, dentro de un marco legal amplio⁴⁸¹, recae en cabeza del juez. Él debe entrar a ponderar una pluralidad de factores para determinar cuál de las opciones es suficiente para garantizar que el procesado no eludirá la acción de la justicia, incluidos el historial previo del procesado ante la jurisdicción, su reputación y lazos con la comunidad, su vinculación laboral, y la solidez del caso en su contra⁴⁸². Esto quiere decir que la decisión a tomar no se centra en una valoración de la fortaleza del caso, sino que este es solo un elemento entre muchos que deben sopesarse⁴⁸³.

a la audiencia ante la corte superior en que se presenta al procesado el documento acusatorio definitivo. En este caso, en el texto arriba se está haciendo referencia a la segunda acepción mencionada.

⁴⁷⁹ MARIANI, “*Plea negotiations*”, pp. 350-351. En este segundo evento, si bien técnicamente la aceptación de cargos no se realiza en la presentación inicial del procesado, lo relevante es que se elude la posibilidad de que el caso sea revisado en la etapa de *pretrial screening*.

⁴⁸⁰ CPL §510.10.

⁴⁸¹ Los límites a la facultad discrecional del juez en este punto están en que en los casos de *misdemeanors* el juez no está facultado para decretar la privación de la libertad sin fijar fianza, mientras en los casos de *felonies* el juez tiene la facultad de negar la posibilidad de pago de fianza y por tanto puede decretar directamente la privación de la libertad. HARRIS y SWERN, “*Arraignment*”, p.104.

⁴⁸² CPL §510.30. De manera coherente con lo descrito, KUCKES, comentando la doctrina constitucional relativa al tema, plantea que la decisión en este contexto no está orientada por la valoración de si hay suficiente prueba para justificar que se prive de la libertad al procesado, sino que el foco se centra en valorar el riesgo de que este eluda el juicio, y es solo desde esta óptica que se tiene en cuenta la fortaleza del caso en su contra. KUCKES, *Yale Law and Policy Review*, pp. 22-23.

⁴⁸³ Vale la pena añadir que a partir de la asistencia personal a audiencias y de la entrevista a operadores judiciales se ha podido observar que el trámite de las diligencias de *arraignment* en las cortes locales es extremadamente rápido, al punto en que los entrevistados coincidieron en que es posible que un juez realice durante un solo día más de noventa de estas diligencias. Esto está estrechamente ligado con el hecho de que los jueces no tienen un deber expreso de motivar sus decisiones, y con que de manera general efectivamente no lo hacen, al menos en lo que corresponde en las etapas previas al juicio. HAYES, Roland, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018; FRANCZYC, Thomas, entrevista personal realizada el 30 de abril de 2018.

Una vez tomada esta decisión culmina el *arraignment* y el proceso pasa a la siguiente fase que corresponde con el objeto de estudio de este capítulo: *the pretrial screening process*.

2.3 El *pretrial screening process* en el procedimiento penal del Estado de Nueva York.

Como ya se mencionó con anterioridad, el *pretrial screening process* en los distintos procesos penales de los Estados Unidos se integra, en la gran mayoría de los casos, por dos trámites distintos, siendo estos la *preliminary hearing* y la presentación del caso ante el gran jurado. Por ello, las diferencias entre los modelos de fase intermedia en este contexto se derivan de dos factores básicos: la mayor importancia que se le asigna a alguno de los trámites en perjuicio del otro, y las regulaciones específicas relativas al funcionamiento de cada trámite individualmente considerado.

Así, el modelo de *pretrial screening process* propio del proceso penal del Estado de NY es muy particular, ya que constituye el paradigma de lo que la literatura denomina una *indictment jurisdiction*, en virtud de que allí la presentación del caso ante el gran jurado es obligatoria, y por tanto es en este escenario en el que recae el peso del ejercicio del control del caso, en detrimento de la importancia relativa del trámite de la *preliminary hearing*.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se expondrá cómo se organiza la fase intermedia del proceso en NY, a través de la revisión de los trámites que la integran.

2.3.1. La *preliminary hearing* en el proceso penal de NY.

A pesar de que jurídicamente se establece que todo procesado tiene derecho a que su caso sea sometido a revisión en el marco de una *preliminary hearing*⁴⁸⁴, en la práctica

⁴⁸⁴ CPL §180.10 (2).

de NY, esta audiencia solamente se desarrolla cuando el procesado está privado de la libertad con ocasión del trámite en su contra⁴⁸⁵.

La razón que explica la práctica es que la decisión del juez en la *preliminary hearing* no es vinculante, pues el caso de cualquier forma debe someterse a consideración del gran jurado⁴⁸⁶, por ello, el fiscal no tiene ningún incentivo para presentar elementos de prueba con el fin de satisfacer el estándar probatorio en esta actuación procesal⁴⁸⁷. A esto debe adicionarse la facultad que tiene el fiscal de presentar el caso directamente ante el gran jurado, de lo que se deriva que si este órgano toma la decisión de emitir *indictment* o de rechazar los cargos, antes del plazo establecido legalmente para celebrar la *preliminary hearing*, el trámite de esta se hace innecesario⁴⁸⁸. Otra razón adicional, mencionada previamente, por la cual no se realiza en ocasiones la *preliminary hearing* es la renuncia del procesado a que se realice esta audiencia, que puede estar motivada por un *plea bargaining* o por la consideración de que no le generará ninguna consecuencia de utilidad en el proceso⁴⁸⁹.

En los eventos en que el procesado está privado de la libertad las circunstancias son diferentes, pues el CPL establece que si la *preliminary hearing* no se desarrolla dentro del plazo legalmente estipulado, y no se ha emitido previamente *indictment*, el procesado debe ser liberado⁴⁹⁰. Este es usualmente un incentivo suficiente para que el fiscal someta el caso a consideración del juez.

⁴⁸⁵ MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, § 5:1.

⁴⁸⁶ MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, § 5:7.

⁴⁸⁷ ROSEMAN, "Preliminary Hearing", pp. 130-131.; MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, § 5:9. En la práctica, los fiscales logran que la audiencia no se desarrolle solicitando aplazamientos de la misma, mientras paralelamente desarrollan el trámite ante el gran jurado o convencen al procesado de que acepte un *plea agreement*. HAYES, Roland, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018.

⁴⁸⁸ ROSEMAN, "Preliminary Hearing", p. 124.

⁴⁸⁹ MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, §5:11. De cualquier manera, en los eventos en que la *preliminary hearing* no se celebra, la norma contempla la posibilidad de que el juez, mediando el consentimiento del fiscal, proceda a revisar los cargos incluidos en la *felony complaint* y decida su reducción en los eventos en que considere que el cargo es muy severo (*inquiry*). Si el fiscal brinda su consentimiento para la revisión, la decisión que tome el juez es vinculante. CPL §180.50.

⁴⁹⁰ En el CPL §180.80 se dispone que cuando el procesado ha sido detenido por más de 120 horas desde el arresto (o 144 si durante este plazo hay sábado, domingo o festivo legal) sin que se haya dado un trámite adecuado a la *felony complaint* (reducción a *misdemeanor*, inicio de la *preliminary hearing*, renuncia a la *preliminary hearing* por el procesado, o votación de un *indictment*), la corte debe ordenar la liberación del procesado. ROSEMAN, "Preliminary Hearing", p. 124.

Tan es así, que a pesar de que teóricamente el propósito de la *preliminary hearing* es servir como un escenario de control del caso para verificar que existen suficientes elementos de prueba para someter al procesado a un trámite ante el gran jurado⁴⁹¹, una parte de la doctrina afirma que la función principal de la audiencia es asegurar que el procesado no se mantenga privado de la libertad sin que se revise que existe causa razonable para creer que efectivamente cometió un delito grave⁴⁹².

De cualquier modo, en los casos en que la audiencia efectivamente se desarrolla, el fiscal tiene la carga de presentar ante el juez pruebas suficientes que permitan acreditar que hay *reasonable cause* para creer que el procesado efectivamente es responsable de un *felony*. Aquí es muy importante anotar que la carga probatoria del fiscal no está delimitada estrictamente por el cargo que fue objeto de la *felony complaint*, pues no es su deber probar estos cargos específicos y le basta con acreditar que hay *reasonable cause* con respecto a cualquier delito de rango *felony*⁴⁹³.

La definición del estándar probatorio de *reasonable cause* se encuentra en el CPL §70.10, el cual dice que dicho estándar se cumple cuando de pruebas o información que parece confiable se derivan hechos o circunstancias que tienen colectivamente suficiente peso y capacidad de persuasión, como para convencer a una persona de inteligencia, juicio y experiencia ordinaria, de considerar razonablemente que el delito fue cometido y que la persona procesada lo cometió⁴⁹⁴. La particularidad del estándar aplicable para la *preliminary hearing* está en que, por expresa disposición legal, para su satisfacción no es admisible prueba *hearsay*⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ ROSEMAN, “Preliminary Hearing”, p.123.

⁴⁹² MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, § 5:1.

⁴⁹³ PREISER, “Practice Commentaries”, §180.70.

⁴⁹⁴ El texto exacto en inglés del CPL §70.10 dispone: 2. *Reasonable cause to believe that a person has committed an offense exists when evidence or information which appears reliable discloses facts or circumstances which are collectively of such weight and persuasiveness as to convince a person of ordinary intelligence, judgment and experience that it is reasonably likely that such offense was committed and that such person committed it.*

⁴⁹⁵ CPL §180.60 (8). Excepciones a la regla general expresada arriba se encuentran en la misma norma citada, dentro de las que vale destacar los dictámenes científicos de expertos y cierto tipo de declaraciones juradas, como por ejemplo aquella en que la víctima acredita que un bien hurtado es de su propiedad. Por otro lado, es importante puntualizar que *hearsay* ha sido definido como una declaración que el testigo no realiza mientras declara en el juicio o la audiencia correspondiente, o una declaración previa que la parte ofrece para demostrar la veracidad de una declaración posterior que se está realizando. *FEDERAL RULES OF EVIDENCE Rule 801*. Se preferirá en el texto utilizar el término prueba *hearsay* en vez de utilizar la expresión *prueba de referencia*, como en ocasiones se ha traducido *hearsay*, porque la traducción puede

En cuanto al trámite⁴⁹⁶ es muy importante resaltar que esta es una audiencia adversarial, lo que implica que en ella hay participación activa de la acusación y que reconoce la posibilidad de contradicción activa de la defensa⁴⁹⁷, siendo la audiencia dirigida por un juez, en quien en últimas recae la facultad decisoria.

En concreto, el procedimiento inicia con la lectura de la *felony complaint* al procesado, aunque este procedimiento usualmente es renunciado por la defensa en virtud de que ya conoce de manera suficiente el escrito. Una vez hecho esto el fiscal procede a presentar las pruebas que considere suficientes para alcanzar el estándar probatorio que se le exige en la audiencia, siendo importante precisar en este punto, que el hecho de que las pruebas *hearsay* no sean válidas, usualmente hace necesario que el fiscal lleve testigos a declarar en el trámite, lo cual le da derecho a la defensa de contrainterrogarlos⁴⁹⁸.

Esta realidad hace que sea del interés del fiscal presentar la menor cantidad de pruebas posible, pues desde su perspectiva no es conveniente revelar demasiado de su caso en esta etapa temprana del proceso, ni dar a la defensa la posibilidad de tener amplias declaraciones con las cuales impugnar los posibles testimonios en juicio; en tanto, la defensa tiene objetivos diametralmente opuestos, ya que mientras más amplia sea la presentación de pruebas del fiscal, mayor será el conocimiento que puede adquirir para preparar las etapas posteriores del proceso⁴⁹⁹.

generar confusiones conceptuales, dado que el termino de *prueba de referencia* se ha utilizado en ocasiones para hacer referencia a una prueba indirecta, de segundo grado, o de oídas, y ese no es el sentido que se le da en el contexto de los Estados Unidos al concepto. Un ejemplo del uso de la idea de prueba de referencia como prueba indirecta en el contexto de España en: HURTADO YELO, *Revista Aranzadi Doctrinal*.

⁴⁹⁶ El procedimiento de la *preliminary hearing* está regulado en CPL §180.60(8).

⁴⁹⁷ El procesado tiene derecho a ser representado por un abogado en esta audiencia, aunque este derecho es renunciable, siempre y cuando este acto se realice de manera informada e inteligente. Igualmente tiene derecho a estar presente durante la audiencia y a testificar en su favor, pero también puede decidir no ejercer estos derechos. ROSEMAN, “Preliminary Hearing”, p. 124.

⁴⁹⁸ En adición al derecho al contrainterrogatorio, la defensa tiene la facultad de utilizar los que en la práctica jurídica de los Estados Unidos son conocidos como *rosario rights*. Consisten en la facultad de solicitar al acusador que suministre las declaraciones que el testigo haya hecho con anterioridad a la *preliminary hearing*, para ser usadas como material de impugnación del testimonio en la audiencia. PREISER, “Practice Commentaries”, §180.60.

⁴⁹⁹ Los descritos arriba son los lineamientos generales que guían la estrategia de las partes al momento de abordar la *preliminary hearing*, empero, en virtud de ciertas circunstancias las estrategias pueden cambiar. Así, en los eventos en que el fiscal tiene dudas sobre la solidez de su caso, o quiere que sea posible que testimonio presentado en esta etapa sea admisible en juicio (por ejemplo, cuando prevé que el testigo no estará disponible para declarar en juicio) puede buscar una presentación probatoria más amplia. ROSEMAN, “Preliminary Hearing”, p.130-134.

Una vez el fiscal termina de presentar la prueba que considera suficiente, el procesado tiene derecho a declarar en su favor, y la defensa tiene la posibilidad de pedir al juez que le permita presentar testigos, solicitud que el juez resolverá discrecionalmente a partir de su consideración frente a la posibilidad de estos de aclarar la existencia o no de *reasonable cause*⁵⁰⁰. Sin embargo, en virtud de que, como ya se dijo, la decisión final que toma el juez en la audiencia no es vinculante, no es atractivo estratégicamente para la defensa embarcarse en un amplio ejercicio de contradicción, en la medida en que en este escenario revelaría sus armas y daría a la fiscalía material de impugnación, sabiendo que, aun si el juez rechaza los cargos, el fiscal tiene la posibilidad de presentarlos ante el gran jurado. Por lo anterior, es común que la doctrina desaconseje al abogado defensor que permita la declaración del procesado y que presente testigos⁵⁰¹.

Una vez termina la presentación de la prueba, la fiscalía y la defensa tienen derecho a realizar unos breves alegatos finales, y con posterioridad a estos el juez entra a tomar una decisión. En ese momento se pueden presentar diversos escenarios⁵⁰²: 1) si el juez encuentra que hay suficientes pruebas para sostener la existencia de un delito de rango *felony* debe declarar que el procesado queda vinculado al proceso y que el caso queda sometido a consideración del gran jurado; 2) si el juez considera que no hay *reasonable cause* para sostener un cargo de *felony*, pero sí para sostener uno de *misdemeanor* o menor, el juez tiene la facultad de reducir los cargos, aunque esta decisión no es vinculante, pues de cualquier forma el fiscal puede buscar un *indictment* por *felony* ante el gran jurado. Aunque se debe aclarar que si el fiscal brinda su consentimiento para la reducción de los cargos este acto deviene vinculante⁵⁰³; y 3) si el juez considera que no hay *reasonable cause* para sostener la existencia de delito alguno debe rechazar los cargos, aunque de nuevo esta es una decisión no vinculante, pues el fiscal no pierde la facultad de presentar el caso ante el gran jurado.

⁵⁰⁰ CPL §180.60(6)(7). Si la defensa presenta testigos, la fiscalía cuenta con la posibilidad de contrainterrogar y de recibir las declaraciones que se hayan realizado previamente, siguiendo las mismas reglas que sigue la defensa en el escenario contrario.

⁵⁰¹ ROSEMAN, “Preliminary Hearing”, p. 134; MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, § 5:26. En ese mismo sentido el abogado defensor Roland Hayes acredita que efectivamente es muy raro que la defensa presente testigos durante este procedimiento. HAYES, Roland, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018.

⁵⁰² CPL §180.70.

⁵⁰³ CPL §180.70 (3). La doctrina aclara que en la práctica el fiscal solamente suele brindar su consentimiento para una reducción de cargos, en los eventos que hay un *plea agreement* de por medio. ROSEMAN, “Preliminary Hearing”, p. 129.

En lo que sí genera consecuencias prácticas la decisión final que se toma en la *preliminary hearing* es en el ámbito de la restricción de libertad del procesado. Ello porque, en el evento de la reducción de cargos, el juez decidirá si modifica la posición que frente al particular se tomó en la diligencia de *arraignment*, teniendo en cuenta la gravedad del delito frente al que es sostenible la existencia de *reasonable cause*; mientras, cuando el juez considera que no es sostenible la existencia de delito alguno tiene el deber de decretar la libertad⁵⁰⁴.

2.3.2. El *grand jury* en el proceso penal de NY.

Ya se mencionó previamente que el derecho a que el caso sea revisado por un gran jurado en los casos de crímenes graves se encuentra consagrado en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, pero no se entiende integrado a la *due process clause* de la decimocuarta enmienda, y por ello no es oponible a los estados. A pesar de esto, en el Estado de NY es una institución muy tradicional y de mucha importancia para el sistema procesal penal, hasta el punto en que el artículo 1 §6 de la Constitución del estado consagra el derecho del procesado a que, en los procesos por delitos graves, la acusación se realice a través de *indictment* emitido por el gran jurado⁵⁰⁵.

El arraigo de esta institución en el proceso penal de los Estados Unidos se deriva de que, desde los tiempos de la fundación de la nación⁵⁰⁶, se concibió como un “baluarte en contra de la opresión” por representar la posibilidad de que los ciudadanos tuvieran la posibilidad de investigar al gobierno y, más aún, de negarle la posibilidad de acusar a

⁵⁰⁴ MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, §5:28.

⁵⁰⁵ Vale aclarar que el mismo artículo 1 §6 de la Constitución de NY contempla la posibilidad que tiene el procesado de renunciar a que su caso se someta al trámite ante el gran jurado, en todos los casos, con excepción de cuando enfrenta la posibilidad de pena de muerte o de cadena perpetua. Si renuncia a su derecho, la acusación se realiza a través de un documento que se denomina *superior court information* que emite directamente el fiscal. Para que la renuncia a la revisión del caso por parte del gran jurado sea válida se requiere que la misma conste por escrito y que en ella se establezcan los cargos que se van a incluir en el *superior court information*. NY Const. Art. 1 §6; MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p. 185.

⁵⁰⁶ Es relevante precisar que el gran jurado como institución es anterior a la Constitución de los Estados Unidos, pues proviene del *common law* inglés, incluso, se ha documentado su origen en 1164, cuando fue creado como órgano acusatorio por el rey Enrique II de Inglaterra. SIMMONS, *Boston University Law Review*, p. 4-6.

una persona en una causa penal por un delito grave⁵⁰⁷. Por ello el gran jurado, en la concepción tradicional, es entendido como un órgano de control imparcial y neutral, ajeno a los partidos y al proceso político⁵⁰⁸.

Adicionalmente, el modelo específico de regulación de gran jurado que se maneja en NY ha sido considerado como una versión especialmente fuerte de esta institución, que por tanto permite un control del caso mucho más riguroso que otros modelos de gran jurado, como por ejemplo el del procedimiento que se aplica a nivel federal⁵⁰⁹. Esto hace particularmente interesante la reconstrucción de su forma de funcionamiento.

El gran jurado es, entonces, en el proceso del Estado de NY, un grupo de no menos de 16 y no más de 23 personas del común, elegidos de manera aleatoria entre la población, que en el marco del proceso penal tienen como principales funciones revisar si un caso criminal es lo suficientemente fuerte para que sea procedente emitir un *indictment* (*screening function*), e investigar la realización de conductas delictivas, con amplios poderes que solo detenta este órgano (*investigative function*)⁵¹⁰.

En términos generales, el funcionamiento del gran jurado, en su función de control de la suficiencia del caso (*screening function*), que es en la que se centrará este apartado, se activa cuando un fiscal somete a su consideración un caso específico, para que, a partir de las pruebas que sobre el asunto se le presentan, determine si hay elementos suficientes para sustentar que se emita un *indictment* contra el procesado, o si por el contrario los cargos no son sostenibles. Es muy importante precisar en este punto que no es necesario que el caso que presenta el fiscal ante el gran jurado haya sido previamente objeto de *felony complaint*, ni revisado en *preliminary hearing*, pues el órgano acusador

⁵⁰⁷ WHITEBREAD y SLOBOGIN, *Criminal Procedure an analysis of cases and concepts*, p. 633.

⁵⁰⁸ SIMMONS, *Boston University Law Review*, p. 7.

⁵⁰⁹ SIMMONS, *Boston University Law Review*, p. 1-76. A pesar de esto, en entrevistas realizadas a operadores del sistema procesal se pudo verificar que tienen una percepción bastante escéptica frente a las posibilidades del gran jurado de NY de realizar un verdadero control objetivo del caso, y esto se muestra en que consideran que en la mayoría de los casos el gran jurado toma la decisión que el fiscal busca. HAYES, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018; FRANCZYC, Entrevista personal realizada el 30 de abril de 2018.

⁵¹⁰ PREISER, "Practice Commentaries", §190.05.

tiene la facultad de presentar el caso directamente al gran jurado sin agotar ninguna de las etapas previas⁵¹¹.

En adición, otra de las particularidades del procedimiento ante este órgano está en que el gran jurado no se encuentra limitado por las solicitudes del fiscal, sino que, como órgano independiente, puede emitir autónomamente *indictment* por los cargos⁵¹² o contra las personas⁵¹³ frente a las que los considere procedentes, sin que estos correspondan necesariamente con los solicitados por la fiscalía. En cualquier caso, para que se pueda emitir un *indictment* es necesario el voto favorable de al menos 12 miembros del gran jurado que hayan presenciado la presentación de toda la evidencia esencial y crítica⁵¹⁴. Todo lo anterior es muy relevante, porque de ello se infiere que el contenido del *indictment* que emite el gran jurado no está limitado ni subjetiva, ni fáctica, ni jurídicamente, por lo dispuesto en la *felony complaint*, ni por lo decidido por la corte local en la *preliminary hearing*, ni por lo solicitado por la fiscalía al *grand jury*.

Por otra parte, el estándar con el que se valora la prueba en esta etapa implica la combinación de dos estándares distintos, y por ello es, en principio, bastante exigente, pues se requiere por un lado que la prueba sea legalmente suficiente (*legally sufficient*) y por el otro que se acredite que hay *reasonable cause* para creer que se cometió el delito y que la persona contra la que se presentará el *indictment* lo cometió⁵¹⁵.

El mencionado estándar de prueba merece ser estudiado con mayor detenimiento. Para que se cumpla el requisito de que la prueba sea legalmente suficiente se necesita valorar si hay prueba competente⁵¹⁶ que, si se acepta como verdadera, establece cada uno de los elementos del delito⁵¹⁷ y la comisión de estos por parte de la persona a acusar. Esto

⁵¹¹ CPL §190.55(2)(c).

⁵¹² MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, §3:50.

⁵¹³ MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p.143.

⁵¹⁴ Así mismo, cualquier otra decisión que tome el órgano requiere el voto favorable de 12 jurados, siendo el quórum para deliberar de 16 miembros. MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p. 141.

⁵¹⁵ CPL §190.65(1).

⁵¹⁶ La noción de prueba competente (*competent evidence*) se refiere a prueba que sea admisible en el juicio, no susceptible de que se le aplique la regla de exclusión probatoria.

⁵¹⁷ En principio, la carga de la prueba de la fiscalía está en establecer la existencia de los elementos que en el esquema de estructuración del delito en Estados Unidos se encuentran incluidos en la categoría *offense*, es decir “los elementos positivos del delito” (ver apartado 2.1), en la medida en que la fiscalía no tiene el deber de presentar evidencia exculpatória ante el gran jurado. Sin embargo, si de la evidencia presentada ante el gran jurado (usualmente a través de la declaración del procesado o de testigos

significa que con este estándar se evalúa que haya prueba relacionada con cada uno de los elementos del delito, pero no se cuestiona el peso que cada prueba pueda tener, es decir que tan convincente es, ni se discute si la prueba de la defensa sobre cada punto concreto es más convincente que la de la fiscalía. Por su parte, el estándar de *reasonable cause*, que ya se expuso previamente⁵¹⁸, se enfoca en considerar si la evidencia presentada tiene el suficiente peso y capacidad de persuasión para establecer la probabilidad razonable de que el procesado haya cometido el delito del que se le pretende acusar⁵¹⁹. Lo anterior quiere decir que hay casos en que la prueba puede ser legalmente suficiente, pero no alcanzar el estándar de *reasonable cause*⁵²⁰, y viceversa⁵²¹, por lo que los dos estándares combinados, sin duda alguna, son más exigentes que cada uno individualmente considerado.

De otro lado, el procedimiento de presentación de un caso ante el gran jurado es *sui generis*, y muy distinto de aquel que se sigue en el marco de la *preliminary hearing*, pues no se orienta por las ideas de adversarialidad ni de publicidad, sino que, al contrario, se caracteriza por ser secreto y no adversarial.

Una vez elegidos los miembros del gran jurado el órgano se conforma por un periodo de cuatro semanas, se toma juramento a sus miembros, y se escoge uno de ellos como encargado general, por parte de la corte superior⁵²². Más allá de este punto, la corte no tiene injerencia en los procedimientos ante el gran jurado y los mismos se desarrollan de manera reservada, con la presencia exclusiva de sus miembros, más el fiscal (durante la

sugeridos por este), surgen elementos para considerar la posible existencia de una *defense* que tenga la potencialidad de evitar una acusación innecesaria e infundada por excluir la responsabilidad del procesado, el gran jurado puede considerarla a la hora de decidir si emite o no *indictment*, y el fiscal tiene el deber de informar de las normas pertinentes al momento de dar las instrucciones al jurado. DONNINO, "Practice commentaries", §25.00.

⁵¹⁸ Ver apartado 2.3.1.

⁵¹⁹ PREISER, "Practice Commentaries", §190.05.

⁵²⁰ Un ejemplo de este caso podría ser aquel en el que se presenta evidencia inculpatória de cada elemento del delito, pero la misma es muy poco persuasiva, o es claramente desacreditada por la evidencia presentada por la defensa.

⁵²¹ Un ejemplo de este caso sería aquel en el que se presenta evidencia con el peso suficiente para generar la razonable convicción de la comisión del delito, pero no toda es admisible en juicio, o no abarca todos los elementos del delito.

⁵²² PREISER, "Practice Commentaries" §190.05; MURPHY y RUDICH, "Grand jury proceedings", p.142.

presentación de la prueba), y los funcionarios administrativos autorizados legalmente, que son los estrictamente necesarios para el desenvolvimiento del trámite⁵²³.

Ya constituido el gran jurado, el fiscal⁵²⁴ presenta la prueba con la que pretende sustentar que es procedente emitir *indictment* en un caso concreto, siendo que, al no ser adversarial el procedimiento, ni el procesado ni su abogado tienen derecho a estar presentes durante el trámite. En la medida en que en el Estado de NY no es admisible la prueba *hearsay* en este momento procesal, la presentación de la evidencia implica llevar a declarar personalmente a los testigos que se consideren necesarios, quienes primero responderán las preguntas que formule el fiscal y luego aquellas que consideren pertinente realizar los jurados.

Como especificidades del proceso de presentación de la prueba puede resaltarse que el fiscal solamente tiene el deber de presentar evidencia inculpatoria, sin embargo, de nuevo, en virtud del carácter no adversarial del procedimiento, se plantea que debe ejercer este rol de manera no sesgada y honesta, pues en este trámite específico está representando no solo el interés público, sino también actuando como protector de los derechos del procesado⁵²⁵. Además, por regla general, los testigos en este trámite tienen inmunidad con respecto a los delitos sobre los que verse su declaración⁵²⁶, aunque el fiscal puede requerir a los testigos que va a presentar que renuncien a esa prerrogativa⁵²⁷. Por su parte, el gran jurado, actuando autónomamente, tiene la potestad de citar a declarar en el procedimiento a cualquier persona que considere que puede poseer información o conocimiento relevante para el caso, pero en ese evento el fiscal

⁵²³ Adicionalmente, el secreto de la actuación se garantiza a través de considerar delito la revelación no autorizada, por parte de cualquiera de los participantes, de lo sucedido durante el trámite. MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p.139, 146; N.Y. Penal Law §215.70.

⁵²⁴ Para garantizar el *fairness* del procedimiento, jurisprudencialmente se ha dispuesto que no debe haber conversaciones fuera del registro entre el fiscal y los miembros del gran jurado sobre los asuntos sometidos a su consideración. MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p.169.

⁵²⁵ MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, pp. 167-169. En el apartado 2.4. del Capítulo 1 se criticó ampliamente la idea de que un órgano que ha investigado un caso (en ese evento el juez de instrucción) pudiese actuar de manera no sesgada a la hora de tomar una decisión adjudicativa frente al mismo, partiendo de las teorías sobre heurísticos y sesgos desarrolladas por KAHNEMANN y TVERSKY. Se considera que la idea de que el fiscal en el procedimiento de NY puede interrogar a los testigos de manera no sesgada durante el procedimiento ante el gran jurado es susceptible de exactamente la misma crítica.

⁵²⁶ MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p.170-173.

⁵²⁷ MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p.173-174.

cuenta con la potestad de requerir que los testigos renuncien a su inmunidad antes de declarar⁵²⁸.

El procesado, por su parte, tiene un rol residual aunque relevante en el trámite. En primer lugar, si se ha presentado *felony complaint* contra él, tiene el derecho a que se le informe que su caso está siendo sometido a consideración del gran jurado, y puede, si lo tiene a bien, declarar ante el mismo⁵²⁹. En los eventos en que dicha declaración se da, el procesado primeramente puede presentar libremente ante el gran jurado su versión de los hechos y aportar cualquier elemento de prueba relevante y competente relacionada con el caso, pero posteriormente debe someterse al contrainterrogatorio que le haga el fiscal⁵³⁰. A su vez, el abogado defensor puede estar presente durante la declaración y hablar con el procesado durante la misma, pero más allá de esto no tiene facultades en este momento⁵³¹. Adicionalmente, el procesado puede solicitarle al gran jurado que llame a declarar a los testigos que considere relevantes, pero en ese caso el gran jurado no está obligado a citarlos, pues depende de su discrecionalidad si lo hace o no; sin embargo, en el evento en que se permita su declaración deben obligatoriamente renunciar a la inmunidad por su contenido⁵³².

Una vez que toda la prueba que se considera necesaria ha sido presentada, en virtud de que por definición se presume que los miembros del gran jurado no conocen el derecho, es deber del fiscal instruirlos en lo relativo a las normas aplicables al caso antes de que procedan a deliberar y a tomar una decisión. Ordinariamente este deber se satisface con

⁵²⁸ CPL §190.50(3)(4).

⁵²⁹ MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p. 176-177; CPL §190.50(5). En los eventos en que la persona frente a la que se está evaluando la posibilidad de presentar *indictment* no ha sido previamente objeto de *felony complaint* la situación es diferente, pues no tiene derecho a que se le informe que se está desarrollando el trámite en su contra, pero en el evento en que se entere tiene derecho a declarar ante el gran jurado.

⁵³⁰ MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p. 177. De acuerdo con los dos operadores del sistema entrevistados, en la práctica la declaración del procesado ante el gran jurado es muy poco común, a menos que esta represente una oportunidad fuerte de ganar el caso en ese preciso momento. Lo anterior pues las desventajas que genera el uso de esta facultad en la mayoría de los casos son muy superiores a sus beneficios. En concreto, las desventajas que representa esta actuación para el procesado se concentran en que el procesado no tiene inmunidad con respecto a su declaración; en que se encuentra a merced del interrogatorio del fiscal sin que el abogado defensor esté autorizado para hablar; y en que cualquier declaración que haga en ese momento puede ser utilizada para controvertir su testimonio en el juicio oral. HAYES, Roland, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018; FRANCZYC, Thomas, entrevista personal realizada el 30 de abril de 2018.

⁵³¹ MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, § 6:50.

⁵³² MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p. 179.

la lectura literal de las normas generales aplicables al caso, sin embargo, existen muchas excepciones concretas, entre las que resaltan que el fiscal debe informar al gran jurado de las causales que excluyen la responsabilidad, mas no de las que la atenúan, en los casos en que están tengan la potencialidad de evitar una acusación innecesaria e infundada; o que alegatos hechos sobre antecedentes criminales del procesado solo deben tenerse en cuenta como elementos para cuestionar su declaración, pero no como evidencia sobre los cargos que se van a debatir⁵³³.

Tras la deliberación, que se realiza de manera privada por los miembros del gran jurado, este órgano debe tomar una de las siguientes decisiones frente al caso, a través del voto favorable de 12 de sus integrantes⁵³⁴: 1) en el evento en que encuentre que hay suficiente prueba para sostener la existencia de al menos un delito de rango *felony* debe emitir *indictment*; 2) en el evento en que encuentre que no hay suficiente prueba para sostener la existencia de al menos un delito de rango *felony*, pero sí de un delito de rango *misdemeanor*, debe instruir al fiscal para que presente un instrumento acusatorio denominado *prosecution information*, ante la corte local; o, 3) en el evento en que encuentre que no hay suficiente prueba para sostener la existencia de ningún tipo de delito debe rechazar los cargos contra el procesado⁵³⁵.

⁵³³ MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, §6:69., §6:71., §6:73.

⁵³⁴ MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, pp. 155-165; CPL §190.60. Otras posibilidades que reconoce la norma a los jurados son la de remitir a la corte un reporte cuando consideren que alguno de los funcionarios públicos que participan en el trámite han actuado de manera contraria con sus deberes, o la de ordenar que se remita el caso a una corte de familia en eventos de comisión de delitos en que están involucrados menores. CPL §190.60(3)(5). De otro lado, cuando no se logra que ninguna de las posibles decisiones del gran jurado alcance 12 votos favorables, si en virtud de ese hecho el fiscal retira los cargos, el caso se entiende rechazado, si no, el procesado puede presentar una moción para que se decrete su libertad. MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, p. 156; CPL §190.80.

⁵³⁵ Que el gran jurado rechace los cargos no implica necesariamente el cierre definitivo del caso, ya que el fiscal tiene la potestad de someterlos a consideración de otro gran jurado con el permiso de la corte. Empero, esta circunstancia es excepcional porque requiere que el acusador presente nueva evidencia que no habría podido descubrir con anterioridad, aun actuando de manera diligente. De cualquier forma, si los cargos son rechazados por segunda vez, el caso se cierra de manera definitiva. MURPHY y RUDICH, “Grand jury proceedings”, pp. 162-164.

2.3.3. El *indictment* y el *arraignment upon indictment*.

En el evento en que el gran jurado decide emitir *indictment* este oficia como instrumento acusatorio y se le debe comunicar al procesado en una audiencia que se denomina *arraignment upon indictment*⁵³⁶.

El *indictment*, por disposición legal, debe incluir: 1) el nombre de la corte superior ante la cual se presenta; 2) el título de la acción; 3) un apartado separado para cada cargo que se presenta, debiendo contener cada uno: a) la referencia al delito concreto objeto de acusación, b) la afirmación de que el delito fue cometido dentro del condado en el que tiene jurisdicción la corte, c) el rango de tiempo en el que se cometió el delito, d) una descripción fáctica clara y concisa, sin elementos de naturaleza probatoria, y que incluya hechos que sostengan cada uno de los elementos del delito y la comisión del mismo por parte del procesado, con la suficiente precisión para informar al procesado de la conducta por la que es acusado; y, 5) las firmas del fiscal y del encargado general del gran jurado⁵³⁷.

De cualquier forma, el *indictment* emitido por el gran jurado no es necesariamente el instrumento acusatorio definitivo en el proceso, pues la norma le reconoce al fiscal la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento ante el gran jurado para buscar un nuevo *indictment* por los mismos hechos, siempre y cuando en virtud del primer *indictment* no se haya presentado un *guilty plea* ni se haya abierto el juicio. En el evento en que el gran jurado emita un segundo *indictment*, se entiende que el mismo reemplaza al primero, que debe ser retirado⁵³⁸.

De otro lado, en lo relativo a la parte fáctica del *indictment* es importante mencionar que la misma tiene como función informar de manera apropiada al procesado de las acusaciones contra él, para que pueda defenderse adecuadamente y asegurar que no sea procesado de nuevo por la misma causa. Por lo tanto, la evaluación de la suficiencia de la descripción fáctica en el *indictment* se realiza teniendo en cuenta qué tan adecuada es para satisfacer las funciones mencionadas. Sin embargo, es común que la parte fáctica del *indictment* sea demasiado escueta y por ende se quede corta para cumplir sus

⁵³⁶ CPL §210.15.

⁵³⁷ CPL §200.50.

⁵³⁸ CPL §200.80.

funciones⁵³⁹. En ese evento, la defensa, dentro de los 30 días siguientes al *arraignment*, puede requerir a la fiscalía que emita, y de ser necesario a la corte que ordene emitir, un escrito que se denomina *bill of particulars* en el que la fiscalía debe expresar los hechos con un mayor grado de riqueza y especificidad. La corte evaluará la solicitud presentada teniendo como criterio la consideración de si el *bill of particulars* es necesario para garantizar el ejercicio de la defensa⁵⁴⁰.

Adicionalmente, en cualquier momento antes del juicio o incluso en el juicio, la corte puede ordenar, previa solicitud del fiscal, la modificación del *indictment*, en lo correspondiente a defectos, errores o variaciones relacionadas con asuntos de forma, tiempo, lugar, o nombres de personas, cuando estas no cambien la teoría de la fiscalía como se ilustró en la prueba que se presentó ante el *grand jury*, o no perjudiquen sustancialmente al procesado. En tal caso la corte está obligada a decretar un aplazamiento de las diligencias para garantizar la posibilidad de defensa⁵⁴¹.

La misma norma dispone que el *indictment* no puede ser modificado de ninguna manera que altere la teoría de la fiscalía tal como fue presentada al gran jurado, ni cuando el *indictment* no haya establecido un cargo, o los alegatos fácticos sean legalmente insuficientes, o se hayan incluido de manera equivocada en el *indictment* varios cargos o varias personas⁵⁴². En ese evento, si el error se detecta antes del juicio, el fiscal puede buscar un nuevo *indictment*, mientras si el juicio ya ha iniciado el caso debe resolverse con absolución⁵⁴³.

En lo que respecta a la dimensión jurídica de los cargos incluidos en el *indictment* es importante señalar que esta actúa como criterio de limitación de los delitos por los cuales es posible condenar al procesado tras el agotamiento del juicio. Esto, ya que en

⁵³⁹ La jurisprudencia en NY al parecer no es demasiado exigente en cuanto a la riqueza descriptiva que se necesita para cumplir con los requisitos de la parte fáctica del *indictment*. Se acredita, en decisiones judiciales en NY, que se han considerado como válidos cargos como los siguientes: 1) dos cargos por homicidio tentado en los que no se precisaba a quien estaba tratando de matar el procesado; 2) un cargo por delitos sexuales en el que había una imprecisión en la fecha de ocurrencia de los hechos. Al contrario, se han considerado defectuosos cargos como: 1) un *indictment* por delitos sexuales en el que en cada cargo se utilizaba la expresión “una vez o más de una vez”; 2) un cargo en el que se establecía que la víctima fue accedida carnalmente durante un periodo de tiempo determinado “al menos una vez”. MULDOON, *Handling a criminal case in New York*, §3:54.

⁵⁴⁰ PREISER, “Practice Commentaries” §200.50; CPL §200.95.

⁵⁴¹ CPL §200.70.

⁵⁴² CPL §200.70.

⁵⁴³ CPL §200.80.

este escenario solamente se puede condenar por los delitos incluidos en el *indictment*, o por delitos de menor entidad que se entienden incluidos en el que está en el *indictment (lesser included offense)*⁵⁴⁴.

En los eventos en que se presenta un *guilty plea* con posterioridad al *indictment*, los delitos incluidos en los cargos de este instrumento acusatorio también representan un límite en lo que respecta a los delitos sobre los que se puede aceptar culpabilidad. Si bien este asunto tiene una regulación muy específica dependiendo del tipo de delitos a los que se refiere⁵⁴⁵, la regla general es que cuando el *indictment* contiene un solo cargo el procesado puede aceptar su culpabilidad sobre el *lesser included offense*; mientras que cuanto tiene varios cargos, el procesado puede presentar un *guilty plea* frente a menos de todos los cargos presentados, o frente a *lesser included offenses* de todos o algunos de los cargos, o frente a una combinación de los dos anteriores⁵⁴⁶.

En cuanto a las facultades del procesado frente al *indictment* se debe mencionar que este tiene la posibilidad, durante la diligencia de *arraignment upon indictment*, de aceptar la culpabilidad por los cargos en él incluidos (*guilty plea*), o de no aceptarlos para que su responsabilidad se discuta en juicio. Sin embargo, cuenta con una posibilidad adicional, que es solicitar a la corte que retire todos o algunos de los cargos contenidos en el *indictment*⁵⁴⁷, en virtud de diversas circunstancias, siendo las más relevantes⁵⁴⁸: 1) que

⁵⁴⁴ CPL §300.40, §300.30. La noción de *lesser included offense* se define en el mismo CPL §1.20 (37) de la siguiente manera: “Cuando es imposible cometer un crimen específico sin cometer de manera concomitante, a través de la misma conducta, otro delito de menor grado, el último es con respecto al primero a *lesser included offense*. En cualquier caso en el que sea legalmente posible la tentativa de cometer un delito, esta constituye una *lesser included offense*.” Texto en inglés: “37. “*Lesser included offense*.” *When it is impossible to commit a particular crime without concomitantly committing, by the same conduct, another offense of lesser grade or degree, the latter is, with respect to the former, a “lesser included offense.” In any case in which it is legally possible to attempt to commit a crime, an attempt to commit such crime constitutes a lesser included offense with respect thereto.*”

⁵⁴⁵ CPL § 220.10(5).

⁵⁴⁶ MARIANI, “Plea negotiations”, pp. 351-357.

⁵⁴⁷ De acuerdo con la información obtenida en las entrevistas practicadas, cuando los casos llegan a esta etapa es una práctica muy común que la defensa realice este tipo de moción, pues la misma suele traer aparejado que se revelen los registros del procedimiento ante el gran jurado (*minutes*) cuando el juez considera que esto será beneficioso para la defensa. Lo anterior termina implicando que la mayoría de las solicitudes de que se retiren los cargos sean denegadas en este momento, ya que muchas no tienen fundamentos fuertes y se hacen como una formalidad. Sin embargo, vale resaltar que el juez FRANCZYC menciona sobre el asunto, que aunque no es común, él de manera “no-infrecuente” ordenaba el retiro de cargos (*dismissal*) en ese momento, y que además considera que este control del caso es una garantía mayor que el trámite ante el gran jurado. HAYES, Roland, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018; FRANCZYC, Thomas, entrevista personal realizada el 30 de abril de 2018.

⁵⁴⁸ CPL §210.20 (1).

los cargos incluidos en el *indictment* son defectuosos⁵⁴⁹; 2) que la evidencia presentada ante el gran jurado no es suficiente para sostener los cargos presentados⁵⁵⁰; o, 3) que el procedimiento que se siguió ante el gran jurado fue defectuoso⁵⁵¹.

Adicionalmente, la corte, por decisión propia o por solicitud de la defensa, o incluso de la acusación, también cuenta con la posibilidad de retirar alguno de los cargos o el *indictment* en su totalidad, cuando considere que las circunstancias demuestran claramente que una eventual condena en contra del procesado, en virtud del *indictment* presentado, generaría como resultado una injusticia⁵⁵². A la hora de tomar esta decisión el juez debe considerar una multiplicidad de factores expresamente consagrados en la norma, entre los que hay consideraciones relacionadas con la gravedad del delito, con aspectos procesales y probatorios, con consideraciones relacionadas con la necesidad de pena, y con algunas de orden estrictamente político-criminal⁵⁵³.

⁵⁴⁹ Los cargos se entienden como defectuosos cuando: 1) tienen errores en su presentación que no son enmendables; 2) la corte ante la que se presentaron no tiene jurisdicción para procesarlos; o, 3) la norma que contempla el delito objeto de acusación es inválida. CPL § 210.25.

⁵⁵⁰ Esta solicitud debe acompañarse de otra que requiera que se revelen los registros del procedimiento que se surtió ante el gran jurado, la cual debe ser aceptada por la corte a menos que exista una buena causa que justifique la decisión en contrario. Adicionalmente, la corte solo puede revisar la suficiencia legal de la prueba, mas no la existencia de *reasonable cause*; pues el gran jurado, en esta etapa procesal, es el único encargado de evaluar el grado de convicción que genera la prueba. CPL §210.30.

⁵⁵¹ El procedimiento que se siguió ante el gran jurado se entiende como defectuoso cuando: 1) el órgano se constituyó de manera ilegal; 2) el procedimiento se desarrolló ante menos de 16 jurados; 3) menos de 12 jurados dieron su voto favorable emitir *indictment*; 4) no se le dio al procesado la oportunidad de declarar ante el gran jurado en los términos legalmente establecidos; o, 5) el procedimiento no se realizó de acuerdo con lo regulado legalmente a un nivel que afecta su integridad y puede resultar en un perjuicio para el procesado. CPL §210.35.

⁵⁵² En la CPL esta figura se denomina *Motion to dismiss indictment in furtherance of justice* y tiene algunas características que vale la pena señalar con mayor detalle: 1) existe en el procedimiento penal de NY desde 1881 y el listado de circunstancias que debe observar la corte al tomar la decisión fue introducida en 1979; 2) la Corte de Apelaciones ha establecido que la corte tiene el deber de suministrar razones reales y convincentes para justificar la decisión, centradas en una o más de las circunstancias normativamente establecidas; 3) la corte no puede tomar la decisión de retirar los cargos si los hechos establecidos no soportan suficientemente esta decisión; y, 4) no se entiende como una decisión final sobre la inocencia o culpabilidad, y por tanto esta decisión no impide que se vuelva a presentar el mismo caso al *grand jury*, si la corte lo autoriza. PREISER, “Practice Commentaries”, §210.40.

⁵⁵³ La norma dispone expresamente que las circunstancias que debe considerar el juez al momento de tomar una decisión de este tipo son: “a) la seriedad y las circunstancias del delito; b) la intensidad del daño causado con el delito; c) la admisibilidad o inadmisibilidad de la evidencia de culpabilidad; d) la historia, el carácter y la condición del procesado; e) cualquier falla excepcionalmente seria del personal de policía y del órgano acusador en la investigación, arresto y procesamiento del procesado; f) el propósito y el efecto de imponer al procesado una pena en el rango autorizado por la ley; g) el impacto de la supresión de los cargos en la confianza del público en el sistema de justicia penal; h) el impacto de la supresión de los cargos en la seguridad y bienestar de la comunidad; i) cuando la corte lo considere adecuado, la actitud de la víctima con respecto a la moción; j) cualquier otro factor relevante que indique que la declaración de responsabilidad penal no va a servir a ningún propósito útil” CPL § 210.40; en

Tras la diligencia del *arraignment upon indictment*, en los eventos en que no se presenta una aceptación de culpabilidad, el procedimiento sigue su trámite ordinario, en el que se da el descubrimiento de las pruebas que las partes pretenden hacer valer en juicio (*discovery*), se notifican aspectos relevantes para garantizar un juicio *fair* (*pretrial notices*), se presentan las mociones necesarias previas al juicio relativas a asuntos procesales (*pretrial motions*), y finalmente tramita el juicio oral (*trial*). Sin embargo, no haciendo parte ninguna de estas fases procesales del objeto de estudio de este trabajo no se hará explícito aquí su modo de desarrollo.

2.3.4. Algunos apuntes a partir de la estadística.

Una vez presentado el modelo de fase intermedia del proceso penal de NY se considera valioso mencionar rápidamente algunos datos estadísticos que ayudan a consolidar una perspectiva del funcionamiento del proceso y del alcance que tienen las distintas fases procesales estudiadas, que, aunque carece de datos para dar una visión completa, aporta elementos interesantes⁵⁵⁴.

Así, en lo que respecta a la forma en que se tramitaron los denominados *violent felony crimes*⁵⁵⁵ en el Estado de NY durante el año 2016, la estadística muestra que del 100% de casos en que se dictó una decisión procesal final, el 67% fueron condenas derivadas de *guilty pleas* (la estadística no distingue si el cargo que se aceptó fue finalmente por

inglés la cita literal es la siguiente: “(a) *the seriousness and circumstances of the offense*; (b) *the extent of harm caused by the offense*; (c) *the evidence of guilt, whether admissible or inadmissible at trial*; (d) *the history, character and condition of the defendant*; (e) *any exceptionally serious misconduct of law enforcement personnel in the investigation, arrest and prosecution of the defendant*; (f) *the purpose and effect of imposing upon the defendant a sentence authorized for the offense*; (g) *the impact of a dismissal upon the confidence of the public in the criminal justice system*; (h) *the impact of a dismissal on the safety or welfare of the community*; (i) *where the court deems it appropriate, the attitude of the complainant or victim with respect to the motion*; (j) *any other relevant fact indicating that a judgment of conviction would serve no useful purpose.*”

⁵⁵⁴ Debe aclararse que en los informes que adelante se citan los datos no se presentan exactamente de la manera en que se muestran en este punto, pues la información aquí presentada se deriva de cálculos e interpretaciones que se han hecho teniendo como base los datos estadísticos existentes.

⁵⁵⁵ *Violent felony crimes* corresponde a una categoría específica de *felonies* identificada en las normas que incluye los que se consideran los crímenes más violentos. Se utiliza porque sobre ella es posible encontrar la estadística más detallada. DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, *New York State Violent Felony Offense Processing 2016 Annual Report*, Table 7.

un *felony* o un *misdemeanor*⁵⁵⁶, ni en cuántos casos se agotó efectivamente el *pretrial screening process*); el 6% fueron condenas derivadas de veredicto (que se entiende que corresponde a fallo tras haberse agotado el juicio); el 2% fueron absoluciones tras el juicio (*acquittals*); y el 6% fueron retiros o rechazo de los cargos previos al juicio (*dismissals*)⁵⁵⁷, pudiéndose entender que el último de estos porcentajes está estrechamente relacionado con los distintos controles que se hacen al caso durante las etapas procesales que previamente se han estudiado.

La tendencia que se ilustra arriba parece validarse con la estadística relativa a la forma en que se dispone de los casos que llegan a conocimiento de las cortes superiores a través de la presentación de *indictments* o de *superior court informations*. Esta muestra que, en ese tipo de casos, el fallo terminó siendo una condena derivada de un *guilty plea* en el 79,8% de los casos; un 2,9% condenas derivadas de veredicto; en un 4,2% se reemplazaron los cargos; un 6% resultaron ser casos de jóvenes; un 4,7% *dismissals*; y solamente un 1% de los casos terminaron en absoluciones⁵⁵⁸.

Esto parece confirmar, por un lado, que los *guilty pleas* son la forma en que se disponen la gran mayoría de los casos, fenómeno ya ampliamente reconocido en la literatura; pero, por otro lado, muestra que los *dismissals*, aunque marginales, son un mecanismo importante a partir del cual se llega a disposiciones no condenatorias de los casos, en un número aún mayor que las decisiones absolutorias en juicio⁵⁵⁹. Esto, aunque indirecta e indiciariamente, da una perspectiva de la importancia del *pretrial screening process* y,

⁵⁵⁶ Otra fuente estadística parece aportar alguna luz sobre el punto, en la medida en que informa que de todos los casos resueltos en el 2016, que se derivaron de un arresto por al menos un cargo de rango *felony*, el 19.5% terminaron en condena por *felony*, y el 25.3% terminaron en condena por *misdemeanor*. Si se tiene en cuenta que la modificación del cargo de *felony* a *misdemeanor* usualmente está mediada por un *plea agreement*, esto es un indicador de lo común que es esta práctica, más no totalmente concluyente, pues la disminución del cargo también puede derivarse de otros factores como el cambio de opinión del fiscal o la decisión de una corte local o del gran jurado. DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, 2013-2017 Dispositions of Adult Arrests – New York State, p. 2.

⁵⁵⁷ Los porcentajes restantes se dividen entre: casos de jóvenes 12%; casos en que se reemplazaron los cargos 3,9%; y casos de condenas por una *violation* 1,3; y otros 0,5%.

⁵⁵⁸ DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, *New York State Felony Processing Report Indictment through Disposition January – December 2016*, Table 8.

⁵⁵⁹ En otra fuente estadística distinta de la citada al respecto más arriba, se encuentra que del número total de casos resueltos en el año 2016 en el Estado de NY, que se derivaron de un arresto provocado por al menos un cargo de *felony*, el 17,7% fueron *dismissed*, mientras solo el 0,4% resultaron en absolución tras el juicio. DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, 2013-2017 Dispositions of Adult Arrests - New York State, p.2. Aunque la diferencia entre los dos datos encontrados sobre el mismo asunto es muy significativa, de cualquier manera, los dos permiten afirmar el argumento que motiva esta nota.

de manera más general, de la relevancia de los momentos de control del caso previos al juicio en el proceso penal de NY.

2.4. Diferencias con otros modelos de *pretrial screening process* en los Estados Unidos.

Para complementar lo anterior se considera de interés mostrar brevemente cuales son las diferencias más resaltables que existen entre la forma en que se regulan las fases procesales estudiadas en NY y en otras jurisdicciones de los Estados Unidos. Lo anterior, desde luego, no con el objetivo de realizar una reconstrucción de cómo funciona el proceso penal en otras jurisdicciones con un nivel de detalle siquiera cercano al manejado para NY, sino con el fin de ilustrar, de manera general, cómo en el marco de un esquema compartido de pensamiento, diferencias puntuales en la regulación tienen el potencial de modificar de manera importante la forma en que el proceso se desarrolla.

2.4.1. El procedimiento penal en la jurisdicción federal.

Empezando por el procedimiento penal federal⁵⁶⁰ vale referir que el mismo, en los casos en que se procesan *felonies*, sigue el mismo esquema general que se ha descrito con respecto al proceso de NY. Esto quiere decir que los momentos procesales ya estudiados a profundidad en NY también existen en el nivel federal, siendo estos: la presentación del *complaint*⁵⁶¹; la presentación inicial del procesado ante el juez (que en el proceso de NY se denomina *arraignment* y en el federal *initial appearance*)⁵⁶²; el agotamiento de la *preliminary hearing*⁵⁶³; la presentación del caso ante el gran jurado⁵⁶⁴; la emisión del instrumento acusatorio (*indictment* o *information*)⁵⁶⁵; la

⁵⁶⁰ En el sistema procesal penal federal las fuentes del derecho principales son la Constitución de los Estados Unidos, la jurisprudencia de la USSC, y las *Federal Rules of Criminal Procedure* (FRCP) que son el equivalente funcional del CPL en NY.

⁵⁶¹ FRCP rule 3, rule 4, rule 4.1.

⁵⁶² FRCP rule 5.

⁵⁶³ FRCP rule 5.1.

⁵⁶⁴ FRCP rule 6.

⁵⁶⁵ FRCP rule 7.

audiencia de *arraignment* posterior a la acusación⁵⁶⁶; y la posibilidad de control judicial de la suficiencia del instrumento acusatorio⁵⁶⁷.

Más aún, son más comunes las semejanzas que las diferencias en el contenido y el trámite de cada uno de los momentos procesales referidos⁵⁶⁸, hasta el punto en que incluso circunstancias que parecen derivarse de disfuncionalidades del sistema se presentan de manera esencialmente similar en los dos procedimientos, como por ejemplo, la práctica de los fiscales de evitar la celebración de la *preliminary hearing* a través de lograr rápidamente la emisión de un *indictment* por el gran jurado⁵⁶⁹; o la irrelevancia práctica de la prohibición dispuesta normativamente de realizar aceptaciones de cargos hasta el momento de la audiencia de *arraignment upon indictment*⁵⁷⁰, en virtud de la inducción al procesado a renunciar al trámite de la *preliminary hearing* y la presentación del caso ante el gran jurado, a partir de ofertas de acuerdos favorables⁵⁷¹.

Por lo anterior, en virtud de consideraciones de economía y pertinencia, a continuación, el foco se centrará en las diferencias evidentes que tiene el procedimiento federal con el de NY, asumiendo el riesgo de que la ausencia de revisión de cada detalle haga invisibles otras que en la práctica puedan resultar relevantes.

Un primer contraste del procedimiento federal con el de NY está en los estándares probatorios que se manejan en las distintas fases procesales estudiadas. Como ya se expuso en detalle, en el procedimiento penal de NY los estándares son distintos para

⁵⁶⁶ FRCP rule 10.

⁵⁶⁷ FRCP rule 12 b(3)(B).

⁵⁶⁸ Debe precisarse aquí que la afirmación sobre las semejanzas se realiza en un plano muy general en lo relativo a la estructura y la funcionalidad general de los dos procedimientos, al contrario, en cuestiones tales como la terminología, los tiempos procesales y otras cuestiones de detalle, las diferencias son importantes.

⁵⁶⁹ *Moore's Federal Practice*, 605.1-6, 605.1-7.

⁵⁷⁰ FRCP rule 5(d)(4).

⁵⁷¹ HUMAN RIGHTS WATCH, *An offer you can't refuse*, pp. 78-90, 114-120. El texto aquí citado se concentra en revisar la práctica de los fiscales federales en casos de delito relacionados con drogas e ilustra de manera interesante como estos utilizan sus amplios poderes y márgenes de discrecionalidad para lograr que los procesados introduzcan *guilty pleas*. Las prácticas usuales incluyen ofertas de reducción de cargos bajo la condición de que se haga la aceptación en momentos tempranos del proceso, o la amenaza de buscar la condena por cargos más gravosos si no se aceptan los ofrecidos en el momento (práctica avalada como legal por la USSC en *Bordenkircher v. Hayes*); siendo, de cualquier manera, común, en esos eventos que se realice la renuncia por parte del procesado a que el caso se revise en la fase intermedia. En el mismo sentido: BOYNE, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, pp. 344-345.

valorar la prueba que soporta el *complaint*, la suficiencia del caso en la *preliminary hearing*, y la procedencia de emitir *indictment* por parte del gran jurado. Al contrario, en el procedimiento federal, la valoración de la prueba en los tres momentos mencionados reconduce exclusivamente a la noción de *probable cause*⁵⁷². La diferencia concreta que esto implica es que, específicamente en el escenario del gran jurado, en NY no basta con que sea sostenible una fuerte sospecha de culpabilidad, sino que también es necesario que se aporte prueba que sea legalmente suficiente para soportar cada uno de los elementos del delito, siendo que el segundo requisito no sería exigible en el procedimiento federal. Lo anterior implica una limitación importante a la hora del control sustancial del *indictment* por parte de los jueces, porque, como se vio al estudiar NY, la revisión judicial se suele centrar en la suficiencia de la prueba, pues su peso se entiende evaluado por el gran jurado.

Relacionada con lo anterior, hay otra diferencia básica entre el procedimiento penal de NY y el federal que se refiere al tipo de prueba admisible durante la *preliminary hearing* y la presentación del caso ante el gran jurado. Ello, pues mientras en NY, con excepciones puntuales, está expresamente proscrita la posibilidad de que el fiscal sustente durante estos momentos procesales su caso en prueba *hearsay* o en prueba obtenida ilegalmente, en el sistema federal la regla es diametralmente opuesta y por tanto estos dos tipos de prueba son permitidos, tanto en la *preliminary hearing*⁵⁷³ como ante el *grand jury*⁵⁷⁴. Desde luego, lo anterior implica, en términos prácticos, una exigencia probatoria menor en el sistema federal, pues se permite que pruebas que no serían admisibles en juicio sustenten que el caso es lo suficientemente fuerte para que se emita *indictment*.

⁵⁷² En lo relativo al *complaint*: *Moore's Federal Practice*, 603-5, 603-6; FRCP rule 3, rule 4(a). En lo relativo a la *preliminary hearing*: *Moore's Federal Practice*, 605-1-5; FRCP rule 5.1(e)(f). En lo que corresponde al gran jurado: *Moore's Federal Practice*, 606-20; FRCP rule 5.1(e)(f). El ya mencionado estándar de *probable cause* ha sido definido como: "el estado de hecho que llevaría, a una persona de ordinaria precaución y prudencia, a creer y a abrigar de manera consciente una fuerte sospecha de la responsabilidad del procesado". La cita en inglés dice literalmente: "'Probable cause' refers to a state of facts that would lead a person of ordinary caution or prudence to believe and conscientiously entertain a strong suspicion of the defendant's guilt. 'Probable cause' only requires facts sufficient to warrant a person of reasonable caution in believing that an offense has been committed." BORDEAU, MARTIN, SHAMPO, *American Jurisprudence – Indictments and Informations*, § 28.

⁵⁷³ *Moore's Federal Practice*, p. 605.1-10.

⁵⁷⁴ *Moore's Federal Practice*, pp. 606 -12, 606 -13; ARENELLA, *Michigan Law Review*, pp. 489-496. El último texto citado realiza una explicación detallada del precedente que generó esta regla en el contexto federal (USSC, *Costello v. United States* (1958)) y de sus implicaciones posteriores.

Al respecto, SIMMONS, refiriéndose específicamente al trámite ante el gran jurado, pero usando argumentos fácilmente extrapolables al caso de la *preliminary hearing*, explica las consecuencias que genera esta distinción procesal, y puntualiza que en los eventos que no se admite *hearsay* los jurados usualmente tienen la posibilidad de escuchar y hacer preguntas a los testigos claves del caso, quienes usualmente tuvieron contacto con el delito, y por tanto pueden valorar directamente la credibilidad de los mismos; mientras, si la *hearsay* es admitida, el trámite se termina reduciendo a la presentación de declaraciones de terceros, a través de un oficial de policía que no tiene conocimiento directo de los hechos del delito. De ahí que, para él, la admisión de prueba *hearsay* en esa etapa termina generando que el trámite se convierta en presentaciones simplificadas en una cadena de montaje, en la que los jurados pierden cualquier incentivo para evaluar realmente los casos⁵⁷⁵.

Esto está ligado con el hecho de que el control judicial del *indictment* y de los procedimientos ante el gran jurado tiene un alcance mucho menor en el proceso federal que en el de NY. El mismo autor precitado, expone que, a partir de *Costello v. United States (1956)*, el precedente de la USSC ha ido limitando de manera muy importante las posibilidades de este control judicial, pues ha venido definiendo varias doctrinas restrictivas: que la *hearsay* es admisible ante el gran jurado (*Costello v. United States (1956)*); que la regla de exclusión probatoria no es aplicable en los procedimientos ante el gran jurado (*United States v. Calandra (1974)*); que a cualquier falta del fiscal en el procedimiento ante el gran jurado le aplica la doctrina del *harmless error* si el procesado es luego condenado (*United States v. Mechanik et al (1986)*); y que el fiscal no tiene ningún deber de presentar ante el gran jurado evidencia exculpatória (*United States v. Williams (1992)*). Todo esto, de acuerdo con SIMMONS, lleva a que, en el contexto federal, no haya un verdadero control judicial de la cantidad y calidad de la evidencia que el fiscal debe presentar ante el gran jurado⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ SIMMONS, *Boston University Law Review*, pp. 21-23.

⁵⁷⁶ SIMMONS, *Boston University Law Review*, pp. 25-27. La misma posición fue asumida años atrás por ARENELLA, quien incluso llega a concluir que el fiscal es quien asume la responsabilidad primaria de controlar los casos en los que la responsabilidad fáctica es cuestionable y en los que el gobierno no puede satisfacer los requerimientos de prueba del juicio. Añadiendo que, para la gran mayoría de los casos que nunca llegan a la etapa de juicio, la decisión del fiscal de presentar cargos es la única evaluación de responsabilidad legal que se hará antes del *plea bargaining*. ARENELLA, *Michigan Law Review*, pp. 489-498.

Dos diferencias más del gran jurado federal con el de NY reafirman la mayor debilidad, como controlador del caso, que tiene esta institución en el procedimiento federal. La limitada posibilidad del procesado de participar en el trámite ante el gran jurado en NY se sustituye en el ámbito federal por su absoluta imposibilidad de actuar⁵⁷⁷, restringiéndose por tanto, en el nivel federal, la ya escasa facultad de contradicción y de planteamiento de hipótesis alternativas existente en NY.

Por último, las posibilidades de la fiscalía de presentar el caso nuevamente ante el gran jurado, cuando este órgano ya ha tomado la decisión de rechazar los cargos, son más amplias en el contexto federal que en el contexto de NY. Esto debido a que, aunque esta posibilidad no se encuentra totalmente proscrita en NY, su procedencia es bastante exigente pues requiere permiso de la corte y que el fiscal sustente que existen nuevas pruebas que no habría podido descubrir con anterioridad; mientras, en el procedimiento federal no existe ninguna limitación jurídica para que el caso pueda ser presentado de nueva cuenta ante el gran jurado, y la única barrera para proceder con esta acción es la necesaria autorización de un fiscal superior⁵⁷⁸. Lo anterior genera que, en el muy improbable caso de que un gran jurado federal rechace los cargos que le presenta el fiscal, este hecho de cualquier manera no limite efectivamente la posibilidad de continuar con el trámite acusatorio, porque los cargos pueden ser sometidos a consideración de este mismo órgano nuevamente.

En resumen, aunque estructuralmente y en la mayoría de sus contenidos y prácticas el *pretrial screening process* del procedimiento penal de NY y el federal son muy similares, algunas diferencias puntuales, especialmente en el procedimiento ante el gran jurado, parecen mostrar que en este ámbito el procedimiento federal es más débil como escenario de control material del caso previo al juicio.

2.4.2. Una experiencia diferente. El *pretrial screening process* en California.

Por su parte, el procedimiento penal del Estado de California es una muestra de cómo, en el marco de un esquema de pensamiento similar e incluso de una estructura

⁵⁷⁷ SIMMONS, *Boston University Law Review*, pp. 23-25.

⁵⁷⁸ *Moore's Federal Practice*, p. 606-25; SIMMONS, *Boston University Law Review*, pp. 19-20.

institucional semejante, algunos cambios puntuales en la regulación del proceso dan lugar a que este se desarrolle de una manera muy diferente.

Para iniciar de manera ordenada, debe mencionarse que las diferencias en el trámite del procedimiento en California, en comparación con las otras jurisdicciones revisadas, empiezan en la presentación inicial del procesado ante el juez, que en California se denomina *postarrest arraignment*, pues en este estado se reconoce en la regulación la posibilidad de que en la mencionada instancia procesal se realice, por parte del procesado, la aceptación de los cargos incluidos en la *felony complaint*, con revisión posterior de la aceptación por parte de la corte superior. Esto implica que está legalmente reconocida la facultad del procesado de presentar *guilty pleas* por cargos de grado *felony* antes de que se agote la fase intermedia⁵⁷⁹. Sin embargo, se debe resaltar que, en términos prácticos, la diferencia que esto representa con los procedimientos de NY y Federal no es tan significativa, pues como ya se expuso, en estas jurisdicciones, si bien no se puede formalmente aceptar cargos por un delito de grado *felony* en esta etapa procesal, esto se termina realizando a través de la renuncia del procesado al *pretrial screening process* en virtud de ofertas punitivas favorables.

De cualquier manera, la diferencia fundamental entre los procedimientos de NY y California está en que, como ya se ha mencionado, en NY el procedimiento se identifica como una *indictment jurisdiction*, lo que quiere decir que en el evento en que se realice el *pretrial screening process*, en este necesariamente se debe superar la revisión del gran jurado para que se pueda emitir el instrumento acusatorio definitivo (*indictment*); mientras, California se identifica con lo que se denomina una *information jurisdiction*, lo que se refiere a que en este tipo de procedimiento el fiscal tiene la facultad de decidir si agota el trámite a través de someter el caso a revisión de un juez en una *preliminary hearing* para luego emitir un instrumento acusatorio definitivo denominado *information*; o si prefiere, alternativamente, someter el caso a consideración del gran jurado para que se emita un instrumento acusatorio definitivo denominado *indictment*⁵⁸⁰. Esta distinción hace que el peso de la fase intermedia, que en NY recae

⁵⁷⁹ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §753, §755.

⁵⁸⁰ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §759, §792.

principalmente en el gran jurado, en California se centre en la *preliminary hearing*, como escenario primordial de control del caso previo a la acusación definitiva⁵⁸¹.

Lo anterior se puede explicar en virtud de que en la regulación del procedimiento en California se encuentran varias características puntuales que permiten inferir por qué los fiscales allí prefieren recurrir de manera general a la *preliminary hearing* y no al gran jurado para el procesamiento de sus casos, aun a pesar de la ventaja que representa que el trámite ante este último no sea adversarial⁵⁸²: 1) el plazo legal para la celebración de la *preliminary hearing* es bastante estricto (máximo 10 días después del *postarrest arraignment*)⁵⁸³, las posibilidades de aplazamiento son muy limitadas, y el incumplimiento de los plazos tiene consecuencias relevantes que generalmente el acusador quiere evitar (liberación del procesado e incluso supresión de los cargos)⁵⁸⁴; 2) el estándar probatorio de la *preliminary hearing* (*probable cause*) es menor que el requerido en el trámite ante el gran jurado (*probable cause* y prueba de cada uno de los elementos del delito o *sufficiency of evidence*)⁵⁸⁵; y 3) por expresa disposición normativa el fiscal está obligado a revelar ante el gran jurado la prueba exculpatoria que conozca⁵⁸⁶, y el procesado y el público en general tienen derecho a conocer la transcripción de todas las declaraciones que se hayan realizado ante el gran jurado, por lo cual el incentivo del secreto, que está presente en otras jurisdicciones, no se encuentra en California⁵⁸⁷.

Entonces, el hecho de que en California la *preliminary hearing* sea el eje de gravedad del *pretrial screening process* hace interesante que se revise con mayor detalle la forma en que se regula en esta jurisdicción, y por ello, en lo subsiguiente, este apartado se centrará en esta audiencia y no en el procedimiento ante el gran jurado.

⁵⁸¹ Al respecto, en la literatura relativa al tema, se menciona que solamente alrededor del 5% de los casos en California son procesados a través del gran jurado, y por tanto en la abrumadora mayoría de las ocasiones los fiscales prefieren acudir a la *preliminary hearing*. WHITE y WILSON, *Stanford Law Review*, p. 1219.

⁵⁸² En California, al contrario que en NY, la defensa y el procesado no tienen ninguna posibilidad de participación ante el gran jurado. JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §743.

⁵⁸³ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §766.

⁵⁸⁴ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §767, §768, §769.

⁵⁸⁵ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §747, §783.

⁵⁸⁶ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §743.

⁵⁸⁷ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §749, §750.

En cuanto al estándar probatorio que se debe alcanzar en la *preliminary hearing*, este es el de *probable cause*⁵⁸⁸ (también denominado en esta jurisdicción *sufficient cause*), de la misma forma que en las otras jurisdicciones estudiadas. Empero, la interpretación que en este contexto se ha realizado de este estándar es bastante restrictiva, al punto en que se ha defendido por las cortes del estado que solo es viable no considerar alcanzado el estándar, en los eventos en que no haya prueba de que el crimen se ha cometido o que permita conectar al procesado con el crimen, y por tanto defienden que cualquier inferencia que se pueda hacer frente a estos puntos justifica que se emita el instrumento acusatorio⁵⁸⁹.

En lo relativo al trámite de la audiencia debe mencionarse que esta sigue el esquema adversarial que se ha ilustrado para las otras jurisdicciones, pero con ciertas particularidades que se considera interesante resaltar. Así, por regla general, en el trámite aplican las reglas probatorias propias del juicio, lo que significa que no es admisible la prueba ilegalmente obtenida, que se tienen que revelar al procesado todas las declaraciones previas de los testigos de la acusación que se vayan a presentar, y que no es admisible la prueba *hearsay*⁵⁹⁰. Sin embargo, como excepción a esta regla se contempla que es válida la prueba *hearsay* cuando se introducen declaraciones escritas a través de un oficial de policía activo o retirado honorablemente, lo cual hace que en la práctica sea común que se introduzca ese tipo de prueba⁵⁹¹.

Por otro lado, la defensa tiene la facultad de conainterrogar los testigos presentados por la acusación (lo cual se limita de manera importante con la admisibilidad de prueba *hearsay*), y de presentar testigos de descargo (e incluso también prueba *hearsay*) dirigidos a establecer una defensa afirmativa, a negar un elemento del crimen imputado o a desacreditar el testimonio de un testigo de la acusación. Por su parte, el juez está facultado para admitir o no la prueba ofrecida por la defensa, según si considera que va a ser útil para alguno de los fines señalados⁵⁹².

⁵⁸⁸ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §761.

⁵⁸⁹ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §783.

⁵⁹⁰ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §770.

⁵⁹¹ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §785.

⁵⁹² JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §774.

Una vez se ha agotado la etapa probatoria de la audiencia, el juez debe decidir si hay elementos suficientes para predicar que un delito ha sido cometido, y definir cuáles son los cargos que considera debidamente sustentados. Esto quiere decir que el decisor no se pronuncia específicamente sobre los delitos que se han incluido en los cargos de la *felony complaint*, y que por el contrario puede apartarse de ellos cuando considera que es con respecto a otros delitos que la prueba ha alcanzado el estándar requerido, teniendo el deber, de cualquier forma, de enunciar qué cargos de rango *felony* considera probados⁵⁹³. De cualquier forma, no es el juez sino el fiscal quien finalmente emite el instrumento acusatorio (*information*), y esto significa que el segundo funcionario mencionado tiene la facultad de incluir en el *information*, ya sea los cargos considerados probados por el juez, o cualquier otro que sea sustentable de acuerdo con los hechos hallados como probados por parte del órgano decisor en la audiencia⁵⁹⁴.

De otro lado, si el juez encuentra que a partir de la prueba presentada en la *preliminary hearing* no es posible predicar que el procesado cometió delito alguno debe tomar la decisión de rechazar los cargos⁵⁹⁵, quedando en ese escenario el fiscal con las posibilidades de solicitar al juez superior que revise esta decisión⁵⁹⁶, de presentar nuevo *felony complaint* para reiniciar el proceso, o de someter el caso a consideración del gran jurado⁵⁹⁷.

Finalmente, vale mencionar que la corte superior tiene la facultad de revisar la decisión tomada por el juez en la *preliminary hearing*, pero el alcance de su revisión es muy limitado, pues se ha establecido al respecto que para que se valide la decisión basta con que haya alguna prueba que la sustente, y que en general se presume correcta⁵⁹⁸.

En conclusión, el modelo de California tiene en común con las otras jurisdicciones estudiadas que las aceptaciones de cargos son la forma privilegiada de procesamiento que permite evadir la fase intermedia, pero, se diferencia en que, en los casos en que se desarrolla esta etapa procesal, el peso de control del caso recae principalmente en el

⁵⁹³ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §786.

⁵⁹⁴ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §799.

⁵⁹⁵ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §780.

⁵⁹⁶ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §782.

⁵⁹⁷ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §792.

⁵⁹⁸ JACOBS (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, §836.

procedimiento adversarial de la *preliminary hearing*, y por lo tanto es el juez que conduce esta audiencia el filtro fundamental de esta etapa procesal. Empero, a pesar de esta diferencia que puede considerarse significativa, si se observan las estadísticas relativas al procesamiento de casos en esta jurisdicción, se hace evidente que las mismas siguen una tendencia similar a la presentada en el procedimiento de NY⁵⁹⁹, posiblemente en virtud del bajo estándar de prueba que se tiene en cuenta en esta fase procesal en California.

3. Reflexiones sobre la configuración de la fase intermedia en el proceso penal de los Estados Unidos.

Una vez descrita la forma en que se configura la fase intermedia en los procedimientos penales estudiados en este capítulo, en este apartado se expondrán algunas reflexiones relacionadas con lo encontrado.

3.1. Coherencia interna y debilidad práctica de la fase intermedia en el procedimiento para delitos de rango *felony* del Estado de NY.

Tras la descripción detallada de la forma en que se regula la fase intermedia en el procedimiento penal para delitos de rango *felony*, con especial énfasis en el Estado de NY, es importante ahora presentar de manera sistemática los hallazgos más importantes que se derivan de este ejercicio.

Lo primero que hay que decir es que, si se observa el esquema completo del procedimiento que se regula en las normas⁶⁰⁰, se hace evidente que el control del caso previo al juicio se organiza a través de una compleja red de instituciones y de momentos

⁵⁹⁹ Al respecto es interesante mencionar que, en el procedimiento penal de California, el porcentaje de casos por delitos de rango *felony* rechazados por el juez en etapas previas al juicio (*dismissed*) en el año 2016 fue del 11.7%, mientras, en el procedimiento penal de Nueva York el mismo dato para el mismo periodo es de 17%.

DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, *2013-2017 Dispositions of Adult Arrests – New York State*, p.2; CALIFORNIA DEPARTMENT OF JUSTICE, *Crime in California 2016*, p. 50.

⁶⁰⁰ Se considera necesario reiterar que en este apartado se tendrá como referente el procedimiento penal del Estado de NY, con acotaciones concretas a los otros procedimientos que se han revisado en este capítulo.

procesales, lo que muestra una preocupación importante porque exista un filtro que no permita que cualquier caso llegue a juicio.

Así, se considera que todo el esquema se puede resumir planteando que hay dos actos acusatorios: uno provisional (*felony complaint*) y uno con vocación de ser definitivo (*indictment*); y cuatro escenarios para el control del caso: control judicial del *complaint*, *preliminary hearing*, procedimiento ante el gran jurado, y control judicial del *indictment*⁶⁰¹.

La observación de este esquema, desde una perspectiva analítica que considera las distintas dimensiones del argumento que debe incluirse en un acto acusatorio, devela que tiene un grado interesante de coherencia interna, en lo que tiene que ver con los requisitos de los actos acusatorios y sus posibilidades de control. Esta idea se sostendrá a continuación teniendo como referente la estructura de la siguiente tabla⁶⁰²:

⁶⁰¹ Se debe tener en cuenta que el proceso puede iniciar, por disposición de la acusación o del mismo gran jurado, en el trámite ante este órgano colegiado. Por ello, las aseveraciones con respecto a las etapas previas a este momento se deben leer teniendo en cuenta esta salvedad.

⁶⁰² Las razones que justifican la referencia a esta tabla se desarrollan en el Capítulo 2 apartado 3.1.1.

Criterios para caracterizar el control de la idoneidad del caso en las distintas fases del proceso penal				
Dimensiones	Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
Elementos a considerar.	<p>1) ¿Para superar el momento procesal es necesaria la individualización o identificación del sujeto procesado?</p> <p>2) ¿Esta individualización es vinculante para las etapas subsiguientes del proceso penal?</p>	<p>1) ¿Para superar el momento procesal es necesaria la determinación de los hechos objeto de persecución penal?</p> <p>2) ¿Cuál es el grado de riqueza y especificidad descriptiva que se exige con respecto a los hechos objeto de persecución penal en la fase procesal?</p> <p>3) ¿Esta determinación es vinculante para las etapas subsiguientes del proceso penal?</p>	<p>1) ¿Para superar el momento procesal es necesaria la definición de la conducta punible específica objeto de persecución penal?</p> <p>2) ¿Qué grado de determinación jurídica debe tener la definición de la conducta punible específica objeto de persecución penal?⁶⁰³</p> <p>3) ¿La definición de la conducta punible realizada en el momento procesal es vinculante para las etapas subsiguientes del proceso?</p>	<p>1) ¿Cuál es el estándar de prueba que se debe alcanzar para superar la fase procesal?</p> <p>2) ¿Cuáles son los medios de prueba que se pueden utilizar para acreditar que se ha alcanzado el estándar de prueba?</p> <p>3) ¿Los medios de prueba utilizados en el momento procesal limitan la posibilidad de considerar otros medios de prueba en etapas subsiguientes del proceso?</p>

⁶⁰³ El objeto de esta pregunta puede entenderse mejor teniendo en cuenta que lo que se busca averiguar aquí es si para la superación de la fase procesal se tienen en cuenta todos los elementos del delito, o solo algunos como la tipicidad o el injusto.

Para empezar, un *felony complaint* debe cumplir una serie de requisitos que se exponen a continuación:

Requisitos jurídicamente establecidos para el acto acusatorio inicial (<i>felony complaint</i>) en el Estado de NY ^{604 605}				
Dimensiones	Subjetiva	Fáctica	Jurídica	Probatoria
Elementos a considerar.	<p>1) Debe identificar una persona específica (o varias) como procesado(s).</p> <p>2) Esta identificación no es vinculante para las etapas subsiguientes del proceso penal, pues puede modificarse en el trámite ante el gran jurado.</p>	<p>1) Se deben alegar hechos, con vocación probatoria, que sostienen o tienden a sostener los cargos.</p> <p>2) Deben corresponder con cada uno de los elementos del delito descritos en el instrumento acusatorio, e informar suficientemente del cargo para que el procesado tenga la posibilidad de defenderse, y ser suficientes para identificar el cargo y por tanto prevenir una nueva persecución por los mismos hechos.</p>	<p>1) Se deben precisar los delitos objeto de <i>complaint</i>.</p> <p>2) Más allá de precisar el delito objeto de persecución, no se hace una exigencia adicional en cuanto a la determinación jurídica.</p>	<p>1) Los hechos descritos en el <i>complaint</i> deben ser conocidos directamente por quien suscribe este documento o estar sustentados en declaraciones confiables, y corresponder con cada uno de los elementos de los delitos incluidos en el documento acusatorio.</p> <p>2) Conocimiento directo de los hechos de la persona que suscribe el <i>complaint</i> o declaraciones confiables.</p>

El primer escenario de control al que se somete este acto es el de la revisión de la suficiencia (*sufficiency on its face of the complaint*), que realiza el juez ante el que se desarrolla la audiencia de *arraignment*, y se caracteriza porque el juez tiene la facultad de controlar que se cumplan todos y cada uno de los requisitos normativamente

⁶⁰⁴ La descripción detallada del acto procesal y las fuentes que dan sustento al contenido de esta tabla pueden consultarse en el apartado 2.2 del presente capítulo.

⁶⁰⁵ Nada de lo descrito en las distintas dimensiones del *felony complaint* es vinculante para las etapas posteriores del proceso, pues cada uno de los elementos incluidos puede modificarse en etapas posteriores del trámite.

establecidos para el *felony complaint*, incluyendo la dimensión probatoria en los términos del estándar fijado para este acto⁶⁰⁶.

Posteriormente, la *preliminary hearing* implica una carga acusatoria adicional para el fiscal, específicamente en la dimensión probatoria, pues ya no se le da pleno valor probatorio a las declaraciones establecidas en el *felony complaint*, sino que se hace necesario que el acusador aporte prueba con el peso suficiente para justificar que en el caso se alcanza el estándar de *reasonable cause*⁶⁰⁷, y la defensa cuenta con la posibilidad de controvertir la prueba acusatoria, e incluso de presentar prueba de su parte para acreditar que el estándar probatorio no se alcanza. En correspondencia con lo anterior, el juez tiene la facultad de pronunciarse con respecto a si considera que el estándar de prueba se alcanza o no, de acuerdo con el material probatorio presentado, siendo la única salvedad que no debe restringir su revisión a los cargos establecidos en el *felony complaint*, sino que debe tener en cuenta la comisión de cualquier posible delito de rango *felony*. En resumen, la presentación del caso en la *preliminary hearing* implica, para el órgano acusador, una carga probatoria adicional a la que se requiere para la presentación del *felony complaint*, y el juez que dirige la audiencia está habilitado para controlar que se cumpla efectivamente con la carga probatoria establecida⁶⁰⁸.

De otro lado, la forma en que se organiza estructuralmente el control del *indictment* es diferente, pues el trámite ante el *grand jury* puede entenderse como un control previo que busca garantizar que haya base probatoria para emitir este acto; luego se presenta el *indictment* en sí mismo; y finalmente se realiza el control judicial posterior por parte de la corte superior.

El potencial de control del caso del *grand jury* se concentra en la dimensión probatoria, en virtud de que el procedimiento ante este órgano es manejado *de facto* por el fiscal, por ser él quien, en los casos ordinarios, provee la información fáctica y de derecho que

⁶⁰⁶ Ver apartado 2.2 del presente capítulo.

⁶⁰⁷ En el apartado 2.3.1. del presente capítulo ya se trató el tema del estándar de *reasonable cause* en la *preliminary hearing*, y se tradujo la norma que lo contempla (CPL §70.10), en los siguientes términos: causa razonable para creer que una persona ha cometido un delito existe cuando de pruebas o información que parece confiable se derivan hechos o circunstancias que tienen colectivamente suficiente peso y capacidad de persuasión, como para convencer a una persona de inteligencia, juicio y experiencia ordinaria, de considerar razonablemente que el delito fue cometido y que la persona procesada lo cometió.

⁶⁰⁸ Ver apartado 2.3.1 del presente capítulo.

se tendrá como referente de la decisión, y presenta la prueba en la que pretende sustentarla. Por ende, la actividad del gran jurado se centra en evaluar si hay prueba competente referida a cada uno de los elementos del delito y, además, en considerar si la prueba tiene suficiente peso para alcanzar el estándar de *reasonable cause*⁶⁰⁹.

Cuando el gran jurado decide que hay suficiente base probatoria emite un *indictment*, que oficia como acto acusatorio definitivo, e incluye los siguientes elementos:

Requisitos jurídicamente establecidos para el <i>indictment</i> ⁶¹⁰				
Dimensiones	Subjetiva	Fáctica ⁶¹¹	Jurídica ⁶¹² .	Probatoria
Elementos a considerar	1) Se emite contra persona o personas determinadas.	1) Debe incluir una descripción fáctica clara y concisa, sin elementos de naturaleza probatoria. 2) Debe incluir hechos que sostengan cada uno de los elementos del delito, y su comisión por parte del procesado, con la suficiente precisión para informar a este de la conducta por la que es acusado. Además debe expresar que el delito fue cometido dentro del condado en el que tiene jurisdicción la corte, y el rango de tiempo en el que se cometió el delito.	1) El <i>indictment</i> debe expresar cuál es el delito concreto objeto de acusación. 2) Deben tenerse en cuenta todos los elementos de los delitos incluidos en cada cargo.	1) El documento de <i>indictment</i> no incluye una relación de pruebas. La base probatoria del mismo es la que se ha presentado en el procedimiento ante el <i>grand jury</i> .

⁶⁰⁹ El tema del procedimiento ante el gran jurado se desarrolla detalladamente en el apartado 2.3.2. de este capítulo.

⁶¹⁰ La regulación jurídica del acto de *indictment* se desarrolla detalladamente en el apartado 2.3.3.

⁶¹¹ La premisa fáctica del *indictment* puede modificarse en momentos posteriores del proceso cuando genere variaciones relacionadas con asuntos de forma, tiempo, lugar, o nombres de personas, cuando estas no cambien la teoría de la fiscalía como se ilustró en la prueba que se presentó ante el *grand jury*, o no perjudiquen sustancialmente al procesado. El *indictment* no puede ser modificado de ninguna manera que altere la teoría de la fiscalía tal como fue presentada al gran jurado, ni cuando el *indictment* no haya establecido un cargo, o los alegatos fácticos sean legalmente insuficientes, o se hayan incluido de manera equivocada en el *indictment* varios cargos o varias personas.

⁶¹² La dimensión jurídica de los cargos incluidos en el *indictment* actúa como criterio de limitación de los delitos por los cuales es posible condenar al procesado tras el agotamiento del juicio. Esto, ya que en este escenario solamente se puede condenar por los delitos incluidos en el *indictment*, o por delitos de menor entidad que se entienden incluidos dentro del delito que está en el *indictment* (*lesser included offense*).

Finalmente, como último escenario de control del caso se encuentra el control judicial del *indictment* que se realiza en la audiencia de *arraignment upon indictment*, cuyos alcances se resumen a continuación:

Dimensiones de valoración del caso en el control judicial del <i>indictment</i> ⁶¹³			
Subjetiva	Fáctica	Jurídica ⁶¹⁴	Probatoria
La corte puede retirar los cargos, a solicitud de parte, cuando estos no cumplen con los requisitos establecidos para el <i>indictment</i> , pues tienen errores en su presentación que no son enmendables ⁶¹⁵ .	La corte puede retirar los cargos, a solicitud de parte, cuando estos no cumplen con los requisitos establecidos para el <i>indictment</i> , pues tienen errores en su presentación que no son enmendables ⁶¹⁶ . La evaluación de la suficiencia de la descripción fáctica en el <i>indictment</i> se realiza teniendo en cuenta qué tan adecuada es para informar de manera apropiada al procesado de las acusaciones contra él, para que pueda defenderse adecuadamente y asegurar que no sea procesado de nuevo por la misma causa ⁶¹⁷ .	La corte puede retirar los cargos, a solicitud de parte, cuando estos no cumplen con los requisitos establecidos para el <i>indictment</i> , pues tienen errores en su presentación que no son enmendables ⁶¹⁸ , o cuando la norma que contempla el delito objeto de acusación es inválida.	La corte puede retirar los cargos, a solicitud de parte ⁶¹⁹ , cuando la prueba presentada ante el gran jurado no es suficiente para sostener los cargos presentados. La corte solo puede revisar la que la prueba permita alcanza el estándar de <i>legal sufficiency</i> , mas no la existencia de <i>reasonable cause</i> ; pues el gran jurado, en esta etapa procesal, es el único encargado de evaluar el grado de convicción que genera la prueba.

⁶¹³ La regulación jurídica del control judicial del *indictment* se desarrolla detalladamente en el apartado 2.3.3. Además, debe recordarse que, en adición a las facultades de control relacionadas en la tabla, el juez puede rechazar los cargos presentados en el *indictment* en virtud de otras circunstancias, como que el procedimiento que se surtió ante el gran jurado para su validación fue defectuoso; o incluso, la consideración de que las circunstancias demuestran claramente que una eventual condena en contra del procesado por los cargos evaluados generaría como resultado una injusticia. Ver apartado 2.3.3.

⁶¹⁴ En lo que respecta a la dimensión jurídica de los cargos incluidos en el *indictment* es importante señalar que esta actúa como criterio de limitación de los delitos por los cuales es posible condenar al procesado tras el agotamiento del juicio. Esto, ya que en este escenario solamente se puede condenar por los delitos incluidos en el *indictment*, o por delitos de menor entidad que se entienden incluidos dentro del delito que está en el *indictment* (*lesser included offense*).

⁶¹⁵ En la norma se contempla que no es enmendable un error en el *indictment*, en cuanto a la dimensión subjetiva, cuando se presenta una acumulación indebida de procesados. CPL §200.70.

⁶¹⁶ En la norma se contempla que no es enmendable un error en el *indictment*, en cuanto a la dimensión fáctica, cuando es legalmente insuficiente, es decir cuando no se refiere a cada uno de los elementos del delito objeto de *indictment*. Por el contrario, se considera que es enmendable cuando los errores versan sobre asuntos de forma, tiempo, lugar o nombres de personas, cuando las modificaciones no cambian la teoría de la acusación que se expresa en las pruebas presentadas ante el gran jurado, o perjudican de manera sustancial al procesado. CPL §200.70.

⁶¹⁷ En los eventos en que el *indictment* carece de errores no enmendables en su parte fáctica, pero tampoco cuenta con la suficiente riqueza descriptiva que se exige en la norma, la defensa, dentro de los 30 días siguientes al *arraignment*, puede requerir a la fiscalía que emita, y de ser necesario a la corte que ordene emitir, un documento que se denomina *bill of particulars* en el que la fiscalía debe expresar los hechos con un mayor grado de riqueza y especificidad. La corte evaluará la solicitud presentada, teniendo

En resumen, los requisitos jurídicamente establecidos para la presentación del *indictment*, referidos a las distintas dimensiones del argumento, tienen, en todo caso, un momento procesal en el que se hace posible su control por parte de sujetos distintos de los que emiten el acto.

Así las cosas, recapitulando, es posible afirmar: 1) que en los momentos procesales que aquí se han identificado como integrantes de la fase intermedia del procedimiento penal de NY, cada uno de los actos acusatorios exige la construcción de un argumento jurídico completo con referentes definidos en cada una de sus dimensiones; y 2) que el cumplimiento de los requisitos de cada una de estas dimensiones tiene un escenario procesal en el que puede revisarse, a través de un control intersubjetivo realizado por un tercero que detenta la función adjudicativa (o por terceros para el caso del *grand jury*)⁶²⁰.

Que el procedimiento penal disponga que los actos acusatorios deban incluir argumentos jurídicos completos, y que contemple escenarios, previos al juicio, en los cuales el cumplimiento riguroso de los requisitos de los actos acusatorios pueda ser controlado por parte de un tercero decisor podría parecer apenas obvio, y por ende no ser merecedor de especial atención. Empero, la importancia de esta característica resalta si se tiene en cuenta que la reconstrucción del procedimiento penal abreviado español y del procedimiento penal ordinario colombiano, realizada en los anteriores capítulos, ha

como criterio la consideración de si el *bill of particulars* es necesario para garantizar el ejercicio de la defensa.

⁶¹⁸ En la norma se contempla que no es enmendable un error en el *indictment*, en cuanto a la dimensión jurídica, cuando falla en establecer un cargo por un delito o cuando realiza una acumulación equivocada de delitos. CPL §200.70.

⁶¹⁹ Esta solicitud debe acompañarse de otra que requiera que se revelen los registros del procedimiento que se surtió ante el gran jurado (*minutes*), la cual debe ser aceptada por la corte a menos que exista una buena causa que justifique la decisión en contrario.

⁶²⁰ En adición a estas características vale la pena resaltar que en el procedimiento penal al que en este apartado se hace referencia la procedencia de continuar con el caso y la ausencia de los requisitos necesarios para permitir que se prosiga con el trámite se evalúan con referencia al mismo estándar. Esto, que parece una obviedad, no se presenta en los modelos de fase intermedia de los procedimientos estudiados de España y Colombia, pues en ellos, los estándares de los actos que permiten avanzar el trámite y especialmente las exigencias de fundamentación no se corresponden con los definidos jurídicamente para el sobreseimiento y la preclusión respectivamente. Ver apartado 1.5 Cap. 1 y apartado 2.2. Cap. 2.

mostrado que esta no se encuentra presente en ninguno de los dos modelos procesales previamente estudiados⁶²¹.

Sin embargo, a pesar de existir coherencia interna entre los requisitos de los actos acusatorios y los escenarios procesales de control, la fase intermedia del procedimiento penal estudiado en este capítulo tiene debilidades muy grandes como mecanismo de control sustancial de los casos⁶²², en ocasiones por razones relativas a la regulación misma de las fases procesales, y en otros casos por características transversales al procedimiento en su conjunto, que en últimas socavan de forma muy profunda las potencialidades de control de las estructuras procesales e institucionales que se han referido en la parte previa de este apartado. Las razones de la débil capacidad de control de la fase intermedia del proceso penal de NY, que se fueron mencionando en el apartado 2 de este capítulo, se presentarán a continuación de manera más sistemática.

En cuanto a las razones relacionadas con la propia regulación de las fases procesales, el hecho de que exista la posibilidad de evitar la celebración de la *preliminary hearing* por decisión de la fiscalía⁶²³, y de que en el caso de celebrarse esta audiencia la decisión del juez no sea vinculante, hace que la misma pierda casi toda la fuerza que tiene en términos ideales como escenario de control.

⁶²¹ En el caso del procedimiento abreviado español esto se expresa en que no existe coherencia entre los estándares fijados para superar las fases procesales que se identifican como fase intermedia y la motivación que se exige de los autos en que se presenta efectivamente esta decisión (siendo que esta última no exige la presentación de una premisa jurídica completa); y en que la revisión de un tercero, que se hace posible por vía de recurso, se restringe al ámbito exclusivamente formal. Ver apartado 2.1 Cap. 1. Por su parte, en el procedimiento penal colombiano esto se expresa en la debilidad de la exigencia legal relativa a la dimensión probatoria de los actos de imputación y acusación, y en la debilidad de las facultades judiciales para controlar la materialidad de estos actos procesales. Ver apartado 3.1. Cap. 2.

⁶²² La debilidad práctica del *pretrial screening process*, como mecanismo de control sustancial del caso, se ha reconocido desde hace mucho tiempo y de manera amplia en la literatura procesal penal de los Estados Unidos, y un buen ejemplo de esto es un texto ya clásico de PACKER. En él, describe cómo se agotaría idealmente esta fase en un modelo de proceso que privilegiara la función de control del crimen, caracterizándolo por delegar la función de control del caso predominantemente a la acusación y ser muy reacio frente a las posibilidades de contradicción del procesado y de control jurisdiccional, y luego describe cómo se agotaría la fase procesal en un modelo que privilegiara la función de garantizar el debido proceso, caracterizándolo por exigir el control judicial del caso y la participación activa de la defensa, concluyendo finalmente que la situación real del momento era que la regulación jurídica del procedimiento vigente tendía al modelo de debido proceso, mientras la situación fáctica tendía de manera muy fuerte al modelo de control del crimen. Ello pues la *preliminary hearing* en realidad no significaba un verdadero control del caso y el gran jurado solo se entendía como una extensión de la oficina de la acusación. PACKER, *The limits of criminal sanction*, pp. 205-210.

⁶²³ Esto en la medida en que cuenta con la alternativa de presentar directamente el caso ante el *grand jury*.

En últimas, a menos que el procesado esté privado de la libertad, la fiscalía no tiene ningún incentivo para promover el desarrollo de esta fase procesal, ya que implica mayor carga de trabajo y la desventaja estratégica de revelar elementos de su caso, y por lo tanto es normal que termine usando las distintas posibilidades que le ofrece la flexible regulación procesal para evitar su celebración⁶²⁴. Mientras, en los casos en que la audiencia se desarrolla, la defensa tiene fuertes razones para evitar presentar prueba de descargo y por tanto de realizar un contradictorio pleno, en la medida en que esta acción implica revelar parte de su estrategia defensiva, cuando de cualquier manera la decisión del juez de rechazar los cargos no tiene efectos jurídicos vinculantes, y por tanto la acusación, a pesar de una decisión en su contra, puede presentar el caso ante el *grand jury*.

Por lo anterior, ante la debilidad de la *preliminary hearing*, la carga de valorar si la prueba acusatoria tiene el peso suficiente para sostener que se alcanza el estándar de *reasonable cause* recae en el procedimiento ante el *grand jury*. Sin embargo, a pesar de que este último trámite se realiza ante un órgano popular, lo que en principio garantiza la independencia e imparcialidad de la decisión, es un acuerdo casi general en las fuentes analizadas que no constituye una adecuada barrera de control del sustento material del caso, porque actúa ordinariamente como un mero validador de la posición del fiscal, al punto, que es un lugar común en la literatura al respecto ilustrar esta idea con la provocativa referencia a que un fiscal hábil podría convencer a un gran jurado de presentar cargos contra un bocadillo de jamón⁶²⁵.

⁶²⁴ Los medios que utiliza la fiscalía para evitar la celebración de la *preliminary hearing* se exponen de manera detallada en el apartado 2.3.1.

⁶²⁵ Ejemplos de artículos recientes radicalmente escépticos con respecto a las potencialidades del gran jurado como escenario del control del caso pueden ser: LEIPOLD, *Cornell Law Review*, pp. 260-324; KUCKES, *American Criminal Law Review*, pp. 1-4; DONOHUE, *Howard Law Journal*, pp. 471-472. Por su parte SIMMONS comparte una opinión escéptica con respecto al *grand jury* como está consagrado a nivel federal, pero defiende que el modelo de *grand jury* del Estado de NY tiene un potencial de control del caso muy superior. Aunque aquí se ha mostrado que el modelo de gran jurado de la jurisdicción federal tiene características de las que se puede inferir que es más débil como escenario de control material del caso previo al juicio que el modelo de *grand jury* del Estado de NY (Apartado 2.4.1), a partir de la información recopilada en las entrevistas realizadas (en las que los entrevistados acreditan que ven al gran jurado de NY como un escenario muy débil de control del caso) y de los datos estadísticos revisados, parece sostenible plantear que la diferencia entre los dos modelos no termina siendo tan significativa. SIMMONS, *Boston University Law Review*, pp. 21-25; HAYES, Roland, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018; FRANCZYC, Thomas, entrevista personal realizada el 30 de abril de 2018.

Esto muestra que ciertas características del trámite ante el *grand jury*, como que el acusador controle de manera casi exclusiva la forma en que se desenvuelve el procedimiento de presentación de la prueba y de las instrucciones que se dan a los jurados para fallar, o como las muy débiles facultades de contradicción de la defensa, generan la consecuencia de una afectación casi total del potencial de control del escenario procesal, hasta un punto que no llega a ser compensado por la fijación de un estándar probatorio definido, ni por dar la función decisoria a un cuerpo popular sin interés directo en el caso.

En últimas, lo que se termina evidenciando es que los dos escenarios procesales funcionalmente dirigidos a verificar que el peso de la prueba cumpla con los estándares establecidos son mucho más débiles de lo que se podría pensar en un inicio, y por tanto la calidad del control material previo al juicio que se realiza en este esquema procesal se ve debilitada de manera muy significativa; pues, además, debe recordarse que en los controles de los actos acusatorios que se realizan en las audiencias de *arraignment* y de *arraignment upon indictment*, los jueces no tienen la facultad de hacer una revisión de si se cumple con el estándar de *reasonable cause*, dado que su competencia se restringe a valorar la suficiencia de la prueba mas no su peso.

De otro lado, como ya se mencionó, las debilidades del control del caso que se realiza en la fase intermedia del proceso aquí estudiado no solo se derivan de aspectos concretos de la regulación de los momentos procesales que la componen, sino de características transversales al procedimiento en su conjunto. Con esto último, básicamente se está haciendo referencia al impacto que tienen las figuras procesales de los *guilty pleas* y del *plea bargaining* en la eficacia de los controles del caso que se buscan realizar en la fase intermedia, en el contexto de una amplísima discrecionalidad del acusador en la definición de los cargos y de un esquema procesal extremadamente flexible que permite la renuncia a etapas completas del proceso.

Así, el hecho de que el fiscal tenga la facultad jurídicamente reconocida de decidir discrecionalmente si presenta cargos o no, la amplia flexibilidad que tiene a la hora de decidir cuáles son los cargos que imputará al procesado, y principalmente la posibilidad que tiene de modificar durante el trámite procesal los cargos que imputa en virtud de un hecho determinado, ponen al funcionario acusador en una posición muy dominante, ya

que le dan una herramienta de negociación muy potente que le permite inducir de manera sistemática aceptaciones de cargos y renuncias de los procesados a someter el trámite al *pretrial screening process*.

Vale la pena explicar esta idea con mayor detenimiento. Al exponerse el trámite del procedimiento para delitos de rango *felony* en el Estado de NY se explicitó que en la norma está prohibido presentar *guilty pleas* por delitos de rango *felony* en la audiencia inicial de *arraignment*. Sin embargo, también se aclaró que esta práctica se realiza, de cualquier forma, a través del uso de dos vías procesales: reduciendo el cargo de *felony* a *misdemeanor*, ya que frente a este segundo tipo de delitos sí se puede aceptar la culpabilidad en la audiencia inicial; o llegando a un acuerdo para que el procesado renuncie al *pretrial screening process*, acepte ser procesado a través de un *superior court information*, y presente un *guilty plea* durante la audiencia de *arraignment upon indictment*⁶²⁶. Empero, frente a la segunda vía descrita surge una pregunta: ¿Por qué razón un número significativo de procesados deciden renunciar al *pretrial screening process*, cuando la función de los momentos procesales que lo componen es precisamente controlar que el caso en su contra tenga un fundamento sustancial básico?, ¿No es acaso esta una decisión irracional?

La respuesta es que usualmente, en los casos en que así se realiza, el procesado tiene buenos motivos para renunciar a someter su caso a la *preliminary hearing* y al procedimiento ante el *grand jury*, en virtud de que es normal que los fiscales estén dispuestos a propiciar un tratamiento punitivo más favorable a aquellos que renuncian al *pretrial screening process*, en oposición a aquellos que obligan a la acusación a agotar este trámite⁶²⁷. En adición, potencialmente la variación en los rangos punitivos puede

⁶²⁶ Ver apartado 2.2 del presente capítulo.

⁶²⁷ Prácticas que tienden a presionar la introducción de *guilty pleas* en etapas del proceso previas al *arraignment* o en la audiencia de *arraignment* misma son referidas por PACKER, ya en el año 1968. PACKER, *The limits of criminal sanction*, pp. 225-226. Asimismo, ARENELLA reconoce que: “mientras en teoría la acusación debe desarrollar su caso de manera independiente, en la práctica puede usar todas las presiones permisibles para inducir al procesado a aceptar su culpabilidad incluso antes de tener que presentar prueba confiable de la responsabilidad fáctica y jurídica a un adjudicador independiente. Como resultado, nuestro sistema adversarial se ha vuelto más dependiente del propio reconocimiento del procesado para probar la responsabilidad penal que cualquier “sistema inquisitorial” europeo.” (Traducción realizada por el autor de esta tesis) ARENELLA, *Michigan Law Review*, p. 522. Adicionalmente, en la entrevista realizada al exjefe FRANCZYC, el mencionado exfuncionario acreditó que en su experiencia el tipo de prácticas señaladas arriba “no eran poco comunes”. FRANCZYC, Thomas, entrevista personal realizada el 30 de abril de 2018.

ser muy grande, en la medida en que perfectamente el fiscal puede sostener en la audiencia de *arraignment* unos cargos determinados, y posteriormente en el *indictment* otros que tengan una sanción mucho más benigna o más gravosa, según los resultados de la negociación⁶²⁸. En últimas, en muchos casos⁶²⁹ los procesados renuncian a la fase intermedia, no como un acto irracional, sino porque el sistema los obliga a realizar un cálculo utilitarista que se sintetiza en las siguientes preguntas: ¿es más beneficioso renunciar a la posibilidad de que se revise el sustento material básico del caso en mi contra y asumir los costos de una condena penal segura pero menos aflictiva? ¿vale la pena el beneficio que provee el *pretrial screening process* si se compara con el posible costo de enfrentar cargos mucho más gravosos en el *indictment*?

Finalmente, a modo de síntesis general, se puede afirmar que la fase intermedia del proceso penal para delitos de rango *felony* en NY presenta una coherencia interna resaltable entre los requisitos de los actos acusatorios y la existencia, en el diseño procesal e institucional, de momentos que permiten su control por parte de terceros. Sin embargo, a pesar de lo anterior, tiene una eficacia débil como dispositivo de control del caso, por una parte, por asuntos propios de la regulación misma de la *preliminary hearing* y del trámite ante el *grand jury*, y por la otra, por características transversales del procedimiento en su conjunto que generan, en un número importante de casos, que estas audiencias ni siquiera se desarrollen.

⁶²⁸ Ejemplos muy claros de hasta dónde puede llegar la flexibilidad en el manejo de los cargos por parte de los fiscales en el marco del uso del *plea bargaining* son mencionados por ALSCHULER. Uno de los más gráficos puede ser un caso en el que los cargos iniciales eran por secuestro y violación, pero el acusador, ante la debilidad de las pruebas inculpatorias, ofreció cambiar los cargos por un tipo de agresión (*battery*), con una pena de alrededor de treinta días de prisión y la muy probable concesión de una medida sustitutiva de la prisión. El procesado, ante esta oferta, aunque la prueba en su contra era muy débil, prefirió aceptar los cargos que asumir el riesgo de una condena de muchos años de prisión. ALSCHULER, *The University of Chicago Law Review*, pp. 61-62.

⁶²⁹ No se dispone de una estadística específica que aclare cuál es el porcentaje específico de casos que se tramitan a través de *superior court information* en el procedimiento penal por delitos de rango *felony* en el Estado de Nueva York, ni de cuál es el porcentaje de *guilty pleas* que se presentan en ese evento. Mas de cualquier forma, el hecho de que el 79,8% de los casos que llegan al conocimiento de las Cortes Superiores se resuelvan a través de *guilty pleas* es un indicador importante del peso que tiene la aceptación temprana de cargos en esa instancia procesal. Ver apartado 2.3.4. del presente capítulo.

3.2 Referentes de legitimidad y fase intermedia en el procedimiento para delitos de rango *felony* del Estado de NY.

En los apartados anteriores del presente capítulo se ha expuesto la configuración de la fase intermedia del proceso penal de los Estados Unidos teniendo como referente principal el procedimiento específico para delitos de rango *felony* en el Estado de NY. En este apartado final, el objetivo será reflexionar sobre el grado de coherencia que existe entre el esquema de procedimiento mencionado y los referentes de legitimidad que suelen asociarse con los modelos adversariales de procesamiento criminal, en los que el procedimiento específico estudiado se entiende incluido.

Así, retomando los planteamientos de DAMAŠKA⁶³⁰ es posible defender que en el modelo de procedimiento adversarial tiene un valor importante como referente de legitimidad una concepción de justicia procedimental, centrada en la observancia de un debate procesal en el que las partes se enfrentan en igualdad de condiciones ante un decisor imparcial, aunque sin desconocer alguna influencia relevante de la idea de legitimidad vinculada a la obtención de resultados sustancialmente correctos⁶³¹.

Lo anterior es similar a lo planteado por CHIESA, pues este autor reconoce, en el contexto de los Estados Unidos, que la *fairness* y la justicia son objetivos que se buscan de manera paralela en el proceso penal, y que pueden entrar en conflicto en circunstancias concretas. Así, CHIESA entiende la *fairness* como una noción de justicia procedimental, que implica el trato al acusado en iguales condiciones que a las personas similarmente situadas, e incluye en su contenido la necesaria imparcialidad del sujeto decisor y el reconocimiento de facultades equivalentes y el tratamiento igualitario a los

⁶³⁰ Los planteamientos teóricos de DAMAŠKA en su libro *The faces of justice and state authority* se exponen de manera extensa en el apartado 3.3 del Cap. 2.

⁶³¹ Vale recordar, teniendo como referente las categorías teóricas planteadas por DAMAŠKA ya expuestas en el capítulo anterior, que para dicho autor la legitimidad de los procedimientos más cercanos al tipo ideal de implementación de políticas se evalúa en referencia a su posibilidad de obtener resultados sustantivos correctos, mientras la legitimidad de los modelos de proceso más cercanos al tipo ideal de solución del conflicto se justifica procedimentalmente, con referencia a quién es el ganador en un debate procesal que se agota entre participantes en igualdad de condiciones y con un decisor imparcial. Por su parte, considera el autor que los procedimientos penales adversariales son caracterizables como un sincretismo dinámico entre ideas de implementación de políticas y solución del conflicto, aunque eso sí, más influenciados por el segundo de estos tipos ideales que ningún otro de los modelos de proceso penal contemporáneos. Además, especialmente en el punto de la legitimidad, DAMAŠKA parece resaltar la influencia en los modelos adversariales de la idea de procedimiento penal como confrontación, por encima de la necesidad de obtención de resultados sustancialmente correctos. DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 101-104; 148-150; 225-226.

participantes en el proceso. Mientras, hace referencia a la noción de justicia, partiendo de la idea clásica de que esta implica darle a cada quien lo que se merece, y por tanto entiende que en el proceso penal se deriva de la obtención de resultados sustancialmente correctos que permiten la aplicación de las consecuencias previamente definidas jurídicamente⁶³².

Se considera razonable plantear, a partir de las coincidencias en los planteamientos de los autores citados, que en la evaluación de qué tanto la fase intermedia del procedimiento estudiado es coherente con los criterios de legitimidad reconocidos en el contexto del procedimiento adversarial se pueden tener en cuenta: el grado de expresión en el proceso de la dimensión de la *fairness* como imparcialidad; el grado de expresión en el proceso de la dimensión de *fairness* como reconocimiento de facultades equivalentes y tratamiento igualitario a los participantes en el proceso; y el grado de expresión en el proceso del fin de obtención de resultados sustancialmente correctos.

Para empezar, en cuanto a la *fairness* como imparcialidad, algunas características del diseño institucional de la fase intermedia del procedimiento que aquí se estudia parecen valiosas, si se comparan con las propias de los otros modelos de fase intermedia que se han estudiado en este trabajo.

Al respecto, vale recordar que en los capítulos anteriores, en el marco del estudio sobre la fase intermedia del proceso abreviado español y el proceso ordinario colombiano, se sostuvo que el hecho, de que en ellos el funcionario que detenta la facultad investigativa también sea quien realiza el control sustancial del caso en la fase intermedia⁶³³, genera una afectación muy significativa a la necesaria imparcialidad del decisor.

El argumento a partir del que se ha sostenido la anterior premisa básicamente consiste en que, en los procedimientos referidos, el funcionario que investiga, en el momento posterior en que procede a valorar la viabilidad del caso en la fase intermedia, queda en una posición institucional en que no le es posible sustraerse a las consideraciones inculpatórias propias de la actividad investigativa que previamente a desarrollado, y por tanto ve afectada su imparcialidad objetiva. Esto, en términos de los estudios sobre

⁶³² CHIESA, “Justicia y *Fairness* en el proceso penal”, pp. 288-295; 303.

⁶³³ Se hace referencia al juez instructor en el caso español y al fiscal en el caso colombiano.

heurísticos y sesgos, propios de la psicología cognitiva, a los que se recurre en los capítulos señalados, puede expresarse diciendo que el problema está en que el funcionario, dada su actuación como investigador, parte de una hipótesis inculpatoria como anclaje al momento de valorar el caso en la fase intermedia, y por ello tiene la tendencia a valorar la información recibida posteriormente de una manera coherente con el anclaje, es decir está expuesto a un sesgo confirmatorio⁶³⁴.

En el caso del diseño general del *pretrial screening* en los procedimientos estudiados en el contexto de los Estados Unidos, el hecho de que los órganos a los que se les asigna formalmente la función de control del caso previamente no han ejercido ni una función investigativa ni una función acusatoria⁶³⁵, en principio soluciona el problema ubicado en los otros modelos de procedimiento estudiados. Lo anterior en la medida en que, por su posición institucional, no se puede inferir de plano, ni que el juez de la *preliminary hearing* ni que los miembros del gran jurado puedan tener un interés específico en el resultado del caso, ni tampoco que tengan una opinión previamente formada sobre la culpabilidad, que los haga vulnerables a una crítica a su imparcialidad objetiva o a un sesgo confirmatorio.

Sin embargo, se hace necesario entonces explicar por qué los órganos con el poder de decisión en la fase intermedia en Estados Unidos en últimas no representan una barrera adecuada para el control del caso, a pesar de encontrarse en una posición institucional que privilegia su imparcialidad.

Aquí se propone que la respuesta, más que en el cuestionamiento sobre la potencialidad de imparcialidad de los decisores profesionales o populares en sí mismos⁶³⁶, se puede

⁶³⁴ Este hilo argumentativo se desarrolla de manera detallada en el apartado 2.4 del Cap. 1, y se hace referencia al mismo en el apartado 3.1.3 del Cap. 2.

⁶³⁵ La premisa arriba planteada no es absoluta, pues en ciertos casos excepcionales el *grand jury* también realiza actividades de investigación. Sin embargo, en virtud de que esto es raro en la práctica y de que su aproximación a la investigación en todo caso es indirecta, se parte de la separación general entre función investigativa y decisoria.

⁶³⁶ Aquí no se asumirá una postura definitiva sobre el cuestionamiento de si el gran jurado tiene la potencialidad de ser un adjudicador más preciso que un juez profesional, o viceversa, pues se considera que en la literatura es posible encontrar argumentos sugestivos en uno y otro sentido, frente a los que en esta investigación no es posible definir una línea. Así por ejemplo, POSNER, en el contexto del juicio, pero con argumentos válidamente extrapolables al *grand jury*, plantea como debilidades del jurado que la inexperiencia e ingenuidad de sus integrantes genera que los costos de informarlos del caso sean mayores que los que se asumirían con un juez profesional, y que son susceptibles de caer más fácilmente en ilusiones cognitivas y emocionalismos. Empero, defiende en su favor que los jurados tienen una frescura

encontrar si se reflexiona sobre cómo la posibilidad de estos de tomar decisiones razonablemente neutrales se relaciona con la segunda parte que compone a la *fairness*: la necesidad de tratamiento igualitario y la concesión de facultades igualitarias a las partes.

En el plano teórico se ha entendido que para que un proceso pueda catalogarse como *fair* en la dimensión del tratamiento igualitario debe proveer reglas preestablecidas y equilibradas que le permitan a cada una de las partes, formalmente, iguales oportunidades de triunfo, y por tanto acusación y defensa deben tener, en últimas, iguales armas en la contienda procesal⁶³⁷. Además, es precisamente esta característica, que se supone presente en las distintas etapas del modelo de procesamiento adversarial, la que de acuerdo con cierta literatura del contexto de los Estados Unidos le da ciertas ventajas valorativas como método de búsqueda de la verdad a este modelo de proceso sobre el propio del contexto continental.

Así por ejemplo, se ha sostenido que un método eficaz para mitigar lo que aquí se ha denominado sesgo confirmatorio consiste en someter a los sujetos que están formando una convicción sobre un asunto a una proposición y paralelamente a su negación. Esta consideración se entiende integrada al modelo adversarial de procesamiento, y se considera que allí se expresa en que cada parte tiene incentivos y facultades procesales para cuestionar las hipótesis contrarias a sus intereses y para generar hipótesis alternativas sobre el caso, lo que en últimas representaría una ventaja cognitiva con respecto al modelo de investigación única dirigida por un juez⁶³⁸. De otro lado, desde una perspectiva de análisis económico, se ha sostenido que el trámite adversarial da a

a la hora de abordar la evaluación de un caso superior que la de muchos jueces, ya que estos últimos al haber decidido muchos casos similares, pueden haberse endurecido y estar menos abiertos a prestar atención a las particularidades; y que al final el carácter plural de la decisión de los jurados puede compensar su falta de experiencia, si se opone a un órgano decisor experimentado pero unipersonal. POSNER, "The principles of evidence and the critique of adversarial procedure", pp. 350-354. Por su parte, LEIPOLD reconoce que se suele argumentar en favor del *grand jury* como decisor mencionando que su tarea no requiere entrenamiento jurídico especial y que su carácter temporal ayuda a los jurados a ser menos vulnerables a sesgos y prejuicios que los jueces, y por ende a tratar los casos en menor medida como si estuvieran en una "línea de ensamblaje"; pero, en contrario, termina sosteniendo que un cuerpo popular y de conformación temporal no puede adecuadamente aplicar el estándar legal de *probable cause* pues esto exige experiencia o entrenamiento. LEIPOLD, *Cornell Law Review*, pp. 294-304.

⁶³⁷ FLETCHER, *The American journal of comparative law*, p. 699; FLETCHER, *Justice and fairness in the protection of crime victims*, p. 255; DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 104, 234.

⁶³⁸ CALLEN, "Cognitive strategies and models of fact finding", pp. 171-172; POSNER, "The principles of evidence and the critique of adversarial procedure", pp. 353.

las partes grandes incentivos para realizar investigaciones más profundas y para encontrar de manera más asertiva las debilidades de las hipótesis de sus contrarios en el debate procesal⁶³⁹. En últimas, en este contexto, se entiende que un debate adversarial igualitario es un medio idóneo para generar que el proceso tienda a obtener resultados sustanciales más precisos.

El problema está en que partiendo de la referencia a la reconstrucción de la fase intermedia del proceso penal en Estados Unidos que se ha hecho en los apartados anteriores de este capítulo es posible sostener, sin ambages, que la afirmación de una teórica igualdad de las partes en esta fase del proceso es insostenible, aun considerando solamente las variables del plano estrictamente procesal⁶⁴⁰.

Así, en cuanto a la *preliminary hearing*, si se revisa la norma puntual que regula el debate en esta audiencia, es claro que en ella se reconocen, en principio, facultades semejantes a las partes para presentar su caso y rebatir la hipótesis del contrincante⁶⁴¹. Sin embargo, la revisión detallada de la forma en que el proceso funciona ha mostrado que esta igualdad no es más que una apariencia, y que realmente la fiscalía tiene un poder abrumadoramente superior en este escenario que se muestra en que: 1) cuenta con el poder de evitar que la audiencia se desarrolle recurriendo directamente al gran jurado; 2) a partir de la discrecionalidad absoluta con que cuenta para la modificación de los cargos objeto de persecución penal se encuentra en una posición que le permite incluso constreñir al procesado para que renuncie a su derecho a la audiencia, o al menos para que no realice un ejercicio contradictorio pleno; y 3) el hecho de que la decisión que toma el juez en esta audiencia no sea vinculante desestimula que la defensa realice una

⁶³⁹ POSNER, “The principles of evidence and the critique of adversarial procedure”, pp. 350-351.

⁶⁴⁰ Con la afirmación de que solo se consideraran en el argumento las variables procesales lo que se pretende precisar es que cuestiones extraprocesales no se tendrán en cuenta, aun cuando pueden ser relevantes a la hora de sustentar la no existencia de igualdad entre las partes. Ejemplos de este tipo de consideraciones pueden ser la vulnerabilidad económica de los procesados, la selectividad del sistema penal relacionada con factores de raza y clase, o los bajos índices de formación educativa de los procesados.

⁶⁴¹ CPL §180.60(8). La única diferencia en el nivel de la regulación jurídica es que el juez puede limitar la presentación de prueba de la defensa cuando considera que la *reasonable cause* ha sido satisfactoriamente probada por la acusación.

presentación de descargo, por la desventaja estratégica que implica revelar sus pruebas sin obtener un beneficio correlativo⁶⁴².

Por su parte, en el caso del gran jurado, la desigualdad en el tratamiento y las facultades de las partes es todavía más evidente, pues se reconoce directamente en la regulación procesal, hasta un punto en que es válido afirmar que el carácter no adversarial de este trámite es uno de sus elementos definitorios, aun en el procedimiento en NY, en el que aunque comparativamente hay mayor participación de la defensa y el procesado, en últimas su potencial influencia en la toma de decisión continúa siendo marginal⁶⁴³. De hecho, se ha planteado que una de las principales razones por las que el gran jurado no es confiable como adjudicador es el control que tiene la fiscalía de la forma en que se presenta el caso en este escenario. Esto pues se considera que el *grand jury* no cuenta con bases racionales para rechazar una solicitud de la fiscalía de presentar *indictment*, si se tiene en cuenta que se le está pidiendo a un grupo de personas sin conocimiento jurídico y sin experiencia en valorar pruebas que decidan si se satisface un estándar legal, cuando el único abogado presente en la sala ha concluido que el estándar se cumple y cuando es este mismo funcionario quien presenta la única versión de los hechos que llegan a conocer los jurados⁶⁴⁴.

En conclusión, si los requisitos para que un procedimiento pueda recibir el calificativo de *fair* son que este, paralelamente, sea definido por un órgano imparcial, y se agote en un trámite en el que las partes sean tratadas de manera igualitaria y detenten facultades equilibradas, se debe reconocer que las fases procesales a las que se ha hecho referencia en este apartado no son *fair*, principalmente porque en ellas la acusación tiene poderes abrumadoramente superiores a los de la defensa. En la misma línea, si se asumiera la *fairness* en el procedimiento como criterio de legitimidad no quedaría más remedio que admitir que la regulación actual de la *preliminary hearing* y el *grand jury* en el procedimiento penal para delitos de rango *felony* en NY no es legítima.

De cualquier manera, aún es necesario pronunciarse sobre cómo se deben evaluar los momentos procesales estudiados si se parte, más bien, del referente de legitimidad de

⁶⁴² Ver apartados 2.3.1 y 3.1 del presente capítulo. En el mismo sentido: BOYNE, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, pp. 331-335.

⁶⁴³ Ver apartados 2.3.2. y 3.1 del presente capítulo.

⁶⁴⁴ LEIPOLD, *Cornell Law Review*, pp. 294-297.

obtención de resultados sustanciales correctos. Sin embargo, en este escenario, también se considera que el modelo de fase intermedia estudiado es deficiente.

Esto, en primer lugar, porque, de acuerdo con lo mencionado en este apartado sobre la evitación de sesgos cognitivos y los incentivos al debate probatorio que genera la visión competitiva del proceso, en el escenario de la fase intermedia estudiada no parecen ser fácilmente distinguibles la observancia de los requerimientos derivables de la idea de *fairness* y el valor cognitivo del trámite. Con esto se quiere decir, en últimas, que careciendo este escenario procesal del requerimiento expreso de motivación de las decisiones y de revisión en doble instancia⁶⁴⁵, la posibilidad de obtener resultados sustantivos precisos en este modelo de fase intermedia no puede valorarse de manera independiente de la exigencia de imparcialidad del juzgador y del tratamiento y facultades igualitarias para las partes, pues aquí se confía en que, precisamente, a través de la observancia de estas exigencias se puede llegar a resultados sustantivos aceptables. Así, cuando se ha evidenciado que la *preliminary hearing* no constituye en la práctica un verdadero escenario de control, y que el *grand jury* generalmente sigue las sugerencias del acusador, sería irrazonable pretender que es posible confiar que en estos momentos procesales se verifica de manera aceptable el sustento material del caso.

Además de lo anterior, los momentos de control judicial del caso en la audiencia de *arraignment* y de *arraignment upon indictment* tampoco permiten una verificación suficiente del sustento material del caso, ya que, como se ha explicado previamente, se centran en la valoración de la suficiencia de la prueba, lo que permite algún grado de control primordialmente formal, pero tienen vedado el control sobre el peso de la prueba. En adición, la revisión del caso que se realiza en estas instancias puede eludirse, en el caso del *arraignment* inicial, a través de la presentación directa del caso ante el gran jurado, y en el caso del *arraignment upon indictment*, con la presentación de *guilty pleas* previos o concomitantes a ese momento procesal.

En definitiva, la forma en que se estructura y desarrolla actualmente la fase intermedia en el procedimiento penal para delitos de rango *felony* en NY no encuentra soporte en

⁶⁴⁵ Se hace referencia a estas características porque son las garantías de corrección sustancial que se suelen asociar a los modelos continentales de procesamiento.

ninguno de los referentes de legitimidad que en la literatura se relacionan con los sistemas adversariales de procesamiento.

Capítulo 4. Una propuesta normativa para la configuración de modelos de fase intermedia axiológicamente orientados.

1. Introducción y presupuestos.

Tras haber realizado una reconstrucción crítica de la forma en que se desarrolla la fase intermedia en los procesos penales de España, Colombia y Estados Unidos, en este capítulo el objetivo será plantear una propuesta relativa a los valores que deben orientar la regulación de las instituciones procesales penales, y por ende la de los modelos concretos de fase intermedia, para luego, en el capítulo siguiente evaluar los modelos de fase intermedia descritos previamente en esta tesis de acuerdo con los valores definidos; y, finalmente, realizar una propuesta normativa enfocada en cómo es posible configurar los modelos de fase intermedia para que sean coherentes con los valores asumidos.

Antes de iniciar la tarea proyectada se deben precisar dos presupuestos básicos de los que se parte, con el fin de que se comprenda de mejor manera lo pretendido y se pueda apreciar su alcance de manera adecuada.

El primer presupuesto es que la propuesta normativa en relación con los modelos de fase intermedia de cada sistema procesal se realizará en un nivel de *lege ferenda*. Así, no se tiene ninguna pretensión de que las propuestas que aquí se generen sean consistentes con el contenido actual de las normas pertinentes de ninguno de los sistemas procesales estudiados, ni de que sean coherentes con los esquemas de principios relevantes para el proceso penal en cada uno de sus respectivos sistemas jurídicos; al contrario, la aplicación de las propuestas que aquí se hagan podría implicar la necesidad de hacer reformas jurídicas e institucionales en cualquiera de los sistemas procesales estudiados.

En estrecha relación con lo anterior, en la medida en que no se reconocerá como referente normativo ninguno de los sistemas de principios de los ordenamientos jurídicos en que se insertan los procedimientos estudiados, y dado que se parte de la premisa de que una propuesta normativa sobre la regulación de la fase intermedia no se

puede construir prescindiendo de un referente axiológico⁶⁴⁶, será ineludible asumir una postura teórica con respecto a cuáles son los valores que deben orientar la regulación y práctica de los procesos penales⁶⁴⁷. Sin embargo, la literatura y el debate sobre este tópico específico, que en el contexto del derecho continental puede identificarse con el debate sobre los fines del proceso penal, son bastante amplias⁶⁴⁸, y por ende en este trabajo no se pretenderá dar cuenta de la discusión al respecto, sino solamente asumir y justificar una postura específica.

Así, como consecuencia de lo previamente señalado, la reflexión que se realizará en este capítulo no es encuadrable en el ámbito de la dogmática procesal penal, sino más bien, retomando la categoría planteada por NINO, en el de la *filosofía normativa del derecho*⁶⁴⁹, enfocada específicamente, en este caso, en el procedimiento penal.

⁶⁴⁶ Parto de esta premisa inspirado en la postura asumida por FERRER en relación con las formas de evaluar los diseños procesales de los sistemas jurídicos, en su caso especialmente en cuanto a las reglas sobre la prueba y la forma de tomar decisiones sobre los hechos. FERRER, *La valoración racional de la prueba*, p. 20. Mi premisa, ligeramente distinta de la planteada por el autor citado, probablemente en virtud de las diferencias en los objetos de estudio que se abordan por cada uno, consiste en que para evaluar un modelo de proceso penal se debe recurrir a una racionalidad teleológica, que revise la correlación entre el diseño procesal y las finalidades que se reconozcan al proceso, en términos de una adecuación de medios a fines.

⁶⁴⁷ La necesidad de asumir una postura sobre los valores orientadores del proceso se deriva de que aquí se presupone la independencia entre el mundo del ser y el mundo de los valores, y por ende se considera, siguiendo a RECASENS SICHES que: “Los valores no son elementos dados en la realidad, no son ingredientes reales de ella. Y por consiguiente, no son conocidos en la experiencia de las cosas, no son sacados de la percepción”. RECASENS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 64.

⁶⁴⁸ Una sucinta relación de las fuentes ubicadas en que se asumen posturas con respecto al tema se encuentra en el apartado 2 del presente capítulo.

⁶⁴⁹ De acuerdo con NINO, cuando los juristas académicos encaran la tarea de discutir problemas axiológicos relevantes para la actividad jurisdiccional la discusión se puede desenvolver en dos niveles. En uno, que identifica con la dogmática, se adoptan las normas de un determinado ordenamiento jurídico como “dogmas” y, dentro de ese marco, se proponen soluciones axiológicamente adecuadas que puedan derivarse o al menos sean compatibles con ellas. En el otro, que considera aproximado a lo que identifica como *filosofía del derecho normativa o práctica*, se encara la discusión de la justificabilidad de instituciones jurídicas fundamentales, *standards* jurídicos reconocidos, y prácticas generales de creación y aplicación del derecho, a la luz de ciertos principios y concepciones axiológicas básicas; derivándose como resultados de este tipo de ejercicios la proposición de pautas de *lege ferenda* que permiten justificar y enjuiciar las regulaciones jurídico positivas y orientar su eventual modificación. NINO, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, pp. 104-106. El estudio que se aborda en este capítulo se ubica, entonces, en el segundo de los niveles señalados. De otro lado, en un sentido parecido al que NINO da a la filosofía del derecho normativa, CALSAMIGLIA plantea, retomando a AUSTIN, que la ciencia jurídica se debe ocupar de la *ciencia de la legislación*, cuyo objetivo fundamental es diseñar cómo debe ser el derecho. CALSAMIGLIA, *Revista del centro de estudios constitucionales*, p. 330. También en un sentido similar al de los anteriores autores, pero distinguiendo entre la *labor del jurista (dogmática)*, la *teoría general o fundamental del derecho*, la *teoría estimativa o axiológica del derecho*, y la *filosofía jurídica aplicada*: RECASENS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 1-17.

Además de las anteriores, hay otras razones que justifican proyectar una propuesta de *lege ferenda* y no de *lege lata* en este caso concreto. Una es que, en el contexto de los procedimientos objeto de estudio en esta tesis, las regulaciones de la fase intermedia han sido consideradas coherentes con sus respectivos sistemas de principios constitucionales por parte de los tribunales autorizados para realizar esta clase de pronunciamiento con efectos vinculantes, de lo que se deriva que, en principio, el potencial crítico de sus correspondientes sistemas de principios es bajo en relación con sus correlativos modelos de fase intermedia. De otra parte, en la medida en que el objetivo es formular criterios unificados para valorar los distintos modelos de fase intermedia estudiados, se requiere un referente único para que sea posible realizar una propuesta normativa coherente.

El segundo presupuesto que es necesario precisar es que se tomará la configuración actual de los procesos penales estudiados en los anteriores capítulos como referente necesario en la reflexión y como objeto concreto hacia el que se dirigirán las propuestas de este trabajo. Lo anterior, pues es un objetivo fundamental de esta tesis que la propuesta que se realice tenga posibilidades de tener aplicaciones prácticas en el ámbito de los sistemas jurídicos estudiados y potencial influencia en la orientación de eventuales reformas a los sistemas procesales. Con esto en mente, se parte de la intuición de que propuestas de ajuste a la regulación procesal que tomen en consideración cuestiones tales como la forma en que los procesos actualmente funcionan, su organización institucional, sus límites de recursos, y las maneras en que se comprende el derecho en cada contexto, tienen más posibilidades de generar alguna influencia, pues tendrán mayor relevancia y aplicabilidad práctica, que propuestas que desconocen de plano este tipo de referentes⁶⁵⁰.

Esto implica que aquí no se pretende hacer una propuesta ideal relativa al mejor modelo posible de fase intermedia, sino una propuesta axiológicamente orientada dirigida a identificar qué elementos debe tener un modelo de fase intermedia mínimamente

⁶⁵⁰ Una reflexión semejante puede encontrarse en DAMAŠKA, quien, a propósito de la literatura sobre derecho probatorio, plantea que muy pocos temas probatorios pueden ser apropiadamente estudiados sin un conocimiento íntimo del contexto institucional y de los problemas jurídicos que generan en sus ámbitos procesales específicos, y que si los académicos de derecho probatorio quieren tener mayor influencia en el discurso legal, su espléndido aislamiento en el estudio de problemas probatorios generales debe terminar. DAMAŠKA, *Hastings Law Journal*, p. 308.

aceptable, y a partir de allí gradualmente más valioso, en el contexto específico de los sistemas procesales estudiados⁶⁵¹.

De lo anterior se deriva como consecuencia que el contenido concreto de la propuesta normativa no se podrá desarrollar a partir de un ejercicio deductivo que tenga como fuente única los valores orientadores del proceso, y por ende no se podrá construir en abstracto. Al contrario, la elaboración que aquí se realiza toma en consideración, por un lado, los valores orientadores de la regulación, y específicamente sus posibles alcances en el escenario concreto de la fase intermedia; pero también las características específicas de los sistemas procesales penales y las limitaciones de recursos propias de la práctica real del proceso, para, a partir de la búsqueda de un equilibrio reflexivo⁶⁵² entre estos elementos, proponer modelos de fase intermedia axiológicamente orientados y con potencialidad de implementación práctica.

Tras haber precisado los presupuestos y alcances de esta parte final de la tesis, que se compone por el presente capítulo y por el próximo, es momento de exponer cómo se pretende abordar su desarrollo. En el presente capítulo se expondrá y justificará la postura relativa a los valores orientadores del proceso penal, y se avanzará una propuesta sobre qué características son deseables en el diseño de la fase intermedia del proceso penal en relación con cada valor; mientras, en el capítulo final, se revisará cómo

⁶⁵¹ La idea de realizar una propuesta que se distancia del objetivo de formular un modelo ideal se inspira especialmente en la perspectiva que asume SEN en ese sentido, en lo relativo a la teoría de la justicia. Básicamente, este autor opone las teorías trascendentales de justicia, que se orientan a la caracterización de sociedades perfectamente justas con énfasis en el nivel institucional; y la perspectiva comparada, asumida por él, que parte de las limitaciones prácticas de las teorías trascendentales para solucionar problemas específicos de justicia en el mundo real. Su perspectiva comparada se basa en la teoría de la elección social, que, entre otras cosas, a la hora de avanzar sus posturas sobre la justicia se centra en las ofertas disponibles en el plano real, reconoce la posibilidad de pluralidad de razones, reconoce la permisibilidad de soluciones parciales, y tiene en cuenta las limitaciones de conocimiento y otras barreras prácticas. SEN, *La idea de la justicia*, pp.13-16; 117-142.

⁶⁵² El equilibrio reflexivo es un método de reflexión filosófica popularizado por el filósofo político JOHN RAWLS. Consiste, básicamente, en tratar de equilibrar las intuiciones que se tienen sobre un ejemplo o caso, con los principios que se considera que los regulan y con las consideraciones teoréticas que se asumen al aceptar las intuiciones, revisando cualquiera de estos elementos cuantas veces sea necesario con el fin de alcanzar una coherencia aceptable entre ellos. Se ha diferenciado entre equilibrio reflexivo amplio y equilibrio reflexivo limitado. El primero es el que se aplica al arsenal de posiciones desarrolladas en filosofía política y moral, y enfoca su esfuerzo en buscar la deliberación sobre qué es lo correcto; y el segundo, es el que tiene como objeto exclusivamente un grupo particular de casos y un grupo de principios que les aplican, y no se someten sus elementos a amplias críticas desde perspectivas morales alternativas. DANIELS, “Reflective equilibrium”, (<https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=reflective-equilibrium>) En este trabajo, en virtud de su objeto, se asume la perspectiva del equilibrio reflexivo limitado.

los modelos de proceso penal estudiados se corresponden con los valores asumidos; y, finalmente, se plantearán las propuestas concretas en relación con cada uno de los modelos de proceso estudiados.

Precisados los límites del camino y la ruta a seguir, es momento ahora de iniciar el recorrido.

2. Los valores orientadores del proceso penal.

2.1 Consideraciones preliminares.

En términos estrictamente descriptivos el proceso penal tiene como objetivo básico e inmediato definir en los casos concretos, en un contexto institucional y a través de un trámite regulado jurídicamente, si se presentan o no los elementos que habilitan la imposición de una pena, si se debe imponer o no la misma, y en caso de que deba imponerse definir su cantidad, calidad y modalidades⁶⁵³. La mención de este objetivo, que se formula aquí deliberadamente de la forma más amplia posible, sirve para identificar el contenido mínimo al que se remite la noción de proceso penal⁶⁵⁴, y permite ubicar dentro de sus contornos las distintas definiciones y también los distintos modelos de proceso que suelen caracterizarse como penales⁶⁵⁵.

Esta especie de consenso mínimo con respecto al objetivo básico que identifica al proceso penal deja de existir cuando la discusión se mueve al plano normativo, es decir a la definición de cómo se debe configurar el procedimiento penal, y más específicamente, a la identificación de cuáles son los valores o fines que deben orientar la configuración de los modelos de procedimiento, y esto se evidencia en que existe una amplia multiplicidad de posturas al respecto. De cualquier forma, revisado un número significativo de textos que abordan la cuestión se observa que en muchos de ellos se

⁶⁵³ Adaptado de: BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 49.

⁶⁵⁴ Se considera que la ubicación de este objetivo mínimo es coherente con definiciones descriptivas básicas que se hacen del concepto de proceso penal y de derecho procesal penal, como las que se pueden encontrar en: ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, p. 1; MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino*, p. 102; y el ya citado BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 49.

⁶⁵⁵ Así, se considera que este objetivo mínimo es compartido, y en últimas es el común denominador, de las distintas prácticas históricas que se han identificado como procedimiento penal y de los distintos modelos de procedimiento penal contemporáneo. Para un resumen de distintos modelos históricos de proceso penal, ver: MAIER, *Derecho procesal penal*, pp. 264-468.

asumen como valores o fines, además de la aplicación de la ley penal (que reconduce al objetivo básico referido previamente), uno o varios de los siguientes: el descubrimiento de la verdad; la observancia de garantías para el procesado; la aplicación eficiente de la ley penal; y el restablecimiento de la paz jurídica o paz social^{656 657}.

Debe precisarse que el hecho de que en distintas concepciones se presenten coincidencias parciales en el reconocimiento de estos valores de ninguna manera implica que las diversas posturas sobre el tema sean similares. Al contrario, existen en los planteamientos de los autores diversas combinaciones entre los valores señalados, distintas formas de relacionarlos entre sí, y diferentes contenidos asignados a cada uno, al punto de construirse con referencia a ellos posturas axiológicas bastante disímiles en cuanto a su contenido. Así, con exclusivo ánimo enunciativo y sin implicar que las posturas incluidas dentro de cada grupo sean similares entre sí, se puede hacer referencia diferenciada a concepciones centradas específicamente en el proceso penal que incluyen a la paz jurídica o social dentro de su esquema de fines⁶⁵⁸; a concepciones que incluyen la eficiencia como valor relevante⁶⁵⁹; a las demás con un esquema plural de valores que no incluyen ni la paz jurídica o social ni la eficiencia⁶⁶⁰; a algunas que se concentran en un solo valor orientador⁶⁶¹; a algunas que son encuadrables dentro del esquema de valores mencionado pero que tienen referentes más amplios como el de la

⁶⁵⁶ Para una exposición de los contenidos y diferencias de las nociones de paz jurídica y paz social en el contexto del debate doctrinal alemán, ver: RAGUÉS, “La función del proceso en el sistema integral del derecho penal: Una valoración crítica del estado de la cuestión”, pp. 1208-1210.

⁶⁵⁷ Se debe aclarar que los distintos autores no utilizan exactamente la terminología que se usa en este trabajo para referirse a su propia concepción sobre los valores que deben guiar la regulación del proceso penal. Por lo tanto la correspondencia de sus planteamientos con la terminología aquí utilizada, que por cierto debe ser entendida en sentido amplio, se da en el marco del intento de este autor de sintetizar de manera muy gruesa los referentes básicos a los que se suele reconducir la discusión sobre el tema.

⁶⁵⁸ ROXIN, *Derecho procesal penal*, p. 2; ESER, *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, pp. 330-331; VOLK, *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*, pp. 45-47; MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino*, pp. 111-121; WEIGEND, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, pp. 167-169; RAGUÉS, “La función del proceso en el sistema integral del derecho penal: Una valoración crítica del estado de la cuestión”, pp. 1214-1216.

⁶⁵⁹ DRESSLER y MICHAELS, *Understanding criminal procedure – Volume 2: Adjudication*, pp. 15-16; DAMAŠKA, *Truth in adjudication*, p. 305; BINDER, *Introducción al derecho penal*, pp. 52-59.

⁶⁶⁰ ASHWORTH y REDMAYNE, *The Criminal Process*, p. 23; ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, pp. 31-33; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, pp. 66-68.

⁶⁶¹ LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal*, p. 22; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 33-34.

prueba o el del proceso en general⁶⁶²; y, finalmente, a algunas que asumen criterios diferentes como la integración social⁶⁶³ o la legitimidad autorreferente del proceso⁶⁶⁴.

En últimas, son dos las conclusiones que se pretenden extraer de esta enunciación de posturas sobre los valores del proceso. La primera es que son muchas y muy diversas, y por tanto su exposición y crítica detallada excede las posibilidades de este capítulo. La segunda es que a partir de ellas se puede reforzar la idea ya expresada, de que asumir una posición sobre los valores orientadores del proceso es esencial, si lo que se busca es hacer un planteamiento fundamentado sobre algún aspecto de la configuración procesal⁶⁶⁵.

De la intersección entre estas dos conclusiones surge la forma en que se abordará la cuestión de los valores orientadores del proceso penal en este trabajo. Así, lo que se hará es definir y desarrollar una postura específica con respecto a cuáles deben tomarse como los valores orientadores del proceso penal y cuál debe ser el contenido de cada uno, que pretende insertarse en el marco del debate existente sobre el tema y que se asumirá como referente de las conclusiones posteriores a las que se arribe en este trabajo, pero prescindiendo, por las razones señaladas, de la reconstrucción del debate actual en la literatura.

2.2. ¿Cuáles deben ser los valores orientadores de los modelos de procedimiento penal? Toma de postura.

En este trabajo se considerará que los valores orientadores de los modelos de proceso penal deben ser los siguientes: 1) la orientación cognoscitiva; 2) la eficiencia; 3) el respeto de las garantías del procesado; y 4) la consideración de los intereses de la víctima. El objeto de este apartado será exponer el contenido que se asigna aquí a cada

⁶⁶² FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 30-31; TARUFFO, *Simplemente la verdad*, p. 136.

⁶⁶³ LEMPERT, “Anglo-American and Continental Systems: Marsupials and Mammals of the Law”, p. 410.

⁶⁶⁴ Aquí es posible ubicar las posturas de LUHMANN y LESCH, que se presentan en: RAGUÉS, “La función del proceso en el sistema integral del derecho penal: Una valoración crítica del estado de la cuestión”, pp. 1210-1211.

⁶⁶⁵ En el mismo sentido: RAGUÉS, “La función del proceso en el sistema integral del derecho penal: Una valoración crítica del estado de la cuestión”, p. 1216.

uno y los criterios que de ellos se pueden deducir para la regulación de la fase intermedia.

2.2.1. Orientación cognoscitiva.

2.2.1.1. Concepto y fundamento.

El primer valor, y posiblemente el más relevante, es la orientación cognoscitiva del proceso⁶⁶⁶. En virtud de este, se considera que aporta valor a un modelo de proceso penal que su configuración tenga como objetivo conocer la verdad de lo sucedido y que este conocimiento sea un referente necesario al momento de definir si se impone o no una sanción penal⁶⁶⁷.

Se utiliza aquí el término orientación cognoscitiva, en cambio de por ejemplo descubrimiento de la verdad sobre los hechos, porque se considera que da cuenta de manera más clara de algunos aspectos que aquí se pretenden resaltar, como: la concepción no ingenua de la verdad como correspondencia de la que se parte; el carácter solamente aproximativo y relativo del descubrimiento de la verdad al que se puede llegar en virtud de las complejidades epistemológicas que se enfrentan al desarrollar la actividad procesal; y, estrechamente ligado con lo anterior, el papel de la verdad en el proceso como ideal regulativo, nunca realizable del todo, pero fundamental como guía teleológica de la configuración de las instituciones concretas del proceso penal.

Para empezar por la concepción de la verdad como correspondencia, esta consiste en asumir, en palabras de TARUFFO, que: “la realidad externa existe y constituye el baremo de medida, el criterio de referencia, que determina la verdad o la falsedad de los

⁶⁶⁶ El término orientación cognoscitiva se adapta a partir de la referencia reiterada que hace FERRAJOLI a su concepción de un *modelo procesal cognoscitivo* como referente normativo de proceso penal. Se hace así, dado que el planteamiento de FERRAJOLI es un referente fundamental de lo que aquí se defenderá, aunque no se puede afirmar que en lo que aquí se entiende por *orientación cognoscitiva* se recojan de manera completa o totalmente coherente los planteamientos del mencionado autor. Para una referencia, entre muchas, al modelo procesal cognoscitivo, ver: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 540.

⁶⁶⁷ No sobra aclarar que la búsqueda de la verdad de lo sucedido en el proceso no se refiere a una reconstrucción amplia de la verdad histórica, sino de la existencia o no en el caso concreto de los elementos necesarios para atribuir responsabilidad penal. En ese sentido: SILVA SÁNCHEZ, *Pace Law Review*, p. 873.

enunciados que se ocupan de ella⁶⁶⁸. De ahí que la verdad de un enunciado dependa de que el acontecimiento que describe haya existido o exista efectivamente en la realidad⁶⁶⁹, y no, por ejemplo, de que haya consenso sobre su ocurrencia, ni de que sea coherente con otros enunciados relacionados⁶⁷⁰.

Se habla aquí de una concepción no ingenua de la verdad como correspondencia, porque en ella se reconoce la imposibilidad epistemológica de afirmar con absoluta seguridad la verdad sobre cualquier enunciado empírico, no solo en el ámbito del proceso judicial sino también al nivel de las teorías científicas y del conocimiento en general, en virtud de que las inferencias que se pueden hacer sobre este tipo de enunciados son siempre susceptibles de refutación⁶⁷¹. Sin embargo, en la mencionada concepción, el reconocimiento del carácter no absoluto de la verdad de los enunciados empíricos no lleva a asumir una posición radicalmente escéptica con respecto a la posibilidad de verdad, sino simplemente a reconocer que este tipo de enunciados se deben evaluar en términos aproximativos, y que su aceptabilidad dependerá del grado de corroboración que sobre ellos se alcance⁶⁷² y no de su certeza racional absoluta⁶⁷³.

⁶⁶⁸ TARUFFO, *Simplemente la verdad*, p. 95.

⁶⁶⁹ Son varios los autores relevantes que asumen la concepción de verdad como correspondencia como base de sus reflexiones sobre el proceso judicial. Entre los más relevantes para el planteamiento de este apartado vale citar: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 47-50; TARUFFO, *Simplemente la verdad*, p. 93-98; FERRER, *La valoración racional de la prueba*, p. 30; FERRER, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 73; DAMAŠKA, *Truth in adjudication*, p. 291; GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 40-43; HAACK, *Harvard journal of law and public policy*, p. 17.

⁶⁷⁰ Los ejemplos arriba mencionados corresponden a planteamientos que se podrían derivar de asumir concepciones de verdad alternativas a la de verdad como correspondencia. Entre ellas están las concepciones de verdad coherentistas, comunicativas, dialécticas, y consensuales. Para una visión crítica de las potencialidades de estas concepciones en el contexto judicial, ver: GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 50-59; DAMAŠKA, *Truth in adjudication*, p. 291-296.

⁶⁷¹ La aceptación de este planteamiento, en líneas generales, es común en: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 50, 129-130; FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 91-92. Es notable como los autores citados se remiten para justificar su posición, entre otros, a los desarrollos teóricos de POPPER. En concreto, el argumento de este autor con respecto a porque no se puede afirmar la verdad absoluta de enunciados empíricos, en: POPPER, *La lógica de la investigación científica*, p. 46. Además, para una visión amplia de la discusión epistemológica sobre la posibilidad de certeza con respecto al del conocimiento empírico, ver: GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 16-28.

⁶⁷² Esta idea también es compartida en términos generales por FERRAJOLI, DAMAŠKA, y TARUFFO, pero aquí se formula de manera mucho más cercana a la de: FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 26-27.

⁶⁷³ Es interesante mencionar que esta concepción de la verdad como correspondencia desde una perspectiva no ingenua es diferente de aquellas concepciones de verdad en que se suele concentrar el debate en el ámbito procesal. Una de ellas es la de verdad procesal, que básicamente asume como verdadera la conclusión que se derive del trámite procesal, y es diferente de la que aquí se defiende porque carece de la referencia a la averiguación de lo efectivamente ocurrido en la realidad como guía

Más allá de esta limitación epistemológica general, las características propias de la práctica judicial, y para el caso específico las del proceso penal, traen consigo todo un grupo de lo que aquí se denominará *complejidades epistemológicas*, que dificultan la aproximación de lo aceptado por verdadero en la decisión judicial al ideal de la verdad como correspondencia. Estas deben ser consideradas de manera cuidadosa para poder definir, en concreto, qué contenido específico se debe asignar al valor procesal de la orientación cognoscitiva y cuáles deben ser sus derivaciones en la regulación de las instituciones procesales⁶⁷⁴.

Empero, antes de abordar el asunto de las complejidades epistemológicas, es importante aclarar cuál es el fundamento para considerar como valioso un modelo de proceso orientado a la búsqueda de la verdad, punto en el cual aquí se retomará a grandes rasgos la postura de FERRAJOLI.

El citado autor parte de considerar que en el proceso penal se oponen el poder y el saber, en otras palabras, entiende el proceso penal como una actividad en la que colisionan el poder discrecional de decisión (*auctoritas*) y el conocimiento (*veritas*)⁶⁷⁵. El poder se expresa en el proceso penal en que, en últimas, este es un espacio de decisión, relativo a la imposición o no de una pena, en el que siempre existen y existirán márgenes más o menos amplios de discrecionalidad en el momento de la selección e interpretación de las normas aplicables al caso, en la formulación y verificación de los hechos, y en la imbricación entre ambos que fundamenta la decisión judicial⁶⁷⁶. El saber, por su parte, corresponde al límite fundamental con el que se debe controlar el ejercicio de ese poder discrecional, pues entre mayor sea la exigencia de verdad en el proceso, menor será el campo para el ejercicio arbitrario del poder de decisión⁶⁷⁷, sin que el poder discrecional sea nunca reducible del todo, en virtud de que las

teleológica de la configuración del proceso; y la otra es la de verdad material, que se concentra en la posibilidad que se tiene de llegar a conocer la verdad de lo ocurrido a través del trámite procesal, pero no tiene en cuenta de manera suficiente las complejidades epistemológicas que se presentan en la averiguación de los hechos en el proceso.

⁶⁷⁴ En el mismo sentido: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 46.

⁶⁷⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 46.

⁶⁷⁶ Aquí se hace una interpretación en palabras más simples de lo que FERRAJOLI denomina el poder judicial que descompone en cuatro tipos: poder de denotación, de interpretación o de verificación jurídica; poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; poder de connotación o de comprensión equitativa; y poder de disposición o de valoración ético-política. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp.38-40

⁶⁷⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 45-46.

posibilidades de conocimiento en el proceso penal encuentran un límite en lo que aquí se ha denominado complejidades epistemológicas⁶⁷⁸. Así, en los términos de FERRAJOLI, los modelos de proceso con exigencias deficientes en relación con la verdad se pueden calificar como *decisionistas*, mientras los modelos con exigencias aceptables con respecto a la verdad se pueden calificar como *cognoscitivos*, y son para él los únicos legítimos⁶⁷⁹. En síntesis, para el autor, la legitimidad de las decisiones penales se debe condicionar a la verdad empírica de sus motivaciones⁶⁸⁰.

Con lo anterior queda claro que la verdad sirve como un límite para el ejercicio del poder discrecional en el proceso, pero no se termina de precisar por qué procesos con más exigencia en cuanto a la verdad son preferibles que procesos con límites menos estrictos para la toma de decisiones discrecionales. Este fundamento último es para FERRAJOLI la deferencia que merece toda persona de solamente ser castigada con una pena en virtud de la verificación de su responsabilidad penal en la comisión de un delito⁶⁸¹. En las elocuentes palabras del autor:

Para justificar las decisiones que concluyen un juicio penal no basta -si se adhiere a una opción garantista- que tengan «éxito» o que genéricamente «satisfagan» las funciones de prevención y de seguridad que también son propias del derecho penal. Ni basta que reciban el consenso de la comunidad: ni una amplísima mayoría y ni siquiera la totalidad de los consensos pueden justificar que se acepte como presupuesto de una decisión penal una tesis no probada o no sometible a prueba. No se puede sacrificar la libertad de un hombre de quien no se haya verificado la responsabilidad penal al interés o a la voluntad de todos. Este es, como se verá, un postulado político fundamental del liberalismo penal, que excluye tanto la justificación meramente instrumentalista o utilitarista como la consensualista o democrática de las decisiones punitivas. En el derecho penal,

⁶⁷⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 69.

⁶⁷⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 539-542.

⁶⁸⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 69.

⁶⁸¹ Este fundamento es además consistente con el principio fundamental de la teoría del delito de que solamente se puede castigar a una persona si le es imputable un injusto culpable o principio de culpabilidad. Así la orientación cognoscitiva del proceso se podría fundamentar como una derivación procesal del principio de culpabilidad penal, que en últimas reconduce a la idea de dignidad humana. Para una perspectiva general de la idea de culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad penal: MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, pp. 134-138; ROXIN, *Derecho Penal Parte General - Tomo I*, 195, 222-223, 791-794.

*la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la «verdad» precisamente en el sentido de «correspondencia» lo más aproximada posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados.*⁶⁸²

El fundamento del valor de la verdad en el proceso planteado por FERRAJOLI es desde el punto de vista de este trabajo una raíz más firme para esta idea que la propuesta por otros autores al respecto. En concreto se hace referencia aquí al planteamiento de FERRER, que vale aclarar se realiza en el ámbito específico de la prueba jurídica y no del proceso penal.

El mencionado autor plantea como el fundamento de reconocer la averiguación de la verdad como objetivo, en síntesis, que el descubrimiento de la verdad en el proceso tiene relación directa con el éxito del derecho al momento de cumplir con su función de dirigir la conducta de sus destinatarios, ya que solo si se imponen las sanciones determinadas en las normas a las personas que efectivamente infringieron sus prescripciones, y no a otras, el derecho puede influir el comportamiento de las personas para que actúen de acuerdo con lo que prescribe la norma jurídica⁶⁸³. Resumido en las palabras del propio FERRER: “sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios”⁶⁸⁴.

Aquí se considera que el punto que en el planteamiento del mencionado autor no se considera de manera suficiente es que la relación entre el éxito del derecho como mecanismo para guiar la conducta de las personas, por un lado, y que las decisiones judiciales se tomen con base en hechos verdaderos, por el otro, aunque posible, no es necesaria. Esto ya que si el objetivo es influir en el comportamiento de las personas destinatarias del derecho a través del proceso parece mucho más relevante que las decisiones judiciales sean aceptadas o percibidas como legítimas por los destinatarios de la prescripción, y no que sustancialmente correspondan con la verdad; pues además, que

⁶⁸² FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 68.

⁶⁸³ FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 29-31.

⁶⁸⁴ FERRER, *La valoración racional de la prueba*, p. 30.

los hechos que sustentan una decisión correspondan con la verdad no es requisito necesario para que esta sea percibida como legítima.

Un indicio de que no es necesaria la relación entre descubrimiento de la verdad en el proceso y la posibilidad del derecho de ser mecanismo de guía de conducta puede verse en que poco se preocupan por el fundamento en hechos verdaderos de las decisiones judiciales específicas algunas concepciones de procedimiento centradas en enviar mensajes o generar efectos sociales, como la de LUHMANN, que plantea que el proceso se legitima en sí mismo ya que favorece la aceptabilidad social de la decisión; o como las que parten del carácter teatral o simbólico del proceso, que centran el valor de la decisión en la comunicación al público de que se ha hecho justicia⁶⁸⁵; o incluso en perspectivas como la de LEMPERT, quien claramente dice que para que el proceso contribuya a la integración social (objetivo del proceso para él) basta con que las decisiones se fundamenten en evaluaciones de pruebas confiables, *aparentemente* racionales y no sesgadas⁶⁸⁶.

En resumen, aquí se considera que para sustentar la importancia de reconocer a la orientación cognoscitiva del proceso como valor fundamental del mismo es preferible recurrir a sostener que esta debe fungir como un límite al ejercicio del poder discrecional de decisión judicial porque esto promueve que las personas solo sean castigadas penalmente cuando son efectivamente responsables de la comisión de un delito, y no a sostener que la fundamentación de las decisiones en hechos verdaderos es necesaria para garantizar que los ciudadanos cumplan con las prescripciones del derecho. Aclarado esto, es momento de volver al tema de las complejidades epistemológicas que tiene el proceso para aproximar sus resultados al ideal de la verdad como correspondencia.

⁶⁸⁵ Una visión crítica de la relación entre las concepciones del proceso arriba señaladas y la verdad, en: TARUFFO, *Simplemente la verdad*, pp. 114-125.

⁶⁸⁶ LEMPERT, “Anglo-American and Continental Systems: Marsupials and Mammals of the Law”, p. 410.

2.2.1.2. Complejidades epistemológicas para la aproximación a la verdad en el proceso.

Más allá del límite epistemológico que aplica de manera general al conocimiento de los hechos empíricos, del que ya se habló, el descubrimiento de los hechos relevantes en los procesos judiciales, y en este caso los propios del proceso penal, en virtud de sus particularidades se enfrenta a algunas complejidades epistemológicas específicas que se pueden agrupar en cuatro tipologías según las características de las que se derivan: 1) propias de tener como objeto de prueba hechos individuales e irrepetibles; 2) propias del carácter institucionalizado del procedimiento; 3) propias de la indeterminación relativa de los enunciados jurídicos y fácticos; y, 4) propias de la subjetividad específica de los participantes en el trámite judicial. A continuación se hace necesario detenerse en las complejidades incluidas en cada tipología.

La primera tiene que ver con que el objeto de prueba en el proceso penal son hechos individuales e irrepetibles, por regla general acaecidos en el pasado, y por tanto en este contexto se debe lidiar con las complejidades epistemológicas del conocimiento de este tipo de fenómenos⁶⁸⁷.

La complejidad específica en este caso se deriva de que en el trámite se carece de la posibilidad de reproducir los hechos que se pretenden afirmar como verdaderos, es decir, para la prueba de los enunciados fácticos en el procedimiento penal no es posible recurrir al método experimental para reproducir los fenómenos y someterlos así a observación directa, siendo que esta posibilidad sí existe en otras disciplinas que también trabajan con datos empíricos, como las denominadas ciencias experimentales. Por ello, entonces, el alcance de la observación directa como método de descubrimiento de la verdad en el proceso penal es bastante limitado⁶⁸⁸.

Como consecuencia de lo anterior, la reconstrucción de los hechos en el proceso judicial se realiza casi siempre a partir de fuentes indirectas o mediatas, en la medida en que se recurre a los vestigios que el hecho ha dejado y que se pueden contrastar en el presente

⁶⁸⁷ Al respecto: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 51-53; GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 105-107; FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 32-35.

⁶⁸⁸ En principio, se limitaría a casos en que tienen alto valor probatorio diligencias como el reconocimiento judicial o la inspección ocular. GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 88-89.

(por ejemplo documentos o huellas físicas del delito), o se producen nuevas informaciones sobre los hechos en el mismo marco institucional del proceso (por ejemplo testimonios, careos etc.), que combinadas con algunos criterios generales como las reglas de la ciencia o la experiencia, permiten formular hipótesis sobre la forma en que se desarrollaron en la realidad los hechos relevantes⁶⁸⁹. En últimas, lo que se busca decir es que a las limitaciones propias del conocimiento inductivo en general, en el proceso penal se deben añadir las complejidades derivadas de la casi ineludible aproximación indirecta al objeto de conocimiento.

Para aclarar, tómesese como ejemplo el caso de una prueba testimonial en la que el declarante acredita que presencié directamente la comisión de un homicidio, que es una prueba a la que se suele asignar, por buenas razones, un valor probatorio muy importante en los procedimientos concretos. Este tipo de prueba no puede considerarse, en términos epistemológicos, con igual valor a la de la observación directa de los hechos por quien tiene la facultad de decidir, pues siempre puede cuestionarse la credibilidad de lo dicho, ya que existe la posibilidad, nunca del todo descartable, de que el declarante esté diciendo una mentira, haya incurrido en un error en la percepción del hecho, o de que su claridad sobre lo sucedido esté afectada por errores en la memoria⁶⁹⁰. A esto debe añadirse que el contenido de la declaración puede contradecir el contenido de otras pruebas integradas al proceso, o que si la declaración fue tomada por escrito, y en un momento posterior se pretende dar valor probatorio al acta correspondiente, se deben sumar a la ecuación todos los posibles errores o falsedades que podrían haberse añadido en ese paso adicional⁶⁹¹.

Un segundo grupo de complejidades epistemológicas se derivan del carácter institucionalizado del procedimiento⁶⁹². Esto ya que en el ámbito del proceso penal, y de los procesos judiciales en general, la toma de decisión sobre la aceptación o no de unos enunciados fácticos como verdaderos se caracteriza por ser jurídicamente autorizada,

⁶⁸⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 52-54, 141-147; GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 106-107.

⁶⁹⁰ GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 92-93.

⁶⁹¹ Para un ejemplo interesante del carácter casi siempre indirecto de las inferencias probatorias en el proceso: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 130-133. Con relación a las distorsiones de las declaraciones de sentido asentadas en acta, especialmente en los eventos en que se dan sin garantizar la contradicción: SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, pp. 37-38.

⁶⁹² La idea del carácter *institucionalizado* del procedimiento se toma de: GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 107-111.

definitiva, y por generar muy relevantes efectos prácticos; en un contexto que, a su vez, necesariamente se caracteriza por disponer de tiempo y de recursos estrictamente limitados, y por tener un procedimiento jurídicamente regulado cuya observancia le confiere validez⁶⁹³. La consecuencia de esto es que en el proceso penal se presentan particulares complejidades epistemológicas, en comparación con otros contextos no institucionalizados o con una regulación institucional menos rígida, en que también se busca verificar la correspondencia con la verdad de enunciados empíricos.

Para explicar adecuadamente las implicaciones de esta idea se considera de utilidad comparar brevemente las características propias del procedimiento de aceptación como verdaderos de enunciados fácticos en el trámite judicial, con la realización de esta misma actividad en otros contextos, como el de la investigación histórica, o, en últimas, el de cualquier investigación académica con objeto empírico.

La primera diferencia fundamental entre ambas está en las fuentes de información que pueden tenerse en cuenta para acreditar la verdad de los enunciados fácticos. Así, en el ámbito de la investigación académica el tipo de fuentes de información a las que puede recurrirse serán todas aquellas disponibles que puedan considerarse relevantes para los objetivos propuestos; mientras, en el procedimiento judicial solamente se pueden utilizar las pruebas admisibles de acuerdo con la regulación jurídica, que hayan sido debidamente aportadas y admitidas al proceso en los términos jurídicamente reglados⁶⁹⁴. Esto, desde luego, implica un límite epistemológico adicional para el proceso judicial, ya que restringe el universo de informaciones disponibles que pueden tenerse en cuenta para la toma de decisión.

Otra diferencia importante está en los rangos temporales y el tipo de conclusiones a los que se debe llegar. Una investigación académica puede prolongar su duración por el

⁶⁹³ Sobre la observancia del procedimiento establecido como condición de validez de las conclusiones del proceso: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 60.

⁶⁹⁴ Este punto reconduce al tema de los criterios de admisibilidad de la prueba y de exclusión probatoria en el proceso, frente al que hay acuerdo al menos en que implica la ponderación de consideraciones epistémicas y de valores no epistémicos como la protección de derechos fundamentales o de ciertas relaciones sociales. FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 42-43; GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, p. 109.

lapso que se considere necesario⁶⁹⁵, y no tiene que obligatoriamente llegar a conclusiones definitivas sobre la verdad o falsedad de los enunciados empíricos objeto de estudio, al punto que pueden ser admisibles conclusiones parciales, provisionales, o incluso puede no llegarse a ningún resultado. Al contrario, en el proceso judicial la toma de decisión está sometida a estrictas limitaciones temporales, porque es deseable que el trámite se agote en un tiempo razonablemente corto, y además debe llegar a una conclusión definitiva sobre el objeto de discusión, que por disposición jurídica cierra el debate sobre el asunto (cosa juzgada)⁶⁹⁶. El límite temporal y la necesidad de una conclusión definitiva representan entonces una complejidad epistemológica más para el proceso judicial.

Por otro lado, es posible hacer otra distinción en relación con los efectos que tiene, en los dos contextos, la conclusión sobre la correspondencia con la verdad de un grupo de enunciados empíricos. En el ámbito de la investigación académica los efectos de las conclusiones obtenidas son indirectos, porque estos dependen de la influencia que logren generar en la comunidad académica o en los distintos ámbitos en que puedan ser considerados pertinentes; por su parte, la consideración como verdaderos de los hechos relevantes del caso en el proceso judicial es fundamento de las sanciones penales, y por tanto tiene efectos prácticos, directos, inmediatos y de altísima relevancia.

Estrechamente relacionada con la anterior hay otra diferencia, esta vez relativa a las posibilidades de control intersubjetivo de la corrección de los resultados obtenidos en los dos ámbitos. Así, en el contexto académico, los controles intersubjetivos a los que se someten las conclusiones empíricas alcanzadas son tendencialmente ilimitados, pues pueden darse en cualquier tiempo y por cualquier persona que considere relevante someter a examen los planteamientos defendidos en un trabajo determinado, y por ende una postura sobre la verdad de un grupo de enunciados empíricos que ha sido aceptada durante un largo periodo de tiempo puede ser cuestionada en cualquier momento y por

⁶⁹⁵ Salvo exigencias que puedan imponerse en contextos institucionales académicos como la obligación de productividad académica de un profesor o la necesidad de terminar la tesis doctoral en un tiempo determinado. Al respecto: HAACK, *The american journal of jurisprudence*, p. 47.

⁶⁹⁶ FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 36-38; GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, p.108; HAACK, *The american journal of jurisprudence*, p. 50.

los más diversos medios⁶⁹⁷. Al contrario, en el proceso judicial, las posibilidades de control intersubjetivo de los enunciados relevantes se tienen que dar dentro del mismo proceso (por lo menos aquellas con efectos jurídicos), y están estrictamente reguladas jurídicamente en lo correspondiente a las oportunidades en que pueden realizarse, en cuanto a las formas que deben guardar y en cuanto a los sujetos que pueden realizar esta actividad⁶⁹⁸.

Resumiendo, el contexto institucional rígido en que se realiza la búsqueda de la verdad en el proceso penal genera complejidades epistemológicas específicas, en la medida en que restringe las fuentes de información utilizables; limita el tiempo que se puede dedicar a este objetivo y además exige una conclusión definitiva; limita las oportunidades y formas de control intersubjetivo del contenido de los enunciados que se dan por verdaderos; y, además, genera efectos prácticos directos y de gran relevancia social.

El tercer grupo de complejidades epistemológicas se derivan de la indeterminación relativa de los enunciados jurídicos y fácticos con que se trabaja en el proceso.

En cuanto a la indeterminación de los enunciados jurídicos, es necesario empezar por recordar que la investigación sobre los hechos en el proceso penal tiene como objetivo determinar si lo sucedido en un caso concreto corresponde o no con alguno de los supuestos de hecho⁶⁹⁹ que se consagran en las normas penales. Estos supuestos de hecho se enuncian en las normas a través del uso del lenguaje ordinario, y por tanto, adolecen de la imprecisión y vaguedad propia de este tipo de lenguaje, lo que hace que no sean siempre claros y unívocos. Por esta razón, la definición de qué casos específicos están denotados, en abstracto, en el supuesto de hecho consagrado en una norma

⁶⁹⁷ El tema del control intersubjetivo, que en muchas ocasiones se pierde de vista en el ámbito procesal, es central en el ámbito del conocimiento científico. Esto, hasta el punto, que en visiones tan relevantes actualmente para la comprensión del conocimiento y el método científico como la de POPPER, el criterio para aceptar un enunciado o una teoría como científicas es que sea falsable o refutable, es decir, que sea contrastable intersubjetivamente. En palabras del mismo autor: “la objetividad de los enunciados científicos descansa en el hecho de que pueden contrastarse intersubjetivamente”. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, p. 43.

⁶⁹⁸ En el mismo sentido: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 57-58.

⁶⁹⁹ Se hace necesario entender aquí en un sentido amplio la noción de *supuesto de hecho*, pues debe incluir no solo la descripción de la conducta que se hace en el tipo objetivo, sino todos los demás enunciados sobre hechos que se derivan de las demás categorías de la teoría del delito, de necesaria verificación para que se pueda predicar la responsabilidad penal de una persona determinada.

particular es un asunto susceptible de diversas interpretaciones, cuyo grado de discrecionalidad depende del mayor o menor grado de precisión del lenguaje utilizado en la descripción del supuesto de hecho⁷⁰⁰.

En adición, se debe tener en cuenta que los supuestos de hecho no solamente tienen referentes empíricos externos⁷⁰¹, ya que también incluyen aspectos psicológicos⁷⁰², o incluso términos valorativos⁷⁰³. Esto aumenta la complejidad del objeto de investigación penal, pues los aspectos psicológicos no son directamente contrastables en la realidad, y por ende requieren siempre ser inferidos a través de hechos externos, razón por la que son tendencialmente más difíciles de acreditar⁷⁰⁴; mientras los términos valorativos, de acuerdo con si califican o no hechos externos y con la precisión con que sean delimitados, comportan mayores o menores marcos para la toma de decisiones discrecionales, aunque en todo caso son tendencialmente muy vagos⁷⁰⁵.

Además, la cuestión de la indeterminación del lenguaje no solo involucra la formulación de los supuestos de hecho en las normas legales, sino también la formulación de

⁷⁰⁰ El tema arriba mencionado reconduce a la amplia y controvertida discusión teórica sobre la interpretación de las normas jurídicas. No siendo este el lugar para entrar en ella, aquí se asume, igual que hace FERRAJOLI, la posición ya clásica de HART al respecto. Haciendo aquí un apretadísimo resumen de lo planteado por HART, se puede decir que este autor defiende que el lenguaje general tiene cierto grado de indeterminación que él denomina “textura abierta”. En virtud de esto, en todos los campos de la experiencia en que se usa el lenguaje general, y por tanto también en el jurídico, hay eventos en los que un término aplica claramente a un caso determinado, por ser el caso un ejemplo claramente reconocible del término (casos claros), pero también casos difíciles en los que no es claro si un término aplica o no a un caso en concreto, y en este evento el juez debe realizar una elección en el marco discrecional que le deja el lenguaje, pues debe definir si el caso difícil se asemeja en grado suficiente al caso fácil en aspectos relevantes. HART, *El concepto de derecho*, pp.157-159; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 180-181.

⁷⁰¹ Al respecto: DAMAŠKA, *Truth in adjudication*, pp. 299-300.

⁷⁰² Esto pues el supuesto de hecho en derecho penal incorpora necesariamente uno o varios aspectos psicológicos como: conocimiento de cosas, intenciones, voluntades, o motivaciones. En el ámbito del derecho general: GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, p. 70.

⁷⁰³ Estos, de acuerdo con GASCÓN, son cualificaciones de una conducta o de un estado de cosas que deben ser llenados de contenido mediante juicios valorativos. GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, p. 70. Vale hacer aquí una aclaración conceptual. En el ámbito de la dogmática penal se suele significar con el concepto de *normativo* aquello a lo que aquí se hace referencia con el concepto de *valorativo*. Así, como ejemplo del uso del concepto de *normativo* en dogmática penal se puede citar a PÉREZ-BARBERÁ cuando plantea: “El dolo como concepto-objeto es, pues, un concepto normativo en tanto se trata de “una expresión que connota propiedades valorativas (no empíricas) ... por lo que la determinación de su denotación depende de la aceptación de ciertos juicios de valor” PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 69. En este trabajo, entonces, el concepto de *normativo* no se usa en el sentido que le da PÉREZ-BARBERÁ, como ya se habrá inferido de su contexto de uso en este trabajo, sino en el sentido más usual que se le da en la filosofía del derecho, que es el que se refiere en dicho ámbito a la dimensión de evaluación o justificación sustantiva del derecho, o más sencillamente: a lo que el derecho debe ser. Al respecto: MARTÍ, “Sobre la normatividad de la teoría del derecho”, pp. 432, 438.

⁷⁰⁴ GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 71-72.

⁷⁰⁵ GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, p. 74.

enunciados fácticos en los distintos actos acusatorios y en las decisiones judiciales. Lo anterior quiere decir que en la medida en que los enunciados sobre los hechos en las actuaciones del proceso judicial se formulan en el lenguaje ordinario, tienen también, indefectiblemente, cierto grado de indeterminación, en virtud de la textura abierta del lenguaje. Así, la indeterminación de estos enunciados es irreductible hasta cierto nivel, pero más allá de este, depende de qué tan precisa es la descripción de los hechos en los actos procesales, y de qué tanto se restringe en su formulación el uso de términos indeterminados, valorativos, o incluso la repetición directa de los términos legales⁷⁰⁶.

En síntesis, la relativa indeterminación de los supuestos de hecho de las normas penales y de los enunciados fácticos que se formulan en el proceso genera una complejidad epistemológica adicional en la búsqueda del ideal de la verdad como correspondencia en este contexto. Ello, dado que entre más indeterminado es el lenguaje de los enunciados mencionados, menos precisa es la definición del objeto fáctico de la discusión procesal, y por tanto, es menos claro cuál es el acontecimiento real que habilita la imposición de una sanción penal.

Finalmente, el último grupo de complejidades epistemológicas que aquí se tendrán en cuenta son las propias de la subjetividad específica de los participantes en el trámite judicial. Ellas, básicamente, se derivan del necesario rechazo de la consideración de los distintos participantes en el proceso como sujetos racionales ideales que buscan desinteresada y objetivamente descubrir la verdad sobre los hechos, ajenos a cualquier influencia externa; y de su entendimiento, en cambio, como seres humanos, por ende propensos a presentar sesgos cognitivos, y condicionados por sus circunstancias ambientales, emociones, intereses, inclinaciones y valores⁷⁰⁷.

El gran éxito que ha tenido la psicología cognitiva al cuestionar la idea de que las personas al momento de la toma de decisiones se comportan como agentes completamente racionales⁷⁰⁸, y las muy reconocidas aplicaciones de estas ideas en

⁷⁰⁶ Al respecto: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 124-126.

⁷⁰⁷ Al respecto, refiriéndose exclusivamente al juez: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 56. Al respecto, refiriéndose exclusivamente a las partes intervinientes en el proceso: FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 38-39.

⁷⁰⁸ Un resumen autorizado de los presupuestos básicos, evolución, críticas y aplicaciones en diversas áreas del conocimiento, de los estudios sobre heurísticos y sesgos desarrollados por la psicología cognitiva, que constituyen una crítica directa a la idea de que las personas a la hora de la toma de decisiones se

disciplinas prácticas como la economía⁷⁰⁹, hacen que sea ineludible que sus hallazgos sean considerados en distintos ámbitos del conocimiento, de los que no se pueden excluir el derecho procesal y el derecho probatorio. Aunque un programa de investigación respecto a este punto no puede aquí ni siquiera empezar a pensarse, el reconocimiento de la relevancia de la aceptación de este tipo de concepciones de ser humano en ciencias sociales se considera suficiente para cuestionar que se continúe asumiendo la ingenua concepción, especialmente del juez⁷¹⁰, como un decisor completamente objetivo y racional⁷¹¹, especialmente cuando esta sirve como elemento

comportan como agentes completamente racionales, puede encontrarse en: GICOVICH y GRIFFIN, "Introduction - Heuristic and biases: then and now", pp. 1-18. Por otro lado, una publicación dirigida al público no experto, escrita por el posiblemente mayor referente en el área: KAHNEMAN, *Thinking fast and slow*.

⁷⁰⁹ Por ejemplo, al economista Richard THALER le fue concedido el prestigioso Premio Nobel de economía, en el año 2017, por su trabajo en economía comportamental, que introduce al estudio de la teoría económica la consideración de factores de psicología humana como la racionalidad acotada (*bounded rationality*). NOBELPRICE.ORG, "The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2017" (<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2017/summary/>). El mencionado autor, en un famoso artículo, propugna porque los modelos económicos descriptivos superen el uso del *homo economicus* (agente ideal completamente racional) y tomen en consideración una concepción más realista de los agentes económicos, es decir tengan en cuenta al *homo sapiens*. Dentro de las variaciones que este cambio de concepción implica, el autor menciona la necesaria limitación del coeficiente intelectual del viejo *homo economicus*; la consideración de este como un sujeto emocional; una visión más realista de su capacidad de aprendizaje; y la necesidad de tener en cuenta una mejor comprensión las características reales de la cognición humana. THALER, *Themis - Revista de Derecho*, pp. 299-306. Así mismo, a Daniel KAHNEMAN le fue concedido el Premio Nobel de economía, en el año 2002, por haber integrado aportaciones desde la psicología cognitiva a la investigación en ciencias económicas. NOBELPRICE.ORG, "The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002" (<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/kahneman/facts/>)

⁷¹⁰ En el Capítulo 1 del presente trabajo (apartado 2.4), siguiendo esta misma línea de razonamiento se criticó que el juez de instrucción pueda ser concebido como un decisor imparcial en la fase intermedia del procedimiento abreviado español, en parte por los sesgos cognitivos que parece destinado a sufrir por haber realizado funciones previas de investigación y control del caso. Si hay interés en una explicación explícita sobre el rol de las ideas sobre sesgos cognitivos en esta argumentación vale la pena remitirse al mencionado apartado. También puede verse SCHÜNEMANN, quien reconoce la relevancia de este fenómeno en el contexto del procedimiento penal alemán. SCHÜNEMANN, *La reforma al proceso penal alemán*, pp. 38-39.

⁷¹¹ Esta parece ser la concepción de juez por detrás de la posición de TARUFFO con respecto a la posibilidad del juez de tomar una decisión imparcial después de haber ejercido en el proceso poderes de instrucción. Ello pues considera que en cuanto *el juez dirija su actuación hacia la finalidad consistente en la determinación de la verdad de los hechos en base a pruebas mantendrá su imparcialidad*, siempre y cuando no se encuentre en las hipótesis que por ley obligan a la abstención o recusación, e incluso considera valioso que se atribuyan y que el juez efectivamente ejerza poderes de instrucción adecuados para contrarrestar la posible indiferencia y hasta hostilidad que puedan tener las partes con respecto a la verdad. TARUFFO, *Simplemente la verdad*, pp. 137-140. A mi modo de ver, en su postura, TARUFFO pierde de vista que el juez al momento de ejercer un rol investigativo, al modo del juez instructor en el proceso abreviado español, asume, al menos en el ámbito del proceso penal, una posición acusatoria que implica la toma de posturas cognoscitivas e incluso emotivas con respecto al caso, que tendencialmente luego le generarán un sesgo en la forma en que percibe los hechos, al momento de tomar una decisión que debería ser imparcial. En últimas, concibe al juez como un agente racional que no se afecta por estos factores

de referencia para propuestas de diseño de esquemas procesales o de configuraciones institucionales en el ámbito del proceso.

Esto genera una complejidad epistemológica adicional, porque involucra la necesidad de considerar seriamente, al momento de realizar propuestas normativas con respecto a la regulación del proceso, los distintos factores limitativos de la completa racionalidad humana, y sus relaciones con el objetivo de construir un modelo de proceso que se oriente a la búsqueda de la verdad. Así, se introducen nuevas variables que complejizan la visión de la actividad procesal, si se compara con aquella que parte de agentes racionales ideales. Sin embargo, esta complejidad adicional se debe asumir necesariamente, so pena de realizar propuestas, tal vez más simples y elegantes, pero que pueden generar efectos contrarios a los esperados al momento de su aplicación práctica.

Vale la pena hacer una síntesis general de lo dicho en todo el apartado. La búsqueda de la verdad en el proceso penal se encuentra con varias complejidades epistemológicas, en su conjunto distintas a las que se pueden presentar en otros ámbitos. En primer lugar, dado que tiene como objetivo la investigación de hechos individuales e irrepetibles, es ineludible, en gran medida, una aproximación indirecta a su conocimiento. En segundo lugar, dado que la averiguación se realiza en un contexto institucional rígido, esta actividad tiene importantes restricciones en cuanto a fuentes de información, tiempo, recursos y posibilidades de control intersubjetivo. En tercer lugar, dada la indeterminación relativa de los enunciados que se tienen como referentes en esta actividad, existen siempre grados de imprecisión en la delimitación del objeto fáctico en el debate judicial. Y, por último, dada la subjetividad específica de los distintos participantes en el trámite, que implica que estos no se comportan en el proceso como sujetos racionales ideales, se debe tener en cuenta la influencia que tienen los factores limitativos de la completa racionalidad humana en la forma en que se da la búsqueda de la verdad en el proceso.

cognitivos y emocionales, y no como un ser humano vulnerable a afectaciones derivadas de este tipo de factores.

Todos estos factores, indefectiblemente, deben considerarse al momento de realizar una propuesta con relación a cómo se puede orientar racionalmente el proceso hacia la búsqueda de la verdad, en el nivel abstracto relativo al contenido del valor de la *orientación cognoscitiva*, y también en la regulación concreta de las instituciones procesales.

2.2.1.3. ¿Cuál es el contenido de la *orientación cognoscitiva* como valor del proceso penal en cuanto a la fase intermedia?

El contenido de la orientación cognoscitiva como valor del proceso penal, en abstracto, se podría condensar en la siguiente fórmula general: *La configuración del proceso penal tendrá valor cuando se oriente a la búsqueda de la verdad, en el marco de las posibilidades epistemológicas que le permite su objeto de conocimiento.*

Esta fórmula general adquirirá contornos más concretos según el tipo de actividad procesal en la que se pretenda considerar: por ejemplo, la orientación cognoscitiva implicará cosas distintas si se considera en la actividad de la decisión sobre las reglas de admisibilidad y práctica de prueba⁷¹²; en la valoración de la justificabilidad de realizar ciertas diligencias investigativas que implican afectación de derechos fundamentales; o en el ámbito de la regulación de la presentación y control de los actos acusatorios del proceso. Además, restringirá su alcance específico según las limitaciones que le genere, en la actividad procesal en que se está considerando, su necesaria armonización con los demás valores relevantes para la regulación del proceso.

Como en este trabajo el objeto de estudio es la fase intermedia del proceso penal, en este punto se hablará de los contornos que se considera debe adquirir la orientación cognoscitiva como valor guía de la forma de configurar este tipo de actividad procesal, y en momentos posteriores, con un mayor grado de concreción, se planteará una posición sobre su alcance específico en relación con los demás valores orientadores, en el marco de los particulares sistemas procesales estudiados en esta tesis.

⁷¹² Así, por ejemplo, para FERRER, en el ámbito de la maximización de las posibilidades de acierto de la decisión probatoria la preocupación central es promover la formación de un conjunto probatorio lo más rico posible cuantitativa y cualitativamente. FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)” p. 408.

Precisado lo anterior, aquí se defenderá que la orientación cognoscitiva de un modelo de fase intermedia del proceso penal debe evaluarse de acuerdo con el grado en que presenta las siguientes dos condiciones: *verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias*; y *procedimientos que permitan la efectiva verificación y refutación de esas hipótesis*⁷¹³.

El fundamento epistemológico de esta postura está en que, siguiendo a POPPER, puede afirmarse que ante la imposibilidad de verificar plenamente la correspondencia con la realidad de los enunciados empíricos, la objetividad de estos reside en que puedan ser contrastables intersubjetivamente, y por ello las experiencias subjetivas o sentimientos de convicción nunca pueden servir como justificación de este tipo de enunciados⁷¹⁴. Esta idea, aplicada al proceso penal, se traduce en que dadas las complejidades epistemológicas que se enfrentan en el proceso, se considera que la única manera racional de aceptar como probados unos hechos con algún grado de probabilidad, y en general de aceptar como válida una hipótesis acusatoria, es que los requisitos para su formulación sean contrastables y contrastados intersubjetivamente, ya que de lo contrario su validación queda librada al arbitrio exclusivo del sujeto a quien se asigne la competencia decisoria⁷¹⁵.

Ahora bien, para empezar por *la verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias*, esta tiene que ver con los requisitos que se exigen para la formulación de los actos acusatorios, entendidos estos, en sentido amplio, como los actos procesales

⁷¹³ Se toman de FERRAJOLI esta idea general y la denominación de las dos condiciones señaladas. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 36. Sin embargo, en el contenido concreto que a cada condición se asigna no se sigue estrictamente lo planteado por el autor. Además, es interesante ver como en el mismo sentido en que FERRAJOLI diferencia la verificabilidad y la verificación, POPPER diferencia el *grado de contrastabilidad* y el *grado de corroboración*. Por ejemplo en: POPPER, *La lógica de la investigación científica*, p. 249.

⁷¹⁴ POPPER, *La lógica de la investigación científica*, pp. 43-45. POPPER, además, de manera coherente con lo arriba expuesto, rechaza la idea de que la objetividad científica pueda fundarse *en la imparcialidad u objetividad del hombre de ciencia*, en la medida en que los científicos, igual que todos los demás: “somos víctimas de nuestros propios sistemas de prejuicios (...); de que todos consideramos muchas cosas evidentes por sí mismas; de que las aceptamos sin espíritu crítico e incluso con la convicción ingenua y arrogante de que la crítica es completamente superflua” POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, p. 385. Concluye en esa línea de pensamiento el autor: “puede decirse que lo que llamamos objetividad científica no es producto de la imparcialidad del hombre de ciencia individual, sino del carácter social o público del método científico, siendo la imparcialidad del hombre de ciencia individual, en la medida en que existe, el resultado más que la fuente de esta objetividad social o institucionalmente organizada de la ciencia.” POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, p. 388.

⁷¹⁵ Esta es en esencia la postura que defiende FERRAJOLI, que a mi modo de ver está fuertemente influenciada por la epistemología de POPPER. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 36-38, 63-64, 98-99.

posteriores a un momento investigativo del proceso, que implican una hipótesis acusatoria, cuya convalidación es necesaria para el avance del trámite procesal hacia la decisión de imposición de una pena.

Aclarando, con el término actos acusatorios aquí se pretenden denotar, de manera general, los distintos actos que implican la formulación de una hipótesis acusatoria y que se han identificado como parte de la fase intermedia en los procedimientos penales estudiados en los anteriores capítulos. Así, en el procedimiento abreviado español, el concepto comprende al auto de incoación del procedimiento abreviado y a la acusación; en el procedimiento penal colombiano al acto de formulación de imputación y a la acusación propiamente dicha; y en el procedimiento penal para delitos de rango *felony* de Nueva York, al *felony complaint* y a la acusación definitiva, hecha mediante *indictment* o *information*.

Dicho esto, se entenderá que las condiciones de *verificabilidad* y *refutabilidad de las hipótesis acusatorias* están presentes, cuando la regulación jurídica exige, y los actos en la práctica efectivamente cumplen, con la observancia de los siguientes requisitos:

- Estar constituidos por un argumento jurídico completo, lo cual significa que el argumento del acto acusatorio debe incluir las dimensiones subjetiva, fáctica, jurídica y probatoria.
- Establecer claramente el contenido de cada dimensión. Es decir, el contenido de las dimensiones de los actos acusatorios debe enunciarse (o presentarse, en el caso de las pruebas) de una manera que permita su verificación y refutación, y que permita establecer claramente las relaciones necesarias entre las distintas dimensiones.
- Establecer estándares claros y contrastables, con relación a los cuales se puede predicar la suficiencia del contenido de cada dimensión del acto acusatorio, y la suficiencia de la relación entre supuesto de hecho y enunciados fácticos, y entre pruebas y enunciados fácticos (estándar de prueba).

La justificación de por qué se considera que estas son las características que deben presentarse para que sea predicable la verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias requiere de una mayor explicación.

En primer lugar, con la expresión *argumento jurídico completo*, en este contexto se hace referencia a que el argumento que se construye en un acto acusatorio debe incluir una dimensión subjetiva, una dimensión fáctica, una dimensión jurídica y una dimensión probatoria. Esto se justifica dado que, como bien indica FERRAJOLI, en el razonamiento judicial hay dos silogismos que interesan a los fines de la determinación de la verdad en el proceso: una inferencia inductiva, que liga las pruebas recogidas con los hechos que se pretenden dar por probados; y una inferencia deductiva, que liga el supuesto de hecho legalmente definido con los hechos que se pretenden dar por probados⁷¹⁶. En últimas, en estos dos argumentos se encuentran tres tipos de premisas: una relativa a la prueba (dimensión probatoria), una relativa a los hechos (dimensión fáctica)⁷¹⁷, y una relativa al supuesto de hecho consagrado jurídicamente (dimensión jurídica), y las tres deben estar presentes en los actos acusatorios si se pretende que en ellos se reconstruyan racionalmente hipótesis sobre la ocurrencia de un delito y la imputabilidad de este a personas determinadas, que puedan tener pretensión de ser calificadas como verdaderas⁷¹⁸.

En lo que respecta al contenido mínimo que debe estar presente en las diferentes dimensiones para que se pueda predicar su verificabilidad y refutabilidad, el criterio general debe ser que tengan un grado de precisión aceptable⁷¹⁹. Para aclarar qué

⁷¹⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 64-65.

⁷¹⁷ La dimensión subjetiva que se agrega en el esquema que se ha usado en este trabajo, en la exposición hecha arriba se encuentra incluida en la dimensión fáctica. En el planteamiento defendido en esta tesis se expone como una dimensión independiente por el interés de resaltar que en el proceso se construyen argumentos sobre la responsabilidad penal de personas determinadas, y porque la identificación precisa de las personas procesadas puede tener consecuencias relevantes a lo largo del proceso.

⁷¹⁸ En el mismo sentido: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 65.

⁷¹⁹ Se considera que este criterio es coherente con lo planteado por POPPER en relación con los grados de contrastabilidad de teorías, y también de enunciados, en el ámbito de la epistemología general. Este autor plantea que una teoría (se considera aquí que este planteamiento es aplicable igualmente a enunciados singulares) tiene mayor grado de contrastabilidad que otra, si su clase de posibles falsadores es mayor, ya que tiene más ocasiones de ser refutada por la experiencia. Así mismo, el autor plantea que entre mayor sea el grado de precisión de un enunciado mayor es su contrastabilidad, pues la precisión de un enunciado aumenta el número de posibles enunciados falsadores. Retomar en algunos puntos el ejemplo que pone POPPER al respecto puede ser bastante ilustrativo: El plantea que el enunciado *todas las órbitas de los planetas son circunferencias* es más preciso que el enunciado *todas las órbitas de los planetas son elipses* (pues las circunferencias son una subclase propia de las elipses). Esto hace que el primero de los enunciados tenga un mayor grado de contrastabilidad que el segundo, porque la demostración de que la órbita de un planeta específico no es una circunferencia implica la falsación del primero de los enunciados pero no del segundo; mientras, la demostración de que la órbita de un planeta específico no es una elipse implica la falsación de los dos enunciados. En conclusión el número de enunciados falsadores del primer enunciado (más preciso) es mayor que el número de enunciados falsadores del segundo. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, pp. 107, 115-117.

significa esto en cada dimensión debe hacerse una mención diferenciada de cada una. Entonces, en cuanto a la dimensión subjetiva debe ser posible identificar claramente los sujetos contra quienes se dirige el acto acusatorio. En cuanto a la dimensión fáctica, los enunciados fácticos deben formularse mediante descripciones de hechos individuales y sin el uso de palabras vagas y valorativas, al menos hasta el punto en que no se pueda sostener que es incierto el objeto de prueba o que es indeterminado a qué hechos concretos se refieren⁷²⁰. En cuanto a la dimensión jurídica, se debe identificar de manera precisa el o los supuestos de hecho a los que se considera que corresponden los enunciados fácticos objeto de acusación, y deben ser precisables los elementos constitutivos de cada uno de estos supuestos de hecho⁷²¹. Y finalmente, en cuanto a la dimensión probatoria, se deben presentar efectivamente todas las pruebas en que se pretende sustentar la efectiva ocurrencia de los hechos relevantes⁷²².

Por su parte, en cuanto a las relaciones entre las distintas dimensiones se requiere que del contenido del acto acusatorio sea posible inferir claramente: a qué sujetos se les imputa la realización de cuáles hechos; a partir de qué pruebas se pretende que se dé por demostrada la ocurrencia de cada hecho; y en virtud de qué hechos se entienden realizados los distintos elementos del supuesto de hecho legalmente consagrado⁷²³.

⁷²⁰ En el mismo sentido: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 125. Por ejemplo, no sería coherente con esta exigencia mínima de contenido un enunciado incluido en un acto acusatorio, que pretenda ser la descripción de un hecho relevante, del tipo: *X se apoderó de bienes propiedad de la empresa Y durante el transcurso de su relación laboral*. Mientras, sí sería coherente con esta exigencia un enunciado del tipo: *X se apodero de 300.000 euros propiedad de la empresa Y, a través del traslado de este dinero de la cuenta de la empresa a su cuenta personal, mediante transacción electrónica realizada el día 11 de marzo de 2019*.

⁷²¹ Frente a este punto, es posible poner como ejemplo de un acto acusatorio que no cumple con el contenido mínimo de la dimensión jurídica, aquél que en vez de precisar qué conductas típicas específicas se entienden realizadas en virtud de la ocurrencia de los hechos relevantes, utilice fórmulas abstractas del tipo: *los hechos revisten características de delito*.

⁷²² Un ejemplo de un caso en el que no se cumple con el contenido mínimo de la dimensión probatoria sería aquel en el que las pruebas se mencionan en el acto acusatorio, pero no se presentan efectivamente, y por tanto no se pueden controvertir.

⁷²³ La necesaria posibilidad de reconstruir la relación entre hechos de la acusación y elementos del supuesto de hecho, junto con la necesidad de que los enunciados fácticos se formulen de manera precisa y recurriendo a términos descriptivos, se consideran muy importantes para reducir una de las complejidades epistemológicas descritas previamente, que es la de la vaguedad de los términos valorativos incluidos en los supuestos de hecho. Lo anterior pues si se cumple en el acto de acusación con las exigencias arriba señaladas, en él se planteará una hipótesis sobre cuáles son los enunciados fácticos descriptivos que en el caso concreto se entienden denotados en el elemento valorativo del supuesto de hecho, y esto permitirá que la solidez de esa hipótesis sea controvertida y controlada posteriormente, pues permitirá cuestionar si esta es aceptable jurídicamente. Así por ejemplo: si se plantea que el elemento “expresión que lesiona la dignidad de otra persona”, del supuesto de hecho consagrado en el tipo penal de injuria, se entiende

Todos los anteriores son requisitos necesarios para que se pueda predicar la verificabilidad y refutabilidad de los actos acusatorios, porque solo a partir de la presencia de todos ellos es posible reconstruir racionalmente las inferencias que se realizan por parte del acusador, y esto hace posible que puedan presentarse argumentos en contra de sus planteamientos, y en últimas, que pueda controlarse intersubjetivamente si son sostenibles o no sus hipótesis. Al contrario, en ausencia de alguno de estos elementos, en el punto que a él corresponda, el ejercicio cognoscitivo de contrastar la solidez de la premisa o la inferencia presentada tendrá que cambiarse por la confianza o desconfianza en la sapiencia del acusador, es decir se convertirá en un ejercicio valorativo y de autoridad.

Por último, hay que referirse a la necesidad de establecer estándares con relación a los que se pueda predicar la suficiencia del acto acusatorio, siendo necesario precisar que aunque el estándar de prueba es el más relevante de todos ellos, no es el único que se debe considerar.

Así, es importante que también existan estándares con respecto al contenido de cada dimensión del acto acusatorio individualmente considerada, entendidos como reglas jurídicas sobre cuál es el grado de precisión necesario para que el contenido de cada dimensión del argumento pueda considerarse aceptable jurídicamente. En todo caso, para que se mantenga la orientación cognoscitiva del trámite, cada uno de estos estándares debe al menos corresponder con el contenido mínimo definido previamente, pero es posible que, en virtud de consideraciones político-criminales, jurídicamente se requieran niveles mayores de exigencia en cuanto a ellos. La importancia de la definición de estos estándares, relativos al contenido de cada dimensión, reside en que a través de ellos se precisan los criterios formales que deben tenerse en cuenta en la presentación y el control intersubjetivo del acto acusatorio, y en que garantizan que

realizado porque en un caso concreto *X le imputo a Y ser un pésimo abogado en entrevista dada al periódico local*, será posible discutir y controlar en el proceso si es aceptable jurídicamente considerar que ese hecho descriptivo se entienda denotado por el elemento valorativo del supuesto de hecho. Al contrario, si se plantea en la acusación que el término valorativo ya señalado se presentó en el caso, *porque X de manera reiterada ha realizado manifestaciones que afectan gravemente los sentimientos más íntimos de Y*, la vaguedad y carácter valorativo del enunciado fáctico hacen que no sea posible contrastar su ocurrencia empírica, ni discutir la aceptabilidad de su denotación por el término valorativo del supuesto de hecho.

pueda realizarse racionalmente la evaluación de las inferencias que fundamentan la aceptabilidad de este.

Por su parte, en cuanto a la relación entre la dimensión fáctica y la jurídica, es relevante que se establezca jurídicamente un estándar que defina claramente qué nivel de relación entre estas es aceptable para que se considere válido el acto acusatorio concreto. Por ejemplo, un estándar de este tipo, siendo coherente con la orientación cognoscitiva del procedimiento, podría establecer que para la validez de un acto acusatorio determinado es suficiente que a partir de los hechos enunciados sea sostenible una imputación del delito que no precise el nivel de autoría o participación a tener en cuenta; o para un nivel mayor de exigencia, un estándar alternativo podría ser que, con respecto a cada delito en específico, es necesario que el acto acusatorio incluya enunciados fácticos que soporten todos los requisitos establecidos por los distintos niveles de la teoría del delito, incluyendo la determinación precisa del nivel de autoría o participación, para que sea predicable la responsabilidad penal.

Ahora bien, en cuanto al estándar de prueba vale la pena realizar algunas consideraciones con un detenimiento un poco mayor. En primer término, vale precisar que la evaluación de la relación entre la dimensión fáctica y la probatoria es fundamental, porque es a partir de ella que se introduce todo el contenido material al argumento jurídico. De ahí que se considere aquí al estándar de prueba como el más importante de todos, ya que es a partir de él que se evalúa si el grado de soporte probatorio que tienen los enunciados fácticos es suficiente para darlos por probados, es decir, es el criterio de evaluación para saber cuándo se puede considerar jurídicamente que los hechos narrados en el acto acusatorio corresponden con lo acontecido efectivamente en la realidad⁷²⁴.

Para que la definición de un estándar de prueba en el contexto del proceso penal sea consistente con la orientación cognoscitiva como valor orientador se considera aquí que este debe cumplir con algunos requisitos mínimos. Primordialmente, debe establecer de la manera más precisa posible un umbral que defina cuándo los hechos del acto

⁷²⁴ Consideraciones coherentes con lo aquí dicho sobre el estándar de prueba en: FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 139-144.

acusatorio pueden considerarse suficientemente corroborados y cuando no⁷²⁵; y esto implica, a su vez, que la formulación de estos se realice teniendo en cuenta criterios cualitativos⁷²⁶, y deba referirse a los grados de soporte objetivo que dan las pruebas a los enunciados fácticos⁷²⁷ y no a niveles de convicción subjetiva⁷²⁸. Ello, en la medida en que solo estándares que cumplan estos criterios hacen posible una discusión intersubjetiva racional con respecto a si el umbral ha sido alcanzado o no en un caso, y por ende solo con relación a ellos se puede realizar una contradicción y control racional⁷²⁹.

Una mención adicional es necesaria en este punto a pesar de no ser esencial a la orientación cognoscitiva del proceso. La posibilidad de establecer estándares de prueba diferenciados se considera el mecanismo fundamental para graduar los niveles de exigencia que se aplican a los distintos actos que involucran la formulación de hipótesis acusatorias a lo largo del proceso. Esto es muy relevante para la fase intermedia, ya que de los estándares concretos que se fijen depende que el nivel de control del caso que en ella se da corresponda con la relevancia que tiene su superación; y además, en buena medida es la fijación de estándares progresivos entre esta fase procesal y el juicio, lo que debe garantizar que la primera no se convierta en una mera anticipación del segundo. Por ello, se considera útil precisar que para la reflexión sobre la fijación de los estándares propios de la fase intermedia, en cada modelo de procedimiento concreto se debe considerar en cada caso la gravedad de las consecuencias jurídicas que se derivan de la superación de la fase procesal, las dificultades probatorias propias del momento procesal determinado, y, como ya se mencionó, la necesaria exigencia progresiva que

⁷²⁵ FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)”, pp. 405-406.

⁷²⁶ Para una explicación de los fundamentos de por qué los estándares de prueba se deben formular teniendo en cuenta criterios cualitativos: FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 91-125.

⁷²⁷ Los requisitos arriba señalados corresponden con los que FERRER denomina *requisitos metodológicos para formular un estándar de prueba*. FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)”, pp. 405-406.

⁷²⁸ En relación con las razones por las que se considera que criterios de convicción subjetiva no son adecuados como estándares de prueba si se observa la orientación cognoscitiva del proceso: FERRER, *Prueba y verdad en el derecho*, pp. 80-88.

⁷²⁹ FERRER formula algunos ejemplos de estándares probatorios coherentes con los requisitos arriba descritos, en: FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)”, pp. 416-419. En la misma línea LAUDAN formula algunos ejemplos de estándares que considera plausibles, en: LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal*, p. 127-129.

deben tener los estándares según se va avanzando en el proceso⁷³⁰. De cualquier forma, en todo caso se considera necesario establecer como condición que al menos el acto de control final del caso en cada modelo de fase intermedia o el acto de control que habilita que sean utilizables las aceptaciones tempranas de culpabilidad⁷³¹, además de cumplir con todos los demás requisitos establecidos, debe implicar un nivel de exigencia relativamente fuerte.

Agotada, con la reflexión sobre el estándar de prueba, la referencia a los elementos necesarios para la *verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias*, ahora es momento de hablar de la segunda condición que hace posible que se concrete el valor de la orientación cognoscitiva en la regulación de modelos de fase intermedia del proceso penal, siendo esta la regulación legal y aplicación práctica de *procedimientos que permitan la efectiva verificación y refutación de las hipótesis acusatorias*. Aquí se sostendrá que esta condición adquiere expresión procesal a través de un diseño institucional y una regulación que garanticen el control intersubjetivo, a través de la efectiva *contradicción* de la hipótesis acusatoria y del *control imparcial* de la suficiencia de sus requisitos.

Para empezar, la inclusión de la contradicción como criterio relevante para que un modelo de proceso pueda ser caracterizado como orientado cognoscitivamente presupone la idea de que la posibilidad de contradicción no debe existir en el proceso solamente como una garantía de defensa, ya que su necesidad también, y principalmente, se justifica por razones epistemológicas⁷³².

Para sostener la anterior aseveración es importante partir, de nuevo, de la epistemología general. Así, vale recordar que POPPER considera que para la medición del grado de corroboración de una teoría científica lo más relevante no es el número de casos corroboradores que la soportan, sino la dureza de las diversas contrastaciones a las que

⁷³⁰ Lo dicho aquí se retoma de lo planteado por FERRER sobre las razones para tomar decisiones sobre los niveles de exigencia probatoria, adaptándolo a la reflexión sobre la fase intermedia y a la idea previamente expuesta de la necesidad de diversos estándares, más allá del estándar de prueba. FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)”, pp. 409-416.

⁷³¹ Para entender mejor a que se refiere esta exigencia puntual puede verse el apartado 2.2.3.2. de este capítulo.

⁷³² Esta idea, en el ámbito de la discusión sobre la prueba, en: FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 87.

puede someterse o se ha sometido y de las que ha salido indemne⁷³³; en otros términos, el grado de demostración del temple de una teoría se mide en la dificultad de los desafíos que ha enfrentado y superado. Ya en el ámbito específico del proceso penal, el valor epistemológico de la contradicción ha sido reconocido también por FERRAJOLI, quien considera que la posibilidad de refutación o contraprueba es aún más importante que el principio de necesidad de prueba, pues una sola refutación aceptada, de un elemento estructural de la hipótesis acusatoria, es suficiente para que esta no pueda validarse como verdadera⁷³⁴. En últimas, lo que aquí se pretende sostener es que dada la importancia de las contrastaciones exigentes para que en términos epistemológicos una hipótesis pueda considerarse probada parece difícil imaginar, en el contexto del proceso, un desafío más exigente para una hipótesis acusatoria, que someter sus elementos estructurales al examen interesado de las personas que se verían afectadas con su aceptación.

En concreto, si se pretende que la efectiva contradicción constituya un desafío real a la validez de la hipótesis acusatoria, la regulación procesal debe establecer las necesarias oportunidades para que se puedan controvertir los elementos del acto acusatorio, primordialmente por parte de la defensa, pero también por los otros participantes habilitados en el trámite, excluyéndose desde luego al controlador final. Para que sean efectivas, las mencionadas oportunidades procesales deben ser previas a la decisión autorizada relativa a la validación del acto acusatorio, deben permitir la posibilidad de que se alegue la insuficiencia de cualquiera de los requisitos establecidos para él, y deben permitir que se presente prueba contradictoria y que se postulen hipótesis alternativas que cuestionen la relación entre las pruebas y los enunciados fácticos que se pretenden dar por probados.

El segundo requerimiento para garantizar el control intersubjetivo del acto acusatorio en la fase intermedia es el *control imparcial* de la suficiencia de sus requisitos. Este tiene que ver con la definición de quién debe ser el facultado para decidir, finalmente, si un acto acusatorio determinado cumple con las condiciones jurídicamente establecidas para ser validado, y con las condiciones que debe tener su toma de decisión.

⁷³³ POPPER, *La lógica de la investigación científica*, pp. 248-249.

⁷³⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 150-151, 613.

El control imparcial debe tener algunas características básicas para ser coherente con la orientación cognoscitiva del proceso: la facultad decisora debe recaer en un sujeto imparcial; este sujeto debe tener la facultad de pronunciarse sobre el cumplimiento de los estándares establecidos para todas las dimensiones del acto acusatorio y sus relaciones; debe estar facultado para considerar las informaciones introducidas al trámite en ejercicio de la contradicción; su decisión debe generar efectos jurídicos vinculantes; y, el control debe motivarse, es decir, se deben expresar las razones que dan sustento a la decisión.

Se considera que la necesidad de un decisor con las características señaladas arriba es más fácilmente comprensible si se relaciona con algunas de las complejidades epistemológicas a que se enfrenta la búsqueda de la verdad en el proceso, específicamente las derivadas del carácter institucional del trámite y de la subjetividad específica de los participantes en el mismo. Una explicación en esos términos se ensaya a continuación.

La necesidad de una decisión definitiva sobre la validez o no de los actos acusatorios se da en un ámbito, como el de la fase intermedia, que limita el tiempo que se puede destinar a esta tarea y el número de controles intersubjetivos posibles de la hipótesis acusatoria, y en el que la toma de decisión en cualquier sentido genera efectos prácticos directos y relevantes. Por ello, se requiere que el sujeto que toma la decisión final, es decir el que realiza el control intersubjetivo que genera efectos vinculantes, se encuentre en la mejor posición epistémica posible para tomar una decisión orientada cognoscitivamente. La mejor posición epistémica posible, en este contexto, se logra si el diseño institucional y la regulación procesal ubican al adjudicador en una posición que le ayuda a mitigar el riesgo de que sus juicios subjetivos afecten su evaluación adecuada de la hipótesis acusatoria, es decir, lo ubican en una posición de imparcialidad, y además le dan la posibilidad de tomar una decisión considerando toda la información relevante incluida en el acto acusatorio y derivada de su contradicción. En adición, la toma de decisión de este adjudicador se debe dar de una manera que exprese las razones que la justifican, debido a que solo de este modo se puede verificar racionalmente que su toma de postura se sustenta en la evaluación del cumplimiento de los requisitos del acto acusatorio.

Se requieren solamente dos precisiones adicionales. En cuanto a la imparcialidad debe esbozarse una idea relativa a los criterios a través de los cuales debe evaluarse. Siguiendo de nuevo a FERRAJOLI en este punto, como ya se hizo en otro apartado de este trabajo⁷³⁵, se partirá de que para que se pueda predicar la imparcialidad del decisor se requiere: que su posición institucional se caracterice por su exterioridad al sistema político, y más en general, a todo el sistema de poderes (independencia); que no tenga ningún interés privado o personal en la causa (imparcialidad personal); y que carezca de cualquier tipo de interés público o institucional en la causa, y en especial de cualquier interés acusatorio (imparcialidad institucional)⁷³⁶.

Finalmente, en cuanto a la necesidad de motivación de la decisión de control es ineludible que en ella se justifique expresamente la posición del decisor sobre la admisibilidad o no de las inferencias que constituyen el argumento jurídico y la suficiencia de las dimensiones que lo constituyen, teniendo como referentes los estándares jurídicamente previstos en cada caso. Esto, ya que solo una decisión tomada de esta manera es aceptable desde una perspectiva cognoscitivista, dado que aporta a la reducción del ámbito de discrecionalidad y subjetividad del juzgador, por exigir a este un ejercicio de presentación racional de la justificación de su decisión, y permitir contrastar intersubjetivamente la validez de su argumento⁷³⁷.

A modo de síntesis final de este punto, vale decir que la orientación cognoscitiva del proceso, en el ámbito específico de la fase intermedia del proceso penal, exige que la regulación de esta haga posibles dos condiciones: verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias, y procedimientos que permitan la efectiva verificación y refutación de hipótesis acusatorias. La verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias se da cuando los actos acusatorios relevantes para la fase intermedia

⁷³⁵ Cap. 1, apartado 2.4.

⁷³⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 578-582. La consideración que hace FERRAJOLI, de dos aspectos diferenciados de la imparcialidad judicial, es similar a la división que se tiene en cuenta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre imparcialidad subjetiva (ausencia de interés, directo o indirecto, del juez en el caso) y objetiva (ausencia de contacto anterior del juez con el *thema decidendi*, a un nivel que genere duda razonable sobre su imparcialidad). JAÉN VALLEJO, *Revista Diálogos de Saberes*, p. 203.

⁷³⁷ La posición aquí asumida sobre la necesidad de motivación tiene como fundamento una argumentación mucho más amplia desarrollada al respecto desde perspectivas cognoscitivistas, tanto en el ámbito del proceso judicial como en el de la teoría de la prueba. Al respecto ver: GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 169-194; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 578-582; TARUFFO, *Simplymente la verdad*, pp. 266-274.

incluyen un argumento jurídico completo; cuando todas las dimensiones de ese argumento y las relaciones entre esas dimensiones tienen un contenido mínimo que permite que sean controlables intersubjetivamente; y cuando la regulación establece estándares claros y contrastables, a partir de los cuales se puede valorar la suficiencia de los contenidos del argumento, con especial necesidad de un estándar de prueba relativamente fuerte para el acto de control final de la fase intermedia o para el acto que habilita la utilización de aceptaciones tempranas de culpabilidad. Por su parte los procedimientos que permiten la efectiva verificación y refutación de hipótesis acusatorias se entenderán presentes en un modelo de fase intermedia, cuando en él se garantiza el control intersubjetivo de los actos acusatorios, a través de la posibilidad de efectiva contradicción de la hipótesis acusatoria, y a través del establecimiento de un control imparcial de la suficiencia de sus requisitos.

2.2.2. Eficiencia.

2.2.2.1. Concepto y fundamento.

Un segundo elemento que aporta valor a un modelo de proceso penal determinado es que permita la tramitación eficiente de los casos. Aquí se entenderá que un modelo de proceso penal es eficiente, cuando en él, la definición sobre los asuntos relativos a la imposición o no de pena se puede realizar con un costo razonable en términos de recursos⁷³⁸, en un nivel que permite que la mayoría de los casos que ingresan al sistema se resuelvan sin demoras irrazonables⁷³⁹.

La importancia de considerar la eficiencia como valor relevante para el proceso debe justificarse y a esta tarea se dedicarán los siguientes párrafos.

⁷³⁸ Con recursos en este caso se hace referencia al tiempo, a las erogaciones económicas y al trabajo humano.

⁷³⁹ En esta definición de la eficiencia como valor se parte de lo que más arriba se denominó el *objetivo básico e inmediato del proceso* (ver apartado 2.1) y no de lo que podría denominarse el *objetivo calificado del proceso*, que correspondería a la tramitación de los casos de una manera acorde con los valores orientadores definidos. Esto se hace así porque en este punto del trabajo se pretende realizar un ejercicio analítico en el que se diferencien con algún grado de precisión los distintos elementos que dan valor al proceso, para luego abordar con mayor claridad el problema de cómo deben armonizarse para orientar la regulación de instituciones procesales concretas.

Iniciando por el mayor nivel de abstracción, vale señalar que, en el ámbito de la filosofía del derecho, CALSAMIGLIA lúcidamente ha reivindicado la importancia de considerar a la eficiencia como criterio relevante al momento de realizar propuestas de implementación de instrumentos jurídicos que tengan la potencialidad de alcanzar efectivamente sus objetivos⁷⁴⁰. El mencionado autor plantea que tradicionalmente los juristas han estudiado los problemas que les son propios teniendo en cuenta la dialéctica que se da en ellos entre justicia y seguridad jurídica, mientras que no han dado gran importancia a los problemas de las consecuencias, los costes y la eficiencia⁷⁴¹. Para él, esto se revela problemático, porque impide a los juristas valorar si sus postulados constituyen herramientas idóneas para la resolución eficaz y justa de los conflictos⁷⁴². De allí que considere necesario que se introduzca la eficacia como criterio en el diseño de las instituciones jurídicas⁷⁴³, y esta comprende que las normas sean aptas para lograr los objetivos que pretenden con el mínimo coste posible, es decir que sean eficientes⁷⁴⁴.

Sin embargo, vale indicar que CALSAMIGLIA hace una precisión relevante. Aclara que si bien la eficiencia es un factor en la definición de lo que él denomina *buen derecho*, no es lo único que se debe tener en cuenta, pues para que la existencia de este pueda predicarse debe además cumplir con otros requisitos como no ser contradictorio; transmitir con claridad sus prescripciones; ser obedecido y aplicado; y además estar justificado éticamente⁷⁴⁵.

La postura de CALSAMIGLIA en cuanto a la eficiencia, que aquí se acepta en su contenido sustancial, se revela además muy pertinente como marco para reflexionar sobre la configuración de los sistemas procesales penales contemporáneos. Ello, en un nivel descriptivo, porque efectivamente asuntos íntimamente relacionados con este valor

⁷⁴⁰ CALSAMIGLIA, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, p. 335. No sobra señalar que HAACK también ha reconocido la relevancia de las consideraciones relativas a la eficiencia en la regulación procesal. HAACK, *The american journal of jurisprudence*, p. 50.

⁷⁴¹ CALSAMIGLIA, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, p. 326.

⁷⁴² CALSAMIGLIA, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, p. 328.

⁷⁴³ CALSAMIGLIA, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, p. 329.

⁷⁴⁴ CALSAMIGLIA, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, p. 332.

⁷⁴⁵ CALSAMIGLIA, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, p. 333. Una razón muy importante que motiva la aclaración del autor, arriba señalada, es que quiere distinguir expresamente su planteamiento de aquellos en que se parte de la eficiencia como único valor relevante, tales como algunas perspectivas que, de acuerdo con el autor, se presentan dentro del análisis económico del derecho, como la de POSNER, en la que se da a la eficiencia el estatus de adecuado concepto de justicia. CALSAMIGLIA, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 325-326.

suelen ser un aspecto central de las preocupaciones en diversas consideraciones que se hacen sobre el funcionamiento y la reforma del proceso penal; y además, porque se considera que esta preocupación es legítima, ya que efectivamente hay buenas razones para considerar que es necesario que cualquier modelo de procedimiento penal maneje niveles de eficiencia al menos aceptables.

Para ilustrar la preocupación por la eficiencia en el ámbito de la reflexión sobre el proceso penal algunos ejemplos significativos pueden ser de ayuda.

En primer lugar, es muy dicente que en publicaciones de una agencia tan influyente como el Banco Mundial, en las que se reseñan las iniciativas financiadas por esta entidad en el tema de reforma a la justicia⁷⁴⁶, se puede verificar que entre los objetivos que guían sus actividades hay siempre algunos estrechamente ligados con la eficiencia⁷⁴⁷. Además, en documentos elaborados para servir de guía para la formulación de los proyectos relativos al tema de reforma a la justicia de esta entidad se identifica a la demora excesiva en el procesamiento de los casos y la congestión judicial como la mayor queja sobre el funcionamiento de los sistemas de justicia⁷⁴⁸.

La preocupación por la eficiencia se muestra también en que ahora es una práctica común la medición estadística del rendimiento de la administración de justicia en general, y de los sistemas procesales penales en particular. Es habitual, entonces, que se hagan periódicamente evaluaciones revisando los indicadores que se considera muestran

⁷⁴⁶ En informe del año 2002 del Banco Mundial se acredita que para la fecha esta entidad financiaba 330 proyectos de reforma a la justicia alrededor del mundo, mientras, en informe equivalente del año 2009, la entidad acredita que el portafolio del sector de asistencia y reforma a la justicia para la fecha incluía más de 2500 actividades de reforma en países en transición o en vías de desarrollo. THE WORLD BANK, *Initiatives in legal and judicial reform 2002*, p. 4; THE WORLD BANK, *Initiatives in justice reform 2009*, p. 1.

⁷⁴⁷ En el informe del año 2002, señalado en la nota anterior, se plantea que normas equitativas y sistemas judiciales efectivos forman la base para promover un desarrollo económico sostenible y para la mitigación de la pobreza, y define como dos de los tres pilares de sus actividades la reforma del derecho y la creación de capacidad institucional. THE WORLD BANK, *Initiatives in legal and judicial reform 2002*, p. 15. Por su parte, en el informe del 2009 se dispone que uno de los temas generales que son comunes a los distintos procesos de asistencia a la reforma a la justicia que se realizan por la entidad es el de administración y desempeño de los tribunales de justicia. THE WORLD BANK, *Initiatives in justice reform 2009*, p. 5.

⁷⁴⁸ REILING, HAMERGREEN y DE GIOVANNI, *Justice Sector Assessments*, p. 61. Resaltan también la demora en la administración de justicia como problema fundamental y por tanto consideran a la búsqueda de la eficiencia como objetivo principal: CABRILLO y FITZPATRICK, *The economics of courts and litigation*, pp. 1-13.

la calidad del funcionamiento del sistema procesal, que usualmente se orientan a medir la capacidad del sistema para dar trámite a los casos penales⁷⁴⁹.

Además, la preocupación por la eficiencia se plantea como el fundamento básico de la tendencia global a implementar en los sistemas procesales penales mecanismos de aceptaciones tempranas de culpabilidad y de justicia negociada. Para presentar aquí solamente los ejemplos propios de los sistemas jurídicos revisados en este estudio, vale mencionar que en los Estados Unidos, ya desde los años setenta del siglo pasado, se reconocía en la doctrina procesal que la justicia penal de este país no puede solucionar de manera rutinaria los casos recurriendo al juicio y que la Corte Suprema ha asumido que la justicia negociada es la alternativa inevitable⁷⁵⁰. En Colombia, el sistema procesal actual se implementó proyectando desde un inicio que el 90% de los casos se resolvieran de manera anticipada para que el sistema tuviera suficiente apalancamiento⁷⁵¹. Y, en España, se ha reconocido por los tribunales que la aceptación temprana de cargos (conformidad) se fundamenta en razones de celeridad y economía procesal, e incluso en documentos oficiales de la Fiscalía General del Estado se dice que el fundamento de las conformidades era en su momento *el interés de paliar el colapso en que se encuentran juzgados y tribunales*⁷⁵².

En últimas, una perspectiva comprensiva de las preocupaciones por la eficiencia en los sistemas de procedimiento penal actuales puede verse en lo planteado por SCHÜNEMANN. El mencionado autor inicia un texto dedicado a la reforma del proceso penal resaltando que contemporáneamente se han quebrantado los límites de capacidad del modelo de proceso penal creado en el siglo XIX, centrado en el juicio oral como base única del pronunciamiento de la sentencia, en virtud de factores tales como el

⁷⁴⁹ Las más recientes publicaciones de este tipo, que se han ubicado aquí, sobre cada uno de los sistemas jurídicos que se estudian en este trabajo, son: PODER JUDICIAL ESPAÑA, *Panorámica de la justicia durante 2017*; USAID, *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)*; DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES - NEW YORK STATE, *New York State Felony Processing Report Indictment through Disposition January - December 2017*; DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES - NEW YORK STATE, *2013-2017 Dispositions of Adult Arrests – New York State*.

⁷⁵⁰ LANGBEIN, *The University of Chicago Law Review*, p. 21. Para sustentar esta afirmación el autor cita la sentencia de la USSC, *Santobello v. New York* (1971), en la que la Corte precisa que para procesar todos los casos recurriendo al juicio se requeriría multiplicar varias veces el número de jueces y de cortes. De manera más cercana en el tiempo esta idea se ha reiterado en USSC, *Lafler v. Cooper* (2012) en el voto de disenso del juez Scalia.

⁷⁵¹ COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL (...), *Acta N° 25*, 30 de junio de 2003, pp. 24-31.

⁷⁵² FRAGA MANDIÁN, *La sentencia de conformidad*, pp. 89-91.

enorme aumento de la cantidad de comportamientos desviados en la sociedad industrial posmoderna, la rápida expansión de la criminalidad organizada, y las enormes exigencias probatorias de los delitos ambientales y económicos. Para él, ello ha llevado al reforzamiento de las fases previas del proceso y al aumento de importancia de las aceptaciones tempranas de culpabilidad como mecanismo para enfrentar el problema⁷⁵³. La propuesta de SCHÜNEMANN ante esta realidad, de alguna manera cercana a la que aquí se busca defender, aboga por soluciones concretas que permitan lo que él denomina un *balance procesal*, es decir, en sus palabras: “debe ser tan posible la persecución y el esclarecimiento fructífero de los delitos como, por otro lado, lo debe ser una defensa exitosa contra una sospecha infundada”⁷⁵⁴.

Ahora bien, ilustrada la existencia efectiva de una importante preocupación por la eficiencia en diversos tipos de aproximaciones al proceso penal, es momento ahora de centrarse en las razones que justifican esta preocupación.

Se debe iniciar por precisar que la ineficiencia de un modelo de proceso penal determinado genera dos consecuencias básicas estrechamente relacionadas entre sí: demoras irrazonables en el procesamiento de los casos concretos y congestión en el sistema en su conjunto. Estas consecuencias son disvaliosas en distintos niveles, al punto que es posible afirmar que ellas generan dos grupos de efectos nocivos para el proceso: efectos nocivos para los derechos de las personas involucradas en el proceso y efectos nocivos para el sistema procesal penal en su conjunto.

En cuanto a los efectos nocivos para las personas involucradas en el proceso es importante empezar por resaltar los impactos que las demoras irrazonables en el procedimiento generan en los derechos del procesado. Al respecto PASTOR plantea que la demora irrazonable⁷⁵⁵ en la tramitación del caso afecta en general los derechos fundamentales del procesado por vías directas e indirectas. De manera directa se genera la degradación de garantías procesales como la necesidad de juicio previo a la pena y de

⁷⁵³ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, p. 9-10.

⁷⁵⁴ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, p. 49.

⁷⁵⁵ PASTOR precisa un punto interesante con respecto al rango de tiempo que debe durar el procesamiento de un caso penal. Si bien el mismo no debe ser excesivo por las razones que arriba se puntualizarán, tampoco puede ser demasiado corto, porque siempre es necesario un tiempo prudencial para hacer efectivas las garantías judiciales del procesado. PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, p. 51.

presunción de inocencia, porque un proceso excesivamente prolongado implica la anticipación de la punición; y de manera indirecta se da la afectación a derechos básicos, como la defensa, la estabilidad emocional o la propiedad⁷⁵⁶. Del otro lado están los efectos nocivos que la demora irrazonable del trámite genera para la víctima. Cuando no se da una solución definitiva del caso en un tiempo prudencial, esta, al igual que el procesado, sufre los daños que genera una prolongada incertidumbre sobre los resultados del trámite, y en adición se encuentra con la negación de justicia y reparación que implica una decisión tomada cuando la pena ya ha perdido relevancia práctica.

Ahora, en lo relativo a los *efectos nocivos para el sistema procesal penal en su conjunto* hay varios aspectos en los que la congestión del sistema judicial afecta el funcionamiento deseable del procedimiento. Por una parte, la congestión limita de manera significativa el acceso a la administración de justicia, porque, a un tiempo, hace que los casos que han ingresado al sistema se tramiten con una lentitud que coarta la relevancia práctica de su resolución final y desestimula que se interpongan denuncias justificadas, en la medida en que el sistema no genera la expectativa de ofrecer una solución en un término prudencial⁷⁵⁷. En segundo término, se afecta la posibilidad de llegar a una decisión lo más aproximada posible a la verdad, dado que con el paso del tiempo se suele aumentar la dificultad de reconstruir lo efectivamente acaecido en el caso, por la desaparición de prueba física, testigos o incluso de los presuntos responsables de la conducta⁷⁵⁸. En tercer lugar, la ineficiencia sistemática del proceso afecta la posibilidad de que con la imposición de la pena se realicen los fines declarados de esta, estén estos orientados a la prevención especial o a la prevención general del delito, ya que una solución irrazonablemente tardía del caso sin duda perturba el efecto disuasor que puede tener la pena en el sujeto a quien se le impone, y cuando esto es un fenómeno que se presenta de manera general, se mina también la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, p. 90.

⁷⁵⁷ CABRILLO y FITZPATRICK, *The economics of courts and litigation*, p. 7; REILING, HAMERGREEN y DE GIOVANNI, *Justice Sector Assessments*, p. 61.

⁷⁵⁸ REILING, HAMERGREEN y DE GIOVANNI, *Justice Sector Assessments*, p. 61.

⁷⁵⁹ CABRILLO y FITZPATRICK, *The economics of courts and litigation*, p. 7; PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, p. 51, 88.

En resumen, la preocupación por la eficiencia en el contexto del proceso penal está justificada, porque la demora en la solución del caso y la congestión judicial generan efectos disvaliosos para todos los participantes en el procedimiento y para el sistema procesal penal en su conjunto.

2.2.2.2. Complejidades que implica la valoración de la eficiencia de los sistemas procesales.

Ya establecido el fundamento de la consideración de la eficiencia como valor relevante, ahora es momento de adentrarse en las complejidades que involucra el planteamiento de un modelo de proceso penal idóneo para lograr el procesamiento eficiente de los casos.

Una primera complejidad relevante es que la medición precisa de los niveles de eficiencia de los sistemas procesales estudiados es una tarea de difícil realización. Al respecto, es interesante resaltar que en un documento ya referido aquí, en el que se plantean criterios metodológicos para diseñar procesos de evaluación de instituciones del sector judicial, se expone que la medición de los niveles de demora en contextos judiciales es un asunto con respecto al que las percepciones comunes pueden estar bastante desfasadas⁷⁶⁰. Por ello, sus autores defienden que es necesario introducir parámetros cuantitativos para la realización de esta tarea y que el método apropiado debe orientarse a la medición de los tiempos de procesamiento de los casos y a su contrastación con algún tipo de estándar, que permita definir si la duración del trámite es irrazonable o excesiva⁷⁶¹. El problema está en que no es posible ubicar el dato del tiempo de duración promedio de los casos para ninguno de los procedimientos aquí estudiados y en que la definición de un estándar de duración para los trámites tampoco es fácilmente realizable.

Empero, es posible obtener un dato relacionado con el tema, aunque su capacidad explicativa sea menor que la de la medición más precisa. En el estudio precitado se señala que las tasas de disposición de casos (*clearance or disposition rates*) pueden servir para observar de manera general la capacidad de un sistema procesal específico

⁷⁶⁰ REILING, HAMERGREEN y DE GIOVANNI, *Justice Sector Assessments*, p. 61.

⁷⁶¹ REILING, HAMERGREEN y DE GIOVANNI, *Justice Sector Assessments*, p. 62.

para dar trámite a los casos que ingresan en él⁷⁶². La tasa de disposición de casos se calcula dividiendo el número de casos egresados del sistema en un rango de tiempo determinado, entre el número de casos ingresados al sistema en el mismo lapso. Cuando el resultado de esta operación es menor que 1, esto significa que el sistema se está congestionando porque los ingresos son mayores que los egresos, mientras que si el resultado es mayor que 1, esto significa que el sistema está reduciendo la congestión porque los egresos son mayores a los ingresos, siendo que entre más distancia haya entre el resultado obtenido y el 1, mayor será el grado de congestión o descongestión, respectivamente⁷⁶³.

En los datos estadísticos disponibles sobre los sistemas procesales estudiados en este trabajo se puede encontrar información que permite calcular la tasa de disposición en periodos de tiempo determinados, aunque no son completamente análogas entre sí por corresponder a distintos niveles en cada sistema. Así, la tasa de disposición de casos de toda la jurisdicción penal de España para el año 2017 es de 1,01⁷⁶⁴; la del procedimiento ordinario colombiano en el año 2014 fue de 0,79⁷⁶⁵; y la de los casos iniciados por un cargo de rango *felony* en el procedimiento de Nueva York en el año 2016 de 0,94⁷⁶⁶. Lo que muestran estos datos es que la jurisdicción penal de España logró gestionar los casos en el año 2017 sin aumentar la congestión del sistema; la congestión de los casos de rango *felony* en el procedimiento de Nueva York en el año 2016 aumentó levemente; y la congestión en el procedimiento penal ordinario de Colombia aumentó significativamente en el año 2014.

De cualquier forma la anteriormente explicada no es la complejidad principal que existe al momento de proyectar un sistema procesal penal eficiente, o una reforma de los procesos actuales orientada en ese sentido. La principal es que la realización de este valor depende de múltiples factores, muchos de los cuales no se controlan a través de la

⁷⁶² REILING, HAMERGREEN y DE GIOVANNI, *Justice Sector Assessments*, p. 63.

⁷⁶³ REILING, HAMERGREEN y DE GIOVANNI, *Justice Sector Assessments*, p. 63.

⁷⁶⁴ Egresos: 3.275.857 Ingresos: 3.234.678. Los datos fueron tomados de: PODER JUDICIAL ESPAÑA, *Panorámica de la justicia durante 2017*, p. 38.

⁷⁶⁵ Egresos: 878.283 Ingresos: 1.100.016. Los datos fueron tomados de: USAID, *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)*, p. 31, 37.

⁷⁶⁶ Egresos: 142.193 Ingresos: 150.610. Los datos fueron tomados de: DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES - NEW YORK STATE, *New York State Felony Processing Report Indictment through Disposition January - December 2017*, p. 1; DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, *New York State adult arrest disposed*.

regulación jurídica del procedimiento. En esa línea, en literatura relativa al tema se han resaltado como posibles causas de la congestión judicial en los sistemas específicos, ajenas a la regulación procesal, asuntos tales como factores externos derivados del contexto económico o político; prácticas organizacionales ineficientes no necesariamente derivadas de la regulación legal; o incentivos perversos que estimulan a los actores procesales a intentar prolongar los procedimientos más de lo necesario⁷⁶⁷. Así mismo, en este tipo de trabajo también se han proyectado como estrategias para mejorar la eficiencia de los sistemas procesales algunas no directamente relacionadas con la regulación procesal, como: la limitación del número de conductas típicas en el ámbito sustantivo⁷⁶⁸; la administración y distribución eficiente del presupuesto; la promoción de la transparencia y la medición en la gestión de los casos; el uso de las tecnologías de la información; y el mejoramiento de la infraestructura, entre otras⁷⁶⁹.

En adición, para los efectos de este trabajo, una complejidad extra se presenta porque asuntos relativos a la eficiencia del sistema procesal, esta vez directamente relacionados con la regulación del procedimiento, no son del resorte de la fase intermedia, aunque siempre de algún modo estén relacionados con ella. En esos términos, no sería coherente con el objeto de investigación que se ha abordado en este trabajo, por excederlo, asumir aquí posiciones normativas fuertes sobre ciertos asuntos que se entienden como centrales para la discusión contemporánea sobre la eficiencia de los modelos de procedimiento concretos, relativos a si son o no justificables medidas como: el establecimiento de procedimientos rápidos para la tramitación de delitos menores⁷⁷⁰; la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos⁷⁷¹; la flexibilización de la persecución obligatoria de todos los delitos en favor de criterios de

⁷⁶⁷ REILING, HAMERGREEN y DE GIOVANNI, *Justice Sector Assessments*, p. 65.

⁷⁶⁸ PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, p. 92.

⁷⁶⁹ CABRILLO y FITZPATRICK, *The economics of courts and litigation*, pp. 221-247.

⁷⁷⁰ Una mención a este tema puede encontrarse en: CABRILLO y FITZPATRICK, *The economics of courts and litigation*, pp. 226. En adición, es muy dicente que en todos los sistemas procesales estudiados en este trabajo existen modelos simplificados de procedimiento para los delitos considerados más leves.

⁷⁷¹ CABRILLO y FITZPATRICK, *The economics of courts and litigation*, pp. 230.

oportunidad más o menos reglados⁷⁷²; y las ya mencionadas aceptaciones tempranas de culpabilidad⁷⁷³.

En últimas, son dos los temas que se pretenden ilustrar con la mención de las complejidades que implica la valoración de los distintos factores relacionados con la eficiencia de los sistemas procesales concretos. El primero es que si bien un modelo de regulación determinado de la fase intermedia puede tener algún grado de impacto en la eficiencia del sistema procesal en su conjunto, el mismo siempre será relativo, ya que la realización de este valor depende de múltiples y muy diversos factores. Y el segundo, que excede las posibilidades de este trabajo medir el impacto preciso que las reformas jurídicas puntuales orientadas a la configuración de modelos de fase intermedia aceptables tendrían en los niveles de eficiencia de cada uno de los modelos de procedimiento aquí estudiados.

Entonces, la postura concreta sobre qué alcance se le debe dar al valor eficiencia en la propuesta normativa sobre la regulación de los modelos de fase intermedia debe surgir de la dialéctica entre la necesidad ineludible de considerar a la eficiencia como factor relevante y la dificultad práctica de medir con precisión los impactos que las reformas deseables puedan tener en este ámbito. Al que aquí se asume como resultado de esta colisión se dedica el siguiente apartado.

2.2.2.3. Criterios de eficiencia a observar al momento de proponer modelos normativos de fase intermedia.

Las premisas establecidas en el anterior punto de este apartado obligan a renunciar a hacer una propuesta normativa completa con respecto a cuáles serían los elementos que deberían caracterizar la configuración de modelos de fase intermedia del proceso penal consistentes con sistemas procesales eficientes.

⁷⁷² Una mención del tema puede encontrarse en: PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, p. 93.

⁷⁷³ En adición a las fuentes que se han citado previamente en este punto que sustentan la relevancia de las aceptaciones de culpabilidad en la discusión actual sobre la eficiencia, puede verse adicionalmente la referencia que hace SCHÜNEMANN al tema en: SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, pp. 44-47.

Por ello, aquí se asumirá un objetivo más modesto. Este es proponer criterios, que teniendo como marco la configuración actual de los procedimientos estudiados en este trabajo, sean útiles para compatibilizar las medidas que en cada uno se dan por necesarias para garantizar la eficiencia, con los requisitos mínimos que exige la implementación de modelos de fase intermedia que puedan calificarse como axiológicamente orientados. Aunque la modestia de este objetivo lleve a que pueda calificarse incluso como conservador, y tal vez lo sea, el punto es evitar que las propuestas que se realicen en este trabajo sean fácilmente descartables en sus contextos concretos de aplicación, por potencialmente afectar de manera grave la capacidad de los sistemas procesales de tramitar los casos de maneras aceptablemente eficientes, al menos en niveles mínimos. Es decir, en este punto se prioriza la aplicabilidad práctica de la propuesta, sobre la posibilidad de realizar planteamientos alternativos más radicales, dirigidos a desarrollar de manera más amplia los valores orientadores.

De cualquier forma, antes de entrar a proponer los criterios específicos es interesante resaltar que la fase intermedia, en sí misma, puede desempeñar un papel relevante para la tramitación eficiente de los casos en el sistema procesal. Esto es así, porque modelos de fase intermedia que impliquen un verdadero control del caso, como lo serán aquellos que cumplan con los requisitos para que esta fase procesal pueda considerarse orientada cognoscitivamente, a su vez funcionarán como un mecanismo para excluir tempranamente del sistema procesal casos en que claramente no hay fundamentos para proferir condena, e incluso, podrán incentivar aceptaciones tempranas de culpabilidad informadas y estratégicamente asumidas por el procesado. En esos términos, una fase intermedia bien regulada puede convertirse en un incentivo de doble vía para que ciertos tipos de casos se tramiten más rápidamente y ello redundaría en un ahorro significativo de recursos para el sistema en su conjunto.

Retomando ahora el tema de los criterios, el primero es que las propuestas que se realicen no pueden llegar hasta el punto de requerir la eliminación de los distintos tipos de aceptaciones tempranas de culpabilidad que existen en los procesos penales estudiados, sean unilaterales o negociadas. Esto en la medida en que, como ya se expresó hace unas pocas páginas, en el contexto de los procesos penales concretos se entiende que este tipo de figuras procesales son necesarias para garantizar la eficiencia.

Además, una revisión rápida de las estadísticas existentes sobre el tema ayuda a tener una perspectiva sobre la relevancia práctica de las aceptaciones de culpabilidad. Empezando por España, es significativo que de todas las sentencias dictadas por Juzgados de lo Penal en el año 2017, 78.422 (48%) se hayan derivado de conformidades, mientras 84.108 (52%) se hayan dictado sin mediar estas⁷⁷⁴. En Colombia, por su parte, de todas las sentencias penales que se dictaron en el 2014, 71% se derivaron de aceptaciones tempranas de culpabilidad y solo 29% se dictaron tras haberse agotado el juicio oral⁷⁷⁵. Y en el contexto del procedimiento penal de Nueva York, de todos los casos que llegaron a conocimiento de las Cortes Superiores, 79,8% terminaron siendo sentencias derivadas de *guilty pleas*, mientras solo 2.9% resultaron en condenas derivadas de veredicto y 1% en absoluciones⁷⁷⁶. A partir de lo anterior se puede sostener, entonces, que aunque en algún caso la literatura exagere en las cifras que maneja, de cualquier modo la relevancia que este tipo de figuras jurídicas tienen hoy en términos del procesamiento sistemático de los casos es incuestionable.

A pesar de todo lo anterior, es fundamental en este punto hacer una acotación que tiene que ver con el corazón de esta tesis. El hecho de que se esté reconociendo que las aceptaciones de culpabilidad son relevantes para el funcionamiento actual de los sistemas procesales estudiados en un nivel que impide que razonablemente se pueda proponer aquí su eliminación, dadas además las complejidades a que se enfrentan posibles propuestas al respecto, no quiere decir, de ninguna manera, que se desconozca que estas son, al mismo tiempo, uno de los mayores factores que impiden que en los

⁷⁷⁴ Datos tomados de: PODER JUDICIAL ESPAÑA, *Panorámica de la justicia durante 2017*, p. 49. Es curioso que este dato se mueve en los mismos rangos que el estimado por SCHÜNEMANN, en su libro publicado en el 2005, en relación con las conformidades en Alemania, pues este autor considera que para esa fecha en la mitad de las sentencias proferidas existía una conformidad o acuerdo. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, p. 45.

⁷⁷⁵ Estos porcentajes se calcularon, en el apartado 3.2 del Capítulo 2 de este trabajo, a partir de datos encontrados en: USAID, *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)*, pp.41-42. De cualquier manera, para valorar el verdadero alcance del dato presentado debe tenerse en cuenta que en el mismo punto previamente referido se aclaró que del total de los casos que egresaron del sistema procesal penal colombiano en el año 2014, solo el 5% lo hicieron mediando sentencia.

⁷⁷⁶ Estos datos ya se expusieron en un contexto más amplio en el apartado 2.3.4 del capítulo 3. Fueron originalmente tomados de: DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES - NEW YORK STATE, *New York State Felony Processing Report Indictment through Disposition January - December 2016*, Table 8. En este caso la suma de los porcentajes presentados arriba no es igual a 100% porque hay otro tipo de formas en las que se dispone de los casos que llegan a las cortes superiores como reemplazo de cargos, *dismissals*, o remisión del caso a la justicia juvenil, cuyos datos en este caso no se presentan en el cuerpo del texto.

procedimientos penales actuales se realicen adecuadamente los valores, distintos de la eficiencia, identificados como fundamentales para poder predicar la existencia de modelos de proceso penal orientados axiológicamente. Todo lo contrario. Las aceptaciones de culpabilidad se entienden aquí como un mal que por ahora no se puede eludir, pero cuyo límite y racionalización a través de la configuración de los modelos de fase intermedia será uno de los objetivos principales de la propuesta que aquí se realice.

Ahora bien, el segundo criterio que aquí se propone es que para que los modelos de fase intermedia se entiendan consistentes con el valor eficiencia los aspectos de su configuración que no impliquen un aporte sustancial a la realización de alguno de los valores relevantes deben ser eliminados. Lo anterior es clave, porque el proceso penal es, en todo caso, un contexto de escasez relativa en el que los recursos son limitados, y es precisamente por esta razón que se hace necesario en ciertos escenarios sacrificar en su regulación concreta la realización plena de valores como la orientación cognoscitiva o las garantías para asegurar una eficiencia mínima. Dada esa escasez, y los sacrificios que obliga a realizar, no es de ningún modo justificable que los limitados recursos del sistema procesal se agoten en aspectos que no aportan valor de manera tangible.

Esto en concreto significa que al momento de pensar las eventuales reformas a los modelos de fase intermedia aquí estudiados se debe buscar eliminar todo lo innecesario y privilegiar lo fundamental. Así, tanto las formalidades irrelevantes, como las configuraciones procesales e institucionales que no sean funcionales al desarrollo de un valor, desde el punto de vista que aquí se asume, no tienen por qué mantenerse como parte del sistema⁷⁷⁷.

De su parte, el tercer criterio se refiere a los medios para facilitar la necesaria armonización entre los requisitos derivados de los demás valores orientadores y la posibilidad de tramitación eficiente de los casos. Básicamente consiste en que si bien deben observarse en cualquier caso todos los requisitos establecidos y por establecer para que un modelo de fase intermedia pueda considerarse orientada axiológicamente, el

⁷⁷⁷ El criterio planteado es consistente, por ejemplo, con la propuesta general de CABRILLO y FITZPATRICK de simplificar los procedimientos eliminando las formalidades obsoletas, y con el reconocimiento de FERRAJOLI de la existencia de múltiples normas y mecanismos procesales que entorpecen la búsqueda de la verdad. CABRILLO y FITZPATRICK, *The economics of courts and litigation*, pp. 226; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 61.

cumplimiento de estos, en los sistemas procesales concretos, puede y debe hacerse de una forma orientada también por la idea de no generar una demora excesiva en el agotamiento de cada trámite.

Aunque se considera que las consecuencias concretas de la aplicación de este criterio deben definirse caso a caso, un ejemplo puede ser esclarecedor para entender lo que se pretende con él. Se definió previamente que un requisito necesario de la orientación cognoscitiva de la fase intermedia es que se garantice la posibilidad de contradicción del acto acusatorio, y esto incluye, entre otros aspectos, la posibilidad de presentar prueba e hipótesis alternativas a la de la acusación por parte de los demás participantes en el proceso, antes de la decisión que cierra esta etapa procesal. Para que este requisito se armonice con la necesidad de evitar demoras irrazonables es necesario que la regulación concreta encuentre un equilibrio que permita que efectivamente se presente la prueba necesaria por parte de la defensa o las víctimas, pero que impida al mismo tiempo que este trámite implique una prolongación excesiva en el tiempo de la fase intermedia. Una opción en este sentido podría ser, de nuevo a modo de ejemplo, para los casos en que el periodo intermedio se agote en el escenario de una audiencia, que en ella sea solo una la oportunidad que tenga cada contradictor para practicar la prueba que pretende hacer valer, que se limite el número de pruebas practicables en esta oportunidad procesal, y que solo se permita la práctica de prueba dirigida a atacar de manera relevante algún elemento estructural de la hipótesis acusatoria.

Para resumir, la eficiencia es un valor que se tiene que considerar al momento de realizar propuestas normativas relativas al modo de configuración de los modelos de fase intermedia. Sin embargo, dadas las complejidades que involucra la medición precisa de los niveles de eficiencia de los sistemas procesales y los múltiples factores de los que depende, en las propuestas concretas que aquí se realicen solo será posible tenerla en cuenta a partir de algunos criterios generales. Estos son: *1) la propuesta que se haga no puede requerir la eliminación de las aceptaciones tempranas de culpabilidad; 2) los aspectos de la configuración de los modelos de fase intermedia actuales que no impliquen un aporte sustancial a la realización de alguno de los valores relevantes para la orientación axiológica del proceso deben ser eliminados; y, 3) al momento de configurar el modelo de fase intermedia para que cumpla con los*

requisitos derivados de los demás valores orientadores del proceso, se deben buscar estrategias específicas para que esto no genere una demora excesiva en el agotamiento de cada trámite.

2.2.3. Respeto a las garantías del procesado.

2.2.3.1. Consideraciones generales.

El tercer elemento que aporta valor a un modelo de proceso penal determinado es que en el trámite de decisión sobre la imposición o no de pena *se respeten las garantías del procesado*, lo que implica el interés de que al ciudadano mientras es sometido al proceso no se le afecten de manera desproporcionada sus derechos fundamentales.

Las garantías son, básicamente, límites con los que se busca controlar y racionalizar el ejercicio del poder del Estado para que este no se ejerza de manera arbitraria frente a los ciudadanos⁷⁷⁸, y en su vertiente procesal penal, corresponden con un conjunto de principios que se supone deben observarse en la configuración del proceso para garantizar su racionalidad y circunscribir a niveles aceptables la afectación a los derechos del procesado que implica el ejercicio del *ius puniendi* estatal⁷⁷⁹.

Las garantías procesales se han ido definiendo a lo largo de la historia y se han reconocido de manera progresiva como derechos en los ordenamientos jurídicos, existiendo varios hitos históricos tradicionalmente destacados, como la Carta Magna

⁷⁷⁸ En una concepción amplia de las garantías como la desarrollada por FERRAJOLI (quien de hecho denomina a su propuesta teórica *garantismo*) estas no se restringen al ámbito del proceso penal, y ni siquiera al sistema penal en su conjunto, sino que constituyen en general las *paredes maestras* del Estado de Derecho que sirven para tutelar las libertades de los individuos frente a los abusos del poder. GASCÓN ABELLÁN, “La teoría del garantismo: rasgos principales”, pp. 21-22.

⁷⁷⁹ En el mismo sentido: BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales*, pp. 55-56; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 539-542. En relación con la postura de FERRAJOLI con respecto a las garantías procesales y sus diferencias con lo que aquí se plantea se debe hacer una precisión. Para él todas las garantías procesales son a un mismo tiempo garantías de libertad y garantías de verdad, mientras, en este trabajo, en virtud de la forma analítica en que se organizan los contenidos de los valores del proceso, algunas garantías se entienden intrínsecamente ligadas con la orientación cognoscitiva del proceso (*garantías epistémicas*) mientras otras se entienden justificadas por razones no epistémicas, e incluso, como se explicará más adelante, se concibe la posibilidad de que se presenten colisiones, en ámbitos concretos, entre el interés de buscar la verdad y el interés de garantizar el respeto de los derechos individuales. De otro lado, otra concepción robusta de lo que implicaría un modelo de proceso penal orientado por el respeto de las garantías, que involucra consideraciones relacionadas con la fiabilidad de la decisión procesal y el respeto de los derechos individuales, en: PACKER, *The limits of criminal sanction*, pp. 163-173.

inglesa, las obras de la ilustración, entre las que destaca la de BECCARIA, y la *Bill of Rights* de la Constitución de los Estados Unidos⁷⁸⁰. Actualmente, las que se consideran como garantías básicas se encuentran reconocidas como derechos humanos y fundamentales, condensadas principalmente en el derecho al debido proceso, reconocido en los distintos textos de las constituciones contemporáneas y en diversos tratados internacionales de derechos humanos⁷⁸¹.

Hay versiones más o menos robustas de las garantías procesales en las distintas normas positivas⁷⁸²; sin embargo, aquí se considera que es posible afirmar que en el plano de la consagración jurídica abstracta existe un núcleo común que podría identificarse con las garantías procesales básicas. Algunas de estas pueden entenderse comprendidas en algunos de los requisitos que aquí se consideran necesarios para que se pueda afirmar que un modelo procesal está orientado cognoscitivamente, y por eso aquí se denominarán *garantías epistémicas*, y son los derechos del procesado a: ser juzgado por un juez natural e imparcial; ser informado del contenido de la acusación; ser oído en el trámite procesal; y controvertir la prueba presentada contra él. Mientras, algunas otras garantías fundamentales no se entienden directamente incluidas en la orientación cognoscitiva del proceso, ya que en principio tutelan otros valores, como la libertad y la integridad del procesado, y por ello se denominarán *garantías no epistémicas*. Aquí se entienden, entonces, como *garantías no epistémicas*: la reserva judicial de la restricción de la libertad; la presunción de inocencia; la defensa técnica; el derecho a no inculparse a sí mismo y a no inculpar a los parientes cercanos; el derecho a que el juicio se agote en un plazo razonable; la publicidad; y el respeto de las formas procesales⁷⁸³.

⁷⁸⁰ BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales*, pp. 57-58.

⁷⁸¹ Las consagraciones del derecho al debido proceso en las normas positivas relevantes para los sistemas procesales aquí estudiados pueden encontrarse en el art. 24.2 de la Constitución Española; en los arts. 28 y 29 de la Constitución Política de Colombia; en las enmiendas IV, V, y VI de la Constitución de los Estados Unidos; en el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; en el art. 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; y en los arts. 5 y 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Para un resumen de las formas en que se consagra en diversas constituciones el derecho al debido proceso, puede verse: PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, pp. 29-34.

⁷⁸² Para un desarrollo de los alcances de las garantías procesales en España puede verse: PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, pp. 55-202.

⁷⁸³ La distinción entre garantías epistémicas y no epistémicas se retoma de: GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, p. 110. Además, frente a lo dicho arriba se considera que dos observaciones pueden ser útiles. La

La distinción entre garantías epistémicas y no epistémicas se considera útil en un nivel explicativo, entre otras razones, porque permite dar cuenta de manera coherente de los conflictos que en ocasiones se pueden presentar en el trámite procesal entre el interés de aproximarse al conocimiento de lo verdaderamente acaecido y el interés de proteger los derechos individuales del procesado. El caso paradigmático de esta colisión es el de la decisión relativa a excluir o no del proceso la prueba ilícitamente obtenida, especialmente cuando la prueba en cuestión es clave para demostrar la ocurrencia del delito⁷⁸⁴, aunque también se da cuando hay interés en realizar diligencias investigativas relevantes para la aproximación a la verdad que implican por su naturaleza afectaciones importantes a derechos fundamentales.

En todo caso, más allá de su consagración positiva y de los eventuales conflictos que puedan presentarse entre ellas, aquí se considera que la observancia general de las garantías básicas tiene valor normativo en la configuración de las instituciones del proceso penal, porque se entiende que la limitación al ejercicio arbitrario del poder del Estado y la tutela de los derechos individuales del ciudadano son fundamentales en los Estados constitucionales contemporáneos⁷⁸⁵; e incluso, se considera que más allá de los límites que las garantías básicas imponen, es necesario siempre considerar las afectaciones a los derechos fundamentales que se generan en el marco de las prácticas procesales concretas, y valorar si estas son o no aceptables en el contexto general de la realización de los distintos valores relevantes para el proceso.

Así las cosas, debe precisarse ahora que aquí se considera que la mayor complejidad en cuanto al tema de las garantías procesales no está en su consagración abstracta sino en su aplicación concreta a la regulación y a la práctica procesal. Esto en virtud de que la

primera es que se tiene conciencia de que la identificación que aquí se hace de las garantías procesales básicas puede ser discutible, ya que desde distintos puntos de vista se puede considerar demasiado comprensiva o demasiado limitada. La segunda es que los límites entre las garantías epistémicas y no epistémicas no siempre son claros, pues se podría pensar que garantías no epistémicas responden en ocasiones concretas a intereses epistémicos y viceversa.

⁷⁸⁴ Un ejemplo de este conflicto, en el contexto de los Estados Unidos, es descrito por CHIESA, quien lo conceptualiza como un escenario de tensión entre *fairness* y justicia. CHIESA, “Justicia y *Fairness* en el proceso penal”, pp. 295-298. Otra exposición de este tipo de tensiones, en un nivel más abstracto, puede encontrarse en: PACKER, *The limits of criminal sanction*, pp. 167-168. También en el mismo sentido: BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales*, pp. 82-83.

⁷⁸⁵ Al respecto: LÓPEZ BARJA, *Tratado de Derecho Procesal Penal - Tomo I*, pp. 164-172; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 63. Esta idea se desarrolla con más profundidad en este capítulo en el apartado 2.2.4.

relativa coincidencia en cuanto a las garantías básicas, que se da en el plano de la consagración jurídica abstracta, desaparece cuando la discusión se circunscribe a escenarios más concretos, como el de la interpretación y alcance que se debe dar a cada garantía en contextos determinados, o como el de los límites específicos que ellas representan frente a la libertad de configuración legislativa de los modelos de procedimiento penal.

Lo anterior se hace evidente con el hecho de que los distintos modelos procesales vigentes, tan diferentes en sus formas, contenidos, y desarrollos de garantías puntuales, son considerados en cada uno de los ordenamientos jurídicos a los que corresponden como respetuosos de las garantías procesales consagradas en sus respectivas constituciones, tanto por los legisladores que promulgan las leyes procesales como por los jueces que consideran sus normas consistentes con los derechos constitucionales.

Además, es claro que incluso dentro de cada sistema jurídico individualmente considerado, a pesar de partirse del mismo conjunto de normas jurídicas, lo usual es que no exista consenso entre los intérpretes autorizados sobre cuál es el alcance que se debe dar a las garantías procesales en los escenarios particulares, y que esto derive en un usual conflicto entre posiciones diferentes sobre cómo deben interpretarse las normas procesales concretas o sobre cuáles son los requisitos legales para que un trámite procesal determinado se agote adecuadamente⁷⁸⁶. Esta realidad se muestra de una manera muy sugerente por PACKER, pues él defiende que, teniendo como marco un mismo contexto jurídico (en su caso el de los Estados Unidos), se pueden concebir formas muy diferentes de desenvolvimiento de la práctica procesal según a qué conjunto de valores se le da prevalencia, al punto que considera incluso posible definir modelos polares, que él identifica como el modelo del debido proceso y el modelo de control del delito⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ Para una justificación de la correspondencia de lo dicho arriba con la práctica procesal, basta con remitirse a la reconstrucción de los procedimientos penales concretos que se realizó en los capítulos anteriores, ya que allí se puede ver muy claramente que el alcance que se da a las diversas instituciones procesales es variable, ya que suelen presentarse oscilaciones en la jurisprudencia sobre cuál es la correcta interpretación de las normas jurídicas de acuerdo con las cuales se constituyen. Ver: Cap. 1. apartado. 1; Cap. 2. apartado 2; Cap. 3. Apartado 2.

⁷⁸⁷ PACKER, *The limits of criminal sanction*, pp. 149-154.

De las anteriores consideraciones se deriva, entonces, que no sería fecundo realizar una reflexión en abstracto sobre los alcances que se deben dar a las garantías procesales en oposición a los demás valores relevantes para el proceso, y por ello, tal y como se hizo cuando se abordaron los tópicos de la orientación cognoscitiva y de la eficiencia, la propuesta concreta a desarrollar a continuación se limitará a plantear qué aspectos derivados del respeto a las garantías se deben incluir necesariamente en una propuesta orientada axiológicamente sobre la regulación de los modelos de fase intermedia.

2.2.3.2. ¿Cuáles son las garantías procesales necesarias para la configuración de un modelo de fase intermedia orientado axiológicamente?

Antes de entrar a desarrollar la respuesta de la pregunta presentada en el título se hace necesario realizar una precisión previa a partir de la distinción conceptual ya establecida entre garantías epistémicas y no epistémicas. Esta es que la gran mayoría de las consideraciones derivables de las garantías epistémicas ya se entienden comprendidas en las realizadas a propósito de la orientación cognoscitiva del proceso y sus implicaciones en la fase intermedia. Por ese motivo, las consideraciones a realizar en este apartado se concentrarán en las garantías procesales que pueden caracterizarse como no epistémicas, y solo se hará referencia a las epistémicas excepcionalmente, cuando sean relevantes para destacar algún asunto no incluido ya en el apartado de la orientación cognoscitiva.

Dicho esto, vale empezar por señalar que en las distintas consagraciones positivas correspondientes con el derecho al debido proceso no se encuentra incluido como garantía básica el derecho a una fase intermedia o el derecho a un control de la suficiencia del caso anterior a la apertura del juicio, con la notable excepción del derecho a ser acusado por un gran jurado, incluido en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos⁷⁸⁸. De ello se deriva que, con la excepción señalada, si se toma como referente valorativo la consagración positiva actual del derecho al

⁷⁸⁸ No sobra recordar que aunque el derecho a ser acusado por un gran jurado se consagra en la *Bill of Rights*, no se considera integrado a la cláusula del *due process of law* de la decimocuarta enmienda y por tanto no es exigible directamente en las jurisdicciones de los estados de la unión. Ver al respecto: Cap. 3, apartado 1.

debido proceso en las distintas normas ya citadas, sería aceptable la creación de modelos de procedimiento penal que carezcan de un control del caso previo al juicio, aunque sí sería requisito necesario que se informe al procesado del contenido de la acusación.

A pesar de esto, aquí se defenderá que la fase intermedia en términos generales sí desempeña una función de garantía, y sobre todo que una fase intermedia axiológicamente orientada sí tiene el potencial de desempeñar una función relevante para la garantía de los derechos del procesado, especialmente en las circunstancias actuales de los modelos de proceso penal que son objeto de este trabajo, que se considera pueden caracterizarse como modelos diseñados para el procesamiento de delitos que implican la imposición de sanciones graves.

Para empezar a sustentar la tesis esbozada es útil recordar que en sus orígenes las instancias de control del caso previo al juicio se implementaron como instituciones de garantía para el procesado. Así, en la literatura relativa al tema se plantea que la inclusión en la *bill of rights* de la Constitución de los Estados Unidos del derecho a ser acusado por un gran jurado estuvo motivada por el interés de proteger *al inocente contra acusaciones injustificadas*⁷⁸⁹; y a su vez, en la bella Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aunque no se hace una afirmación contundente al respecto, sí hay varios apartes que permiten sugerir la existencia de una intención de tutelar los derechos individuales del procesado con la implementación de algunas figuras procesales que aquí se identifican como parte de la fase intermedia⁷⁹⁰. Entonces, los mecanismos de control del caso previo al juicio se incluyeron en los procedimientos penales como medio para garantizar la imparcialidad del juzgador final, y más importante aún, para impedir la afectación en los derechos del ciudadano que se

⁷⁸⁹ Se consideraba tan importante la institución del gran jurado en ese momento, que en adición a lo expuesto arriba, SIMMONS acredita que en la medida en que la versión original de la Constitución de los Estados Unidos no consagraba el derecho al gran jurado, ocho de los trece estados originales de la unión recomendaron una modificación para que este fuera incluido. SIMMONS, *Boston University Law Review*, pp. 12-13.

⁷⁹⁰ Así, en diversas secciones del texto se resalta que la calificación jurídica provisional del hecho que se realiza por el acusador y la imposibilidad del juez instructor de emitir una decisión definitiva son relevantes para la imparcialidad del juzgador. Además se plantea que la posibilidad del ministerio fiscal de negarse a formular acusación, aun cuando los jueces han acordado la procedencia del caso: “respeta más los fueros de la conciencia, los derechos individuales, y está más en consonancia con el principio fundamental en que descansa el sistema acusatorio.” LECrim, Exposición de motivos.

genera con la realización de un juicio penal en su contra, cuando no hay fundamentos que justifiquen esta actuación.

Actualmente, esta sigue siendo una función de garantía importante que debe desempeñar la fase intermedia. Ser procesado en un trámite penal representa una carga muy gravosa para cualquier ciudadano, en razón a que el proceso implica unos costos muy importantes a nivel económico, social, moral⁷⁹¹ y en general vital, que van aumentando entre más avanza el trámite⁷⁹². Por ello, es valioso que existan mecanismos de control de la solidez del caso previos al juicio, que permitan valorar adecuadamente si hay razones suficientes para llevar el trámite procesal hasta su fase final. Por lo anterior, aquí se considera que la primera garantía que debe integrarse en los modelos de fase intermedia axiológicamente orientados es que *la valoración positiva del cumplimiento de los requisitos de los actos acusatorios sea necesaria para la apertura de la fase de juicio*.

De cualquier manera, esta garantía, que en su origen era el fundamento básico de la fase intermedia, debe actualizarse para responder a la manera en que se tramitan efectivamente los procesos contemporáneos, si se pretende que continúe representando una verdadera protección para los derechos individuales de los procesados, y ello significa que debe adaptarse al hecho de que en la práctica, en un número de casos más que significativo, el juicio ha dejado de ser el momento central del trámite procesal.

En esa línea, previamente se ha establecido que en los sistemas procesales objeto de este estudio existen distintos modelos de aceptaciones tempranas de culpabilidad, y que efectivamente a través de ellos se tramitan un número muy importante de casos en cada

⁷⁹¹ En los niveles moral y social se pueden entender incluidas las afectaciones al honor y la reputación que se generan con el proceso y que se agravan con su avance hasta la fase de juicio.

⁷⁹² El tema de los costes que implica para la persona tomar contacto con el sistema de administración de justicia en calidad de procesado ha sido estudiado, desde una perspectiva sociológica, en el contexto del proceso de los Estados Unidos. En un estudio reciente, se concluye que los costes son muy importantes, incluso en las etapas más tempranas del procesamiento, en niveles como la restricción de la libertad, la afectación a la integridad física y la disrupción de los planes de vida de los procesados. Además se plantea que la proyección del aumento en los costes que implicaría controvertir la acusación y llevar el caso a juicio estimula, en dicho proceso, que las personas prefieran recurrir a aceptaciones tempranas de culpabilidad, aun siendo inocentes. GELLER, *Cardozo Law Review*, pp. 1047-1053. En el mismo sentido, resaltando los costes para el procesado que implica controvertir los cargos: EARL, *Law and social inquiry*, pp. 744-745. En el mismo sentido, entendiendo que el proceso puede entenderse, en sí mismo, como una pena tanto en sentido simbólico-comunicativo como aflictivo: SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis*, pp. 148-152.

uno⁷⁹³; pero también se ha precisado que en virtud de la forma en que están regulados los procesos, no existe un control material efectivo de los méritos del caso antes de que se presenten las aceptaciones de culpabilidad, y esto conlleva que quede en ellos un amplio espacio abierto para potenciales actos arbitrarios de la autoridad y para que se emitan condenas sin que se haya verificado mediante un procedimiento contrastable que hay al menos un fundamento básico para ellas⁷⁹⁴.

Ante esto, que aquí se entiende como uno de los retos más grandes para la legitimidad de los procedimientos penales contemporáneos, se considera que una buena regulación de la fase intermedia puede aportar elementos de mejora. Así, si se establecen modelos de fase intermedia que cumplan con los requerimientos que se derivan de la orientación cognoscitiva, y además se establece, como exigencia garantista, *que las aceptaciones tempranas de culpabilidad no puedan realizarse sin que previamente se agote la fase intermedia*, esto implicará que en todos los casos una aceptación temprana de culpabilidad estará precedida de una evaluación positiva del cumplimiento de los requisitos formales y del fundamento material de los actos acusatorios, cuya rigurosidad puede variar según las decisiones político-criminales que se tomen en cada contexto, pero que en todo caso habrá implicado una contrastación intersubjetiva seria de su solidez.

Se proyecta que las consecuencias favorables de esta garantía serían que en los casos sin fundamentos o con fundamentos débiles devendría imposible la inducción a que se acepten cargos y por ello se evitarían muchas condenas injustas⁷⁹⁵; y que en los eventos en que los actos acusatorios cumplan los requisitos para superar la etapa intermedia, el procesado, agotada esta, podría tomar una decisión más informada con respecto a si le es más favorable estratégicamente aceptar los cargos o controvertir su validez en el juicio. En últimas, esta parece ser una propuesta que, aunque sin duda implica costos en

⁷⁹³ Ver Cap. 4 apartado 2.2.2.

⁷⁹⁴ Ver al respecto apartados 2.1.2. y 3.1. Cap. 2; apartados 2.2 y 3.1. Cap. 3. Con respecto al procedimiento abreviado español puede verse: LASCURAIN y GASCÓN, *InDret*, p. 10.

⁷⁹⁵ LASCURAIN y GASCÓN, en el contexto del proceso penal en España, han expuesto de manera convincente que en algunas circunstancias los procesados aun siendo inocentes podrían razonablemente preferir aceptar los cargos de la acusación que controvertirlos en juicio y han planteado como medida paliativa un juicio de acusación más estricto. LASCURAIN y GASCÓN, *InDret*, p. 12-21. En el mismo sentido de lo planteado por los autores, uno de los efectos que se buscaría con la implementación de la garantía que arriba se propone es desde luego mitigar el riesgo de la condena de inocentes.

términos de tiempo y recursos para los sistemas procesales, logra armonizar la aparente inevitabilidad de la utilización de la aceptación temprana de cargos para la viabilidad de los sistemas procesales estudiados, con la imperiosa necesidad de aumentar la racionalidad y legitimidad de las condenas que se imponen sin agotar la discusión del caso en el juicio oral.

Más allá de lo anterior, para que la fase intermedia efectivamente logre constituirse como un espacio procesal que sirva como barrera para evitar aperturas de juicio y aceptaciones de cargos sin fundamento, su regulación debe incluir algunas garantías adicionales a las que ya se han mencionado.

Lo primero es que la configuración concreta que se haga de la fase procesal, además de los requerimientos que para ella se derivan de lo dicho con ocasión de los valores de orientación cognoscitiva y eficiencia, *debe respetar las garantías básicas no epistémicas que son aplicables de manera transversal a su regulación*. Con esto se quiere decir, en concreto, que la configuración que se haga del modelo de fase intermedia específico no puede prescindir de garantizar la publicidad del procedimiento, la defensa técnica, los derechos de no incriminación, el plazo razonable, el respeto de las formas procesales y la presunción de inocencia (que en este caso implica que la carga de probar el argumento acusatorio corresponde a quien desempeñe la función acusatoria).

En segundo lugar, para que la garantía que representa la evaluación del cumplimiento de los requisitos del acto acusatorio en la fase intermedia no devenga irrelevante en la práctica, se necesita que este periodo procesal, además de ser una barrera para el avance del trámite, *se conciba también como un escenario de fijación del objeto del proceso*. Con esto se quiere decir que es una garantía relevante la exigencia de que una vez presentado el acto acusatorio definitivo del proceso y validada su suficiencia en la fase intermedia, no sea posible modificar el contenido de sus premisas de cara al juicio oral o a una posible aceptación de culpabilidad, por lo menos en asuntos que puedan agravar las posibles consecuencias jurídicas contra el procesado. Se considera que es aceptable que la fijación del objeto del proceso sea progresiva en los eventos en que la fase intermedia se divide en distintos actos procesales concretos (como es el caso en los sistemas procesales estudiados en este trabajo), pero lo que es ineludible es que tras

agotarse la fase intermedia en su conjunto, el objeto del proceso se entienda fijado en los términos expuestos.

La importancia de esta garantía puede vislumbrarse más fácilmente si se observan las consecuencias de su ausencia. Para ello vale recordar que, cuando se realizó la exposición del procedimiento establecido para los delitos de rango *felony* en el Estado de Nueva York, se ilustró que la revisión del caso en la fase intermedia no funcionaba como un mecanismo eficaz de fijación del objeto del proceso⁷⁹⁶, y se estableció posteriormente que esto termina generando una posición de poder muy fuerte para el acusador, esencialmente porque la amenaza latente de agravación de los cargos de la acusación termina funcionando como un mecanismo de intimidación al procesado y propiciando la aceptación de cargos⁷⁹⁷. De ahí, que en un nivel más abstracto, se considere sostenible afirmar que si el objeto del juicio no queda fijado una vez culminada la fase intermedia, esto genera que el contenido del argumento acusatorio se pueda modificar posteriormente por iniciativa de la acusación, lo que deja al mencionado actor procesal en una posición de poder exagerada sobre la defensa, especialmente cuando la modificación puede significar agravar la situación del procesado. En últimas, la fijación del objeto del proceso en la fase intermedia se entiende necesaria para que la función de límite que se pretende lograr con este momento procesal genere realmente efectos prácticos.

Por último, se considera necesaria una garantía final. Esta es que *cuando en el trámite de la fase intermedia se inobserven las garantías procesales previamente establecidas, por el incumplimiento de los requisitos procesales que las concreten en cada sistema procesal, esto debe generar como consecuencia un remedio adecuado, que en principio deberá ser la nulidad del acto*, dada la ya establecida importancia de las consecuencias que se derivan de esta fase procesal⁷⁹⁸. La justificación de este postulado es bastante

⁷⁹⁶ Las razones para justificar la afirmación enunciada arriba son, entre otras, que la decisión del juez en la *preliminary hearing* no tiene efectos vinculantes, que la acusación puede eludir todas las etapas previas e iniciar el procedimiento directamente ante el gran jurado, y principalmente que aunque ya se haya emitido *indictment* el fiscal puede reemplazarlo, modificando su contenido, simplemente sometiendo el caso de nuevo a trámite ante el gran jurado. Para una explicación detallada, ver: Cap. 3. apartados 2.3 y 3.1.

⁷⁹⁷ Ver: Cap. 3. apartado 3.1.

⁷⁹⁸ Aquí se está partiendo de la postura sobre el papel de las formas procesales y las consecuencias de su incumplimiento planteada por BINDER. Resumiendo de manera muy esquemática la postura del autor, se puede decir que él considera que una de las funciones principales de las formas procesales es concretar el

simple: poco éxito tendrá establecer jurídicamente un modelo de fase intermedia que cumpla con todos los requisitos necesarios para que pueda considerarse axiológicamente orientado, si su inobservancia en la práctica y las afectaciones que de ello se derivan no generan consecuencias jurídicas que sean adecuadas para reparar el daño causado. En esos términos, esta última funciona como una garantía de las garantías, en la medida en que estimula que todas las demás se observen de manera regular en el trámite procesal y da herramientas apropiadas para reaccionar ante su vulneración.

A modo de síntesis, vale recapitular los requisitos para la fase intermedia que se derivan de este apartado, que deben sumarse a los deducidos de los otros valores orientadores: *1) la superación de la fase intermedia debe ser un requisito para la apertura del juicio; 2) la superación de la fase intermedia debe ser un requisito para que sean procedentes las aceptaciones tempranas de culpabilidad; 3) la configuración de la fase intermedia debe respetar las garantías básicas no epistémicas que son aplicables de manera general a su regulación; 4) la fase intermedia debe cumplir la función paralela de ser un escenario de fijación del objeto del proceso; y, 5) la inobservancia del sistema de garantías establecido debe generar como consecuencia la implementación de remedios procesales adecuados.*

2.2.4. Consideración de los intereses de la víctima.

El último valor que aquí se estima necesario incluir como relevante para la configuración de modelos de proceso penal axiológicamente orientados es la *consideración de los intereses de la víctima.*

La razón para ello es que el reconocimiento de la víctima como sujeto con intereses legítimos que deben ser considerados al momento de abordar la resolución del conflicto penal, y por tanto en la regulación del trámite procesal, es un imperativo que se puede

sistema de garantías de protección al imputado, porque los requisitos de los actos procesales son el medio a través del que se expresan las garantías en el proceso. Por ende, cuando en el trámite se incumple un requisito procesal se debe valorar si este hecho también generó la vulneración del principio de garantía que le es correlativo, y en caso de que así sea, se debe dar una respuesta procesal que repare el daño causado por el acto defectuoso, que puede ser el saneamiento del mismo, en los casos en que sea posible reestablecer la garantía, o la declaratoria de la nulidad del acto procesal, que simplemente lo deja sin efectos jurídicos. BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales*, pp. 55-117.

deducir de la forma en que se deben estructurar las relaciones entre los intereses del Estado y la observancia de los derechos individuales, en el marco de los Estados constitucionales contemporáneos⁷⁹⁹.

Para ilustrar esta idea, en cuanto a la relación de los intereses del Estado y los derechos individuales, vale la pena retomar brevemente algunas consideraciones de ZAGREBELSKY. El autor plantea que en el modelo de Estado predominante en Europa con posterioridad a la revolución francesa, que podría denominarse Estado de Derecho, si bien el derecho se concebía como un límite contra el ejercicio arbitrario del poder del Estado, este aplicaba al Estado como administración, pues su actividad encontraba su límite en lo dispuesto jurídicamente, pero no al Estado como legislador o “Estado-ordenamiento”, pues en tal rol este se concebía como poder soberano. De ahí que en dicho contexto los derechos subjetivos de los individuos se entendieran subordinados a la ley, y por tanto se concibieran como una autolimitación o concesión del “Estado-ordenamiento” y no como un límite a las posibilidades de acción o decisión de este⁸⁰⁰. En síntesis:

Los derechos existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto a la autoridad pública consistía exclusivamente “en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés”⁸⁰¹

En ese sentido, en este modelo de Estado, ley y derechos subjetivos son inescindibles, porque los derechos constituyen, en últimas, expresión de la voluntad soberana del Estado manifestada en la ley, y por ello en la protección del Estado y sus intereses estaría implicada la protección de los derechos de los individuos⁸⁰².

⁷⁹⁹ Con el término Estados constitucionales contemporáneos me refiero a lo mismo que ZAGREBELSKY identifica como Estado constitucional, y hace referencia al modelo de Estado surgido en Europa en la segunda mitad del siglo XX, tras el final de la segunda guerra mundial, en el que la Constitución y los derechos individuales consagrados en ella adquieren una relevancia central en los ordenamientos jurídicos. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 33-34, 65-66. Se puede afirmar, sin temor a equívocos, que el Estado Español, a partir de la Constitución de 1978, y el Estado Colombiano, a partir de la Constitución de 1991, se pueden calificar como Estados constitucionales contemporáneos.

⁸⁰⁰ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 48.

⁸⁰¹ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 48.

⁸⁰² Lo descrito arriba es coherente con una concepción del conflicto penal en la que se entiende que este existe solamente entre el Estado y el infractor de la ley penal. Una denuncia de que esta es la visión del

Mientras, siguiendo a ZAGREBELSKY, en el marco del Estado Constitucional la relación entre intereses del Estado y derechos individuales cambia. Ello en la medida en que, en el modelo de ordenamiento jurídico propio del Estado Constitucional, la ley pierde su posición de superioridad sobre los derechos individuales (por lo menos frente a aquellos reconocidos como fundamentales en la Constitución), y en cambio, aquí, tanto la realización de los intereses del Estado soberano, que se expresan en sus facultades legislativas, como los derechos individuales de los ciudadanos, encuentran su fundamento en el texto constitucional, aunque de manera independiente. De nuevo en palabras del autor: “tanto la ley como los derechos tienen su propia (no necesariamente la misma) dignidad constitucional”⁸⁰³. En suma, lo que esto termina significando es que en este modelo, de un lado, el Estado sigue conservando algunos poderes que le son propios originariamente y que se expresan en su facultad legislativa, pero del otro, los derechos individuales representan un patrimonio subjetivo individual independiente del poder legislativo del Estado.

Si se trasladan estas ideas a la esfera penal, la consecuencia es que, en el marco del Estado Constitucional, el conflicto penal no puede concebirse exclusivamente como un asunto entre el Estado y un sujeto que actuó en contra de su regulación jurídica, pues el delito, además de una infracción al derecho o una afrenta a la sociedad, implica, al menos en un número relevante de casos, una afectación a los derechos fundamentales individuales de la víctima⁸⁰⁴, y estos merecen un reconocimiento y consideración

conflicto enraizada en la justicia penal moderna se encuentra en CHRISTIE, en el texto adelante citado que suele referirse en la literatura como trabajo seminal con respecto al tema: CHRISTIE, *The British Journal of Criminology*, pp. 1-15. Para una descripción de la posición histórica de la víctima en el proceso penal coherente con esta idea, puede verse: PÉREZ RIVAS, *Los derechos de las víctimas en el sistema penal español*, pp. 21-30.

⁸⁰³ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 58. Un planteamiento que en términos generales corresponde con el desarrollado por ZAGREBELSKY, pero edificado a partir de los conceptos de democracia y derechos constitucionales, puede encontrarse en: FERRAJOLI, *Poderes salvajes*, pp. 27-32.

⁸⁰⁴ Difícil sería negar en este punto, que con la comisión de un delito de lesiones personales, por ejemplo, además de violarse la norma de prohibición contenida en la ley penal, se vulnera también el derecho a la integridad personal de la víctima. De otro lado, SILVA SÁNCHEZ ha planteado recientemente, aunque en un contexto diferente y desde una perspectiva distinta, que el delito genera un conflicto bidimensional, en el que de un lado está el que él denomina plano vertical, en el que representa un problema para el Derecho Penal del Estado en la medida en que produce una lesión del Derecho y de la víctima como sujeto jurídico; y del otro está el plano horizontal, en el que constituye un grave conflicto para las relaciones interpersonales y sociales. Citando literalmente al autor en cuanto al plano horizontal: “se parte aquí de la premisa antropológica realista de que somos “seres humanos plenos en un mundo complejo, en el que los hechos punibles nos afectan —como autores y víctimas— también en un plano inmediato personal.” SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, pp. 220-221.

independiente de la que se da a los intereses del Estado⁸⁰⁵, para lo que a este trabajo compete en el nivel del proceso penal⁸⁰⁶.

Ahora bien, establecida la razón que fundamenta la consideración de los intereses de la víctima, la dificultad reside en definir cuáles son las formas adecuadas en que esto debe expresarse en la configuración concreta del proceso. Esta tarea está revestida de complejidades, porque es concebible razonablemente que, en el ambiente procesal, la consideración de los intereses de las víctimas colisione con la realización de los otros valores orientadores, en niveles que impidan su aceptable desarrollo común. Así, por ejemplo, desde algunas perspectivas se ha entendido que el dar a la víctima un rol activo en el proceso es incompatible con el respeto de las garantías individuales del procesado⁸⁰⁷; de otro lado, la participación, y en general la consideración de los intereses de la víctima, puede constituirse en una carga de difícil gestión que termine afectando gravemente la eficiencia del proceso⁸⁰⁸; e incluso, puede pensarse que la

⁸⁰⁵ La premisa arriba defendida en el contexto del Estado constitucional se considera sostenible, aun con más fuerza, en el ámbito constitucional de los Estados Unidos. Esto, porque, de acuerdo con ZAGREBELSKY, en el origen de la Constitución de los Estados Unidos, la concepción de la relación entre intereses del Estado y derechos individuales ya no sería de independencia, como en el Estado Constitucional, sino de preexistencia de los derechos individuales frente a la Constitución y el gobierno, por lo que las facultades estatales expresadas en la ley se derivan allí de los derechos de los individuos y no al contrario. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 54-58.

⁸⁰⁶ Para DUCE, en un plano descriptivo, razones de este tipo son algunas de las que han sustentado el cambio que a nivel internacional se ha dado en el rol de la víctima en los procesos penales actuales. DUCE, *Política criminal*, p. 742. De su parte, en otra concepción que defiende el valor normativo de la participación de la víctima en el proceso, el fundamento de este se remite a los conceptos de *fairness* para la víctima, respeto a la víctima y dignidad de la víctima. BELOOF, *Utah Law Review*, pp. 293-298.

⁸⁰⁷ Así, SCHÜNEMMAN, teniendo como referente el procedimiento penal de Alemania, se opone decididamente a la posibilidad de participación de la víctima en el trámite, porque considera que implica añadir una parte más en contra del procesado, encontrándose este último, aun sin ella, en una posición casi desesperada por tener que enfrentarse a juez y acusador. Además alega que la participación de la víctima como parte en el proceso afecta su credibilidad como testigo. SCHÜNEMMAN, *Buffalo Criminal Law Review*, pp. 42-44. Otra perspectiva crítica sobre las posibilidades de participación de la víctima en el proceso, en: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Política criminal*, pp.763-766. Una referencia a este tipo de críticas en el contexto de un estudio sobre la reforma del proceso penal en Colombia, en: SÁNCHEZ-MEJÍA, *Victim's rights in flux: Criminal justice reform in Colombia*, p. 58. Reconociendo las ocasionales colisiones entre derechos del procesado y de la víctima, pero desde una perspectiva favorable a la participación de la víctima en el proceso: GÓMEZ COLOMER, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, pp. 415-416.

⁸⁰⁸ Una referencia a críticas que ligan la participación de la víctima en el proceso con problemas de ineficiencia, en: SÁNCHEZ-MEJÍA, *Victim's rights in flux: Criminal justice reform in Colombia*, p. 58.

consideración de los intereses de la víctima es simplemente incompatible con la forma en que se debe entender el fin de la sanción penal⁸⁰⁹.

En todo caso, aquí se defiende que es ineludible la necesidad de buscar medios que permitan armonizar la realización de los intereses de las víctimas con la de los demás elementos que aportan valor a la gestión del conflicto penal, en la medida en que su necesaria consideración se deduce del compromiso fundamental que deben tener los Estados constitucionales contemporáneos con la garantía de los derechos individuales de sus ciudadanos.

A partir de lo anterior, centrando la atención ahora en el proceso penal y específicamente en la fase intermedia, aquí se considera que la necesaria armonización de los intereses de la víctima con los demás valores orientadores del proceso, además de ineludible es posible, y con esto se quiere decir que se considera que en los modelos concretos de procedimiento se puede lograr al menos una consideración básica aceptable de los intereses de las víctimas que no vaya en detrimento de la posibilidad de un desarrollo aceptable de los demás valores orientadores. No sobra recordar, en relación con lo previamente dicho, que el objetivo de las propuestas que aquí se buscan formular no es el diseño de una arquitectura ideal que corresponda al mejor modelo concebible de etapa intermedia del proceso penal, sino el más modesto de identificar criterios que permitan configurar modelos de fase intermedia mínimamente aceptables, en el contexto específico de los sistemas procesales estudiados en esta tesis.

En esa línea, en lo que corresponde al objeto de estudio de este trabajo, se considera que un razonable punto de partida en cuanto a la consideración de los intereses de las víctimas son las facultades a ellas reconocidas en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder*, dispone, en relación con su participación en el procedimiento penal, que las víctimas tienen derecho al acceso a los mecanismos de justicia, expresándose esto en concreto, entre otras cosas, en la

⁸⁰⁹ Una reconstrucción crítica y bastante comprensiva de los planteamientos teóricos que consideran que dentro de los fines de la pena debe considerarse la satisfacción de la víctima, en: GIL GIL, *InDret*, 1-39. De su parte SILVA SÁNCHEZ asume una posición crítica, particularmente frente a las posturas que defienden que las víctimas del delito tienen derecho a la justicia, entendido este como el derecho de las víctimas a que se le imponga un castigo al delincuente. SILVA SÁNCHEZ, *Pace Law Review*, pp. 865-884.

posibilidad de presentar sus opiniones y preocupaciones en las actuaciones procesales en que estén en juego sus intereses⁸¹⁰. De su parte, la *Directiva 2012/29/UE* dispone como una de sus finalidades la garantía de la participación de la víctima en los procesos penales⁸¹¹, y la concreta en dos derechos específicos: el derecho a ser oída y a facilitar elementos de prueba, y el derecho a que se revise la decisión de no continuar con el procesamiento⁸¹². Estos, más allá de la fuerza normativa que puedan tener en cada ordenamiento jurídico específico en virtud de las fuentes en que se recogen, se consideran los derechos mínimos que se deben garantizar a las víctimas en la fase intermedia, en razón a que en todo caso permiten una protección aceptable de sus intereses más importantes en este momento, sin afectar de manera exagerada la realización de los demás valores orientadores.

En términos más precisos, aquí se propone que las facultades mínimas que debe tener la víctima en un modelo de fase intermedia del proceso penal, que además observe los criterios establecidos en los apartados anteriores, son⁸¹³: *1) poder participar en el trámite de este momento procesal para pronunciarse sobre el acto acusatorio presentado, con la posibilidad de controvertirlo antes del control imparcial del mismo; y, 2) poder cuestionar el fundamento de la decisión de no presentar el acto acusatorio necesario para dar continuidad al proceso.*

Así las cosas, una razón que justifica que estas facultades se consideren una forma adecuada de protección de los intereses de la víctima en la fase intermedia es que permiten que su postura se tenga en cuenta al momento de la toma de las decisiones procesales que potencialmente pueden afectarla de manera más gravosa.

Para desarrollar esta idea es necesario partir de la identificación de los riesgos fundamentales para los intereses de las víctimas que pueden presentarse en los hipotéticos modelos de fase intermedia que sigan los criterios que se han definido en los

⁸¹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder*, A.6.b).

⁸¹¹ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Directiva 2012/29/UE*, Art. 1.1.

⁸¹² PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Directiva 2012/29/UE*, Art. 10, 11.

⁸¹³ Aquí se retoma la terminología establecida para la fase intermedia en el apartado 2.2.1. del presente capítulo, a partir de la cual se entiende que en todo caso en ella se da un acto acusatorio con unos requisitos determinados y el control de la suficiencia de esos requisitos. Esto aunque en algunos escenarios concretos, cómo el auto de transformación del procedimiento abreviado en España, el acto y su control confluyan en la decisión del juez de instrucción de emitir el auto mencionado.

puntos anteriores, para luego aclarar cómo las facultades mínimas arriba establecidas pueden ayudar a mitigarlos. Así, los riesgos mencionados son identificables como: el riesgo de imputación defectuosa; el riesgo de sub-imputación; y, el riesgo de no persecución.

Con la noción de riesgo de imputación defectuosa se hace referencia a que una manera concreta en que el desenvolvimiento de la fase intermedia puede afectar los intereses de la víctima de manera irrazonable se da cuando el acto acusatorio que se presenta para ser sometido a control en este momento procesal no cumple con los requisitos establecidos, haciéndose por ello imposible el avance del trámite, aun cuando existen bases materiales para emitir un acto acusatorio que cumpla con los requisitos. Es decir, en este eventual caso, el defecto no se da por la ausencia de fundamentos de persecución, sino de errores en la formulación del acto acusatorio, ya sean derivados de incorrecciones formales o de falta de consideración de pruebas utilizables en el trámite. La posibilidad de la víctima de participar en la fase intermedia se considera un mecanismo idóneo para mitigar este riesgo, porque permite, en un primer nivel, cuestionar el acto acusatorio y propiciar su corrección antes de que sea sometido al control de un tercero, y si esto no funciona, al ejercer la contradicción se pueden evidenciar las deficiencias del acto acusatorio e ilustrar sus posibles formas de corrección, para que tras el control imparcial pueda formularse correctamente.

Con la noción de riesgo de sub-imputación se hace referencia a una situación ligeramente diferente. Es aquella en la que el acto acusatorio cumple todos los requisitos para ser validado, pero no corresponde, de manera deficitaria para la víctima, con los hechos efectivamente acaecidos, o con la tipificación que estos hechos merecen. Se está pensando aquí, por ejemplo, en el caso de un acto acusatorio en el que, cumpliéndose con los requisitos para ser validado, no se está considerando un hecho o una prueba, o no se están valorando correctamente las disponibles, de modo que en el caso sería justificable la identificación de la conducta con un delito más grave del que se está imputando efectivamente. Este caso tendría consecuencias especialmente graves para la víctima en un modelo que siga los criterios aquí proyectados, en la medida en que cuando se habló de garantías se estableció que una de las básicas para el procesado es que en la fase intermedia se fije el objeto del proceso, por lo que una vez agotada esta,

posteriormente no podría modificarse la acusación, al menos de modo que potencialmente genere consecuencias más gravosas para el procesado. La posibilidad de contradicción del acto acusatorio por parte de la víctima antes del control imparcial de un tercero se entiende aquí como un medio adecuado para mitigar este riesgo, ya que permite que esta manifieste su postura sobre el caso, e incluso que presente la prueba que considera no se está teniendo en cuenta, para que el controlador pueda tomar una decisión teniendo en cuenta el mérito de sus argumentos.

En tercer lugar, con la noción de riesgo de no persecución lo que se quiere decir es que otra circunstancia que puede afectar los intereses de la víctima, y de hecho la más grave de todas desde su punto de vista, es que no se emita el acto acusatorio necesario para dar continuidad al trámite procesal, y por el contrario se busque cerrar el caso sin condena, aun cuando de hecho existan los elementos suficientes para proseguir con la persecución penal, es decir para formular un acto acusatorio que cumpla con los requisitos necesarios. En este caso se estaría ante lo que podría ilustrarse como la contracara de la fase intermedia, ya que aquí no se estaría realizando una evaluación de los fundamentos del caso para avanzar en el trámite procesal, sino de la efectiva ausencia de fundamentos para continuar con la persecución⁸¹⁴. En este caso, se considera que una mínima deferencia con los intereses de la víctima exige que esta tenga la posibilidad de oponerse a este tipo de decisión antes de que adquiera firmeza, de expresar las razones de su oposición (lo que implica la posibilidad de presentar prueba si se estima necesario), y de que la razonabilidad de la decisión de cesar la persecución penal sea revisable por un tercero, al menos en los casos en que la víctima así lo requiera⁸¹⁵.

Pero además de ser eficaces en la mitigación de los riesgos más relevantes para las víctimas, hay otra razón por la que se considera que son justificables las facultades mínimas aquí propuestas para estas en la fase intermedia, y es que son armonizables con

⁸¹⁴ Esta “contracara” se expresa en el procedimiento español en la figura del sobreseimiento, en el procedimiento colombiano en las figuras del archivo y la preclusión, y no tiene una figura correspondiente en el proceso de los Estados Unidos en la medida en que allí prima la decisión discrecional de la acusación sobre la oportunidad o no de continuar con la persecución.

⁸¹⁵ Se tiene claro que esta exigencia es especialmente problemática en el proceso penal de los Estados Unidos, en razón a que es contraria a la forma en que se entiende la facultad discrecional que tiene allí el acusador en relación con la decisión sobre la oportunidad de persecución penal, y a la importancia que tiene esto en el contexto general del sistema. Se profundizará sobre este punto en el próximo capítulo.

los demás criterios derivados de los otros valores orientadores para la configuración de modelos de fase intermedia axiológicamente orientados.

Para empezar por el que más preocupa a la doctrina: que la participación de las víctimas pueda ir en contravía del respeto de las garantías del procesado, aquí se sostiene, que al menos en lo que tiene que ver con los criterios concretos que aquí se han propuesto, en lo relativo a la fase intermedia el desarrollo de los dos valores es perfectamente compatible.

Para sustentar la anterior afirmación es necesario defender previamente otra premisa. Esta es que, en perjuicio de la importancia suprema que tradicionalmente se le ha dado, especialmente en el contexto anglosajón, a que el proceso se constituya como un enfrentamiento entre dos partes en igualdad de condiciones⁸¹⁶, el mayor peligro de decisiones arbitrarias contra el procesado se da cuando no hay requisitos sustanciales para la emisión de los actos que puedan perjudicar sus intereses en el proceso, o cuando el cumplimiento de dichos requisitos no es controlable o no se somete efectivamente a control. Una muestra de la fuerza de la anterior afirmación puede encontrarse en que en procedimientos que al menos en principio se guían por la idea de garantizar la igualdad entre las partes, el procesado, de cualquier forma, se encuentra en una posición muy vulnerable frente a la posibilidad de que se tomen decisiones arbitrarias en su contra⁸¹⁷.

Por ello, aquí se considera que el mayor baluarte para proteger al procesado de decisiones no justificadas en su contra será, en todo caso, un modelo de fase intermedia del proceso orientado cognoscitivamente y que respete sus garantías no epistémicas, pues en él, aunque deba confrontar más de un alegato en su contra, de cualquier manera el acto procesal que lo perjudique deberá cumplir con unos criterios estrictos para ser validado; como procesado siempre contará con la posibilidad de cuestionar la validez de los argumentos en su contra; y en últimas la decisión final será tomada por un tercero imparcial sin un interés particular en el resultado.

⁸¹⁶ Para ver la importancia que tiene la noción de *fairness* (que incluye la idea de facultades equivalentes y tratamiento igualitario a los participantes en el proceso) en el contexto de los Estados Unidos, ver: apartado 3.2. Cap. 3.

⁸¹⁷ Ver: apartado 3.1. Cap. 3.

Así, aunque parece evidente que la participación de la víctima tiende a generar que en términos cuantitativos más casos superen la fase intermedia, lo importante es que la decisión que se tome, desde luego si se observan los criterios que se han planteado, no perjudicará al procesado de manera arbitraria y sí tendrá en cuenta los intereses legítimos de la víctima.

En cuanto a la posibilidad de armonizar la participación de las víctimas en la fase intermedia y la orientación cognoscitiva del diseño de esta fase procesal, aquí se considera que, en este escenario concreto, se presenta una complementariedad más que una colisión entre los valores. Lo anterior, porque se ha establecido, cuando se desarrolló el contenido del valor de la orientación cognoscitiva⁸¹⁸, que el control intersubjetivo de una hipótesis, en este caso de la hipótesis contenida en el acto acusatorio, es fundamental para que se pueda predicar que esta se puede dar por corroborada. En ese contexto, la participación de la víctima en la fase intermedia puede entenderse como un control intersubjetivo de la hipótesis acusatoria, adicional al que se realiza por parte de la defensa y del tercero adjudicador, aunque desde luego orientado, en principio, en dirección opuesta al que realiza la defensa, pero que de cualquier manera aporta a que la decisión que finalmente se tome sobre la convalidación o no del acto acusatorio esté mejor fundamentada en términos epistémicos.

Finalmente, la relación entre la participación de las víctimas en la fase intermedia y la eficiencia del sistema procesal penal es sobre la que es más difícil realizar afirmaciones concluyentes, en la medida en que como se mostró en el punto respectivo⁸¹⁹, escapa a las posibilidades de este trabajo la medición precisa del impacto que una nueva regulación procesal puede tener en la eficiencia de un sistema procesal en su conjunto. Sin embargo, se confía en que si se sigue el criterio, también ya establecido, de buscar estrategias para que el cumplimiento de los requisitos derivados de los valores orientadores no genere una demora excesiva en el agotamiento de cada trámite, es posible compatibilizar la consideración de los intereses de las víctimas con el mantenimiento de un nivel aceptable de eficiencia de los sistemas procesales concretos.

⁸¹⁸ Ver: apartado 2.2.1. Cap. 4.

⁸¹⁹ Ver: apartado 2.2.2. Cap. 4.

2.2.5. Síntesis de la postura asumida.

En las páginas precedentes se abordó la tarea de identificar los que aquí se considera deben ser los valores orientadores de la regulación del proceso penal, de expresar los fundamentos de tal consideración, de evidenciar las complejidades que tienen sus respectivas aplicaciones a los modelos procesales concretos, y, de precisar, a partir de todo lo anterior, los criterios que se pueden derivar de cada uno para valorar la configuración actual de la fase intermedia en los procedimientos penales estudiados en este trabajo y para guiar eventuales propuestas de reforma. Durante toda esta reflexión, además, se ha tenido en cuenta la necesidad de que los criterios derivados de cada valor sean armonizables entre sí y de que tengan en cuenta las circunstancias de los procedimientos penales reales, para que respondan a los problemas que actualmente presentan los procesos en la práctica y para que se constituyan como alternativas viables de solución.

El resultado obtenido se sintetiza en la siguiente tabla y será el referente a partir del cual se elaborará el contenido de las reflexiones en el capítulo final de este trabajo:

Elementos para un modelo de fase intermedia del proceso penal axiológicamente orientado				
Valores orientadores	<i>Orientación cognoscitiva</i>	<i>Eficiencia</i>	<i>Respeto a las garantías del procesado.</i>	<i>Consideración de los intereses de la víctima.</i>
Criterios derivados para la fase intermedia	<p>1) Verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Conformación por un argumento jurídico completo. - Contenido mínimo controlable de cada dimensión del argumento: Dimensiones subjetiva, fáctica, jurídica, probatoria. - Estándares jurídicos claros y contrastables para cada dimensión y sus relaciones. (Estándar de prueba relativamente fuerte) <p>2) Procedimientos que permitan la efectiva verificación y refutación de las hipótesis:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contradicción de la hipótesis acusatoria. - Control imparcial de sus requisitos. 	<p>1) No eliminación de las aceptaciones tempranas de culpabilidad.</p> <p>2) Eliminación de los trámites que no aporten a la realización de los valores orientadores.</p> <p>3) Estrategias específicas para evitar la excesiva demora en el trámite.</p>	<p>1) La superación de la fase intermedia debe ser un requisito para la apertura del juicio.</p> <p>2) La superación de la fase intermedia debe ser un requisito para que sean precedentes las aceptaciones tempranas de culpabilidad.</p> <p>3) Respeto de las garantías básicas no epistémicas.</p> <p>4) Función paralela de fijación del objeto del proceso.</p> <p>5) La inobservancia de las garantías debe conllevar la aplicación de remedios procesales adecuados.</p>	<p>1) Posibilidad de participación en el trámite y de contradicción de los actos acusatorios.</p> <p>2) Poder de cuestionar el fundamento de la decisión de no presentar el acto acusatorio necesario para dar continuidad al proceso.</p>

Capítulo 5. Evaluación y alternativas de reforma para la fase intermedia del proceso penal.

1. Evaluación de los modelos de fase intermedia actuales a la luz de los valores orientadores.

Definidos en el capítulo anterior los criterios que se asumen como referentes de valoración de los modelos de fase intermedia, ahora es momento de evaluar, a partir del marco establecido, la forma actual de configuración de esta fase en los sistemas procesales estudiados en los primeros tres capítulos, para luego proponer las alternativas de reforma pertinentes.

No sobra precisar que en cada capítulo se ha venido haciendo una crítica puntual y detallada de diversos aspectos que se fueron identificando como insatisfactorios en cada modelo, y por ende no es este el nivel de análisis en el que se pretende desarrollar este apartado. Al contrario, la idea aquí es exponer en donde se considera que residen las deficiencias de cada modelo actual de regulación si se compara con los criterios normativos establecidos, desde una perspectiva más sistemática y menos centrada en los detalles de cada figura procesal.

Como adelante se verá, ninguno de los modelos de fase intermedia estudiados cumple con todos los criterios normativos definidos en el capítulo anterior, pero en cada uno las deficiencias son diferentes, con lo que se muestra la capacidad comprensiva de la propuesta normativa planteada para valorar los distintos tipos de deficiencias que se presentan en diferentes modelos de fase intermedia concretos.

1.1. Las deficiencias del modelo de fase intermedia del procedimiento abreviado español.

La regulación de la fase intermedia del procedimiento abreviado en España tiene aspectos que son coherentes con los criterios derivados de los valores orientadores y otros que se alejan de sus exigencias mínimas. Los principales aspectos consistentes con los criterios derivados de los valores orientadores son que la estructura del

procedimiento abreviado español incluye una fase intermedia claramente demarcada en la que se pretende que se dé un control del caso con anterioridad a la fase de juicio; que esa fase necesariamente debe agotarse para que sea posible emitir una condena, sea derivada de conformidad⁸²⁰ o de agotamiento del juicio; y que considera de manera suficiente los intereses de las víctimas en el trámite, principalmente a partir de la posibilidad de discutir la decisión de declarar el sobreseimiento y de las facultades que se dan a la acusación particular.

Por su parte, las deficiencias de este modelo de configuración de la fase procesal se concentran en la realización insatisfactoria de algunos criterios derivados de la orientación cognoscitiva y de características potencialmente disvaliosas que se derivan de la forma en que se regula la fijación del objeto del proceso; y esto tiene consecuencias relevantes, principalmente porque se afecta la fiabilidad del control que se realiza en esta fase procesal, lo que lleva a que no se pueda afirmar la adecuada controlabilidad y control intersubjetivo de las decisiones que en ella se toman.

Vale recordar, antes de entrar en materia, que la etapa intermedia del procedimiento aquí evaluado tiene dos grandes hitos, que corresponden con dos momentos de control jurisdiccional del caso claramente diferenciados: 1) la emisión del auto de incoación del procedimiento abreviado⁸²¹, que es facultad del juez de instrucción, precedida de una imputación realizada por el mismo funcionario en una diligencia denominada “citación para ser oído”; y, 2) el proferimiento del auto de apertura de juicio, también a cargo del juez de instrucción, pero en este caso precedido de una acusación realizada por el ministerio fiscal o por una acusación particular o popular.

La evaluación a partir de los criterios derivados de la orientación cognoscitiva hace necesaria una aproximación separada a estos dos momentos procesales hitos, y una aclaración previa en lo que respecta al auto de incoación del procedimiento abreviado.

⁸²⁰ Esto con excepción de las denominadas como “conformidades prestadas en el procedimiento preliminar” que solo aplican en casos muy concretos y para delitos muy específicos. Ver: apartado 1.6 Cap. 1

⁸²¹ Otras formas de referirse a la misma actuación procesal son: auto de continuación del procedimiento abreviado, auto de transformación del procedimiento abreviado, o “auto de PA”. En este trabajo se vienen usando indistintamente todas ellas.

Esta es que en el planteamiento teórico de este trabajo se viene entendiendo que la fase intermedia está compuesta por dos elementos diferenciados: la presentación de un acto acusatorio⁸²² que tiene unos requisitos determinados, y aparte, el control del cumplimiento de estos requisitos. El problema está en que en el auto de continuación del procedimiento abreviado la construcción de la hipótesis acusatoria y el control de sus requisitos son competencia de un mismo sujeto procesal (el juez de instrucción) y por ello se expresan en un mismo acto procesal, que es el mencionado auto. Es decir, en este caso no hay dos actos diferenciados, sino solo uno en el que se mezclan las funciones de los dos. Esta ausencia de correspondencia entre el planteamiento teórico y la regulación jurídica, que podría entenderse como una muestra de la imprecisión de la propuesta teórica elaborada, se explica porque el modelo teórico que aquí se viene desarrollando más que un objetivo descriptivo o explicativo tiene un objetivo normativo, y por ende, que los dos actos que teóricamente deberían estar separados estén fundidos en uno solo, se entiende aquí como una disfuncionalidad en la configuración de la figura procesal que genera efectos disvaliosos que adelante se explicitarán.

Hecha la anterior precisión, aquí se considera que la regulación del auto de incoación del procedimiento abreviado tiene deficiencias tanto en lo relativo a la verificabilidad y refutabilidad de la hipótesis acusatoria, como en lo concerniente a los procedimientos para su efectiva verificación y refutación.

En lo que tiene que ver con la verificabilidad o controlabilidad de la hipótesis, la deficiencia se presenta desde el nivel más básico, en la medida en que los requisitos legales del “auto de PA” no exigen ni siquiera que se presente en él un argumento jurídico completo. Como se expuso en detalle en su momento, los requisitos en relación con su contenido son mínimos⁸²³, pues si bien es necesario que esté presente la dimensión subjetiva y fáctica de un posible argumento acusatorio, el grado de precisión que se exige en la descripción de la segunda es mínimo y por tanto potencialmente insuficiente para reconstruir adecuadamente el razonamiento, mientras, no es una

⁸²² Como ya se hizo explícito previamente, este término de acto acusatorio se utiliza en este trabajo en sentido amplio, para referir cualquier acto procesal que implica la presentación de una hipótesis acusatoria con posterioridad a una fase investigativa, y no en un sentido restrictivo que implicaría la referencia solamente a la acusación que sirve de fundamento para el debate en el juicio.

⁸²³ Ver apartados 1.2 y 2.1 Cap. 1.

exigencia legal que se incluya la dimensión jurídica del argumento en el auto, y aunque se ha establecido jurisprudencialmente un estándar de prueba que se debe superar para justificar su emisión⁸²⁴, tampoco se exige ninguna forma de fundamentación de esta dimensión en el acto procesal. Las consecuencias que se siguen de esto son evidentes: no es posible reconstruir racionalmente el argumento jurídico que soporta la superación de este primer momento de la fase intermedia en el procedimiento abreviado, en virtud de la ausencia de premisas esenciales para tal tarea y de la excesiva vaguedad de las disponibles, y esto lleva a que la existencia o no del fundamento necesario para la toma de la decisión, es decir, la valoración de si el acto procesal tiene bases legítimas o es arbitrario, sea imposible más allá del fuero interno del juez instructor.

La corrección de este planteamiento se reafirma cuando se revisa la regulación desde la perspectiva de las posibilidades de verificación y refutación de la hipótesis acusatoria. En lo que tiene que ver con las posibilidades de contradicción, estas se consideran deficientes, ya que si bien son amplias durante la fase investigativa del proceso y esto involucra discusión sobre las pruebas concretas que se van practicando, no existe una facultad legalmente establecida para la defensa de pronunciarse sobre la procedencia de que se emita o no el “auto de PA”, aunque sí tiene la posibilidad de interponer recurso de apelación contra este una vez se ha emitido. Empero, el problema con este recurso, y esto ya tiene que ver con las posibilidades de control, es que tiene un alcance muy limitado, en la medida en que el superior jerárquico del juez de instrucción solo debe pronunciarse sobre la legalidad del auto y no sobre su fundamento material, con lo que si sumamos el carácter excesivamente escueto del contenido jurídicamente exigido para el auto y la limitadísima posibilidad de control, es evidente que este de ninguna manera cumple con los requisitos que se exigen al control imparcial a partir del valor de la orientación cognoscitiva.

Sin embargo, el problema con el control imparcial del caso en este momento procesal es más estructural, y parte de la premisa, que aquí se considera rebatida con éxito, de que el juez instructor es un idóneo controlador de los méritos de una investigación que él

⁸²⁴ El estándar mencionado es el de *un juicio de tipicidad provisional con el alcance absolutamente necesario para excluir la certeza o seguridad de que los hechos indiciarios son atípicos*, y se estableció en el ATS del 23 de marzo de 2010.

mismo ha realizado⁸²⁵. Como se sustentó ampliamente en su momento este postulado es insostenible, principalmente porque el juez instructor a la hora de controlar la validez de la investigación que ha realizado se encuentra en una posición muy susceptible a sufrir sesgos confirmatorios y por ello se debe dudar de su imparcialidad. Entonces, este funcionario, pensado institucionalmente como el controlador principal del cumplimiento de los requisitos del caso en la fase intermedia, no es idóneo para cumplir esta función, pues ella no es compaginable con las otras funciones que desarrolla durante la investigación.

En lo relativo al control del caso que se realiza a través del auto de apertura del juicio oral, que corresponde con la segunda parte de la fase intermedia en el procedimiento abreviado, también se presentan deficiencias en la regulación si esta se observa desde el punto de vista de los criterios derivados de la orientación cognoscitiva, pero son parcialmente distintas de las del primer momento de la fase intermedia revisada.

En primer lugar, se debe precisar que en este momento el acto acusatorio y su control sí están claramente diferenciados, pues de un lado está la acusación, cuya formulación tiene unos requisitos definidos, y del otro su control en esta fase procesal, que se realiza de manera independiente, que tiene sus propios criterios de corrección, y que se realiza por un sujeto que no es el acusador.

En cuanto a la acusación, sus requisitos se aproximan bastante a los establecidos con relación a la verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias. Así, la regulación de la acusación exige que ella esté compuesta por un argumento jurídico completo: son necesarias la determinación de las personas acusadas; la presentación de los hechos imputados de manera clara y precisa; la identificación de los delitos que se imputan (aunque se permite la acusación alternativa); y la relación de las pruebas que se pretende que se practiquen en el juicio oral⁸²⁶.

Sin embargo, en concreto en cuanto a la dimensión probatoria de la acusación vale la pena hacer una observación puntual. La forma en la que la ley exige que se presente la premisa probatoria en la acusación muestra que este escrito está más pensado para orientar la presentación del caso en el juicio que para presentar un argumento para ser

⁸²⁵ Ver apartado 2.4. Cap. 1.

⁸²⁶ Ver apartado 1.4. Cap. 1.

evaluado en la fase intermedia, y desde luego esto es razonable pues esta debe ser su función principal. Sin embargo, ello implica que en el escrito acusatorio no se exige la construcción expresa de un argumento que ligue los hechos imputados con las pruebas enunciadas, y al contrario, cada premisa se plantea de manera no relacionada, y parece proyectarse que el escenario para establecer la relación entre ambas es el juicio. Esto sin duda dificulta la evaluación de la solidez del argumento acusatorio en la fase intermedia, aunque, de cualquier manera, aun en esas circunstancias, por la forma en que se configura el proceso penal español, la existencia de un expediente escrito que recopila los resultados de las diligencias realizadas en la fase investigativa se constituye como una fuente que permitiría hacer un juicio sustancial sobre el argumento de la acusación, pero sería entonces papel del controlador del caso reconstruir el argumento que liga los hechos con las pruebas, que no se formula de manera expresa en el escrito acusatorio.

De cualquier manera, el verdadero problema de este segundo momento de la fase intermedia está en la forma en que se regula el auto de apertura del juicio oral⁸²⁷, es decir, en el nivel de la verificación y refutación de la hipótesis acusatoria. De una parte, es así, porque no se permite una efectiva contradicción, ya que la defensa en ningún momento puede controvertir la procedencia de la apertura del juicio oral, pero principalmente, porque el control imparcial del caso que se debería dar con el auto es deficiente a muchos niveles. En primera medida, porque el funcionario facultado para realizar el control del caso es el mismo juez instructor que previamente ha dirigido la investigación, y que ya ha tomado la decisión de emitir el auto de continuación del procedimiento abreviado, y por ello, las preocupaciones sobre los peligros que este diseño institucional genera con respecto a su imparcialidad son en esencia similares a las que se tienen en el primer momento de la fase intermedia. Pero además, porque la regulación no permite que se haga un control completo de los requisitos de la acusación y porque los requerimientos de motivación de la decisión son extremadamente débiles.

Esto, que ya se explicó con amplitud en el capítulo correspondiente, aquí solo se referirá brevemente. Lo necesario para la procedencia de la emisión del auto de apertura de juicio no es que la acusación cumpla con todos los requisitos legalmente establecidos,

⁸²⁷ Ver: apartados 1.4 y 2.1 Cap. 1.

sino que no sean aplicables al caso las causales de sobreseimiento, es decir, lo que se revisa es que no haya elementos para cerrar el caso y no que la acusación se haya elaborado en debida forma. Lo que esto genera es que no se dé solución adecuada a casos en que la acusación esté mal formulada (y por tanto no cumpla con los requisitos necesarios), pero que no necesariamente sean casos en los que proceda decretar el sobreseimiento, como por ejemplo eventos en que, habiendo méritos para continuar con la persecución penal, los hechos de la acusación no estén formulados de manera suficientemente precisa, o eventos en los que la calificación jurídica de los hechos narrados en la acusación sea claramente más gravosa de la que efectivamente correspondería⁸²⁸.

Mientras, los requisitos de motivación del auto de apertura del juicio oral son aún más débiles y vagos que los del “auto de PA”, al punto que el primero puede ser una mera declaración formal de la procedencia de abrir el juicio que no está obligada a incluir ningún tipo de consideración sustancial, y por ello, a partir de su contenido no hay forma de validar cuáles son las razones que llevan al juez a considerar que el caso cumple con los requisitos necesarios para avanzar a la etapa de juzgamiento, lo que lleva a que frente a la corrección de su razonamiento solo quede confiar en el criterio subjetivo del adjudicador.

Mención aparte merecen los estándares de prueba establecidos para los dos actos de control, en la medida en que se considera que ninguno de ellos cumple con las exigencias derivadas de la orientación cognoscitiva.

El estándar de prueba regulado para el auto de incoación de procedimiento abreviado puede resumirse básicamente en la exigencia de que las pruebas “excluyan la certeza o seguridad de que los hechos indiciarios son atípicos”⁸²⁹, y es deficiente porque es muy vago y además bastante débil. Es muy vago porque, teniendo en cuenta que en el auto no se exige la delimitación de una premisa jurídica, el mismo no reconduce a la evaluación de los hechos en contraste con un supuesto de hecho concreto de un tipo penal individualizado, sino en abstracto a que se excluya la certeza de que las pruebas no aportan indicios de la ocurrencia de hechos correspondientes con cualquiera de los

⁸²⁸ Ver: apartado 2.2. Cap. 1.

⁸²⁹ Ver: apartado 2.3. Cap. 1.

supuestos de hecho típicos consagrados en el Código Penal, y esto lleva a que el contexto de referencia sea tan amplio que haga que la validación de cuándo se alcanza el mismo sea muy difícilmente determinable. Y es muy débil, porque las exigencias que hace al contenido de la premisa fáctica son mínimas, y esto no es aceptable, especialmente si se toma en consideración que actualmente el auto de incoación del procedimiento abreviado es el filtro de control más fuerte al que se somete el caso antes del juicio oral. Así, que la prueba de cualquier indicio que pueda generar una duda sobre la posibilidad de ocurrencia de cualquier delito, por débil que sea, valide la emisión del “auto de PA” es una exigencia que no se compadece con la seriedad de las consecuencias que implica la superación de la fase intermedia.

De su parte, el estándar de prueba establecido para el auto de apertura del juicio oral se puede resumir en la necesidad de que a partir de las pruebas se pueda afirmar “la probabilidad de ocurrencia de un hecho delictivo”⁸³⁰, y la razón por la que no cumple con las exigencias derivadas de la orientación cognoscitiva es que no constituye un umbral que permita controlar intersubjetivamente cuándo se puede dar por probada la hipótesis acusatoria en este escenario procesal y cuándo no. Al respecto, FERRER ha aclarado que el objetivo de un estándar de prueba es precisamente determinar el nivel de corroboración o *probabilidad* que se le exige a una hipótesis fáctica para que pueda considerarse probada⁸³¹, de ahí que la mera remisión al término *probabilidad*⁸³² no constituya un verdadero umbral, porque lo que se quiere definir es precisamente un grado específico de probabilidad aceptable para que se considere alcanzado un nivel de suficiencia probatoria que permite aceptar la hipótesis acusatoria⁸³³.

Todo lo anterior tiene que ver con los criterios para la evaluación de los modelos de fase intermedia que se derivan de la orientación cognoscitiva, pero también es necesario hacer algunas observaciones con respecto a algunos criterios que se derivan del valor

⁸³⁰ Ver: apartado 2.3. Cap. 1.

⁸³¹ FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 139-142; FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)” p. 403.

⁸³² FERRER también ha referido que en el contexto probatorio, cuando se habla de probabilidad esta se suele referir a *probabilidad aplicada a proposiciones* que: “mide, de forma general, nuestro grado de conocimiento sobre el mundo. Se trata en este caso de una noción epistemológica de la probabilidad, que gradúa las posibilidades de que una determinada proposición sea verdadera”. FERRER, *La valoración racional de la prueba*, pp. 94.

⁸³³ En el mismo sentido refiriéndose a los estándares de *motivos suficientes* y *motivos bastantes*: FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)” p. 404

del respeto a las garantías, en particular en lo que tiene que ver con la fijación del objeto del proceso en esta fase del trámite.

El problema del proceso abreviado de España, en este punto, se encuentra en que ni en la acusación ni en el auto de apertura de juicio oral se fija de manera definitiva el objeto del proceso, en la medida en que este puede modificarse en el trámite del juicio al momento de las calificaciones definitivas. Así, aunque en las dimensiones subjetiva y fáctica el núcleo del caso viene fijado desde la “citación para ser oído”, y en la acusación se exige que las premisas que las componen se expongan con un alto grado de claridad y precisión, la dimensión jurídica, es decir la calificación de la conducta, puede variarse, aun de maneras que agravan la situación del procesado, incluso después de agotarse el debate probatorio en el juicio⁸³⁴.

Son dos las principales consecuencias negativas de esto. En primer lugar, se dificulta la práctica de la defensa en el juicio. Esto en la medida en que el ejercicio de la defensa se dirige al cuestionamiento de cualquiera de los elementos necesarios para que sea sostenible la hipótesis acusatoria que previamente se ha imputado, pero, si se cambia al final del trámite la premisa jurídica, se modifica en uno de sus aspectos fundamentales la hipótesis acusatoria objeto de discusión, y por tanto, en últimas, la defensa no habrá tenido la oportunidad de dirigir su actividad en el juicio al cuestionamiento de la hipótesis acusatoria por la que finalmente se busca su condena⁸³⁵.

La otra potencial consecuencia negativa se genera porque la posibilidad del acusador de variar la calificación jurídica del caso en el juicio le da a este una posición muy dominante en el trámite, a partir de la cual se puede llegar a propiciar la inducción de conformidades. El razonamiento detrás de este planteamiento es el siguiente: los cargos que se pueden aceptar en las conformidades no pueden ser de mayor entidad que los de la acusación más grave presentada, mientras una condena tras agotarse el juicio sí puede

⁸³⁴ La posibilidad de variar y agravar la calificación jurídica del caso en la denominada calificación definitiva parece justificarse a partir de considerar que solo en este momento procesal es que se cumple con el derecho del procesado a ser informado de la acusación. Al respecto: LÓPEZ BARJA, *Tratado de Derecho Procesal Penal - Tomo II*, pp. 1986-1987.

⁸³⁵ Para solucionar este problema la regulación del procedimiento abreviado contempla la posibilidad de que en los eventos en que se varíe la premisa jurídica de la acusación se pueda solicitar por la defensa un aplazamiento de hasta diez días, para que en este plazo pueda preparar las alegaciones y aporte los elementos probatorios y de descargo que considere pertinentes. LÓPEZ BARJA, *Tratado de Derecho Procesal Penal - Tomo II*, p. 1923. Sin embargo, aquí se considera que esta medida es insuficiente para solventar el perjuicio que se genera con la variación de la imputación jurídica.

imponerse por cargos mayores a los establecidos en esta acusación, en virtud de que existe la posibilidad de que la calificación jurídica del hecho se agrave en la calificación definitiva. Esto lleva a que, al momento de negociarse los términos de una conformidad, la acusación cuente con el arma disuasoria de plantear al procesado que en el caso de no conformarse en ese momento puede enfrentarse tras el juicio con una posible condena aun superior a la de la mayor acusación presentada en la fase intermedia. En últimas, esto lleva a que la posible distancia entre la pena a recibir en caso de conformidad y la que se podría dar en caso de que el procesado sea condenado tras el juicio, por un lado no sea determinable *ex ante* por el procesado ni siquiera de manera aproximada, y del otro, a que pueda ser exageradamente grande, lo que puede estimular que en ocasiones se acepte una pena baja, aunque no sea merecida, para evitar el riesgo de que tras el juicio se imponga una muy superior. La fijación del objeto del proceso en la fase intermedia sería útil para limitar los alcances de este problema, porque al menos limitaría el rango superior que se puede esperar de la sanción penal en juicio y esto reduciría en algún grado la posición dominante de la acusación.

Por último, vale la pena hacer una acotación desde el punto de vista de los criterios derivados de la eficiencia como valor orientador. El hecho de que en el modelo de fase intermedia regulado en el procedimiento abreviado existan dos momentos diferenciados de control de los méritos del caso, y de que ambos sean deficientes, muestra que al menos en lo que tiene que ver con la realización de esa función el diseño institucional es ineficiente. Esta situación invita a considerar fórmulas de configuración del proceso en las que de ser posible se elimine la duplicidad en los escenarios de control de la fase intermedia, siempre y cuando se garantice que el escenario único que efectivamente se establezca observe los criterios derivados de la orientación axiológica del proceso.

1.2. Las deficiencias del modelo de fase intermedia del procedimiento penal ordinario colombiano.

Tal como la fase intermedia del procedimiento abreviado español que se acaba de evaluar, la etapa correspondiente del procedimiento ordinario colombiano, si se mira desde el punto de vista de los valores orientadores del proceso, tiene aspectos resaltables

pero también deficiencias profundas. Básicamente, del modelo de regulación colombiano se debe rescatar que la forma en que se distribuyen los roles procesales entre los distintos sujetos actuantes en el trámite es potencialmente adaptable, sin demasiadas dificultades, al cumplimiento de los criterios de la orientación cognoscitiva; que, además, dispone una rígida fijación del objeto del proceso a través de los actos de imputación y acusación; y, que reconoce amplias facultades a las víctimas de cuestionar la decisión de no proseguir con la persecución en etapas tempranas del procesamiento. A pesar de esto, la forma en que se configura actualmente el control del caso en la fase intermedia puede calificarse en términos generales como deficiente, en la medida en que, especialmente en lo relativo a la verificabilidad y verificación de la hipótesis acusatoria se aleja de los criterios que aquí se considera que dan valor a la fase intermedia, en un grado que genera que su capacidad de realizar los valores orientadores en la práctica sea nula⁸³⁶.

Antes de entrar a desarrollar el anterior planteamiento es importante recordar brevemente la estructura de los actos que aquí se han identificado como la fase intermedia en este contexto. Así, la fase intermedia en el proceso ordinario colombiano se compone de dos actos acusatorios, primero la imputación y luego la acusación, ambos a cargo del fiscal, y de sendos escenarios procesales en que se debería desarrollar su control: la audiencia de formulación de imputación y la audiencia de formulación de acusación⁸³⁷.

Es precisamente en lo relativo al control de los actos acusatorios en donde se da la mayor deficiencia del modelo colombiano. Esto ya que, a pesar de que tanto la imputación como la acusación se deben presentar en una audiencia dirigida por un juez, en la que se permite el cuestionamiento por parte de la defensa y la víctima de la validez de la hipótesis acusatoria⁸³⁸, el mencionado funcionario no está habilitado para controlar que estos actos cumplan con los requisitos jurídicamente establecidos para ellos, y mucho menos para valorar si se puede considerar alcanzado el estándar de prueba

⁸³⁶ Una exposición detallada de las fuentes de las que se parte para las reflexiones en este punto puede encontrarse en el apartado 3.1. Cap. 2.

⁸³⁷ En detalle: apartado 2. Cap. 2.

⁸³⁸ Aunque, como se anota en el capítulo correspondiente, en este escenario procesal ni defensa ni víctimas están habilitados para presentar contrapruebas, y sus observaciones solo pueden dirigirse a cuestionar los requisitos formales de estos actos.

jurídicamente establecido o si las observaciones realizadas por los demás participantes muestran efectivamente la insuficiencia de los actos acusatorios. Por ello, se puede afirmar que a pesar de encubrirse con la fachada de una audiencia contradictoria, la validación de los actos acusatorios depende exclusivamente de la decisión autoritativa del fiscal.

Lo anterior es simplemente una oportunidad perdida, por razones que no se terminan de entender, de establecer un adecuado control imparcial de los actos acusatorios, aun cuando se tiene a disposición toda la estructura institucional para hacerlo posible. Así, estando claramente diferenciados los órganos destinados a realizar la función investigativa y acusatoria (fiscalía) de los que deben realizar la función jurisdiccional (jueces de garantías y conocimiento), y teniendo toda la infraestructura para el agotamiento de las etapas preliminares del proceso en audiencias orales, lo que permite en principio un debate y contradicción ágil y concentrado de los actos acusatorios, es increíble que no se realice el control imparcial del caso, simplemente porque por una decisión político-criminal no se le da al juez que dirige la audiencia la facultad de hacerlo⁸³⁹. Así, la regulación colombiana se ha decantado por lo que en la jurisprudencia se ha denominado “fórmula de autocontrol”⁸⁴⁰, que quiere decir que el fiscal es el único facultado jurídicamente para controlar sus propios actos acusatorios, lo que genera que este funcionario, como controlador del caso en la fase intermedia, se encuentre en una posición en que no es predicable su imparcialidad objetiva, por su susceptibilidad a presentar sesgos confirmatorios, en un nivel igual o superior al señalado con respecto al juez de instrucción en el procedimiento español.

Adicionalmente, los actos de imputación y acusación en Colombia también son deficientes en lo que tiene que ver con la verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias, particularmente por carencias en las exigencias jurídicas que corresponden a la dimensión probatoria. Esto es así, porque aunque la imputación y la acusación

⁸³⁹ En la jurisprudencia y la doctrina colombiana se ha argumentado como motivo para no permitir el control de la acusación al juez de conocimiento, que esto precisamente afectaría su imparcialidad al momento de tomar una decisión tras el juicio oral. Sin embargo se considera que este problema sería fácilmente solucionable dando la competencia de controlar la acusación al juez de garantías, o regulando, a través de las reglas de reparto, que debe ser un juez de conocimiento distinto el que controla la acusación del que valora el caso en el juicio oral.

⁸⁴⁰ Este término, para identificar el modelo de control del caso en la fase intermedia colombiana se utiliza en: CSJ, *SP5660-2018 (Rad. 52.311)*, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

requieren la presentación de un argumento jurídico completo y tienen exigencias en lo relativo al contenido de las dimensiones subjetiva, fáctica y jurídica que permiten el control intersubjetivo de sus contenidos, en las dos actuaciones, tanto las exigencias de contenido de la dimensión probatoria como los estándares de prueba establecidos legalmente son inadecuados por las razones que a continuación se explicitan.

En cuanto a las exigencias de contenido la situación es parcialmente diferente para cada uno de los actos. Como se explicó ampliamente en el capítulo correspondiente⁸⁴¹, frente a la imputación el problema reside en que no se exige a la fiscalía la presentación de la prueba necesaria para verificar que existe suficiente soporte para los hechos que se imputan, sino que la exigencia legal se satisface con que el acusador enuncie o mencione las pruebas en que sostiene sus afirmaciones, sin que tenga el deber legal de mostrarlas y someterlas a contradicción. De su parte, el problema frente a la acusación está en que si bien en la audiencia en que este acto se presenta se deben descubrir los elementos de prueba que se pretenden utilizar en el juicio, esta actividad no se hace para sustentar que se cumple con el estándar para superar esta fase procesal, sino para garantizar la posibilidad de una adecuada defensa del procesado en la fase final del proceso.

Entonces, por razones diferentes, la consecuencia es la misma en relación con el contenido de los dos actos acusatorios: no se aportan elementos a partir de los que se permita discutir y controlar intersubjetivamente el soporte probatorio de la premisa fáctica objeto de imputación, y por tanto frente a la existencia o no de ese sustento material la única fuente termina siendo, de nuevo, la confianza en el órgano acusador. Debe precisarse además, que esta situación en el procedimiento colombiano es más grave, en comparación con la situación análoga en el procedimiento abreviado en España, en la medida en que en el trámite en Colombia no existe un expediente escrito a disposición del juez y las partes en el que se recoja la documentación que da cuenta de las diligencias realizadas durante la investigación, por lo que no existe medio alternativo al que se pueda recurrir para valorar el soporte probatorio de la premisa fáctica.

En adición, los estándares probatorios establecidos para los dos actos acusatorios tampoco son adecuados, porque la utilización de las nociones de “inferencia razonable”

⁸⁴¹Apartado 3.2. Cap. 2.

(en el caso de la imputación) y de “probabilidad de verdad” (en el caso de la acusación), sin ulterior desarrollo jurisprudencial, presentan el mismo problema de indeterminación descrito hace unas páginas cuando se hizo referencia al estándar de “probabilidad de ocurrencia de un hecho delictivo”, aplicable al auto de apertura de juicio oral en el procedimiento abreviado en España. Es decir, no establecen un umbral claro que sirva de guía al decisor para definir cuándo hay suficiente soporte probatorio de los hechos, ni sirven como criterio que permita discutir intersubjetivamente a partir de un referente objetivo si la decisión tomada por el funcionario autorizado es o no correcta⁸⁴².

En resumen, los problemas con la verificabilidad y verificación de las hipótesis acusatorias en el modelo de fase intermedia que se está valorando hacen que se pueda sostener que este no permite la posibilidad de una aproximación mínimamente fiable al conocimiento de la correspondencia de los hechos objeto de persecución penal con lo efectivamente acaecido, y esto lleva a que, ante las deficiencias en cuanto a la orientación cognoscitiva de esta configuración procesal, la concordancia del diseño institucional con algunos de los criterios derivados del valor del *respeto a las garantías del procesado* devenga irrelevante en la práctica.

Así, de muy poco sirve que se requiera agotar las audiencias de formulación de imputación y formulación de acusación para que sea procedente la apertura del juicio oral, cuando las audiencias señaladas no representan un control material del caso; y poco valor tiene que se deba comunicar la imputación antes de que sea procedente la aceptación temprana de culpabilidad, si la primera no implica una barrera que impida que a través de esta institución se obtengan condenas sin una verificación de fundamentos materiales adecuados para su proferimiento. Es decir, la disfuncionalidad de la orientación cognoscitiva del procedimiento genera como consecuencia la afectación correlativa de las garantías del procesado.

Para finalizar, es necesario hacer dos apuntes con respecto a la eficiencia del modelo de regulación en Colombia. De un lado, en lo relativo a la necesidad de eliminar los trámites que no aporten a la realización de los valores, hay uno que en el procedimiento colombiano resalta por su irrelevancia práctica y por los costos que implica, y es el de la

⁸⁴² Ver: apartado 1.1. Cap. 5.

participación del ministerio público⁸⁴³ en las audiencias de imputación y acusación. Como se explicó ampliamente en el capítulo correspondiente⁸⁴⁴, este participante en el trámite, que hace parte de la nómina pública del Estado, no genera con su participación un aporte claro a las garantías del proceso; y aunque podría sustentarse la relevancia de su actuación en la posibilidad de que un funcionario estatal neutral controvierta la hipótesis acusatoria presentada por la fiscalía, si tenemos en cuenta que en el proceso colombiano no se da un adecuado control judicial de la hipótesis en esta fase, y que el proceso es un contexto de escasez relativa en el que por tanto se debe privilegiar la configuración fundamental para la realización mínima de los valores orientadores, lo razonable sería que se elimine la intervención del ministerio público en el trámite y que los recursos que con esto se ahorran se inviertan en permitir un control judicial adecuado del caso.

La segunda consideración relacionada con la eficiencia es que, tal y como se dijo en relación con el procedimiento abreviado español, el procedimiento penal ordinario colombiano dispone de dos momentos claramente diferenciados para el control del caso previo al juicio, y en ninguno de los dos este control se realiza de una manera mínimamente adecuada. Por ello, partiendo del razonamiento básico que podría expresarse como *mejor uno bien hecho que dos mal hechos*, se considera que sería válido pensar en formas de configuración del modelo que formalicen el momento inicial de la fase intermedia y que concentren todas las garantías materiales en un solo acto, siempre y cuando el resultado sea consistente con los criterios que aquí se han establecido como fundamentales para la orientación axiológica del proceso.

1.3. Las deficiencias del modelo de fase intermedia del procedimiento penal para delitos de rango *felony* del Estado de Nueva York en Estados Unidos.

Por último, la evaluación de la fase intermedia del procedimiento penal para delitos de rango *felony* en el Estado de Nueva York, a partir del esquema de valores propuesto en

⁸⁴³ No se debe confundir el ministerio público colombiano con el ministerio fiscal español, en razón a que el primero no ejerce funciones acusatorias, y se le permite participar en el proceso como actor sin un interés particular en el trámite, como defensor del orden jurídico, del patrimonio público, y de los respetos y garantías fundamentales. Ver: apartado 2.3. Cap. 2.

⁸⁴⁴ Ver: apartado 2.3. Cap. 2.

este capítulo, muestra que en este modelo de configuración se encuentran aspectos que cumplen con los criterios aquí definidos para valorar la fase intermedia, pero también, si se observa la institución procesal en su conjunto, es posible afirmar que el control del caso que se realiza en esta etapa es deficiente.

Como se enfatizó en el apartado correspondiente⁸⁴⁵, el gran aspecto a resaltar del modelo de regulación en NY es que los actos acusatorios exigen la construcción de argumentos jurídicos completos, con criterios claros relativos al contenido de cada dimensión del argumento, y con espacios procesales destinados a valorar intersubjetivamente la suficiencia de los contenidos de cada dimensión.

Así, el acto acusatorio provisional (*felony complaint*) y el acto acusatorio definitivo (*indictment*) tienen sus respectivos escenarios de control de requisitos. El *felony complaint*, inicialmente en el control judicial del caso que se hace en el *arraignment* y luego en la *preliminary hearing*; y el *indictment*, en el requisito para su formulación que implica el trámite ante el *grand jury*, y luego en el control judicial que se hace en la audiencia de *arraignment upon indictment*.

A pesar de esto, aquí se ha establecido que el control de los casos que se realiza en esta fase procesal es ineficaz, y por tanto vale la pena revisar en qué puntos se aleja de los criterios definidos en este trabajo a partir de los valores orientadores.

Empezando por la orientación cognoscitiva, los problemas centrales del modelo de NY en este ámbito tienen que ver con los dos aspectos relacionados con la verificación y refutación de la hipótesis acusatoria: la contradicción y el control imparcial.

En cuanto a la *preliminary hearing*, el problema reside en que la decisión que toma el juez sobre el cumplimiento o no de los requisitos legales del caso de la fiscalía no tiene efectos jurídicos vinculantes, y esto le quita casi toda la relevancia práctica y afecta su tramitación. Así, aunque el caso se presenta ante un juez imparcial en una audiencia adversarial en la que es requerida la presentación de pruebas para sustentar que se alcanza el estándar probatorio, el hecho de que la decisión negativa del juez sobre la procedencia del caso no implique la imposibilidad de avanzar en el trámite le quita todo

⁸⁴⁵ En general los contenidos de este apartado ya se han desarrollado en mayor detalle en el apartado 3.1. Cap. 3.

el potencial de control al acto de valoración judicial y desestimula que las partes desarrollen un ejercicio contradictorio pleno en la audiencia, pues en todo caso el resultado es irrelevante. Puede sintetizarse lo anterior en que en la *preliminary hearing* la ausencia de un adecuado control termina afectando la contradicción.

La situación en el trámite ante el gran jurado es diferente. En este caso el problema está en el dominio completo del agotamiento del trámite que ejerce la fiscalía y en las restricciones jurídicamente establecidas para el ejercicio de la defensa y de la contradicción, lo que termina generando que el control del caso que se realiza por el órgano popular tienda generalmente a avalar las pretensiones acusatorias de la fiscalía y a no constituirse como un filtro adecuado contra acusaciones infundadas. Como se sostuvo en el apartado correspondiente⁸⁴⁶, la literatura al respecto ha reconocido ampliamente que el gran jurado, tal y como funciona actualmente, no es un adecuado controlador del caso, y aquí se postula que una de las principales razones para que esto sea así es que los jurados realmente solo terminan conociendo la perspectiva del acusador, en la medida que no tienen medios apropiados para acceder a visiones alternativas. Es decir, en este caso la ausencia de contradicción termina afectando la calidad del control.

Hay otro aspecto en el que la forma en que se configura la fase intermedia del procedimiento de NY se separa de los requerimientos que se han establecido en el capítulo anterior para que un control del caso en este momento procesal pueda considerarse aceptable, y este es el de la necesaria motivación de las decisiones de control. Esto porque, en el contexto del procedimiento estudiado, la motivación de las decisiones que tienen que ver con la fase intermedia no es un requisito para su validez y en la mayoría de los casos las decisiones efectivamente no son motivadas.

El asunto es que la ausencia de motivación de las decisiones en este contexto no es simplemente una consecuencia de una postura arbitraria del legislador, sino una regulación que en su ámbito de aplicación es coherente con la lógica interna del sistema procesal. Como bien indica DAMAŠKA, el hecho de que no se exija por regla general una motivación clara de las decisiones fundamentales en el proceso tiene que ver con que se tiende a privilegiar que la decisión sobre el caso se tome en un solo nivel, y por tanto a

⁸⁴⁶ Apartado 3.1. Cap. 3.

limitar a circunstancias excepcionales la posibilidad de que superiores jerárquicos revisen las decisiones tomadas inicialmente. Incluso, en el evento en que se da el control de una decisión por parte del superior, este suele ser indirecto, es decir, no se revisan los argumentos de la decisión tomada sino que se valora su fundamento, mediante la evaluación de si un decisor razonable, con las mismas pruebas, habría llegado al mismo resultado⁸⁴⁷.

A pesar de esto, aquí se continúa sosteniendo que un modelo de configuración de la fase intermedia en el que no se exige la expresión de los fundamentos de las decisiones jurisdiccionales no puede considerarse coherente con la orientación cognoscitiva del proceso. Ello ya que, parafraseando lo dicho por GASCÓN, la motivación, entendida como exposición de las razones de la corrección de la decisión, es el instrumento jurídico básico para garantizar que el poder judicial se ejerce de manera racional y no arbitraria, y no puede entenderse como una mera exigencia técnica, sino como fundamento de la legitimidad de la decisión judicial, no solo en relación con los sujetos involucrados en el trámite, sino también en relación con la sociedad en su conjunto, pues como acto público la decisión del juez debe ser potencialmente controlable tanto interna como externamente⁸⁴⁸.

Ahora bien, a pesar de la relevancia de estas deficiencias relacionadas con la orientación cognoscitiva, aquí se considera que los mayores problemas del *pretrial screening process* en NY no se reconducen a este valor sino al del respeto a las garantías del procesado. Lo anterior, en razón a que el órgano acusador en este caso se encuentra en una posición muy dominante en el trámite, derivada de su casi ilimitado poder discrecional con respecto a la definición de los cargos a imputar (que se prolonga a lo largo del proceso), y de la posibilidad jurídicamente reconocida al procesado de renunciar al agotamiento de la fase intermedia, lo que genera que pueda burlarse casi a voluntad la barrera para filtrar los casos con fundamentos débiles que se supone deben representar la *preliminary hearing* y el *grand jury* dentro de la estructura del trámite. La forma como esto se da en la práctica del proceso ha sido ampliamente explicada en el capítulo 3, sin embargo, aquí se expondrá en un sucinto resumen.

⁸⁴⁷ DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, p. 60.

⁸⁴⁸ GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, pp. 170-172.

En primer lugar está el hecho de que la fiscalía puede presentar el caso directamente ante el gran jurado, con lo que se evaden mediante una sola actuación todos los controles y garantías que representan los momentos previos del procedimiento, y se hace posible que se emita un *indictment* sin que el procesado conozca siquiera la existencia del proceso y por ende sin que haya existido contradicción de la defensa. En segundo lugar, aun cuando el proceso se inicia a través de un *felony complaint*, la fiscalía cuenta con medios para evadir el control de la fase intermedia. Totalmente, a través de ofrecer un tratamiento punitivo favorable al procesado y mediante ello convencerlo de que acepte la responsabilidad penal y renuncie a su derecho a que el caso se revise en una *preliminary hearing* y por un *grand jury*; y de manera parcial, simplemente presentando el caso directamente ante el *grand jury* antes de que expire el plazo legal para la *preliminary hearing*⁸⁴⁹, o incluso después de expirado este plazo, convenciendo al procesado de que acepte el aplazamiento de esta audiencia mediante la oferta de imputarle cargos menos gravosos.

En últimas, lo que todo esto significa es que las garantías que se establecen en la propuesta normativa planteada en el capítulo anterior, consistentes en que necesariamente se debe agotar la fase intermedia antes de iniciar el juicio o de admitir aceptaciones tempranas de culpabilidad, parecen tenerse en cuenta si se mira simplemente la estructura del procedimiento, pero no resisten una revisión un poco más detallada de la regulación y de la práctica, pues con ella se evidencia que las garantías mencionadas de ninguna manera se realizan efectivamente.

Desde el punto de vista del respeto a las garantías hay todavía otra deficiencia en la configuración del procedimiento estudiado y está en el nivel de la fijación del objeto del proceso. Así, aunque el contenido del *indictment* delimita los cargos por los que se puede proferir condena en juicio, esto no representa una completa fijación del objeto del proceso, porque el *indictment* mismo, una vez proferido, se puede reemplazar con simplemente volver a someter el caso a aprobación del gran jurado y lograr la aprobación de otro *indictment* que puede ser sustancialmente diferente del anterior (siempre y cuando no se haya presentado *guilty plea* ni abierto el juicio)⁸⁵⁰. Esto hace

⁸⁴⁹ El plazo establecido en la norma es de 120 horas desde el arresto o 144 si hay sábado o día festivo. CPL §180.80.

⁸⁵⁰ Ver: Apartado 2.3.3 Cap. 3.

que el poder discrecional de la fiscalía de imputar cargos más gravosos al procesado no encuentre un adecuado límite en la fase intermedia, ya que puede prolongarse incluso hasta el momento de la apertura del juicio, lo que termina reafirmando la posición de dominio que detenta el acusador a lo largo del proceso.

Por último, es necesario precisar que el modelo de fase intermedia estudiado tampoco desarrolla adecuadamente los valores de la consideración de los intereses de las víctimas y de la eficiencia.

En lo relativo a la consideración de los intereses de las víctimas la deficiencia es evidente, porque simplemente estas no tienen posibilidad de participación en ninguna de las actuaciones de la fase intermedia, y tampoco pueden cuestionar la decisión de la acusación de no proseguir con la persecución penal. Estas características están muy fuertemente relacionadas con algunas ideas fundantes de la forma en que se concibe el proceso en Estados Unidos, como la de que la *fairness* solo se observa si la confrontación en el proceso se da entre dos partes en igualdad de condiciones, y como la de la confianza en la fiscalía como decisor discrecional de qué casos se deben perseguir efectivamente y de cuáles no se deben considerar; sin embargo, en cualquier caso aquí se considera necesario que las mencionadas ideas encuentren algún tipo de límite en la necesidad de reconocer los intereses de las víctimas en el proceso, pues la afectación a los derechos individuales de estas que implica el delito no es un asunto que simplemente pueda ignorarse o desconocerse de plano, y por ende en el nivel concreto de la regulación procesal deben buscarse fórmulas para reconocerles su posibilidad de participar en el trámite y de cuestionar las decisiones que afectan sus intereses, sin que esto implique un cuestionamiento total de las ideas fundantes de este modelo de proceso.

Mientras, en lo correspondiente con la eficiencia, al *pretrial screening process* de NY cabe hacerle una objeción similar de la que se ha hecho a los otros modelos de fase intermedia estudiados. Esta es, básicamente, que en su diseño institucional se consagran varios escenarios de control del caso sin que en ninguno de ellos se ejerza este control de manera adecuada. En este nivel es particularmente interesante cuestionar la sostenibilidad de la institución del gran jurado, ya que se puede proyectar que su

funcionamiento es particularmente costoso⁸⁵¹, sin que esta inversión se vea compensada por un beneficio correlativo en la calidad del control del caso que ejerce. Por ello, parece necesario o que se potencie la calidad del control que realiza el gran jurado a través de modificar la forma en que se presenta el caso ante este órgano, para que valga la pena la inversión que se hace en él, o que directamente se supriman las funciones de revisor provisional de los casos a este órgano popular y se concentren las facultades de control de la fase intermedia en sede judicial, especialmente teniendo en cuenta la escasez relativa de recursos para la tramitación de los casos en el proceso penal, que se expresa dramáticamente en los Estados Unidos en el peso que se les da a las aceptaciones tempranas de culpabilidad.

2. Propuestas de reforma. ¿Cómo adaptar los modelos estudiados de fase intermedia para que observen los criterios derivados de la orientación axiológica del proceso?

En el apartado anterior se explicitó que los modelos de fase intermedia integrados a los procedimientos estudiados no cumplen con los criterios planteados en el capítulo anterior para considerarlos consistentes con los valores orientadores que en este trabajo se han asumido como relevantes. En este apartado final la tarea será proyectar alternativas para que los procedimientos concretos puedan adaptar su configuración para corresponder con los criterios planteados y realizar por tanto en un nivel aceptable los valores orientadores.

Sin embargo, antes de iniciar es necesario retomar algunos postulados que se han formulado previamente. En concreto, se precisa recordar que es una preocupación central en este trabajo que las propuestas que se realicen sean potencialmente aplicables en la práctica, y se considera que esto implica la necesidad de tener en cuenta los contextos de cada uno de los procedimientos estudiados como punto de partida para el

⁸⁵¹ En la página web oficial en que se recoge la información para los jurados en el Estado de Nueva York se informa que a cada jurado se le pagan 40 dólares por día, para compensar el tiempo dedicado a realizar esta función. NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM, *General information*, <https://www.nyjuror.gov/juryQandA.shtml#Q4>

diseño de las alternativas de reforma que a cada uno correspondan⁸⁵². Por esto, las propuestas que a continuación se desarrollarán, no solo no se mueven en el nivel de las perspectivas ideales del mejor modelo de fase intermedia concebible, sino que en el nivel de lo que aquí se entiende como posibilidades desarrollables en la práctica, que se asume son múltiples en cada sistema, se partirá de preferir aquellas que permitan un desarrollo aceptable de los valores orientadores con la menor ruptura posible de la forma en que se desarrollan los procedimientos actualmente en cada sistema jurídico. En virtud de lo anterior, con las propuestas que a continuación se desarrollan no se pretende postular el único modelo idóneo de fase intermedia para cada contexto, y por ende no se busca cerrar el debate, al contrario, se pretenden enunciar alternativas posibles que sean aceptables, con conciencia de la potencialidad de pensar otras alternativas igualmente realizables o incluso mejores que cumplan con los mismos criterios mínimos.

2.1. Una alternativa de reforma del proceso abreviado español. ¿Cómo mejorar la calidad del control del caso?

En el apartado 1.1 de este capítulo se mostró que el modelo de fase intermedia del procedimiento abreviado tiene diversas deficiencias en la realización de los distintos valores orientadores, sin embargo, hay una que destaca, y es la debilidad en el control del caso que se deriva de que el mismo órgano investigador sea al que le está asignada la función de tomar las decisiones fundamentales en la fase intermedia. Esta deficiencia es particularmente importante porque su superación parece requerir modificaciones estructurales en el diseño institucional del proceso, por ello se empezará desde este punto, para, a partir de las conclusiones que se deriven, proponer los demás aspectos que se consideran necesarios para mejorar el modelo.

En esos términos, habiéndose establecido que el juez de instrucción no es un idóneo controlador del caso para la fase intermedia es necesario explorar alternativas para que esta función se asigne a un tercero imparcial. La opción obvia es la que se sigue en un

⁸⁵² En el capítulo anterior se mencionaron como elementos del contexto a considerar: la forma en que los procesos funcionan en la práctica, su organización institucional, sus límites de recursos y la manera en que conciben el proceso y el derecho.

grupo muy amplio de países del mundo, entre los que se incluyen los otros dos estudiados en esta tesis, y es quitar al juez la función de investigación y asignarla a la fiscalía o a la policía, para así permitir que el juez se dedique exclusivamente a las funciones de control y toma de decisión. Esta opción, que parece ser la más adecuada en términos sistémicos, y que es apoyada por un sector muy importante de la doctrina española⁸⁵³, se encuentra con las dificultades de que implicaría un cambio profundo en la institucionalidad judicial de España y en la estructura general del proceso penal. Más importante aún, una reforma de este tipo es vista con desconfianza por amplios sectores de los participantes en el sistema penal español, por motivos que no son infundados⁸⁵⁴, pues advierten el peligro de que una reforma institucional de este tipo le quite independencia de los poderes políticos y económicos a los órganos investigadores⁸⁵⁵.

Por todo lo anterior, a pesar de que se considera que la alternativa de una reforma general que ajuste los roles procesales del ministerio fiscal y el juez no debe de ninguna manera descartarse de plano, y de que se proyecta que a mediano plazo será el camino a seguir para el procedimiento español, aquí se considera que es posible realizar una propuesta de reforma más modesta, que, sin prescindir totalmente de la figura del juez

⁸⁵³ Por todos: LÓPEZ BARJA, *Tratado de Derecho Procesal Penal - Tomo II*, pp. 769-775; NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, pp. 63-65.

⁸⁵⁴ ORTEGO PÉREZ ha planteado que la independencia del órgano investigador podría afectarse si se asigna tal función al ministerio fiscal, pues la estructuración jerárquica de esta institución puede generar que se deban seguir en las investigaciones las directrices impuestas por la Fiscalía General del Estado, con las connotaciones políticas que esto conlleva. ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, pp. 101-112. La comparación con el caso colombiano muestra que las reservas del citado autor no están necesariamente desenfocadas. Como se explicó en el apartado 2.3 del capítulo 2, el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación en Colombia se orienta por los principios de unidad de gestión y jerarquía, y esto se materializa en que los fiscales que investigan no tengan plena autonomía a la hora de tomar las decisiones procesales que consideren pertinentes en los casos concretos, ya que existen mecanismos para que desde instancias centrales de la institución se determinen los criterios que deben seguir en los casos específicos, o para retirar a fiscales del conocimiento de casos puntuales, lo que termina significando que el poder último de decisión sobre los casos concretos, indirectamente, se termina centralizando en el fiscal general, que es un funcionario, que aunque independiente por disposición constitucional, en su elección depende de compromisos políticos. Con esto no se quiere decir que necesariamente el paso de la función de investigación al órgano acusatorio genera problemas de independencia en la investigación, sino que en este punto se debe tener especial atención a la forma en que se diseña la estructura del órgano investigador para garantizar su independencia.

⁸⁵⁵ Una reconstrucción amplia de los contornos del debate frente al punto, desde una posición favorable a que se mantenga la figura del juez instructor, en: ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, pp. 101-112. Una perspectiva crítica con el eventual cambio de roles en el proceso español, en: ARMENTA DEU, *Revista Ius et praxis*, pp. 101-103.

instructor, permita que el modelo de fase intermedia del procedimiento abreviado esté acorde con los criterios de corrección definidos a partir de los valores orientadores⁸⁵⁶.

La propuesta es entonces que se concentre el control material del caso de la fase intermedia en un solo momento procesal, el de la decisión sobre la emisión del auto de apertura del juicio oral, y que se asigne la facultad de toma de decisión a un juez distinto del de instrucción para garantizar la imparcialidad del adjudicador. La opción que aquí se asume es la de la creación de una función judicial específica que podría denominarse *función de control preliminar*, enfocada en el control material del caso en la fase intermedia (y eventualmente también en otros actos relevantes como la decisión sobre la prisión preventiva, pero ese asunto no se abordará aquí), que en cada caso debería ser ejercida por un juez distinto del que se encargó de la instrucción, pero también de los jueces que conocerían del juicio. Se vislumbra que para hacer efectiva esta propuesta sería necesaria la creación de un cuerpo específico de jueces para dedicarse exclusivamente a esta función, modificación institucional que en cualquier caso sería de mucho menor envergadura que la que implicaría la desaparición del juez de instrucción.

Partiendo de esta necesaria reforma fundamental como base, a continuación se esbozará una panorámica de cómo se proyecta que podría configurarse una fase intermedia aceptable en el procedimiento penal abreviado español, desde el punto de vista de la orientación axiológica del proceso:

Las diligencias previas continuarían siendo dirigidas por el juez de instrucción y la citación para ser oído debería continuar existiendo, posiblemente de manera simplificada, con la función de que el procesado conozca la existencia de un proceso contra él y sus contenidos básicos, para que pueda participar informadamente en el debate probatorio que se da en esta fase investigativa.

Así mismo, la decisión con respecto a la procedencia o no de emitir el auto de continuación del procedimiento abreviado continuaría recayendo en cabeza del juez de instrucción. Este momento procesal se entendería, entonces, como un escenario de *control débil* de la suficiencia del caso, y se diferenciaría de la

⁸⁵⁶ De cualquier manera, una propuesta normativa que parte de la división de roles entre fiscal investigador y juez de garantías puede verse en el apartado siguiente con ocasión de la propuesta de reforma al proceso penal colombiano.

forma en que actualmente se regula, solamente en que de cualquier manera en su contenido sí se tendría que exigir la presentación de un argumento jurídico completo, con exigencias no muy altas con respecto al contenido de cada dimensión del argumento, pero sí adecuadas y claramente definidas legalmente, y con un estándar de prueba no necesariamente muy exigente, pero cuyas razones de superación se argumenten efectivamente en el auto, aunque sea de manera breve⁸⁵⁷. Adicionalmente, se debería prescindir de la posibilidad de apelar la decisión de proferir el auto, para concentrar el control material en un momento posterior.

La función de esta primera actuación sería básicamente excluir del sistema casos claramente carentes de fundamento e informar al procesado del caso contra él, con algún nivel de concreción, para que pueda preparar su defensa en las etapas posteriores del proceso. Adicionalmente, de igual manera que en la regulación actual, implicaría una fijación del objeto del proceso en lo que tiene que ver con la dimensión fáctica del caso, pues esta no podría variarse en etapas posteriores en un nivel que modifique el núcleo del objeto de prueba.

Por su parte, si la decisión del juez en este caso fuera no continuar con el proceso por no alcanzarse los requisitos para emitir el auto mencionado, esta decisión tendría que ser controvertible por las víctimas y revisable en una instancia superior, en un trámite en el que también debería poder participar la defensa.

Una vez emitido el auto de continuación del procedimiento abreviado correspondería a los órganos facultados definir si desean presentar acusación y si

⁸⁵⁷ Sin pretensión de establecer que sería el único modelo posible compatible con las exigencias arriba señaladas, se propone a continuación un esquema de estándares para las distintas dimensiones del argumento en el auto de continuación de procedimiento abreviado que cumpliría con lo requerido: 1) *dimensión subjetiva*: se requiere la identificación de los sujetos procesados; 2) *dimensión fáctica*: se requiere la descripción de los hechos con un nivel de precisión que permita identificar el objeto de prueba y por tanto evitar la persecución penal por los mismos hechos, y además identificar que hay hechos que corresponden con cada elemento del supuesto de hecho legal; 3) *dimensión jurídica*: se requiere la identificación plena de los delitos imputados y sus distintos elementos básicos; 4) *dimensión probatoria*: se requiere que la hipótesis asumida sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial. El estándar de la dimensión probatoria se toma de: FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)”, p. 418.

es así presentarla efectivamente, tal y como se hace en la regulación actual. La diferencia estaría en algunos requisitos necesarios para la acusación. Lo básico sería que esté claro que la acusación debe cumplir con unos requisitos relativamente exigentes en cuanto a cada una de las dimensiones del argumento acusatorio, incluyendo un estándar de prueba claramente determinado⁸⁵⁸. En adición, dentro del contenido del escrito, además de los elementos ahora requeridos, se debería incluir una argumentación expresa sobre cómo los hechos de la acusación se adecuan a los elementos del supuesto o supuestos de hecho específicos imputados, y sobre cómo a partir de las pruebas disponibles en el expediente o incluidas en la acusación se puede sostener que el estándar de prueba fijado para la fase intermedia se logra superar. Es decir, la acusación debería expresar y justificar la hipótesis acusatoria que se pretende sostener, en un nivel que permita la contrastabilidad de sus planteamientos, en un grado suficiente para verificar la superación de los estándares fijados para la fase intermedia.

De su parte, para garantizar la contradicción, antes de la evaluación de la acusación que debería realizar *el juez de control preliminar*, el escrito que presenta la fiscalía y las pruebas en que sustenta la superación del estándar probatorio de la fase intermedia deberían darse a conocer a la defensa y a las víctimas que no hagan parte de la acusación, para que tengan la posibilidad cuestionar el cumplimiento de sus requisitos. A partir de ello defensa y víctimas

⁸⁵⁸ Sin pretensión de establecer que sería el único modelo posible compatible con las exigencias arriba señaladas, se propone a continuación un esquema de estándares para las distintas dimensiones del argumento a través del cual se podría regular la acusación, que cumpliría con lo requerido, y que en todo caso es más exigente que el señalado en la nota anterior en relación con el auto de continuación del procedimiento abreviado: 1) *dimensión subjetiva*: se requiere la identificación de los sujetos procesados; 2) *dimensión fáctica*: Se requiere la descripción de los hechos con un nivel de precisión que permita establecer de manera detallada las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del hecho punible, debiendo además describirse hechos correspondientes con cada elemento del supuesto de hecho objeto de acusación; 3) *dimensión jurídica*: se requiere la identificación precisa de cada delito imputado, incluyendo: cada uno de los elementos incluidos en el tipo penal, antijuridicidad, culpabilidad, forma de participación, modalidad de ejecución de la conducta, circunstancias agravantes y atenuantes, y naturaleza y magnitud de las sanciones a imponer; 4) *dimensión probatoria*: se requiere que la hipótesis asumida sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial, y que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes). El estándar de la dimensión probatoria se toma de: FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)” p. 417. Una explicación más amplia de cómo debe comprenderse este estándar, en: FERRER, *Motivación y racionalidad de la prueba*, pp. 295-302.

estarían facultadas para presentar escrito en el que manifiesten sus posturas sobre el acto acusatorio presentado, pudiendo atacarlo por considerar que no cumple con cualquiera de los requisitos para él establecidos, y teniendo la facultad de presentar las pruebas necesarias para sustentar sus planteamientos, que no reposen ya en el expediente.

Contando con la acusación y con los escritos contradictorios, *el juez de control preliminar* entraría a evaluar si el acto acusatorio cumple con los requisitos legales para superar la fase intermedia. Sus conclusiones tendrían que consagrarse en un auto motivado, en el que se dicte la apertura del juicio oral o se rechace la apertura de esta fase procesal, pero en el que, en todo caso, se deberían expresar de manera clara y contrastable, teniendo en cuenta los contenidos de todas las dimensiones del argumento acusatorio y sus relaciones, las razones de por qué se entiende que la acusación satisface o no satisface los requisitos legales.

Adicionalmente, la acusación aprobada fijaría entonces el objeto del proceso para la parte acusadora, determinando todas las dimensiones de la hipótesis acusatoria a probarse y controvertirse en el juicio⁸⁵⁹, constituyéndose por ello en una barrera que impediría conformidades por cargos más graves que los consagrados en la acusación (tal y como sucede actualmente), pero también condenas en juicio por delitos más graves que los incluidos en la acusación validada en la fase intermedia. Por último, como garantía de que este trámite se ejecute de manera consistente, sería necesario que cuando haya vicios en el agotamiento del procedimiento que afecten las garantías fundamentales la sanción jurídica sea que se decrete la nulidad de lo actuado.

Se considera que con estas reformas concretas se mejoraría sustancialmente la calidad del control del caso en la fase intermedia, en la medida en que, a pesar de centrarse el

⁸⁵⁹ Es necesario precisar que este requerimiento no debe entenderse de manera absolutamente rígida, pues es razonable que en virtud de la prueba practicada en el juicio pueda modificarse en niveles formales o no nucleares la premisa fáctica, siempre que no se afecte sustancialmente el derecho de defensa; o que se pueda condenar por delitos de menor entidad del mismo género del que fue objeto de acusación (ejemplo, acusación por homicidio agravado y condena por homicidio simple); o incluso que se admita en juicio prueba no incluida en la acusación en circunstancias extraordinarias. Lo que se considera en todo caso inadmisibles es que el objeto de prueba sea totalmente variable hasta el momento del juicio y que la calificación pueda variarse en cualquier sentido, incluso tras haberse agotado el debate en juicio.

mayor esfuerzo de control en un solo escenario procesal, se daría más fiabilidad a la evaluación del caso realizada, y en general se permitiría que en esta fase procesal se realicen de manera aceptable los valores orientadores, en oposición a lo que sucede con la configuración actual del procedimiento abreviado.

2.2. Una alternativa de reforma para la fase intermedia del proceso penal ordinario en Colombia. La búsqueda de un límite material antes del juicio.

En el apartado 1.2 de este capítulo se realizó una sucinta exposición de las deficiencias que tiene el modelo de fase intermedia del procedimiento penal ordinario colombiano en relación con la realización de los que aquí se han postulado como valores orientadores de la regulación procesal penal. Allí se mostró que la deficiencia fundamental del modelo colombiano reside en la ausencia práctica de control intersubjetivo del caso en la fase intermedia y se sostuvo que esto deriva en la negación de las garantías fundamentales que debe representar esta fase para el procesado. Por este motivo, las propuestas de reforma a proponer deben proyectar alternativas de solución a este problema fundamental.

Así, los retos básicos que debe abordar una propuesta de reforma en este contexto, si se pretende que el modelo de fase intermedia realice en un nivel aceptable los valores orientadores, son: 1) lograr que el decisor final de este momento procesal sea un tercero imparcial y que los fundamentos de su decisión sean contrastables; 2) conseguir que sirva en el marco de la estructura general del sistema procesal como barrera para impedir aperturas de juicio y aceptaciones tempranas de responsabilidad penal sin una contrastación adecuada de la existencia de fundamentos materiales mínimos de la ocurrencia de la conducta delictiva imputada; y, 3) lograr que lo anterior no afecte de maneras irrazonables la capacidad del sistema de dar trámite a los casos en un tiempo adecuado.

Aquí se postula que una alternativa de reforma que responde satisfactoriamente a estos retos, y que en general es coherente con los criterios establecidos en el capítulo anterior a partir de los valores orientadores, puede construirse a partir de concentrar el control material en una sola actuación de la fase intermedia, que se denominaría *audiencia de*

formulación y control de acusación, manteniéndose la imputación, por tanto, como un acto procesal de comunicación con un control más bien formal. Todo esto, siempre y cuando se modifique el régimen jurídico de las aceptaciones de culpabilidad y los preacuerdos, para que la validación del caso en la audiencia de formulación y control de acusación sea prerrequisito para la utilización de este tipo de figuras procesales. Un esbozo de como quedaría la estructura de la fase intermedia reformada se expone a continuación:

La imputación debería entenderse como un acto de comunicación del caso que existe en contra del procesado, que se realiza por parte de la fiscalía y que no implica una discusión material de su fundamento. Por ello, el agotamiento de esta tendría simplemente la función de ser una garantía que permite a la defensa preparar el debate procesal posterior, y por ende la realización de esta actuación no podría considerarse fundamento para la imposición de ninguna consecuencia gravosa para los intereses del procesado.

Así, la imputación, a cargo de la fiscalía, seguiría comunicándose a la defensa y las víctimas en una audiencia dirigida por el juez de control de garantías que se podría continuar denominando *audiencia de formulación de imputación*. Los requisitos del acto de imputación de la fiscalía podrían seguir siendo más o menos los mismos, es decir, se requeriría que en él se presente un argumento jurídico completo, con contenidos predefinidos en cuanto a cada una de sus dimensiones, y cuyos estándares estén determinados legalmente, con la salvedad de que sería necesario modificar el estándar de prueba actual e introducir uno compatible con los criterios ya señalados en su momento⁸⁶⁰. Incluso se considera

⁸⁶⁰ Los criterios para considerar un estándar de prueba coherente con la orientación cognoscitiva del proceso se trabajaron en el apartado 2.2.1.3 Cap. 4. De otra parte, de acuerdo con lo dispuesto arriba, un esquema de estándares aceptable para la formulación de imputación colombiana podría ser el que adelante se propone, sin que esto implique que sea la única alternativa posible: 1) *dimensión subjetiva*: se requiere la identificación de los sujetos procesados; 2) *dimensión fáctica*: se requiere la descripción de los hechos objeto de persecución penal con un nivel de precisión que permita establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del hecho punible; 3) *dimensión jurídica*: se requiere la determinación de los delitos imputados incluyendo cada uno de los elementos del tipo penal, antijuridicidad, culpabilidad, forma de participación, modalidad de ejecución de la conducta, y circunstancias agravantes y atenuantes; 4) *dimensión probatoria*: Se requiere que la hipótesis asumida sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de prueba recogidos durante la investigación y de los que se enuncian en el acto de imputación (guía de actuación para el fiscal). El estándar de la dimensión probatoria se adapta de: FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)” p. 418.

aceptable que, tal y como se hace actualmente, el sustento probatorio de la imputación solamente se enuncie, es decir, no sería necesario que se presenten y sometan a contradicción las pruebas que dan soporte a la imputación, y por tanto el estándar de prueba establecido para el acto funcionaría principalmente como una guía para la fiscalía con relación a cuándo debe considerar que es momento de finalizar la indagación previa por haber suficiente fundamento para la imputación de una conducta punible.

De manera coherente con lo anterior, el control que realizaría el juez de control de garantías en esta fase procesal no estaría dirigido a discutir el fundamento material de la imputación, sino simplemente a verificar que el acto cumpla con los requisitos formales establecidos y que sea sostenible un juicio de tipicidad, es decir que los hechos descritos en el acto correspondan con cada uno de los elementos de los supuestos de hecho de los delitos que se imputan. Así mismo, la participación del procesado y la defensa en este ámbito podría restringirse a la posibilidad de plantear lo que consideren pertinente en relación con el cumplimiento de los requisitos formales del acto de imputación y a la suficiencia del acto en relación con el mencionado juicio de tipicidad.

En lo que respecta a la participación de las víctimas vale hacer una salvedad. Estas, además de tener las mismas facultades de contradicción de la defensa, deberían tener la posibilidad de cuestionar la corrección de la dimensión fáctica de la imputación si consideran que la misma no corresponde con la gravedad de los hechos efectivamente acaecidos. Lo anterior por cuanto el acto de imputación, tal y como en la regulación actual, continuaría fijando el límite de la dimensión fáctica a considerarse en el proceso, y por ello en este momento procesal una imputación fáctica deficitaria con respecto a los hechos efectivamente acaecidos podría implicar una afectación importante a los derechos de las víctimas.

Debe subrayarse que la aceptabilidad del modelo propuesto de audiencia de imputación depende ineludiblemente, como ya se mencionó, de la supresión de la posibilidad de que se realicen aceptaciones unilaterales de culpabilidad en esa misma audiencia y de que a partir de ella puedan realizarse aceptaciones

tempranas negociadas (preacuerdos). Al contrario, en el modelo que aquí se propone el uso de estas figuras solo podría darse una vez agotada la totalidad de la fase intermedia.

Superada la imputación y transcurrido un plazo prudencial, la siguiente actuación procesal sería la formulación de acusación por parte de la fiscalía, que podría seguir la misma estructura actual: elaboración del escrito de acusación por parte de la fiscalía y presentación de este en audiencia pública contradictoria.

Los requisitos actuales del escrito de acusación tendrían que modificarse particularmente en lo que tiene que ver con la dimensión probatoria. De un lado, el estándar de prueba debería cambiarse por uno que efectivamente constituya un umbral cuya suficiencia pueda contrastarse intersubjetivamente y cuya exigencia refleje la seriedad de las consecuencias jurídicas que implica la superación de la fase intermedia⁸⁶¹, y del otro, en el escrito no solo se deberían incluir las pruebas que se pretenden hacer valer en juicio, sino que se debería precisar cuáles son aquellas a partir de las que se pretende sustentar, en la audiencia de acusación, que en este momento procesal se puede considerar superado el estándar de prueba propio de la fase intermedia.

El gran cambio del modelo colombiano estaría entonces en la reforma de la actual *audiencia de formulación de acusación*, que pasaría a convertirse en la *audiencia de formulación y control de acusación*, porque en ella se pasaría de un

⁸⁶¹ El esquema de estándares sugerido para la acusación es muy similar al actualmente utilizado y solo varía sustancialmente en la dimensión probatoria. De cualquier forma a continuación se presenta completo: 1) *dimensión subjetiva*: se requiere la identificación de los sujetos procesados; 2) *dimensión fáctica*: se requiere la descripción de los hechos con un nivel de precisión que permita establecer de manera detallada las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del hecho punible, debiendo además describirse hechos correspondientes con cada elemento del supuesto de hecho objeto de acusación; 3) *dimensión jurídica*: se requiere la identificación precisa de cada delito objeto de acusación, incluyendo: cada uno de los elementos incluidos en el tipo penal, antijuridicidad, culpabilidad, forma de participación, modalidad de ejecución de la conducta, circunstancias agravantes y atenuantes, y naturaleza y magnitud de las sanciones a imponer; 4) *dimensión probatoria*: se requiere que la hipótesis asumida sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio presentados y practicados en la audiencia, y que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes). El estándar de la dimensión probatoria se toma de: FERRER, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba (...)” p. 417. Una explicación más amplia de cómo debe comprenderse este estándar, en: FERRER, *Motivación y racionalidad de la prueba*, pp. 295-302.

modelo de “autocontrol” del caso por parte de la fiscalía, a un modelo que permite la contradicción efectiva y el control imparcial de la hipótesis acusatoria.

Así, la primera modificación fundamental tiene que ver con el juez que dirigiría la audiencia de formulación y control de acusación, pues no puede ser el juez de conocimiento competente para conocer del juicio oral, como se dispone en la regulación actual, ya que al estar orientada la audiencia proyectada a un debate material sobre el fundamento del caso, la decisión que se tome en ella afectaría su imparcialidad a la hora de evaluar la responsabilidad en el juicio. Por ende, se considera que la opción idónea sería la asignación de la competencia para dirigir y tomar la decisión en esta audiencia al juez de control de garantías⁸⁶².

En cuanto al desarrollo de la audiencia, en ella la fiscalía, en primer lugar, debería dar traslado del escrito de acusación a los demás participantes y presentar oralmente la acusación, para luego presentar y practicar la prueba necesaria para sustentar la superación del estándar de prueba correspondiente a la fase intermedia. En ese escenario la defensa podría realizar el contradictorio de la prueba presentada por la acusación, presentar sus objeciones contra la acusación de la fiscalía, en las que podría atacarla por considerar incumplido cualquiera de los requisitos legales para su validez, e incluso, presentar y practicar contraprueba, cuando esta sea necesaria para sustentar una hipótesis alternativa a la planteada en el escrito acusatorio. Así mismo, la representación de las víctimas podría cuestionar la hipótesis acusatoria de la fiscalía en los mismos términos que la defensa, y en todo caso tendría derecho a expresar durante la audiencia su opinión en relación con su validez. En este punto sería fundamental la dirección judicial del debate probatorio, para mantenerlo en límites racionales, limitar la práctica de prueba a lo estrictamente necesario para la verificación del cumplimiento del estándar de prueba fijado, y en general garantizar que la discusión no se prolongue de manera excesiva en un nivel que afecte sustancialmente la eficiencia del proceso.

Habiéndose agotado el ejercicio de la contradicción se considera razonable que se le permitiera a la fiscalía realizar los ajustes a la acusación que considere

⁸⁶² Una reforma en este sentido se sugiere también por: URBANO, *El control de la acusación*, pp. 155-162.

pertinentes tras haber escuchado a los otros participantes en el proceso, e incluso que tenga la posibilidad de retirar allí mismo la acusación si lo considera oportuno. Tras esta actuación sería facultad del juez de garantías tomar una decisión relativa a si la hipótesis acusatoria cumple o no con los requisitos para superar la fase intermedia. Esta decisión determinaría con efectos vinculantes si es posible o no iniciar la tramitación de la fase de juicio, y debería tomarse a través de un auto motivado en el que se expresen las razones de la decisión de manera clara y contrastable, teniendo en cuenta todas las dimensiones del argumento jurídico y sus relaciones, por lo que en caso de validarse la acusación esto implicaría la fijación del objeto del proceso con relación a las aceptaciones tempranas de culpabilidad y el juicio.

En este punto se propone que si se considera insuficiente la acusación por motivos relacionados con su presentación formal se dé la oportunidad a la fiscalía de corregirla, por una vez, y someterla de nuevo a control jurisdiccional; mientras, si se considera que la insuficiencia se deriva de la ausencia de base probatoria para sustentar la ocurrencia de un delito, el caso se rechace de plano, y solo pueda presentarse de nuevo, también por una sola vez, en el evento en que se puedan allegar nuevas pruebas para sustentar que el caso puede alcanzar el estándar probatorio fijado.

Como ya se mencionó, solo una vez declarado que la acusación cumple con los requisitos para superar la fase intermedia serían procedentes el avance del proceso hacia el juicio oral y las aceptaciones de culpabilidad ya sean unilaterales o negociadas.

Establecido el panorama general de la alternativa de reforma propuesta para el caso colombiano, solo está pendiente hacer algunas acotaciones transversales que tienen que ver con el planteamiento realizado.

La primera es que como garantía de las garantías que implica el modelo propuesto es ineludible que se consagre jurídicamente, tal como se planteó en el caso del procedimiento abreviado español, que cuando haya vicios en el agotamiento del

procedimiento que afecten las garantías fundamentales la sanción jurídica sea que se decrete la nulidad de lo actuado.

De otra parte están las instituciones del archivo y la preclusión, que pueden considerarse, retomando una expresión ya usada previamente, la contracara de la fase intermedia, en la medida en que con ellas lo que se busca no es permitir el avance del proceso hacia el juicio, sino el cierre temprano del caso antes de la fase de juzgamiento. Sin embargo, en este caso se considera que la regulación actual es coherente con la orientación axiológica del proceso, porque permite un control imparcial de esta solicitud y una contradicción amplia de la hipótesis en que se sustenta, especialmente por parte de las víctimas, y por ello no se vislumbra necesario sugerir propuestas de reforma en este punto⁸⁶³.

Finalmente son necesarias algunas consideraciones relacionadas con ciertos requerimientos puntuales que del valor de la eficiencia se derivan para la propuesta de reforma. Por una parte, debe resaltarse que en la alternativa de reforma que se acaba de proyectar no se contempla la posibilidad de participación del ministerio público en el trámite procesal, y esto es así, porque, como ya se argumentó en un par de ocasiones a lo largo del texto, esta no significa un aporte significativo a la realización de los valores orientadores y en cambio implica un costo significativo de recursos que podrían ser mejor invertidos⁸⁶⁴.

Por otro lado, para la reforma de la fase intermedia en Colombia se consideran especialmente importantes las ideas, presentadas con ocasión de la reflexión sobre la eficiencia, consistentes en que se deben eliminar las formalidades que no aporten a la realización de los valores orientadores y en que se deben buscar formas de agotar los trámites que aportan a la realización de estos de maneras que no generen demoras excesivas⁸⁶⁵. Esto en virtud de que en el trámite de las audiencias orales en Colombia se pierde tiempo valioso del juez y los participantes en formalidades que realmente no aportan valor.

⁸⁶³ A la regulación jurídica del archivo y la preclusión se ha hecho referencia en los apartados 2.1.1 y 2.2 del Cap. 2.

⁸⁶⁴ Ver apartado 1.2 Cap. 5.

⁸⁶⁵ Ver apartado 2.2.2.3. Cap. 4.

Así por ejemplo, es común en Colombia que la presentación de los abogados y la validación de la documentación que les permite participar en un trámite específico, como la audiencia de imputación, se haga durante la audiencia, con un gasto de tiempo importante, especialmente en casos en que hay muchos participantes en el trámite, cuando esto podría realizarse antes de la audiencia, bajo la responsabilidad del secretario del juzgado. En la misma línea, en la audiencia de formulación de imputación en Colombia se exige a la fiscalía que exprese oralmente la imputación, y esta actividad en ocasiones se prolonga por horas, en virtud de la complejidad y el volumen del caso presentado; cuando se podría simplificar el trámite dando a conocer al procesado y a la defensa la imputación antes de la audiencia y haciendo una obligación del abogado defensor que explique la imputación a su cliente, para que así la audiencia pueda concentrarse en verificar que el procesado entendió la imputación y en realizar la contradicción y el control pertinente, implicando ello un ahorro significativo de tiempo y por tanto de recursos⁸⁶⁶. En resumen, las garantías sustanciales deben observarse en todo caso, pero se deben buscar formas para que los actos que las impliquen se desarrollen de forma ágil y renunciar a las formalidades inútiles en función de estas.

2.3. Una alternativa de reforma para la fase intermedia del proceso penal para delitos de rango *felony* en Nueva York.

En cuanto al procedimiento penal para delitos de rango *felony* en el Estado de Nueva York, ya expuestas las deficiencias de su modelo de fase intermedia en lo relativo al cumplimiento de los criterios que aquí se han fijado como indicadores de una adecuada realización de los valores orientadores⁸⁶⁷, el objetivo de este apartado será sugerir una alternativa de reforma para adaptar la configuración del procedimiento existente de una forma que permita la realización aceptable de los mencionados valores.

⁸⁶⁶ Una hipótesis para explicar por qué en el procedimiento colombiano se consideró necesario que el tipo de trámites arriba señalados se agotaran en forma oral, es que en la reforma, en el tránsito de un sistema más cercano al tipo ideal mixto a un sistema pretendidamente adversarial, se quiso restringir al mínimo el agotamiento de trámites mediante actuaciones escritas y se elevó la oralidad a principio rector del procedimiento penal. Sin embargo, se llevó la necesidad de agotar oralmente casi cualquier trámite a límites que no parecen justificables, y que no se observan siquiera en los procedimientos penales de los Estados Unidos, pues allí, si bien las decisiones procesales relevantes se toman en audiencias orales, la *felony complaint* o el *indictment* se presentan por escrito y de manera ordinaria no se leen en la audiencia.

⁸⁶⁷ Ver: apartado 1.3 Cap. 5.

Sin embargo, es necesario expresar abiertamente que la propuesta que se hará en esa dirección resulta de alguna manera paradójica. Ello en la medida en que, de una parte, si se mira exclusivamente la estructura de las fases procesales identificables con la fase intermedia de dicho sistema, la adaptación de su configuración para lograr el objetivo fijado no parece ser particularmente compleja; pero, de otro lado, si se tiene en cuenta el panorama más amplio de las ideas que en este sistema jurídico se consideran básicas para la orientación del procedimiento, la propuesta a realizar implica importantes contradicciones con algunas de ellas.

El asunto es que no se conciben aquí fórmulas para compatibilizar el desarrollo aceptable de los que en este trabajo se han definido como valores orientadores de la regulación procesal penal, y la aplicación de ciertas ideas a la fase intermedia, al menos con el alcance que actualmente se les da en el contexto de los Estados Unidos, como la de *fairness*, la de la posibilidad de decisión discrecional sobre la oportunidad de perseguir el delito por parte de la fiscalía, o la de la facultad de las partes de renunciar libremente a la celebración de actuaciones procesales importantes.

Ante esta disyuntiva, la opción que se elige es, de manera coherente con lo planteado en este trabajo, proponer las reformas que se consideran necesarias a la luz de los valores orientadores, con la consecuencia correlativa de cuestionar el alcance que se le da en la regulación concreta a las ideas básicas mencionadas. Empero, el hecho de que en la propuesta que aquí se proyecta se cuestione el alcance de ideas fundamentales del proceso penal en los Estados Unidos muy posiblemente generará que no sea fácil de aceptar en su contexto de aplicación, y que por tanto sus posibilidades de generar alguna influencia en la práctica sean muy pocas, a pesar de que la mencionada propuesta se planteará de la manera menos disruptiva posible con la forma en que actualmente se configura el modelo de procedimiento estudiado. Además, probablemente será vista, como no puede ser de otro modo, como una crítica al proceso de Estados Unidos desde el punto de vista de un jurista formado en la tradición continental. En últimas, lo que se quiere señalar es que deben tenerse en cuenta estas circunstancias a la hora de valorar la propuesta que a continuación se hará.

Aclarado lo anterior, se procederá a esbozar una alternativa de modelo de fase intermedia para el procedimiento estudiado que se considera acorde con el sistema de

valores propuestos, con la salvedad de que representa solo una posibilidad entre las muchas que podrían cumplir los criterios establecidos:

Lo primero que se considera que debería modificarse es la posibilidad de llegar a una decisión condenatoria sin que se haya agotado debidamente la fase intermedia, y se plantea que las medidas idóneas para ello serían eliminar la posibilidad de que el caso acusatorio se presente directamente ante el *grand jury* sin que medie ninguna actuación procesal previa; y, asimismo, establecer que no es posible para el procesado renunciar a su derecho a que el caso sea revisado en el *pretrial screening process*, por lo que este trámite siempre tendría que agotarse antes de que se pueda emitir un acto acusatorio definitivo⁸⁶⁸.

De acuerdo con lo anterior, en el procedimiento propuesto todos los casos deberían iniciar con la presentación de un *felony complaint* cuyos fundamentos mínimos serían valorados por parte del juez de la corte local⁸⁶⁹ en la audiencia de *arraignment*, y en esta misma audiencia se comunicaría este acto acusatorio inicial al procesado. Así las cosas, los requisitos para la validez del *felony complaint* y su procedimiento podrían mantenerse en los mismos términos consagrados en la legislación actual⁸⁷⁰, en lo que podría caracterizarse como un *control débil* del caso, y esto sería aceptable principalmente porque de la validación de este acto no se derivarían directamente consecuencias negativas para el procesado, en la medida en que no serían admisibles ningún tipo de aceptaciones tempranas de culpabilidad en este momento, y porque el caso, de cualquier forma, tendría que pasar por un filtro sustancial más exigente en la etapa posterior del trámite. Así las cosas, si el juez encuentra que el *felony complaint* cumple con los requisitos legales tendría que ordenar que se continúe

⁸⁶⁸ Aquí se está cuestionando el alcance que se le da, en este escenario concreto, a la idea fundamental de que las partes de acuerdo con su libre decisión pueden renunciar a fases procesales enteras dado el carácter flexible de la regulación procesal. Una explicación del uso habitual de esta idea en la visión del proceso en Estados Unidos, en: DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 98-101.

⁸⁶⁹ Para recordar la forma básica de distribución de las competencias entre las cortes locales y las cortes superiores en el sistema de procedimiento estudiado, que no se sugieren alterar en esta propuesta, puede verse: apartado 2.1 Cap. 3.

⁸⁷⁰ Los requisitos para la presentación del *felony complaint* y para su control en la audiencia de *arraignment* se desarrollan en el apartado 2.2. del Cap. 3, y se exponen de manera sistemática en el apartado 3.1 del mismo capítulo.

el proceso y que el caso se evalúe en el *pretrial screening process*, mientras que si no cumple los requisitos tendría que rechazar el acto acusatorio inicial.

En esos términos, el trámite tendría que continuarse con la valoración del caso en el *pretrial screening process*, y en este punto se hace necesario precisar otra reforma fundamental que se propone hacer al procedimiento actual. Como se explicó en los apartados correspondientes, el control del caso en esta etapa se hace en dos momentos diferenciados, la *preliminary hearing* y el control del caso por el *grand jury*, sin que ninguno de los dos sea adecuado de acuerdo con los estándares aquí establecidos. Por ello, siguiendo la línea que se ha trazado en las anteriores propuestas de reforma presentadas, que se motiva en razones de eficiencia, se considera que lo razonable es fortalecer uno de los escenarios de control existente para que se permita que en él se haga una adecuada revisión sustancial del caso y que se prescinda del otro. Aunque se considera que sería válido privilegiar cualquiera de las dos actuaciones, en esta propuesta se preferirá la opción de fortalecer el trámite de la *preliminary hearing* y prescindir del trámite del *grand jury*⁸⁷¹, principalmente porque se proyecta que sería una opción que generaría menores costos en el procesamiento de los casos y porque el control judicial permite exigir la motivación de la decisión. Entonces, todo caso en el que se haya validado la *felony complaint* tendría que ser presentado por la acusación en la *preliminary hearing*, agotando el procedimiento que se describe en los próximos párrafos.

La audiencia debería iniciar con la presentación del *felony complaint* por parte de la fiscalía, y a continuación este mismo órgano tendría el deber de presentar la prueba necesaria para sostener que los hechos objeto de imputación se pueden entender suficientemente probados de acuerdo con el umbral establecido por el estándar de prueba. El procedimiento de presentación de la prueba tendría que realizarse de una forma que permita, al menos de parte de la defensa, una contradicción amplia de la prueba presentada. Una vez terminada la presentación

⁸⁷¹ La supresión del *grand jury* es otra idea que sería de difícil asimilación en el contexto del proceso estudiado, por la tradicional deferencia con que es visto este órgano y por su consagración tanto en la Constitución Federal como en la del Estado de NY. Ver: apartado 2.3.2 Cap. 3. De cualquier manera, la propuesta se sostiene porque se considera la mejor en términos normativos.

de la prueba por parte de la fiscalía, el procesado tendría derecho a declarar a su favor, y la defensa tendría la posibilidad de presentar la contraprueba necesaria para cuestionar la hipótesis de la fiscalía o para sustentar una hipótesis alternativa, y esta facultad podría limitarse en el tiempo mas no denegarse de manera absoluta. Tras la presentación de la prueba, fiscalía y defensa tendrían el derecho a presentar unos breves alegatos finales en los que plantearían su posición sobre si el caso cumple o no con los requisitos necesarios para superar la *preliminary hearing*. Finalizada la práctica de la prueba sería facultad del juez que dirige la audiencia declarar si en el caso se cumplen los requisitos para que se avance en el trámite procesal, esto se tendría que hacer en un pronunciamiento en el que se expresen las razones que justifican la decisión, y la declaración tendría efectos vinculantes, es decir, en los casos en que el juez no valida la hipótesis de la fiscalía no se podría avanzar en el trámite.

Hay varias acotaciones que deben hacerse a este esquema básico del trámite de la *preliminary hearing*. La primera es que en él tendría que necesariamente integrarse la posibilidad de participación de la víctima, que podría darse en los mismos términos y con las mismas facultades que las de la defensa, o en una versión menos activa, esta al menos debería poder sugerir a la fiscalía lo que considere pertinente antes de la audiencia, y asimismo debería poder presentar su posición, en sus propios alegatos finales, sobre las conclusiones del debate probatorio.

La segunda es que se considera indispensable que la discusión sobre la hipótesis acusatoria se circunscriba a los hechos y a los cargos presentados en la *felony complaint* para que pueda darse la contradicción y el control de un planteamiento debidamente delimitado, en oposición a la regulación actual en la que el juez simplemente declara que hay suficiente mérito para continuar la persecución por un delito de rango *felony*, sin precisar el cargo concreto frente al que considera que se supera el estándar de prueba. Sin embargo, para dar alguna flexibilidad necesaria al ejercicio acusatorio, también se debería consagrar la posibilidad correlativa de ajustar el *felony complaint* presentado en el *arraignment*, antes de su presentación en la *preliminary hearing*, con la salvedad de que una vez

validada la hipótesis acusatoria por el juez, en esta audiencia quedaría fijado el objeto del proceso.

En tercer lugar, se considera que, de los estándares de prueba que existen actualmente en el contexto del *pretrial screening process* en el proceso objeto de estudio, el que mejor se adapta a la importancia de la decisión que se toma en la *preliminary hearing* es el que combina la evaluación de la existencia de prueba suficiente para sustentar cada uno de los elementos de los cargos imputados, con la evaluación de si la prueba tiene el peso necesario para sustentar que existe causa razonable para creer que el procesado cometió el delito⁸⁷², por ser más exigente que el estándar de *reasonable cause* individualmente considerado, y por ello se propone que sea el aplicado en la *preliminary hearing* reformada que aquí se proyecta.

En relación con lo anterior vale subrayar que, de manera contraria a lo planteado para el caso de los otros dos procedimientos estudiados, aquí se propone mantener uno de los estándares existentes en el proceso penal de NY como referente del control del caso en la fase intermedia. Esto se justifica básicamente, porque el estándar retomado es mucho más explicativo que aquellos que fueron considerados inadecuados en los otros sistemas jurídicos, y porque se considera que es concebible que dicho estándar pueda cumplir con los criterios planteados en este trabajo para considerar que el estándar de prueba fija un umbral aceptable⁸⁷³, siempre y cuando se entienda como una referencia que permite una discusión intersubjetiva, basada en razones, sobre el nivel de soporte probatorio

⁸⁷² El estándar de prueba referido se explica en los apartados 2.3.1 y 2.3.2 del Cap. 3. No sobra recordar de manera resumida que el estándar de *reasonable cause* reconduce a la consideración de si una persona de inteligencia, discernimiento y experiencia ordinaria se convencería de que es razonable considerar que el procesado cometió el delito imputado; mientras el estándar de prueba legalmente suficiente reconduce a valorar si hay prueba competente que si se acepta como verdadera establece cada uno de los elementos de los delitos imputados y la comisión de estos por el procesado.

⁸⁷³ Los criterios para considerar un estándar de prueba aceptable se plantearon en el apartado 2.2.1.3 Cap. 4. y son básicamente: que establezca de manera lo más precisa posible un umbral relativo a cuando los hechos se entienden probados y cuando no; que se formule teniendo en cuenta criterios cualitativos; y, que se refiera al grado de soporte objetivo que dan las pruebas a los enunciados fácticos y no a niveles de convicción subjetiva.

que tiene una hipótesis acusatoria, y no como una invitación a que el juez decida de acuerdo con su convicción personal o su creencia subjetiva⁸⁷⁴.

De cualquier forma, en el evento en que el caso de la fiscalía supere el filtro de la fase intermedia, el órgano acusador tendría la facultad de proceder a emitir el acto acusatorio definitivo, que siguiendo la tradición del proceso en los Estados Unidos debería denominarse *information*, por provenir directamente del órgano acusador y no del gran jurado. El contenido de este *information* estaría entonces estrictamente delimitado por la hipótesis acusatoria presentada en la *preliminary hearing*, y el acto para ser válido tendría que contar con los mismos elementos que se exigen actualmente en la regulación del *indictment*⁸⁷⁵. Por su parte, el control judicial del *information* que se realiza actualmente en la audiencia de *arraignment upon indictment*⁸⁷⁶ debería continuar existiendo, pero debería limitarse en principio a la verificación de que efectivamente en el *information* presentado no se exceden los límites para la acusación derivados de la *preliminary hearing* y a revisar que cumpla con los requisitos formales establecidos.

Todavía queda pendiente precisar cómo quedaría la regulación de las aceptaciones tempranas de culpabilidad, sean unilaterales (*guilty pleas*) o negociadas (*plea bargaining*), en relación con el modelo de fase intermedia propuesto. La regla sería entonces, simplemente, que solo sería posible la introducción de aceptaciones de culpabilidad negociadas tras agotarse la validación del caso en la *preliminary hearing*, y que el momento idóneo para la

⁸⁷⁴ Aunque este es un tema sobre el que sin duda será necesaria mayor reflexión en el futuro, como soporte del argumento arriba propuesto es interesante señalar que LAUDAN, con ocasión de la crítica que realiza al estándar de prueba de “convicción más allá de la duda razonable”, principalmente por reconducir a criterios de convicción subjetiva, plantea cómo en una mejor aproximación a una adecuada formulación de un estándar de prueba: *lo importante debería ser responder esta pregunta: “¿acaso estas pruebas respaldan fuertemente la teoría de que el acusado es culpable?”. O, en otras palabras: “¿acaso una persona racional y sobria, confrontada con las pruebas disponibles, determinaría que estas constituyen un caso convincente de culpabilidad?”* (...) LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal*, p. 91.

⁸⁷⁵ Ver: apartado 2.3.3 Cap. 3. Los requisitos sustanciales básicos serían: la identificación del procesado, la referencia a cada delito objeto de acusación, y la descripción fáctica clara y concisa de los hechos imputados que incluya hechos que soportan cada uno de los elementos del delito y su comisión por parte del procesado, y que tengan la suficiente precisión para informar al procesado de la conducta por la que es acusado.

⁸⁷⁶ Tal y como se realiza en el procedimiento actual, en este punto el control debería realizarse por un juez de la Corte Superior. Ver: apartado 2.3.3. Cap. 3.

primera posibilidad de introducir aceptaciones de culpabilidad unilaterales sería la audiencia de *arraignment upon indictment*.

Por último, es necesario abordar el tema de los casos en que la decisión de la acusación es desistir de la persecución penal y no presentar el caso para que sea valorado en la *preliminary hearing*, en relación con sus implicaciones para los derechos de las víctimas. Este es un asunto muy problemático, porque en el proceso estudiado la decisión de no continuar con el trámite depende exclusivamente de la fiscalía, en la medida en que detenta el poder discrecional con relación al ejercicio de la persecución penal, pero esto colisiona con el necesario reconocimiento a las víctimas de la facultad de cuestionar la decisión de no continuar con el procesamiento. Una alternativa de solución que se proyecta, aunque sin duda sería polémica en su contexto de aplicación por cuestionar una de las ideas fundamentales de este sistema de procesamiento, es que se mantenga la regla general del poder de disposición del caso en cabeza de la acusación, pero se reconozca la posibilidad de que en el evento en que la víctima no esté conforme con la decisión de no continuar con la persecución cuente con la posibilidad, teniendo la carga de argumentar y sustentar las razones que soportan su solicitud, de requerir a la fiscalía que reconsidere la opción de continuar con el trámite del proceso, e incluso, agotado este primer esfuerzo sin éxito, de requerir al juez que decida si en ese caso es justificable o no que se desista de la acción penal.

Los cambios proyectados permitirían mejorar la calidad de la toma de decisión en esta fase del modelo de procedimiento estudiado por hacerlo compatible con los valores orientadores asumidos en este capítulo, aunque se postulan en un nivel de generalidad que implicaría la innegable necesidad de un trabajo ulterior de detalle para hacer posible una regulación funcional concreta y se encuentran en fuerte tensión con ideas fundamentales del propio sistema que ya se explicaron.

3. Balance final.

Los modelos de fase intermedia del procedimiento abreviado español, del procedimiento ordinario colombiano y del procedimiento para delitos de rango *felony* en el Estado de Nueva York, estudiados en este trabajo, tienen en común que en ellos no se da un aceptable control del caso antes del juicio, si se considera que desde una perspectiva normativa este debe implicar: una aproximación verificable al conocimiento de lo efectivamente acaecido (orientación cognoscitiva); el respeto de las garantías del procesado; la consideración de los intereses de las víctimas; y la posibilidad de una tramitación eficiente de los casos. A estas ideas que expresan los referentes normativos que se plantea deben guiar la configuración de los modelos de procedimiento, y por tanto de fase intermedia, en este trabajo se les ha denominado valores orientadores.

La evaluación de si se realizan o no los valores orientadores en las configuraciones concretas de cada modelo de fase intermedia no se hace a partir de la confrontación de cada regulación con los contenidos de cada valor en abstracto. Ello, porque para hacer posible una evaluación práctica de los modelos procesales específicos se ha considerado necesario previamente definir unos criterios, con un relativo grado de concreción, a partir de los cuales se determina cuándo deben entenderse realizados en los modelos de fase intermedia cada uno de los valores señalados.

En la definición de cada uno de los criterios establecidos se ha buscado tener en cuenta los requerimientos derivados del contenido abstracto de los valores orientadores, pero también la posibilidad de observancia efectiva de estos criterios en las configuraciones procesales reales y la posibilidad de armonización entre los distintos criterios derivados de cada valor. Estas últimas consideraciones se han realizado a partir de la reflexión sobre los valores orientadores que se hizo en el capítulo 4, de un lado, y tomando como referencia transversal la reconstrucción crítica que se ha hecho a lo largo de la tesis de los modelos de fase intermedia estudiados, del otro. Los criterios definidos, además, cumplen una doble función, ya que se utilizan paralelamente como referentes para la evaluación de los modelos de fase intermedia y como fundamento de las alternativas de reforma que se sugieren en la parte final del presente capítulo.

Las razones por las que se considera que los distintos modelos de fase intermedia de los procedimientos estudiados no cumplen con los criterios establecidos son múltiples y diferentes para cada uno, y se han expuesto detalladamente, pero en todo caso, son de tal magnitud que afectan intereses fundamentales que se deberían tutelar en el proceso y por lo tanto se han calificado como deficientes. De su parte, las alternativas de reforma propuestas se postulan partiendo de la premisa de que existen múltiples opciones de posibles diseños procesales que pueden adaptarse a los criterios definidos, y se esboza una para cada uno de los modelos de fase intermedia estudiados, con el ánimo de hacer lo más cercano posible el cumplimiento de los criterios establecidos a la cultura procesal y a la concepción del derecho de cada sistema, para facilitar así que las reflexiones realizadas en este estudio puedan tener en algún momento alguna influencia en la práctica procesal en cada latitud. De cualquier forma, en últimas, las propuestas realizadas tienen algunos rasgos generales comunes, en la medida en que todas incluyen características tales como: 1) el obligatorio agotamiento de la fase intermedia como requisito para la imposición de una condena penal; 2) la concentración del control sustancial fuerte del caso a realizar en la fase intermedia en un escenario procesal específico; y, 3) el diseño de este escenario de control sustancial fuerte de maneras coherentes con los criterios derivados de la orientación axiológica del proceso.

El tiempo y la comunidad académica serán los imparciales jueces que determinarán si se ha alcanzado algún grado de éxito en realizar algún aporte para mejorar la orientación de la configuración de la fase intermedia en el proceso penal.

Conclusiones.

La fase intermedia del proceso penal, entendida como la etapa del proceso que está precedida por una fase investigativa y cuya función definitoria es determinar si existen fundamentos para que avance el trámite hacia la fase de juicio, es un momento muy relevante para los procedimientos penales contemporáneos orientados al juzgamiento de delitos graves, en la medida en que a través de ella es posible aportar valor a la forma en que se ejerce la persecución penal.

En primer lugar, porque puede servir como filtro para evaluar que los casos que se llevan hasta la fase de juicio tengan fundamentos suficientes. Esto es positivo desde varias perspectivas. Para las personas que están siendo sometidas a un proceso penal en calidad de procesados, porque limita, al menos cuando el soporte del caso acusador es débil, las graves afectaciones que genera el ejercicio de un proceso en su contra. Para las víctimas, porque en este momento pueden contar con un escenario oportuno para verificar que la forma en que se ha planteado la hipótesis acusatoria corresponde con la gravedad de los hechos ocurridos, y de no ser así, pueden contar con medios para que sus intereses en el trámite sean considerados. Y finalmente, para la eficiencia del sistema procesal en su conjunto, porque a través de la fase intermedia se puede lograr que se descarten de manera temprana casos que no tienen fundamentos adecuados, que de otro modo desgastarían el sistema con la celebración de juicios innecesarios.

En segundo lugar, porque la fase intermedia puede servir como medio para afrontar uno de los problemas más relevantes de los procesos penales actuales, que es la amplia diseminación de mecanismos de aceptaciones tempranas de culpabilidad, sin la implementación correlativa de medios que hagan posible verificar que estas, y las correspondientes condenas penales que las acompañan, tengan fundamentos racionales adecuados. Así, la fase intermedia tiene la potencialidad de constituirse como una barrera sustancial que, a través de una valoración previa de los fundamentos del caso,

impida el uso abusivo de las aceptaciones tempranas de culpabilidad y aporte algún grado de racionalidad a su aplicación.

Finalmente, en la misma línea, la fase intermedia tiene el potencial de aportar racionalidad al trámite, si se utiliza como momento de definición del objeto del proceso, básicamente, porque esto hace posible un mejor ejercicio de la defensa, en la medida en que le permite a este actor procesal conocer oportunamente la hipótesis acusatoria en su contra, para poder controvertirla de mejor manera y tomar decisiones informadas. Además, la fijación de los elementos de la hipótesis acusatoria es relevante en la fase intermedia, porque mitiga la posición de poder de la fiscalía, al impedir que cuente con la posibilidad de disponer, todavía en etapas muy avanzadas del proceso, del contenido de la hipótesis acusatoria base de la eventual condena.

En últimas, la fase intermedia puede servir para evitar las graves afectaciones a los derechos de los participantes en el proceso que se pueden generar a través de la apertura de juicios sin fundamentos o con fundamento en acusaciones deficientemente presentadas, o como consecuencia de condenas derivadas de aceptaciones de culpabilidad que carezcan de un soporte probatorio básico o de coherencia entre las premisas del argumento jurídico, e incluso puede servir para aportar mayor definición y claridad al debate a desarrollarse en el marco del juicio oral, y para hacer más eficiente la gestión del sistema procesal de casos con fundamentos débiles.

Sin embargo, no cualquier modelo de configuración de la fase intermedia del proceso penal es adecuado para lograr que se alcancen efectivamente los mencionados objetivos. Al contrario, el estudio detallado de la forma en que se configura la fase intermedia en el procedimiento penal abreviado en España, en el procedimiento penal ordinario en Colombia, y en el procedimiento penal para delitos de rango *felony* en el Estado de Nueva York de los Estados Unidos, ha mostrado que en ninguno de los tres contextos la etapa procesal estudiada representa un eficaz control sustancial del caso.

Las razones por las que la configuración de la fase intermedia en los procedimientos mencionados no representa un control eficaz, al punto de considerarse deficiente, son múltiples y complejas, y se han explicado en detalle, pero aquí se mencionarán en términos generales.

En el caso del procedimiento abreviado español, donde la fase intermedia tiene como momentos fundamentales el auto de incoación de procedimiento abreviado y el auto de apertura de juicio oral, el problema principal es que el control del caso que se realiza en estas actuaciones procesales no es fiable, porque no se realiza por un tercero imparcial, ya que el órgano con la facultad de controlar la suficiencia del caso es el mismo órgano investigador, y porque los requisitos de los autos a través de los que se controla la hipótesis acusatoria no implican la exigencia de una aceptable evaluación y motivación de los fundamentos de la decisión.

Por su parte, en el procedimiento penal colombiano, cuya fase intermedia se identifica con la imputación y la acusación y sus correspondientes audiencias de formulación, el problema fundamental es que el control del caso en la fase intermedia no se realiza a través de una valoración sustancial por parte de un órgano judicial imparcial, sino que se contempla un “modelo de autocontrol” en que al órgano investigador y acusador se le asigna también la función de control material del caso, por lo que se carece totalmente en este modelo de un control imparcial. Además, en este procedimiento se estimula de manera muy potente el uso de las aceptaciones tempranas de culpabilidad como método de solución rápida de los casos, pero no se contemplan mecanismos adecuados para un examen sustancial mínimo del fundamento de las condenas que de su uso se derivan, dado que en adición a la falta de imparcialidad del decisor, no se exige, para los controles del caso en la fase intermedia, que se presente la hipótesis acusatoria de una manera suficientemente rica como para permitir su control material racional, particularmente en lo relativo a la dimensión probatoria.

En lo que corresponde al procedimiento penal para delitos de rango *felony* en Nueva York, cuya fase intermedia tiene como momentos principales la presentación del caso en la *preliminary hearing* y ante el *grand jury*, el problema fundamental se genera porque estos escenarios procesales no terminan representando controles eficaces del sustento material del caso, en razón a que es posible evadir su realización, de manera total o parcial, mediante diversas estrategias procesales, y porque, aun cuando se desarrollan efectivamente, la ausencia de vinculatoriedad de la decisión del juez en la *preliminary hearing*, y la ausencia de efectiva contradicción de la hipótesis acusatoria en el trámite ante el *grand jury*, terminan diezmado de manera muy significativa el

potencial de control sustancial de estos escenarios procesales, y además, la no exigencia de motivación para las decisiones que se toman en estos momentos impide la verificación de la racionalidad de sus fundamentos.

El planteamiento de reformas que permitan superar el carácter insatisfactorio de la regulación positiva de los modelos de fase intermedia estudiados en esta tesis ha requerido definir previamente qué aspectos se reconocen como valiosos en un sistema procesal penal, para a partir de allí pensar los criterios concretos que debe cumplir un modelo de fase intermedia determinado para considerarse aceptable.

Así, aquí se ha asumido y defendido la postura de que, siendo el objetivo primario del proceso penal definir en qué casos se debe imponer una pena a una persona mediante un trámite institucionalizado y jurídicamente reglado, los valores orientadores que deben guiar la regulación para que sea normativamente aceptable son: la orientación cognoscitiva, la eficiencia, el respeto de las garantías del procesado y la consideración de los intereses de las víctimas.

Con la idea de *orientación cognoscitiva* se ha querido expresar que es valioso que la forma en que se configura el proceso penal esté orientada por el ideal de averiguar la verdad con relación a si ocurrieron o no en el caso concreto los hechos necesarios para que se pueda predicar la responsabilidad del sujeto procesado, eso sí, teniendo en cuenta las complejidades epistemológicas que se presentan para acceder a este tipo de conocimiento en el ámbito del proceso penal. El fundamento que soporta que se sostenga esta idea como valor orientador está en que, el hecho de que la posibilidad de imponer una pena esté ligada con la averiguación efectiva de la responsabilidad del procesado con relación a los hechos punibles es un límite fuerte para el ejercicio arbitrario del *ius puniendi* del Estado, y representa la deferencia necesaria que el Estado debe tener con sus ciudadanos de solo castigarlos en virtud de los delitos frente a los que se pueda predicar su culpabilidad.

De su parte, con el valor de la *eficiencia* se ha buscado resaltar que, para que un sistema procesal pueda alcanzar en la práctica el resto de sus objetivos, es ineludible que, en él, la definición con respecto a los asuntos relativos a la imposición o no de pena se pueda realizar con un costo razonable en términos de recursos, en un nivel que permita que la

mayoría de los casos que ingresan al sistema se resuelvan sin demoras irrazonables. Esto, básicamente, porque la demora irrazonable en la solución de los casos genera graves efectos negativos para los participantes en el proceso penal y para el sistema en su conjunto, dentro de los que se cuentan la afectación directa e indirecta de los derechos del procesado y de la víctima, la dificultad de lograr una solución fiable del caso (que aumenta con el transcurso del tiempo), y la pérdida de confianza en el sistema judicial que pone en entredicho la posibilidad de que se realicen los fines de la pena. Además, la consideración de la eficiencia como variable a la hora de pensar sobre el diseño del proceso penal ayuda a darle un anclaje realista a la reflexión, y ello repercute en la aplicabilidad práctica de las propuestas que se deriven.

En lo que corresponde al valor del *respeto a las garantías del procesado*, lo que a través de él se destaca es la necesidad de que el poder de persecución penal del Estado encuentre un límite en el necesario respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Más en concreto, en la configuración del proceso penal se debe limitar a niveles razonables la afectación a los derechos fundamentales del procesado que potencialmente se puede generar en su desarrollo, mediante el reconocimiento efectivo del conjunto de principios que corresponden con las garantías procesales, que suelen condensarse en las distintas consagraciones positivas del derecho al debido proceso, y que se han dividido en este trabajo, por claridad expositiva, en garantías epistémicas y garantías no epistémicas.

En último lugar, con el reconocimiento de la *consideración de los intereses de las víctimas* como valor orientador del proceso se ha reivindicado que es ineludible tener a la víctima como sujeto con intereses legítimos que deben ser considerados al momento de abordar la regulación del trámite procesal, por ser este un imperativo que se deduce de la forma en que se deben estructurar las relaciones entre los intereses del Estado constitucional y la observancia de los derechos individuales, pues el delito no puede concebirse exclusivamente como un asunto entre el Estado y un sujeto que actuó en contra del ordenamiento jurídico, sino además, como una afectación a los derechos fundamentales individuales de la víctima, que merecen un reconocimiento y protección independiente.

El paso de la definición de estos valores, en abstracto, a la identificación de criterios específicos para orientar la configuración de los modelos concretos de fase intermedia, ha implicado considerar las complejidades que por diversas razones se encuentran al momento de dar contornos definidos a estas ideas en contextos específicos, las necesidades y posibilidades reales de los sistemas procesales estudiados, y la necesidad de armonizar el contenido específico de los valores, para que puedan realizarse paralelamente sin generar contradicciones insalvables. El resultado de ese ejercicio se resumió en una tabla en el cuerpo del trabajo, y aquí se reitera, por no encontrarse mejor manera de sintetizar lo planteado:

Elementos para un modelo de fase intermedia del proceso penal axiológicamente orientado				
Valores orientadores	<i>Orientación cognoscitiva</i>	<i>Eficiencia</i>	<i>Respeto a las garantías del procesado.</i>	<i>Consideración de los intereses de la víctima.</i>
Criterios derivados para la fase intermedia	1) Verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias: - Conformación por un argumento jurídico completo. - Contenido mínimo controlable de cada dimensión del argumento: Dimensiones subjetiva, fáctica, jurídica, probatoria. - Estándares jurídicos claros y contrastables para cada dimensión y sus relaciones. (Estándar de prueba relativamente fuerte) 2) Procedimientos que permitan la efectiva verificación y refutación de las hipótesis: - Contradicción de la hipótesis acusatoria - Control imparcial de sus requisitos.	1) No eliminación de las aceptaciones tempranas de culpabilidad. 2) Eliminación de los trámites que no aporten a la realización de los valores orientadores. 3) Estrategias específicas para evitar la excesiva demora en el trámite.	1) La superación de la fase intermedia debe ser un requisito para la apertura del juicio. 2) La superación de la fase intermedia debe ser un requisito para que sean precedentes las aceptaciones tempranas de culpabilidad. 3) Respeto de las garantías básicas no epistémicas. 4) Función paralela de fijación del objeto del proceso. 5) La inobservancia de las garantías debe conllevar la aplicación de remedios procesales adecuados.	1) Posibilidad de participación en el trámite y de contradicción de los actos acusatorios. 2) Poder de cuestionar el fundamento de la decisión de no presentar el acto acusatorio necesario para dar continuidad al proceso.

Los criterios incluidos en la tabla anterior han sido los referentes a partir de los cuales, en la parte final del trabajo, se han propuesto alternativas puntuales de reforma para la fase intermedia de los procedimientos penales estudiados en esta tesis. Se esbozó una propuesta específica para cada uno de los procedimientos penales estudiados, en razón a que se ha considerado que es importante que las alternativas de reforma, cumpliendo con los criterios definidos, sean lo más cercanas posible a la cultura procesal y a la concepción del derecho de cada sistema, para facilitar así que puedan tener alguna influencia práctica en cada contexto.

En el procedimiento abreviado español las principales características de la alternativa de reforma sugerida son las que a continuación se mencionan. De una parte, se propone que se concentre el control material del caso de la fase intermedia en un solo momento procesal, el de la decisión sobre la emisión del auto de apertura del juicio oral, en el que se permita la contradicción de la hipótesis acusatoria por las partes interesadas, y en el que se asigne la facultad de toma de decisión a un juez distinto del de instrucción para garantizar la imparcialidad del adjudicador, siendo la opción planteada la de crear una función judicial específica que podría denominarse *función de control preliminar*. En adición, se plantea la necesidad de robustecer y afinar los requisitos de los actos acusatorios y de la motivación de los autos mediante los que se controla el cumplimiento de estos, para que en todo caso expresen un argumento jurídico completo, con un nivel de riqueza y precisión que permita la contrastabilidad de sus planteamientos, en un grado suficiente para verificar la superación de los estándares que se fijen jurídicamente. Finalmente, se propone también que la hipótesis acusatoria definitiva quede fijada tras la decisión favorable en el auto de apertura de juicio oral, como mecanismo para garantizar un debate informado y delimitado en el juicio, y para limitar los poderes de la acusación al momento de negociar conformidades.

En el procedimiento penal ordinario colombiano la principal propuesta de reforma se enfoca en concentrar el control material en una sola actuación de la fase intermedia, que se denominaría *audiencia de formulación y control de acusación*, en reemplazo de la actual audiencia de formulación de acusación, que se caracterizaría porque en ella sería facultad del juez de control de garantías realizar el control imparcial de la suficiencia de

los requisitos de la acusación para superar la fase procesal, mediante una decisión motivada y vinculante; y porque en ella, en el marco de un trámite en el que se garantice la contradicción, la fiscalía debería presentar y practicar la prueba necesaria para acreditar que hay elementos para considerar superado el estándar de prueba que se fije para esta fase procesal. Adicionalmente, sería ineludible que se disponga que las aceptaciones de culpabilidad y los preacuerdos solo podrían presentarse una vez agotada la *audiencia de formulación y control de acusación*, para garantizar que estas terminaciones tempranas del proceso tengan bases probatorias aceptables. Por último, vale resaltar que la propuesta también postula la necesidad de que se elimine la participación del ministerio público en el trámite procesal, y de que se supriman algunas formalidades que claramente no aportan valor al procedimiento.

De su parte, con respecto al procedimiento penal para delitos de rango *felony* en Nueva York los aspectos centrales de la propuesta de reforma son los siguientes. En primer lugar, se considera necesaria la supresión de los mecanismos a través de los cuales se evita que los casos sean sometidos a los controles de la fase intermedia, con el fin de que el agotamiento de esta etapa en todo evento sea un requisito previo ineludible para la imposición de la condena (sea tras el juicio o a partir de *guilty pleas*); es decir, se requiere la eliminación de la posibilidad de que el caso acusatorio se presente directamente ante el *grand jury* sin que medie ninguna actuación procesal previa, y la supresión de la posibilidad del procesado de renunciar a su derecho a que el caso sea revisado en el *pretrial screening process*. En adición, se propone la alternativa de concentrar el control sustancial del caso de la fase intermedia en la *preliminary hearing*, prescindiendo por tanto de la función de control del gran jurado. Esto implica un modelo de *preliminary hearing* más robusto que el actualmente existente, pues se diferenciaría en que la decisión tomada por el juez en la audiencia requeriría de motivación y tendría efectos vinculantes, y en que tendría que garantizarse la posibilidad de una adecuada contradicción de la hipótesis acusatoria por parte de la defensa y de las víctimas. Por último, como medio para garantizar la consideración de los intereses de las víctimas se contempla la necesidad de que en el evento en que la fiscalía decida no proceder con la persecución penal se reconozca a la víctima la posibilidad de, en caso de no estar conforme con la decisión, requerir a la fiscalía que

reconsidere la opción de continuar con el trámite del proceso, e incluso, de requerir al juez que decida si en el caso es justificable o no que se desista de la acción penal.

En últimas, las propuestas realizadas tienen algunos rasgos generales comunes, en la medida en que todas incluyen características tales como: 1) el obligatorio agotamiento de la fase intermedia como requisito para la imposición de una condena penal; 2) la concentración del control sustancial fuerte del caso a realizar en la fase intermedia en un escenario procesal específico; y, 3) el diseño de este escenario de control sustancial fuerte de maneras coherentes con los criterios derivados de la orientación axiológica del proceso.

Se espera que algunas de estas ideas puedan ser de utilidad para configurar procesos penales más fiables y en los que los derechos de los ciudadanos no se vulneren ilegítimamente. En otras palabras, se espera que sirvan para diseñar procesos penales más justos.

Conclusions.

The pretrial screening stage of the criminal process is critical for contemporary criminal proceedings oriented to the prosecution of serious crimes. Understood as a stage preceded by an investigative phase and whose defining function is to determine if there are grounds to advance to the trial phase, such stage derives its relevance from the added value it provides to the way in which criminal procedure unfolds.

First, because it can serve as a filter to screen out cases that lack the necessary foundation to proceed to trial, which is positive from several perspectives. For defendants because it limits, at least when the prosecution's case is weak, the severe effects that criminal prosecutions have on them. For the victims because, at this moment, they have an opportunity to verify that the way in which the accusatory hypothesis has been presented corresponds to the seriousness of the events that motivated the case, and if not, they have means to require that their interests be considered within the proceeding. And finally, for the efficiency of the procedural system as a whole because, through the prompt dismissal of weak cases, the State saves valuable resources that would otherwise be spent holding the defendant to trial.

Second, because the pretrial screening stage may serve as a means to address one of the most relevant problems of current criminal proceedings, which is the dissemination of different kinds of guilty pleas, without the correlative possibility to verify that these, and the corresponding criminal convictions that go with them, have rational grounds. Therefore, the pretrial screening has the potential to constitute a substantial barrier that prevents the abusive use of guilty pleas and provides some degree of rationality to its application by means of a preliminary screening of guilt.

Finally, in the same line of thought, the pretrial screening stage has the potential to provide rationality to the procedure, if it is used as a moment to establish the prosecution charges, basically, because this allows a more effective exercise of the defense, insofar as it allows the earlier acquaintance with the accusatory hypothesis, thus making room for informed decisions and a better cross-examination of the prosecution. In addition, the precise definition of the charges during the pretrial

screening stage is relevant because it mitigates the position of power of the prosecution attorney, by preventing him from being able to modify the content of the accusatory hypothesis, even at very advanced stages of the procedure.

In short, the pretrial screening may serve to avoid serious violations of the defendants and victims' rights deriving from groundless trials or trials based on poorly filed charges, or from convictions that result from guilty pleas lacking evidentiary basis or consistency between the premises of the legal argument. Additionally, they even serve to provide higher definition and clarity to the debate at the trial and to make more efficient the management of cases with weak basis.

However, not every configuration model of the pretrial screening stage is adequate to achieve the objectives mentioned above. On the contrary, the detailed study of the way in which the pretrial screening is configured in the abbreviated criminal procedure in Spain, in the ordinary criminal procedure in Colombia, and in the process for felony crimes in the State of New York has shown that in none of the three contexts the procedural stage provides an opportunity for an effective substantial screening of the case.

There are multiple and complex reasons why I consider the configuration of the pretrial screening in the mentioned procedures deficient. They have been explained in detail before and will herein be mentioned in general terms.

In the case of the Spanish abbreviated procedure, where the pretrial screening has as its crucial moments the *auto de incoación del procedimiento abreviado* and the *auto de apertura del juicio oral*, the main problem is that the screening of the case is not reliable. And it is not reliable, first, because it is not done by an impartial adjudicator, since the body with the power to control the sufficiency of the case is the same that investigative body, and, second, because the requirements of the decision through which the hypothesis is controlled do not imply the necessity of an acceptable evaluation and motivation of the decision basis.

On the other hand, in the Colombian criminal procedure, whose pretrial screening consists in the *imputación* and the *acusación* and their corresponding formulation hearings, the main problem is that the control of the pretrial screening is not done by

means of a substantial assessment by an impartial judge. Instead, what is in place is a "model of self-control" in which the prosecutor who investigates and accuses also has the function of materially screening the case. Furthermore, this procedure strongly stimulates the use of guilty pleas as a method of quick settlement of cases but does not contemplate adequate mechanisms for a substantial minimum examination of the grounds of convictions arising from their use. Hence, in addition to the lack of impartiality of the decisionmaker, it is not required, in the pretrial screening, to present the accusatory hypothesis in a sufficiently rich manner as to allow its rational control, particularly with regard to the evidentiary dimension.

In what concerns the criminal process for felony crimes in New York, whose pretrial screening stage has as its central moments the presentation of the case in the preliminary hearing and before the grand jury, the main problem is that these procedural scenarios are not efficient in controlling the substantial basis of the case. The reason is, on one side, the possibility of evading them, in whole or in part, through various procedural strategies, and, on the other, the decimation, to a significant degree, of these procedural scenarios' potential for substantial control as a result of two absences: the lack of binding nature of the judge's decision in the preliminary hearing and the absence of effective confrontation of the accusatory hypothesis in the proceedings before the grand jury. Finally, the lack of efficiency in controlling the substantial basis of the case also derives from the fact that the lack of motivation for the decisions taken at this moment prevents the verification of the rationality of their foundations.

The reform proposals to overcome the unsatisfactory regulation of the pretrial screening stages studied in this thesis has required the previous definition of what aspects are recognized as valuable in a criminal procedure system. From such a definition, it was then possible to derive the specific criteria that a particular pretrial screening model must meet to be considered acceptable.

I have, thus, defended that, since the primary objective of the criminal process is the definition of in what cases a criminal sanction should be imposed, the values that should guide the regulation of the pretrial screening stage in order to make the latter normatively acceptable are: cognitive orientation, efficiency, respect for the guarantees of the defendant, and consideration of the victims' interests.

The value *cognitive orientation* implies that the criminal process should be guided by the ideal of finding out the truth about whether or not the defendant committed a substantive offense, taking into account, of course, the epistemological complexities that arise to access this type of knowledge within the criminal proceedings. The rationale for supporting this idea as a guiding value is that the connection between the possibility of imposing a criminal penalty and the effective corroboration of the defendant's guilt is a strong limit for the arbitrary exercise of the punishing power of the State, and represents the necessary deference that the State must have with its citizens by punishing them only in virtue of the crimes that they have effectively committed.

In what respects the value *efficiency*, I have tried to emphasize that, in order to achieve in practice the remainder objectives of a procedural system, it is essential that the decision concerning the punishment can be made at a reasonable cost: at a level that allows most of the cases that enter the system to be solved without unreasonable delays. The reason is that the unreasonable delay in the solution of cases generates adverse and serious effects for the parts in the criminal process and to the system as a whole. They include direct and indirect harm of the defendant's and the victim's rights, the difficulty of achieving a reliable solution to the case (which increases with the delay), and the loss of confidence in the judicial system, which calls into question the basis of the punishment. Also, the consideration of efficiency as a variable when thinking about the design of the criminal process helps to provide it with a realistic anchor, and that has an important impact on the practical applicability of any proposal to reform the pretrial screening stage.

Regarding the value *respect for the guarantees of the defendant*, what stands out is the need to find a limit for the prosecution power of the State in the necessary respect for the fundamental rights of the citizens. More specifically, in the design of the criminal process, the potential harm to the fundamental rights of the defendant must be limited to reasonable levels by means of the effective recognition of a set of principles that correspond to the procedural guarantees, which are usually summarized in the different positive definitions of the right to due process and which have been divided in this thesis, for reasons of clarity, into epistemic guarantees and non-epistemic guarantees.

Finally, with the recognition of the *consideration of the interests of the victims* as a guiding value, my objective has been to claim that, when addressing the regulation of the pretrial screening stage, the criminal process must consider the victim as a subject with legitimate interests because this is an imperative that follows from the way in which the relations between the interests of the constitutional State and the observance of individual rights must be structured. It is so because the crime cannot be conceived exclusively as a matter between the State and a subject that acted against the law, but also as a harm to the fundamental individual rights of the victim, which deserve independent recognition and protection.

The transition from the definition of these values, in the abstract, to the identification of specific criteria to guide the configuration of concrete pretrial screening stage models has implied considering the complexities that, for various reasons, can be found when giving precise contours to these ideas in specific contexts, the real needs and possibilities of the studied procedural systems, and the need to harmonize the values' specific content, so that they can be carried out in parallel without generating insurmountable contradictions. The result of that exercise has been summarized in a table, and it is now reiterated, for not being possible a better way of synthesizing the information:

Elements for an axiologically oriented pretrial screening stage model				
Guiding values	<i>Cognitive orientation</i>	<i>Efficiency</i>	<i>Respect for the guarantees of the defendant</i>	<i>Consideration of the interests of the victim</i>
Criteria for the pretrial screening stage	1) Verifiability and refutability of the accusatory hypotheses: - Presentation of a complete legal argument. - Minimum controllable content of each dimension of the argument: subjective, factual, legal, evidentiary dimensions. - Clear and verifiable legal standards for each dimension and its relations (relatively strong evidentiary standard). 2) Procedures that allow the effective verification and refutation of the hypotheses: - Confrontation of the accusatory hypothesis - Impartial control of its requirements.	1) Non-elimination of guilty pleas. 2) Elimination of procedures that do not contribute to the fulfillment of the guiding values. 3) Specific strategies to avoid excessive delay in the proceeding.	1) The pretrial screening stage must be a mandatory requirement for the opening of the trial. 2) The pretrial screening stage must be a mandatory requirement for the validity of guilty pleas 3) Respect for basic non-epistemic guarantees. 4) Definition of the prosecution charges as a parallel function. 5) The non-observance of the guarantees must entail the application of adequate procedural remedies.	1) Possibility of participation in the procedure and of confrontation of prosecutorial decisions. 2) Power to question the basis of the decision to dismiss the case.

The criteria included in the previous table have been the benchmark from which derives the specific reform alternatives proposed, in the final part of the thesis, for the pretrial screening stage of each of the concrete country cases studied. A particular proposal was outlined for each of the criminal proceedings studied, because the reform alternatives must be as close as possible to the procedural culture and the conception of law of each system, to allow the changes to have some practical influence in each context.

In the Spanish abbreviated procedure, the main features of the suggested reform alternative are the following. First, to concentrate the substantial pretrial screening in a

single procedural moment, the *auto de apertura de juicio oral*, in which the confrontation of the prosecutorial hypothesis by the defense counsel and the victim should be allowed, and in which the decision-making should be assigned to an adjudicator different than the instruction judge in order to ensure impartiality. What is proposed is the creation of a specific judicial function that could be called the *pretrial screening function*. Second, there is a need to strengthen and refine the requirements of the prosecutorial acts and of the decision's motivation, which allows the control of its compliance. They must present a complete legal argument, with a sufficient level of richness and precision to allow the controllability of its content, in order to verify that they have met the legally established standards. Finally, it is also proposed that the precise charges that will be discussed at trial be established in the *auto de apertura de juicio oral*. That will work as a mechanism to assure an informed and delineated debate during the trial and to limit the prosecutorial power during plea bargaining.

In the Colombian ordinary criminal procedure, the central reform proposal focuses on concentrating the substantial control in a single moment of the pretrial screening stage, that would be called the *audiencia de formulación y control de acusación*, replacing the current *audiencia de formulación de acusación*. In this new hearing, the *control de garantías* judge would be the adjudicator that carries out the impartial screening of the case, by means of a reasoned and binding decision. Additionally, in this scenario, the prosecutor should present the necessary evidence to comply with the standard of proof set for this procedural phase, allowing the defendants and victims the possibility of confrontation. Furthermore, it is crucial that the guilty pleas and plea agreements can only be celebrated once the screening of the *audiencia de formulación y control de acusación* is positively held, to ensure that the guilty pleas have acceptable evidentiary grounds. Finally, the proposal also postulates the need to eliminate the *ministerio público* participation in the proceeding and the elimination of some formalities that clearly do not add value to the proceeding.

In what concerns the process for felony crimes in the State of New York, the central elements of the reform proposal are as follows. To begin with, it is necessary to suppress the means that prevent cases from being subjected to the pretrial screening stage, so that this stage be an ineludible prerequisite for a conviction (either after the

trial or through guilty pleas). That requires the elimination of the possibility to file the charges directly before the grand jury without any prior procedural action and also the suppression of the possibility of the defendant to waive his right to a preliminary hearing and to a grand jury procedure. Additionally, it is also proposed to concentrate the substantial pretrial screening in the preliminary hearing, thus eliminating the grand jury screening function. For that reason, this model requires a stronger preliminary hearing than the current one. The differences are, first, that the decision taken by the judge at the hearing requires motivation and have binding effects, and second, the possibility of an adequate cross-examination of the charges' grounds by the defense counsel and the victims. Finally, to guarantee the consideration of the interests of the victims when the State's attorney decides not to proceed with the criminal prosecution, the victim must have the possibility of requiring the reconsideration of the decision and even of requiring the judge to decide whether the withdrawal of the case is justifiable or not.

In a nutshell, the proposals have some common general features to the extent that all include characteristics such as 1) the pretrial screening stage as a requirement for a criminal conviction; 2) the focus of the robust screening of the case in a specific procedural scenario; and, 3) the design of this robust screening scenario in ways consistent with the criteria derived from the axiological orientation of the process.

I hope that some of these ideas may be useful to design more reliable criminal proceedings in which the rights of citizens are not illegitimately violated. In other words, it is my sincere hope that they may serve to design more just criminal proceedings.

Bibliografía.

ALSCHULER, Albert W., “The prosecutor’s role in plea bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, 36, 1968, pp. 50-112.

ARANGO GIRALDO, Andrés Felipe, *Control Constitucional a la imputación de cargos*, Bogotá, Ediciones UNAULA, 2014.

ARENELLA, Peter, “Reforming the federal grand jury and the state preliminary hearing to prevent conviction without adjudication”, *Michigan Law Review*, 78, 463, 1980, pp. 463-585.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, Aranzadi, 2013.

ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 10.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2017.

ARMENTA DEU, Teresa, “Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal”, *Revista brasileira de direito processual penal*, 1, 1, 2015, pp. 121-139.

ARMENTA DEU, Teresa, “Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa”, *Revista Ius et praxis*, 2, 2013, pp. 81-103.

ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales – La justicia penal en Europa y América*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

ASHWORTH, Andrew y REDMAYNE, Mike, *The Criminal Process*, 4.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

BANNON, Alicia, *Rethinking judicial selection in state courts*, Brennan Center for Justice at New York University School of Law, 2016, (<https://www.brennancenter.org/publication/rethinking-judicial-selection-state-courts>).

BASTARRECHE BENGUA, Tomás, “Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales”, *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, 160, abril-junio 2013, pp. 103-130.

BAYONA ARISTIZÁBAL, Diana Maite, GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro, MEJÍA GALLEGO, Mateo, y OSPINA VARGAS, Víctor Hugo, “Diagnóstico Del Sistema Penal Acusatorio En Colombia”, *Acta Sociológica*, 72, enero-abril 2017, pp. 71-94.

BELOOF, Douglas Evan, “The third model of criminal process: The victim participation model”, *Utah Law Review*, 2, 1999, pp. 289-330.

BINDER, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*, Buenos Aires, AD-HOC, 2000.

BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, AD-HOC, 1993.

BORDEAU, John, MARTIN, Lucas, SHAMPO, Jeffrey J., *American Jurisprudence – Indictments and Informations*, Second Edition, Westlaw (base de datos), actualizado mayo 2018.

BOYNE, Shawn Marie, “Procedural economy in pre-trial procedure: developments in Germany and the United States”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 24, 2015, pp. 329-368.

CALLEN, Craig R., “Cognitive strategies and models of fact finding”, en JACKSON, John, LANGER, Máximo, y TILLERS, Peter, (Coord.) *Crime, procedure, and evidence in a comparative and international context*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 165-178.

CALSAMIGLIA, Albert, “Justicia, eficiencia y derecho”, *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1, septiembre - diciembre 1988, pp. 305-335.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Hacia un nuevo proceso penal. (Investigación y juicio de acusación)”, *Estudios penales y criminológicos*, 29, 2009.

CHACÓN, Pedro, “Kant y la falacia naturalista”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 9, 1992, pp. 157-168.

CHAPMAN, Gretchen B. y JOHNSON, Eric J., “Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value”, en GICOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale y KAHNEMAN,

Daniel, *Heuristics and biases the psychology of intuitive judgment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

CHIAO, Vincent, “Ex ante fairness in criminal law and procedure”, *New Criminal Law Review*, 15, 2, 2012, pp. 277-332.

CHIESA, Luis Ernesto, “Comparative Criminal Law”, en DUBBER D., Marcus, y

HÖRNLE, Tatjana, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 1089-1114.

CHIESA, Luis Ernesto, “Justicia y *Fairness* en el proceso penal”, en CELIS GÓMEZ, Javier (Coord.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI – Tomo V*, Bogotá, Temis, 2010, pp. 287-303.

CHRISTIE, Nils, “Conflicts as property”, *The British Journal of Criminology*, 17, 1, 1977, pp. 1-15.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

CORTÉS MONTEJO, Angélica, “Análisis del sistema de defensoría pública en Colombia”, *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, 2, 3, enero - julio 2011, pp. 87-118.

CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Navarra, Aranzadi, 2003.

DAMAŠKA, Mirjan, “Truth in adjudication”, *Hastings Law Journal*, 49, 1998, pp. 289-308.

DAMAŠKA, Mirjan, *The faces of justice and state authority*, New Haven, Yale University Press, 1986.

DANIELS, Norman, “Reflective equilibrium”, en ZALTA, Eduard N. (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*, Otoño 2018, (<https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=reflective-equilibrium>).

DAVIS, Rusell J., GEBAUER, John A., GIULANO, Michael N., GROSSMAN, Eleanor L., HINSHAW, Tammy E., KANE, Rachel M. (...), *New York Jurisprudence - Courts and Judges*, West law (base de datos), Actualizado febrero 2018.

DONNINO, William C., “Practice commentaries”, *McKinney's Penal Law*, West Law (Base de datos).

DONNINO, William C., “Supplementary Practice Commentaries”, *McKinney's CPL*, West Law (Base de datos).

DONOHUE, Claire P, “Article 32 hearings: a road map for Grand Jury reform”, *Howard Law Journal*, 59, 2016, pp. 469-484.

DRESSLER, Joshua y MICHAELS, Alan C., *Understanding criminal procedure – Volume 2: Adjudication*, 4.^a ed., Durham, Carolina Academic Press, 2015.

DRESSLER, Joshua y THOMAS, George C., *Criminal Procedure Investigating Crime*, St. Paul, West, 5.^a ed., 2013.

DUCE, Mauricio, “La víctima en el sistema de justicia penal: Una perspectiva jurídica y criminológica”, *Política criminal*, 9, 18, 2014, pp. 739-815. (<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200014>).

EARL, Jeniffer, “*The process is the punishment. 30 years later*”, *Law and social inquiry*, 33, summer 2008, pp. 737-778.

ESER, Albin, *Temas de derecho penal y procesal penal*, Lima, Idemsa, 1998.

FANDIÑO SILVA, Constanza y BARÓN CALDAS, Ediberto, *¿Cuál es la incidencia del principio de investigación integral frente al modelo adversarial de partes, implementado con la ley 906 de 2004?*, Bogotá, Universidad Libre, 2014, (Tesis maestría)

(<http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7554/FandinoSilvaConstanza2014.pdf?sequence=1>).

FERNÁNDEZ FUSTES, María Dolores, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón* (Trad. Andrés Ibáñez et al.), 10.^a ed., Madrid, Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (Trad. Andrés Ibáñez), Madrid, Trotta, 2011.

FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en PAPAYANNIS, Diego y PEREIRA FREDES, Esteban, (Eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima, Grijley, 2016.

FERRER BELTRÁN, Jordi, “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, *Isonomía*, 34, 2011, pp. 87-107

FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi, “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15, 2007, pp. 1-6. (<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD>)

FERRER BELTRÁN, Jordi, “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, *Jueces para la democracia*, 47, 2003, pp. 27-34.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

FLETCHER, George P., “Justice and fairness in the protection of crime victims”, en CHRISTOPHER, Russell L, *Fletcher's Essays on Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 254-262

FLETCHER, George P., “Comparative law as a subversive discipline”, *The American journal of comparative law*, 46, 4, 1998, pp. 683-700.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, “Sistema penal acusatorio en Colombia: expectativas, fracasos y propuestas”, en *Aproximación a la historia de una década de*

transformaciones de la justicia colombiana, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 2013, pp.69-90.

FRAGA MANDIÁN, Javier, *La sentencia de conformidad. Especial consideración de la denominada conformidad premiada*, Tesis doctoral Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, (<https://gredos.usal.es/handle/10366/132926>).

FRIEDMAN, Lawrence M, *American law an introduction*, 2.^a ed., New York, Norton, 1998.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, 3.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La teoría del garantismo: rasgos principales”, En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *Garantismo - estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 21-39.

GELLER, Amanda, “The process is still the punishment: low level arrests in the broken windows era”, *Cardozo Law Review*, 37, 2016, pp. 1025-1058.

GICOVICH, Thomas y GRIFFIN, Dale, “Introduction – Heuristic and biases: then and now”, En: GICOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale y KAHNEMAN, Daniel, *Heuristics and biases the psychology of intuitive judgment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

GIL GIL, Alicia, “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *InDret*, 4, 2016, pp. 1-39. (<http://www.indret.com/es/?ed=73>)

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 2.^a ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2015.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, 2.^a ed., Pamplona, Aranzadi, 2015.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España”, *Revue internationale de droit pénal*, 83, 2012-1, pp. 15-41.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)”, *Jueces para la democracia*, 46, 2003, pp. 17-26.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, *Acusación y defensa en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 2004.

GORDLEY, James, “The common law in the twentieth century: Some unfinished business”, *California Law Review*, 88, 6, 2000, pp. 1815-1875.

GRANDE, Elisabetta, “Dances of justice, tango and rumba in comparative criminal procedure”, *Global Jurist*, 9, (4), 2009.

GUERRERO PALOMARES, Salvador, “La fase intermedia y la imparcialidad del juez español. Las experiencias italiana y norteamericana: El *Giudice per la Udienza Preliminare* y la revisión del *Grand Jury*”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 16, 2006-2, pp. 117-138.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

HAACK, Susan, “Epistemology legalized: or truth, justice, and the American way”, *The american journal of jurisprudence*, 49, 2004, pp. 43-61.

HAACK, Susan, “Truth, Truths, “truth” and “Truths” in the law”, *Harvard journal of law and public policy*, 26, 2003, pp. 17-21.

HARDING, Christopher, “Overview of different types of procedure”, en ESER, Albin y

RABENSTEIN, Christiane (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness – Criminal Justice between crime control and Due Process*, Berlin, Dunkel & Humblot, 2002.

HARRIS, Judy y SWERN, Anne J., “Arraignment”, en GRAY, Lawrence N., *New York Criminal Practice*, Fourth Ed., Albany, New York State Bar Association, 2014, pp.83-119.

HART, H. L. A., *El concepto de derecho* (Trad. Carrió), 3.^a ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009.

HUMAN RIGHTS WATCH, *An offer you can't refuse - How US Federal Prosecutors Force Drug Defendants to Plead Guilty*, United States of America, Human Rights Watch, 2013.

HURTADO YELO, Juan José, “El testigo de referencia y su importancia en el proceso penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 2011.

ISRAEL, Jerold H., KAMISAR, Yale, LAFAYE, Wayne R., KING, Nancy J., PRIMUS, Eve Brensike, *Criminal Procedure and the Constitution*, St. Paul, West, 2013.

JACOBS, Alan J, LEVIN, Jack K., MASEK, Alys, MELLEY, Anne E., MORRIS, Mary Babb, (...), *California Jurisprudence 3d. - Pretrial proceedings*, Westlaw (base de datos), Actualización de mayo de 2018.

JAÉN VALLEJO, Manuel, “Acusación e investigación en el sistema procesal penal”, *Revista Diálogos de Saberes*, enero - junio 2008, pp. 195-217.

KAHNEMAN, Daniel, *Thinking fast and slow*, New York, Farrar Straus and Giroux, 2011.

KUCKES, Nicki, “Civil Due Process, Criminal Due Process”, *Yale Law and Policy Review*, 25, 2006, pp. 1-61.

KUCKES, Nicki, “The useful dangerous fiction of grand jury independence”, *American Criminal Law Review*, 41, 1, 2004, pp. 1-66.

LANGBEIN, John H., “Torture and plea bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, 46, 1978, pp. 3-22.

LANGER, Máximo, “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”, *Revista brasileira de direito processual penal*, 1, 1, 2015, pp. 11-42.

LANGER, Máximo, “Revolution in Latin America Criminal Procedure: Diffusion of legal ideas from the periphery”, *The american journal of comparative law*, 55, 2007, pp. 617-676.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “Por qué se conforman los inocentes”, *InDret*, 3, 2018, p. 1-28. (<http://www.indret.com/es/?ed=80>)

LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

LEIPOLD, Andrew D., “Why grand juries do not (and cannot) Protect the Acussed”, *Cornell Law Review*, 80, (260), 1995. pp. 260-324.

LEMPERT, Richard O., “Anglo-American and Continental Systems: Marsupials and Mammals of the Law”, en JACKSON, John, LANGER, Máximo y TILLERS, Peter (coord.), *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 395-413.

LETELIER LOYOLA, Enrique, “Sobre la conveniencia de establecer una fase intermedia por audiencias en los procesos penales acusatorios”, *Justicia - Revista de Derecho Procesal*, (1-2), 2011. pp. 183-196.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal – Tomo I*, 5.^a ed., Pamplona, Aranzadi, 2012.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal – Tomo II*, 5.^a ed., Pamplona, Aranzadi, 2012.

LÓPEZ MEDINA, Diego, “The Latin America and the Caribbean legal tradition”, en BUSANI, Mario y MATTEI, Hugo (Eds.), *The Cambridge companion of comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 344-367.

LÓPEZ MEDINA, Diego, *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia: la aplicación de técnicas de dirección judicial del proceso al sistema acusatorio colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*, Bogotá D.C., Legis, 2004.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005.

MACLEAN, Carla N. y DROR, Itiel L., “A primer on the psychology of cognitive bias”, en ROBERTSON, Christopher T. y KESSELHEIM, Aaron S., *Blinding as a solution to bias*, London, Elsevier, 2016.

MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal – Tomo 1 Fundamentos*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2004.

MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal argentino – Tomo 1*, 2.^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

MARIANI, Gilda I., “*Plea negotiations*”, en GRAY, Lawrence N., *New York Criminal Practice*, Fourth Ed., Albany, New York State Bar Association, 2014, pp. 345-398.

MARTÍ, José Luis, “Sobre la normatividad de la teoría del derecho”, *Anuario de filosofía del derecho*, 2008-2009, pp. 427-454.
(https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_2008-2009_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3%80CDA_DEL_DERECHO)

MILLER, Frank W. y DAWSON, Robert O., “Non-use of the preliminary examination: a study of Current practices”, *Wisconsin Law Review*, 252, 1984, pp. 252-277.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal – Parte General*, 10.^a ed., Barcelona, Reppertor, 2016.

Moore’s Federal Practice, Third Edition, V. 24, Chapters 600-613, United States of America, LexisNexis Matthew Bender, 2018.

MORSE, Christopher J. y GORMAN, Brian J., *New York Criminal Procedure*, 2^a ed., Durham, Carolina Academic Press, 2010.

MULDOON, Gary, *Handling a criminal case in New York*, Westlaw (Base de datos), Actualización de septiembre de 2017.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *In Dret*, 2, 2011, pp. 1-39.

MURPHY, William L. y RUDICH, Yolanda L., “*Grand jury proceedings*”, en GRAY, Lawrence N., *New York Criminal Practice*, 4.^a ed., Albany, New York State Bar Association, 2014, pp. 135-212.

NAVARRO MASSIP, Jorge, “El auto de incoación de procedimiento abreviado: la determinación de los hechos punibles, una exigencia sin garantías”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5, 2012.

NAVARRO MASSIP, Jorge, “El procedimiento abreviado y las garantías en la denominada fase intermedia en relación con el auto de apertura de juicio oral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, 2010, pp. 1-7.

NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Edisofer S. L., 2012.

NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1979.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El periodo intermedio del proceso penal*, Madrid, McGraw- Hill, 1997.

ORTEGO PÉREZ, Francisco, *El juicio de acusación*, Barcelona, Atelier, 2007.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “La víctima en el sistema de justicia penal: Una perspectiva jurídica y criminológica”, *Política criminal*, 9, 18, 2014, pp. 739-815. (<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200014>)

PACKER, Herbert L., *The limits of criminal sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968.

PAPAYANNIS, Diego, “Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication”, *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 28, 2016, pp. 33-52.

PÉREZ RIVAS, Natalia, *Los derechos de las víctimas en el sistema penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

- PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch Editor, 2011.
- POPPER, Karl. R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, (Trad. Loedel), Barcelona, Paidós, 1992.
- POPPER, Karl. R., *La lógica de la investigación científica*, (Trad. Sánchez de Zavala), Madrid, Tecnos, 1962.
- POSNER, Richard. A, “The principles of evidence and the critique of adversarial procedure”, en *Frontiers of legal theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- POUND, Roscoe, *The spirit of the common law*, Boston, Beacon Press, 1966.
- PREISER, Peter, “Practice Commentaries”, *McKinney's CPL*, West Law (Base de datos).
- PULECIO BOEK, Daniel, “The genealogy of prosecutorial discretion in latin america: A comparative and historical analysis of the adversarial reform in the region”, *Richmond Journal of Global Law and Bussiness*, 13, (1), 2014, pp. 67-144.
- R.W.L., “Review: Roman law and common law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 19, 1, 1937, pp. 156-157.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “La función del proceso en el sistema integral del derecho penal: Una valoración crítica del estado de la cuestión”, en MAQUEDA ABREU, Luisa, MARTÍN LORENZO, María, VENTURA PÜSCHEL, Arturo, (Coord.), *Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 1203-1216.
- RAMOS RUBIO, Carlos, “La instrucción: Su dirección y la investigación del delito. Algunas contradicciones del actual modelo”, *Revista catalana de seguretat pública*, mayo 2010, pp. 69-85.
- RAMOS SERRANO, Ana María, “Bogotá”, en FUCHS, Marie-Cristine, FANDIÑO, Marco, GONZÁLEZ, Leonel, *La justicia penal adversarial en américa latina*, Santiago, CEJA, 2018, pp. 68-84.

RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 9º ed., México, Porrúa, 1986.

REILING, Dory, HAMERGREEN, Linn y DE GIOVANNI, Adrian, *Justice sector assessments – a handbook*, The World Bank, 2010, (<http://documents.worldbank.org/curated/en/803711468338346161/Justice-sector-assessments-a-handbook>)

REYES, Alfonso, “La implantación del sistema acusatorio en Colombia: un estudio multidisciplinario”, *Revista de Ingeniería – Facultad de ingeniería universidad de los andes*, 22, noviembre 2005, pp. 6-15.

ROACH, Kent, “Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes”, *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, Winter 2010, pp. 388-446.

ROBERTSON, Cristopher T., “Why Blinding? How Blinding? A Theory of Blinding and Its Application to Institutional Corruption”, en ROBERTSON, Christopher T. y KESSELHEIM, Aaron S., *Blinding as a solution to bias*, London, Elsevier, 2016.

ROBINSON, Paul H., “United States”, en *The handbook of comparative criminal law*, Stanford, Stanford University Press, 2011, pp. 563-592.

ROBINSON, Paul H. y DUBBER, Markus D., “The american model penal code: a brief overview”, *New criminal law review*, 10, 3, Summer 2007, pp. 319-341.

ROBINSON, Paul H., *Structure and function of criminal law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

ROSEMAN, Arnold D., “Preliminary Hearing”, en GRAY, Lawrence N., *New York Criminal Practice*, Fourth Ed., Albany, New York State Bar Association, 2014.

ROTH, Laura, *Democracy and Punishment: An Account of Legitimacy of the Criminal Process*, Tesis Doctoral UPF, Barcelona, 2014, (<http://www.tdx.cat/handle/10803/285172>)

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, (Trad. Córdoba /Pastor), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General - Tomo I*, (Trad. Luzón/Díaz/de Vicente), Madrid, Civitas, 1997.

SÁNCHEZ-MEJÍA, Astrid Liliana, *Victim's rights in flux: Criminal justice reform in Colombia*, Switzerland, Springer, 2017.

SCHMITTAT, Susanne M. y ENGLISH, Birte, "If You Judge, Investigate! Responsibility Reduces Confirmatory Information Processing in Legal Experts", *Psychology, Public Policy and Law*, 22, 2016, pp. 386-400.

SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del Proceso Penal*, Madrid, Dykinson, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Role of the Victim Within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept", *Buffalo Criminal Law Review*, 3, 1999, pp. 33-49.

SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, Madrid, Taurus, 2010.

SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, *El Sobreseimiento libre*, Navarra, Aranzadi, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Doctrines regarding "the fight against impunity" and the victims right for the perpetrator to be punished", *Pace Law Review*, 28, 4, 2008, pp. 865-884.

SIMMONS, Ric y MCDONALD, Renée, *Learning criminal procedure*, St. Paul, West academic publishing, 2015.

SIMMONS, Ric, "Re-examining the grand jury: is there room for democracy in the criminal justice system", *Boston University Law Review*, 82, 1, 2002, pp. 1-76.

SUÁREZ RAMÍREZ, José Leonardo, *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable*, Bogotá, Ibáñez, 2016.

TARUFFO, Michele, *Simply la verdad*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

THALER, Richard, “Del *homo economicus* al *homo sapiens*” (Trad. Saavedra), *Themis - Revista de Derecho*, 58, 2010, pp. 299-306.

THE WORLD BANK, *Initiatives in justice reform 2009*, Washington, The World Bank, 2009.

THE WORLD BANK, *Initiatives in legal and judicial reform 2002*, Washington, The World Bank, 2002.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Manual de historia del derecho español”, en *Obras Completas - Tomo II*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *El control de la acusación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

VAN DIJK, Teun A., “El análisis crítico del discurso”, *Anthropos*, 186, septiembre-octubre 1999, pp. 23-36.

VARELA CASTRO, Luciano, “El juicio sobre la acusación”, en CARMONA RUANO, Miguel (dir.), *Hacia un nuevo proceso penal*, Madrid, 2006.

VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián, “Naturaleza jurídica de la fase intermedia en el proceso penal chileno. Un breve estudio a partir de elementos comparados”, *Revista de Derecho XLIX*, 2º semestre de 2017, pp. 141-183.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús, *Fiscal investigador contra juez instructor*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

VOLK, Klaus, *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*, (Trad. 7.ª ed. Alemana Nanzer /Nuñez /Pastor /Sarrabayrouse), Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

WEIGEND, Thomas, “Is the Criminal Process about Truth?: A German Perspective”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 26, winter 2003, pp. 157-173.

WHITE, Rand N. y WILSON, Tom E., “The preliminary hearing in California: adaptive procedures in a plea bargain system of criminal justice”, *Stanford Law Review*, 28, 1976, pp. 1207-1246.

WHITEBREAD, Charles H. y SLOBOGIN, Christopher, *Criminal Procedure an analisis of cases and concepts*, Fifth Edition, New York, Foundation Press, 2008.

WINTERSHEIMER, “Judicial independence through popular election”, *QLR*, 20, 4, 2001, pp. 791-805.

WOISCHNIK, Jan, *Juez de instrucción y derechos humanos en Argentina* (Trad. Pérez Barberá), Buenos Aires, AD HOC, mayo de 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil* (Trad. Gascón), 2.ª ed., Madrid, Trotta, 1997.

Jurisprudencia Citada.

Tribunal Constitucional Español.

STC 66/1989, de 17 de abril (ponente López Guerra).

STC 157/1990, de 18 de octubre (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

STC 186/1990, de 15 de noviembre (ponente Gimeno Sendra).

STC 54/1991, de 11 de marzo (ponente Rubio Llorente).

STC 170/1993, de 27 de mayo (ponente Gimeno Sendra).

STC 320/1993, de 8 de noviembre (ponente Gimeno Sendra).

STC 310/2000, de 18 de diciembre (ponente Cachón Villar).

Tribunal Supremo Español.

STS 1/1998, de 23 de mayo de 1998 (ponente Jiménez Villarejo).

STS 1088/1999, de 2 de julio de 1999 (ponente Conde-Pumpido Tourón).

STS 1532/2000, de 9 de octubre de 2000 (ponente Conde-Pumpido Tourón).

STS 1192/2002, de 26 de junio de 2002 (ponente Martín Canivell).

STS 257/2002, de 18 de febrero de 2002 (ponente Soriano Soriano).

STS 714/2006, de 29 de junio de 2006 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca).

STS 656/2007, de 17 de julio de 2007 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre).

STS 1061/2007, de 13 de diciembre de 2007 (ponente Puerta Luis).

STS 8/2010, de 20 enero de 2010 (ponente Martínez Arrieta).

ATS de 23 de marzo de 2010 (ponente Prego de Oliver y Tolivar) (rec. 20048/2009).

STS 251/2012, de 4 de abril de 2012 (ponente Andrés Ibáñez).

ATS de 17 de diciembre de 2013 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre) (rec. 20663/2012).

STS 559/2014, de 8 de julio de 2014 (ponente Monterde Ferrer).

STS 159/2015, de 18 de marzo de 2015 (ponente Marchena Gómez).

ATS de 4 de diciembre de 2015 (ponente Maza Martín).

STS 371/2016, de 3 de mayo de 2016 (ponente Varela Castro).

STS 590/2016, de 5 de julio de 2016 (ponente Llarena Conde).

Corte Constitucional Colombiana

Cort. Const., *C-591/2005*, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Cort. Const., *C-822/2005*, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Cort. Cons., *C- 1195/2005*, MP. Jaime Araujo Rentería.

Cort. Const., *C-1154/2005*, MP. Manuel José Cepeda Espinoza.

Cort. Const., *C-1260/2005*, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Cort. Const., *C-209/2007*, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Cort. Const., *C-396/2007*, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Cort. Const., *C-516/2007*, MP. Jaime Córdoba Triviño.

Cort. Const., *C-118/ 2008*, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Cort. Const., *C-318/2008*, MP. Jaime Córdoba Triviño.

Cort. Const., *C- 806/2008*, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

Cort. Const., *C-025/2010*, MP. Humberto Sierra Porto.

Cort. Const., C-127/2011, MP. María Victoria Calle Correa.

Cort. Const., C-303/2013, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Cort. Const., C-232 de 2016, MP. Alejandro Linares Castillo.

Corte Suprema de Justicia Colombiana – Sala de Casación Penal.

CSJ, *Sentencia del 2 de mayo de 2006 (Rad. 25248)*, MP. Mauro Solarte Portilla.

CSJ, *Sentencia del 19 de octubre de 2006 (Rad.25724)*, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

CSJ, *Sentencia del 30 de noviembre de 2006 (Rad. 25108)*, MP. Mauro Solarte Portilla.

CSJ, *Sentencia del 28 de febrero de 2007 (Rad 26087)*, MP. Marina Pulido de Barón.

CSJ, *Sentencia de 27 de julio de 2007 (Rad. 26468)*, MP. Alfredo Gómez Quintero.

CSJ, *Auto del 5 de octubre de 2007 (Rad 28294)*, MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

CSJ, *Sentencia del 2 de julio de 2008 (Rad.29117)*, MP. Alfredo Gómez Quintero.

CSJ, *Sentencia de 15 de julio de 2008 (Rad. 28872)*, MP. Augusto Ibáñez Guzmán.

CSJ, *Auto del 15 de julio de 2008 (Rad. 29994)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez.

CSJ, *Auto del 6 de mayo de 2009 (Rad. 31538)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez.

CSJ, *Sentencia del 3 de junio de 2009 (Rad. 28649)*, MP. Jorge Luis Quintero Milanés.

CSJ, *Sentencia del 8 de julio de 2009 (Rad. 31280)*, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

CSJ, *Sentencia de 8 de julio de 2009 (Rad. 31531)*, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

CSJ, *Sentencia de 31 de julio de 2009 (Rad. 30838)*, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

CSJ, *Auto del 24 de agosto de 2009 (Rad. 31900)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez.

CSJ, *Sentencia de tutela de 22 de septiembre de 2009 (Rad.44103)*, MP. José Leónidas Bustos Martínez.

CSJ, *Sentencia de 17 de noviembre de 2010 (Rad.34945)*, MP. Jorge Luis Quintero Milanés.

CSJ, *Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (Rad.34370)*, MP. Sigifredo Espinoza Pérez/ Alfredo Gómez Quintero.

CSJ, *Sentencia del 8 de junio de 2011 (Rad.34022)*, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

CSJ, *Sentencia de 7 de septiembre de 2011 (Rad. 35293)*, MP. María del Rosario González de Lemos.

CSJ, *Sentencia del 7 de diciembre de 2011 (Rad.36367)*, MP. José Luís Barceló Camacho.

CSJ, *Sentencia de 1 de febrero de 2012 (Rad. 36907)*, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

CSJ, *Sentencia de 16 de marzo de 2011 (Rad. 32685)*, MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

CSJ, *Auto del 21 de marzo de 2012 (Rad. 38256)*, MP. José Luis Barceló Camacho.

CSJ, *Sentencia del 18 de abril de 2012 (Rad. 38020)*, MP. José Luis Barceló Camacho.

CSJ, *Sentencia del 18 de abril de 2012. (Rad 38521)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez.

CSJ, *Sentencia del 30 de mayo de 2012. (Rad. 37668)*, MP. María del Rosario González Muñoz.

CSJ, *Sentencia del 27 de julio de 2012 (Rad. 39296)*, MP. Sigifredo Espinoza Pérez.

CSJ, *Auto del 24 de septiembre de 2012 (Rad. 34780)*, MP. Javier Zapata Ortiz.

CSJ, *Sentencia de 6 de febrero de 2013 (Rad. 39892)*, MP. José Luis Barceló Camacho.

CSJ, *Sentencia de 6 de marzo de 2013 (Rad. 40739)*, MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.

CSJ, *Sentencia del 13 de marzo de 2013 (Rad. 39561)*, MP. Javier Zapata Ortiz.

CSJ, *Sentencia del 19 de julio de 2013 (Rad. 37951)*, MP. José Luís Barceló Camacho.

CSJ, *Auto del 14 de agosto de 2013 (Rad. 41375)*, MP. José Luís Barceló Camacho.

CSJ, *AP830-2014 (Rad.34699)*, MP. José Leonidas Bustos Martínez.

CSJ, *AP1173-2014 (Rad. 43158)*, MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.

CSJ, AP6049-2014 (Rad. 42452), MP. Patricia Salazar Cuéllar.
CSJ, SP9853-2014 (Rad.40871), MP. José Leonidas Bustos Martínez.
CSJ, SP10299-2014 (Rad.40972), MP. Patricia Salazar Cuéllar.
CSJ, AP929-2015 (Rad. 44796), MP. Eugenio Fernández Carlier.
CSJ, AP1083-2015 (Rad. 44238), MP. José Leonidas Bustos Martínez.
CSJ, AP299-2016 (Rad.47271), MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.
CSJ, AP2424-2016 (Rad.47223), MP. Patricia Salazar Cuéllar.
CSJ, AP4182-2016 (Rad. 48058), MP. Patricia Salazar Cuéllar.
CSJ, SP3168-2017 (Rad.44599), MP. Patricia Salazar Cuéllar.
CSJ, SP9379-2017 (Rad. 45495), MP. Patricia Salazar Cuéllar.
CSJ, SP14496-2017(Rad.39831), MP. José Francisco Acuña Vizcaya.
CSJ, SP5660-2018 (Rad. 52331), MP. Patricia Salazar Cuéllar.

US Supreme Court.

USSC, *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160, 69 S.Ct. 1032, 93 L.Ed. 1879 (1949).
USSC, *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 88 S.Ct. 1444, 20 L.Ed.2d 491, 45, O.O.2d 198 (1968).
USSC, *Spinelli v. United States*, 349 U.S 410, 89 S. Ct. 584,21 L.Ed.2d 637 (1969).
USSC, *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66, 90 S.Ct. 1886, 26 L.Ed.2d 437 (1970).
USSC, *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66, 90 S.Ct. 1886, 26 L.Ed.2d 437 (1970).
USSC, *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404, 92 S.Ct. 1628, 32 L.Ed.2d 184 (1972).
USSC, *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103, 95 S. Ct. 854, 43 L.Ed.2d 54 (1975).
USSC, *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).
USSC, *Missouri v. Frye*, 311 S. W. 3d 350 (2012).

State of New York – Court of Appeals.

People ex rel. Maxian v. Brown, 77 N.Y.2d 223 (1991).

People v. Kalin, 12 N.Y.3d 225 (2009).

People v. Sans, 26 N.Y.3d (2015).

People v. Afilal, 26 N.Y.3d (2015).

Herramientas Bibliográficas.

BRENNAN CENTER FOR JUSTICE, *Judicial Selection: An Interactive Map*, (<http://judicialselectionmap.brennancenter.org>).

CALIFORNIA DEPARTMENT OF JUSTICE, *Crime in California*, 2016, (<https://oag.ca.gov/crime>).

COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL CREADA POR EL ACTO LEGISLATIVO 003 DE 2002, *Acta N° 25*, 30 de junio de 2003, (http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&Itemid=46).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑA, Base de datos de la Estadística Judicial (PC-AXIS), Consultada 01/08/2016, (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Base-de-datos-de-la-estadistica-judicial--PC-AXIS-/>).

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – SALA ADMINISTRATIVA, *Evaluación de gestión sistema penal acusatorio primer año de implementación*, segunda edición, Bogotá, 2010, (<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/6873512/CONSERVATORIO+-P%C3%A1ginas.pdf/ead157bc-4fd4-4849-941f-f8c8a7557170>).

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, *Intervención del Ministerio Público en procesos penales debe suprimirse*, comunicado del 17 de diciembre de 2013, (<http://www.cej.org.co/index.php/sala-de-prensa/comunicados-cej/item/intervencion-del-ministerio-publico-en-procesos-penales-debe-suprimirse/3715>).

DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, *2013-2017 Dispositions of Adult Arrests – New York State*, 2018 (<http://www.criminaljustice.ny.gov/crimnet/ojsa/dispos/nys.pdf>).

DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, *New York State Felony Processing Report Indictment through Disposition January – December 2016*, abril de 2017 (<http://www.criminaljustice.ny.gov/crimnet/ojsa/fpr-4q-2016-new-york-state.pdf>).

DIVISION OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES – NEW YORK STATE, *New York State Violent Felony Offense Processing 2016 Annual Report*, noviembre de 2017 (<http://www.criminaljustice.ny.gov/crimnet/ojsa/nys-violent-felony-offense-processing-2016.pdf>).

DNP, *Balance Plan Colombia 1999-2005*, Colombia, 2006, (https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/justicia%20seguridad%20y%20gobierno/bal_plan_col_espanol_final.pdf).

DNP, *Plan Colombia: Balance de los 15 años*, Colombia, (https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Sinergia/Documentos/PLAN_COLOMBIA_Boletin_180216.pdf).

EMBAJADA DE EE.UU EN COLOMBIA, DOJ, *Programa de reforma del sector de la justicia*, En red: (<https://co.usembassy.gov/es/embassy-es/bogota-es/sections-offices-es/departament-justice-es/>).

ERIE COUNTY – BOARD OF ELECTIONS, *Public Officials*, (<https://www.elections.erie.gov/public-officials-2/#PublicOfficials>).

ESCUELA DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y CIENCIAS FORENSES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Informe Sistema Acusatorio - Curso de Capacitación*, Bogotá, 2004, (https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/col_intro_fund4_es.pdf).

GAO, *Plan Colombia. Drug reductions goals were not fully met, but security has improved; U.S. agencies need more detailed plans for reducing assistance*, Washington D.C., 2008, (<http://www.gao.gov/assets/290/282511.pdf>).

NEW YORK STATE OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, (<https://ag.ny.gov>).

NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM, *General information*, (<https://www.nyjuror.gov/juryQandA.shtml#Q4>).

NOBELPRICE.ORG, “*The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2017*” (<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2017/summary/>).

NOBELPRICE.ORG, “*The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002*” (<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/kahneman/facts/>).

Plan Colombia “Plan para la paz, la prosperidad y el fortalecimiento del Estado”, 2000, (<http://www.cuestiones.ws/revista/n7/feb02-col-plan.htm>).

PODER JUDICIAL ESPAÑA, *Panorámica de la justicia durante 2017*, (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Panoramica-de-la-Justicia/>).

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, (<http://dle.rae.es>).

TAYLOR, Daniel, *Findlaw*, “Which States Use Criminal Grand Juries?”, noviembre 26 de 2014, (<http://blogs.findlaw.com/blotter/2014/11/which-states-use-criminal-grand-juries.html><http://blogs.findlaw.com/blotter/2014/11/which-states-use-criminal-grand-juries.html>).

USAID, *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)*, Bogotá, 2015, (<https://www.cej.org.co/index.php/publicaciones-categoria/73-justicia-penal/254-balance-diez-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia-2004-2014-analisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento>).

USAID, *Assesment of USAID/Colombia’s justice reform and modernization program*, Washington D.C., 2010.

Entrevistas.

FRANCZYC, Thomas, Profesor Universidad de Buffalo - Ex Juez del condado de Erie - Ex juez de la Corte de la ciudad de Buffalo, entrevista personal realizada el 30 de abril de 2018.

HAYES, Roland, Defensor público *Legal Aid Bureau of Buffalo - Criminal Defense Unit*, Entrevista personal realizada el 25 de abril de 2018.