

MEDIATIZACIÓN¹ DE LA ORALIDAD: LA PERVERSIÓN DEL JUICIO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL PENAL CENTROAMERICANA*

JOSÉ MARÍA TIJERINO PACHECO
Catedrático de Derecho Procesal

I. La oralidad en la reforma procesal penal iberoamericana

Cada vez que un equipo de técnicos promotores o facilitadores de la reforma procesal penal tuvo que responder a la inevitable pregunta de cuál forma procedimental recomendaban, en cualquiera de los países del subcontinente que se haya planteado la necesidad de modernizar su sistema de justicia penal, la respuesta fue contundente: **el procedimiento oral y público.**

A continuación los entendidos se hacían lenguas sobre las ventajas de la oralidad y arremetían contra el procedimiento escrito asociándolo con el sistema inquisitorial y con regímenes autoritarios. La oralidad iba de la mano con los nuevos vientos de democratización de nuestras menguadas repúblicas y fue defendida con el mismo ardoroso entusiasmo con que se defienden las ideas asociadas con la libertad.

Sin saberlo, quizás, pero seguramente intuyéndolo, extrayéndolo del subconsciente colectivo latinoamericano, rebrotaba en las mentes y los corazones todo un ideario liberal que fue reprimido aquí, allá y acullá con dureza innumerables veces, cuyo triunfo fue escamoteado otras tantas por sus propios líderes una vez que habían accedido al poder, que fue corrompido hasta llegar a justificar su antítesis, pero que nunca se extinguió porque ha significado a lo largo de dos siglos de historia patria la esperanza republicana para las mentes más esclarecidas y para los hombres más probos entre nuestros conciudadanos.

¹ *Mediatización* es usado en el sentido de impedimento para el ejercicio pleno de la actividad oral en el juicio penal.

* Conferencia dictada el 28 de julio de 2005 durante la IX edición de la Escuela Judicial para Centroamérica y el Caribe "Juan Carlos I", organizada por el Consejo General del Poder Judicial de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), en Ciudad Antigua, Guatemala.

a) Los ideólogos de la reforma

Siguiendo de cerca las huellas de BENTHAM, FRAMARINO DEI MALATESTA, CHIOVENDA Y CALAMANDREI, los maestros argentinos ALFREDO VÉLEZ MARICONDE Y SEBASTIÁN SOLER se expresan así de la oralidad en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Penal de la provincia argentina de Córdoba, de 1939, que da inicio a la reforma procesal penal iberoamericana:

“La oralidad es una de las reformas fundamentales de este Proyecto, y ha de cambiar sustancialmente la fase externa del proceso, dándole vida nueva y poniéndolo en directo contacto con la realidad. Incorporado a las legislaciones modernas, este carácter es un corolario o consecuencia indispensable del principio de la originalidad de la prueba, en cuya virtud aquélla debe ser directamente recibida por el tribunal sentenciador, toda vez que la palabra es la manifestación natural y originaria del pensamiento humano. Es la forma racional de descubrir la verdad, base de la justicia, facilitando la reproducción lógica del hecho delictuoso...”

A la vinculación de la oralidad con la originalidad de la prueba o inmediación se agregaban las benéficas consecuencias de la **celeridad**, la **economía procesal** y la **publicidad**:

“Pero el juicio oral no solo ‘asegura una justicia intrínsecamente mejor’ al favorecer el descubrimiento de la verdad mediante ‘el contacto directo y continuo del tribunal sentenciador con los elementos de convicción’, sino que también favorece la celeridad del juicio, mediante la concentración de la actividad procesal en una o pocas audiencias inmediatas, simplifica y economiza la actividad jurisdiccional, y permite la verdadera publicidad...”

Y la no menos importante consecuencia del principio de contradicción o bilateralidad, “principio fundamental, fuerza motriz y garantía suprema” del proceso para CALAMANDREI²:

“El juicio oral y público permite la actuación efectiva de los intereses individuales y sociales que el proceso debe tutelar. La lucha que se desarrolla en la audiencia, entre la acusación y la defensa y ante el Tribunal que ha de juzgar, coloca a esos intereses en paridad de situación jurídica, de donde la libre discusión y el examen bilateral

² CALAMANDREI: *El carácter dialéctico del proceso*, op. cit, pág.148.

de todos los actos realiza el principio de contradicción y favorece al mismo tiempo el descubrimiento de la verdad”.

Ideas sobre las que VÉLEZ MARICONDE insiste en su obra **Derecho Procesal Penal**:

*“El procedimiento oral es infinitamente superior al escrito porque asegura en máximo grado la **inmediación**, es decir, un contacto directo y simultáneo de los sujetos procesales con los medios de prueba en que debe basarse la discusión plena de las partes y la decisión definitiva del juzgador”³.*

Y que, llevadas al tema de la prueba pericial, lo lleva a decir:

*“Con respecto a los **peritos**, los efectos de la oralidad son notables y se advierten en los asuntos complejos, donde el médico o el contador, por ejemplo, presentan extensos informes no siempre fáciles de interpretar... La presencia del perito facilita la interpretación o su decisión franca, disipa las dudas, permite establecer a ciencia cierta la situación fáctica sometida a juicio. Lo que antes era oscuro y difícil resulta fácil y meridiano, incluso –también en esta clase de prueba– por el aporte de los defensores”⁴.*

Sobre la relación juicio oral y bilateralidad CLARIÁ OLMEDO, discípulo destacado de VÉLEZ MARICONDE, diría a dos décadas de vigencia del Código:

“Bajo la dirección del Tribunal, las partes se controlan recíprocamente y discuten entre sí, proporcionando argumentos al juzgador en función de lo que acaban de percibir de manera directa y con un mínimo de interrupciones”⁵.

Así queda claramente expuesto el pensamiento de los ideólogos de la reforma procesal penal iberoamericana sobre la oralidad. Su entusiasmo no deja entrever ninguna sombra, ninguna duda, ninguna desviación sobre lo que debe ser un procedimiento oral.

b) Los modelos

Las fuentes principales del Código de Córdoba de 1939 fueron dos códigos italianos de elaborada estructura: el de 1913 y el de 1930.

³ VÉLEZ MARICONDE, op. cit., t. I, pág. 419.

⁴ VÉLEZ MARICONDE, op. cit., t. I, pág. 425.

⁵ CLARIÁ OLMEDO, op.cit, t. VI, pág. 234.

Los detractores de este primer código "moderno" iberoamericano enfatizaban que su modelo era el Código de 1930, o Código Rocco, llamado así por el ministro de justicia del régimen fascista que promovió su promulgación. Se pretendía de esa manera desacreditar la obra de VÉLEZ MARICONDE y SOLER asociándola al Fascismo en un momento histórico en que éste aparecía como la principal amenaza para los valores propios de la civilización occidental.

Pero dos cosas eran ciertas:

- a) Los autores del proyecto cordobés también tuvieron en cuenta el código de 1913, de clara tendencia liberal;
- b) El Código Rocco, aunque obra del Fascismo e influenciado por éste sobre todo en materia de libertad personal del imputado, no significó una ruptura con el sistema establecido por el código de 1913, sino la búsqueda de corrección de deficiencias técnicas de éste que ya habían sido señaladas antes del advenimiento de Mussolini al poder en 1922. Es un código que responde bien a la idea bifásica del proceso predominante entonces en la Europa continental, cuyo peligro para la oralidad no había sido aún suficientemente advertido.

Promulgado que fuera el código cordobés de 1939, su aplicación exitosa suscitó entusiasmo en la República Argentina, cuyas provincias lo tomaron a su vez como modelo. Una a una se fueron sumando todas las provincias argentinas a la reforma hasta dejar sola a la capital federal, en donde la oposición de quienes seguían prefiriendo el procedimiento escrito, como ODERIGO, demoró hasta la última década del siglo XX su sustitución por el procedimiento oral.

En 1970 Córdoba vuelve a ponerse a la cabeza del movimiento reformista con la promulgación del Código Procesal Penal, cuyo proyecto fue de VÉLEZ MARICONDE, quien logra persuadir a los costarricenses para que adopten el nuevo código cordobés como modelo inmediato del Código de Procedimientos Penales de 1973. La reforma procesal penal latinoamericana rebasó entonces las fronteras argentinas y sentó sus reales en tierra centroamericana.

En Costa Rica el éxito fue inmediato e incuestionable. La justicia penal, Cenicienta a la sazón en ese país, deslumbró con sus ropajes nuevos y suscitó una corriente nueva de pensamiento jurídico dentro del país que aún está lejos de agotarse.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que empezó a elaborarse por encargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

hecho en sus cuartas jornadas, en 1967, y que no fue presentado sino hasta 1988, es el reconocimiento del mencionado organismo a las bondades del modelo cordobés, aunque adaptándolo a las nuevas corrientes de pensamiento, sobre todo al proponer la introducción del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y la sustitución, aunque no total, de la instrucción judicial por un *procedimiento preparatorio* a cargo del Ministerio Público, que en la aplicación de los códigos que lo han adoptado ha acabado siendo una verdadera instrucción, nada sumaria, a cargo del fiscal, que es tomada como parte del proceso, aunque haya desaparecido de ella casi todo vestigio de aquel *actus trium personarum* del que ya hablaba BULGARO en el siglo XII.

c) Los códigos de la región

En el momento actual todos los códigos procesales penales centroamericanos establecen el procedimiento oral.

Escuetamente lo hizo el código costarricense de 1973 en su artículo 359:

“El debate será oral y público, bajo pena de nulidad”.

Siguiendo muy de cerca al modelo iberoamericano, el código guatemalteco de 1992 es muy preciso en su artículo 362:

“El debate será oral. En esa forma se producirán las declaraciones del acusado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él. Las resoluciones del tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su emisión, pero constarán en el acta del debate...”.

El artículo 329 del código salvadoreño de 1996 coincide con el artículo 333 del código costarricense del mismo año en una redacción defectuosa, porque da pie a una interpretación muy restringida del concepto de oralidad:

*“La audiencia será oral; de esa forma deberán **declarar** el imputado y las demás personas que participen en ella”.*

Podría ser interpretado este texto, cuya repetición revela una innmerceda fortuna, en el erróneo sentido de que en el juicio oral sólo hay declaraciones del imputado y testigos, y no también informes de peritos, solicitudes y alegatos de las partes y resoluciones del tribunal.

En contraposición, el artículo 310 del código hondureño del año 2000 parece exagerar la oralidad:

*“Las declaraciones del imputado, de los testigos y peritos y las demás intervenciones que se produzcan durante el debate, así como las resoluciones o **sentencias** que dicte el respectivo Tribunal, serán orales...”.*

No obstante, la lectura del artículo 139 permite aclarar que por “sentencias” debemos entender en este contexto no las que resuelven las causas, sino las sentencias interlocutorias “que pongan término a cuestiones incidentales que requieran de previo y especial pronunciamiento”.

El código nicaragüense de 2001 es el que mayor énfasis hace en la oralidad. En tal grado que incorpora este principio, netamente procedimental, a los principios y garantías procesales de su título preliminar:

*“**Artículo 13.** Principio de oralidad. Bajo sanción de nulidad, las diferentes comparecencias, audiencias y los juicios penales previstos por este Código serán orales y públicos..”*

“La práctica de la prueba y los alegatos de la acusación y la defensa se producirán ante el juez o jurado competente que ha de dictar la sentencia o veredicto, sin perjuicio de lo dispuesto respecto a la prueba anticipada.”

“El juicio tendrá lugar de manera concentrada y continua, en presencia del juez, el jurado, en su caso, y las partes.”

Reitera la oralidad en el artículo 247, que es un precepto clave de la parte correspondiente a los actos de investigación, anteriores al proceso, bajo el sugerente epigrafe de “**Forma de llevar al Juicio los resultados de los actos de investigación**”, dispone:

“La información de interés para la resolución de la causa, que conste en actas u otros documentos redactados para guardar memoria de los actos de investigación, se incorporará al Juicio a través de la declaración testimonial de quienes directamente la obtuvieron mediante percepción personal.”

“Los expertos no oficiales que hayan intervenido en los actos de investigación adquirirán la condición de peritos si son declarados idóneos como tales por el juez.”

Lo que en síntesis dispone este artículo es que para incorporar al proceso las fuentes de prueba hay que hacer uso de los medios de prueba. Las fuentes de prueba son obtenidas mediante los actos de investigación, pero sólo pueden ser llevadas al proceso mediante actos de prueba.

El segundo párrafo del artículo en cuestión, concordado con el artículo 203 que reserva la intervención del perito como tal sólo para el juicio, complementa la idea expuesta en el primer párrafo en el sentido de que lo hallado por los expertos, oficiales o no oficiales (no hay ninguna diferencia entre ellos en cuanto a la forma de incorporar al proceso sus hallazgos), debe incorporarse al juicio mediante la prueba pericial rendida personalmente y de viva voz por el perito.

Reaparece en el código nicaragüense el principio de oralidad en forma expresa en dos artículos correspondientes a la audiencia del juicio:

Primero en el artículo 281, que establece los principios propios de esta fase:

“El Juicio se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y concentrada.”

Coincide este precepto con el del artículo 326 del código costarricense de 1996, su fuente, que categóricamente declara:

“El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua.”

Culmina el código de Nicaragua su consagración de la oralidad en el artículo 287, que en su prolija exposición, muy semejante a la de los citados artículos 362 del código de Guatemala y 310 del código de Honduras, denota un esfuerzo por no dejar intersticio por el cual pueda infiltrarse la duda o la corruptela de la “escriturización”:

“La audiencia pública se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a los alegatos y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participen en ella. Durante el Juicio, las resoluciones serán fundadas y dictadas verbalmente en forma clara y audible por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta del Juicio...”

II. La mediatización de la oralidad

No obstante los anteriores preceptos que consagran el principio de oralidad en todos los códigos del área, generalmente claros y precisos, desde muy recién instaurado el juicio oral se fue advirtiendo en la práctica judicial centroamericana un atisbo de retorno del procedimiento escrito propio de los códigos derogados.

Quizás, más bien, se tratara de la pervivencia de los viejos hábitos, del hombre viejo que todos llevamos dentro, del jurista forjado en la práctica inquisitorial tan bien conocido por muchos de nosotros.

Como lo denunciara en España MONTERO AROCA⁶ en relación con la práctica judicial de su país, en Centroamérica se empezó a confundir los actos de investigación con los actos de prueba y la prueba documental con la documentación de los actos de investigación, es decir, con las actas, y por esa puerta falsa se fue introduciendo en el juicio lo que no podía ingresar por la frontera puerta de la oralidad.

Debido a esa gravísima confusión conceptual no se cita a los peritos para que informen de viva voz, sino que se leen sus dictámenes, sin posibilidad alguna de contradecirlos o cuestionarlos u obtener aclaración sobre algún punto oscuro o dudoso. No hay afán por hacer llegar a los testigos, porque se cuenta ya con sus declaraciones rendidas ante escribientes, secretarios o amanuenses cansados, deformados por la reiterada y rutinaria práctica del oficio, que interpretan o pretenden interpretar lo que el testigo, ya sea éste ilustrado o rústico, preciso o vago, veraz o mendaz, distraído o alerta, con buena memoria o desmemoriado, resuelto o tímido, sereno o nervioso, ha dicho o ha tratado de decir.

La prueba documental, henchida a más no poder como la rana de la fábula, ha pasado a convertirse en *regina probatorum*. Todo cabe en ella, todo lo devora ella para satisfacer su insaciable voracidad de mastodonte. Es la venganza del inquisitorialismo, la exaltación de las actas (*Quod non est in actis non est in mundo*), o, peor aún, es la traición a la reforma procesal penal iberoamericana.

En ocasiones, nada infrecuentes, se llega al extremo de que no sólo se incorporan al debate piezas enteras de la etapa sumarial o instrucción, sino que por acuerdo de las partes o, más bien, de sus abogados, se dan por incorporadas sin lectura previa. Se aniquila así respecto a esas

⁶ MONTERO AROCA, op. cit., *passim*.

pretendidas pruebas no sólo la oralidad, sino también totalmente la publicidad del juicio. La justicia vuelve a ser escrita y semisecreta, lo que equivale a decir opaca y sospechosa.

III. El germen napoleónico de la mediatización de la oralidad

El fenómeno descrito no es exclusivo de la práctica judicial centroamericana, como ya se advirtiera al mencionar la denuncia hecha en España por MONTERO AROCA. Lo mismo hacen CORDERO, FERRAJOLI y otros en Italia. En realidad el germen de la perversión de la oralidad es, como señala FERRAJOLI⁷, la estructura bifásica del proceso creada por el Código de Instrucción Criminal francés de 1808.

Como se recordará, la Revolución Francesa adoptó el sistema acusatorio de tipo inglés, el paradigma de la justicia penal para todos los pensadores de la Ilustración. Fue durante el régimen napoleónico que se restauró el sumario inquisitorial de procedimiento escrito y semisecreto. Se buscó un equilibrio, de por sí imposible, entre una instrucción inquisitiva y un plenario o juicio oral y público.

Lo demás es historia sabida: la instrucción se engulló el juicio. Lo que fue concebido como accesorio y preparatorio terminó convirtiéndose en lo principal y definitivo. Del juicio quedó muy poco, en algunos países meramente la fachada pues aun para esta fase se dispuso el procedimiento escrito.

Esta era la hipertrofia que presentaban los códigos de procedimiento penal o de instrucción criminal de casi todos los países iberoamericanos cuando irrumpió el movimiento de reforma en 1939. El nombre con que se designaban esos códigos era reflejo fiel de su naturaleza: códigos de procedimiento o de instrucción, ya que no regulaban sino eso, procedimiento o procedimientos, no procesos; instrucciones, no juicios o enjuiciamientos.

Cuba, por su condición de última colonia española que pasó a ser nación soberana, se benefició de la última Ley de Enjuiciamiento Criminal de la metrópolis, la de 1882, que, aunque estructurada según el modelo bonapartista, establece un juicio oral, que la práctica y cierto sector doctrinal parecen haberse empeñado en atrofiar.

⁷ FERRAJOLI, op. cit., pág. 619.

Pero aun esta Ley de Enjuiciamiento Criminal española, excelente en muchos aspectos, contiene el germen de la mediatización de la oralidad al autorizar en su artículo 730 la lectura de *“las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas (las partes), no puedan ser reproducidas en el juicio oral”*.

Y con el último código italiano, de 1988, se incurre en el mismo yerro que contienen los códigos de 1913 y 1930 de incluir preceptos claramente contrarios al procedimiento oral. Tales, por ejemplo, la incorporación de actas de actos “no repetibles” realizados por la policía judicial o el ministerio público (artículo 431) o, bajo ciertas circunstancias, las declaraciones rendidas por el imputado durante la investigación preliminar (artículo 513).

Todo indica que mientras haya diligencias previas al juicio en las que se produzcan actos con alguna semejanza con los de prueba existirá la tentación de usarlos como tales, porque el inquisitorialismo sigue vigente en el imaginario de los letrados de tradición romanística.

IV. La contaminación de los códigos centroamericanos

No existe, ni puede existir, procedimiento totalmente oral. La oralidad absoluta resultaría impráctica y peligrosa para la seguridad jurídica que se procura a través de la documentación, dentro y fuera del proceso, de los actos trascendentes. Hay actos procesales que necesariamente deben ser escritos o, al menos, hacerse constar en actas: la acusación y la sentencia, por ejemplo.

Pero el hecho de que el procedimiento oral no sea incompatible con la documentación de los actos procesales, sin la cual no podría guardarse adecuada memoria del proceso, no significa que se pueda reconocer a esos documentos procesales el carácter de prueba documental en todos los casos. Tampoco significa que sea admisible reconocer tal condición a cualquier documento ajeno al proceso o a la investigación que le precede.

El procedimiento acentuadamente oral, que es al que se aspira con la reforma procesal penal, consiste en que la producción de las pruebas y los alegatos de las partes se realicen ante el tribunal que decidirá la causa. **Oralidad sin intermediación es una mera ficción**, enseñaba CHIOVENDA⁸.

⁸ Cit. por CORDERO, op. cit., pág 159.

Esa es la razón por la cual las pruebas personales, como las declaraciones de los testigos y los informes de los peritos, son orales cuando son rendidos de viva voz en la audiencia del juicio. La prueba documental se incorpora al juicio mediante la actividad que permita imponerse de su contenido: lectura de textos, proyección de filmes o videos, audición de grabaciones, examen de mapas, dibujos o fotografías. Pero no es prueba documental la documentación de testimonios o informes de perito.

En consecuencia, es contrario a la oralidad:

- a) Que las **pruebas personales** lleguen al tribunal sentenciador mediante actas o documentos, salvo en los casos de anticipo de prueba mediante diligencias realizadas con observancia del principio de oralidad **cuando no sea posible que el testigo o perito comparezca en la audiencia del juicio;**
- b) La ya mencionada confusión entre **actos de investigación** y **actos de prueba**, con la consecuente incorporación de aquéllos al juicio para que sirvan de sustento a la decisión del juzgador, y,
- c) Incorporar al debate en calidad de **prueba documental** a documentos que no tengan esa condición.

No es prueba documental el documento en el que constan los resultados de los actos de investigación u otros actos procesales, como la denuncia, el informe policial o el informe de peritos. Excepcionalmente un documento procesal puede constituir prueba documental, como cuando se trata de demostrar el contenido de una sentencia dictada en otro proceso y se hace llegar al tribunal el expediente en que se encuentra.

Y en cuanto a documentos ajenos al proceso o a la investigación que le precede también hay algunos que no constituyen prueba documental. Hay una diferencia sustancial entre una escritura en la que consta el traspaso de un inmueble y un instrumento notarial en el que constan unas manifestaciones de alguien sobre los hechos objeto del proceso. Igualmente, entre una certificación de un expediente médico y una certificación médica sobre lo que un profesional de la Medicina dice haber apreciado al prestar sus servicios profesionales a un paciente. Los primeros elementos de esta doble confrontación serían admisibles como prueba documental, si fueran pertinentes; los segundos no pueden serlo porque existe un medio específico de prueba para esas fuentes: el testimonio. Admitirlos como prueba documental significaría la corrupción de la prueba testimonial y de la oralidad.

Desafortunadamente algunas de estas diferencias no parecen estar claras en algunos códigos de la región, que en esto siguen fieles a sus modelos inmediatos y mediatos, los cuales en general autorizan la incorporación al debate o audiencia del juicio de declaraciones recibidas en la investigación preliminar o de dictámenes periciales escritos y de otros documentos que no califican como prueba documental.

Tampoco están claras para una alta proporción de jueces, fiscales y defensores y hasta para algunos comentaristas⁹.

En lo que toca a los códigos procesales penales del istmo, establecen la forma escrita para el **dictamen pericial** todos ellos, con excepción del nicaragüense, que en su artículo 203 dispone:

“Cuando sea necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica o materia para conocer o para apreciar un elemento de prueba, el juez podrá admitir la intervención de un perito en el Juicio, para que exprese su opinión sobre el punto en cuestión”.

Como ya habíamos anticipado, no hay en el procedimiento penal nicaragüense intervención de perito antes del juicio. Esto no significa que no haya aplicación de técnicas criminalísticas durante la investigación policial, sino que a quienes las aplican el Código no les reconoce condición de peritos mientras no hayan sido propuestos como tales por la parte interesada y admitidos por el juez.

Por esa razón no hay ningún informe o dictamen pericial previo al juicio que pueda ser leído durante el debate. Sí puede y suele haber un informe de experto, anterior al proceso, que debe ser puesto en conocimiento de la contraparte en el intercambio de información sobre la prueba (artículo 269.4) a fin de que esté prevenida sobre los extremos del futuro dictamen pericial que tendrá lugar en la audiencia del juicio. El informe del experto no puede ser incorporado a la audiencia o debate porque no es prueba, sino simple información sobre lo que va a ser el dictamen pericial, que es el verdadero medio de prueba.

Excepcionalmente, cuando se trate del **examen de cosas** mediante un dictamen pericial propuesto por cualquiera de las partes y realizado por una persona admitida ya como perito, la operación deberá llevarse a cabo quince días antes de la audiencia del juicio o debate y el informe

⁹ Por ejemplo, DE LA RÚA, que llega a hablar de “una evidente complementación entre la instrucción escrita y el juicio oral”, op. cit., pág. 108.

sobre sus resultados debe ser remitido al juez y a la contraparte (artículo 278).

Este sí es un informe pericial escrito, pero no tiene la función de sustituir al que necesariamente debe rendir de forma oral el perito, del cual no es sino un elemento inescindible, sin vida propia, y del cual puede hacerse uso en el interrogatorio al perito sin necesidad de incorporarlo, porque lo único que podrá ser valorado como prueba es lo que oralmente informe el perito, no lo que haya informado por escrito. Se puede restarle mérito al informe oral en caso de que el perito no haya sabido explicar una contradicción con lo que manifestó por escrito, pero esto último no es un medio de prueba. Consecuentemente, no sería admisible fundar en el informe escrito la decisión del juzgador.

No es otra excepción el dictamen que recae sobre la eventual **incapacidad sobreviniente del acusado** (artículo 97,II), porque no constituye prueba de los hechos de la causa sino de la condición de salud mental del reo. Pero incluso en este caso el código nicaragüense dispone una audiencia oral y pública (*"dictamen médico forense rendido en audiencia pública"*).

Todos los códigos de la región, salvo el de Nicaragua, utilizan el concepto de *"actos definitivos e irreproducibles"* para autorizar el **anticipo de prueba**. Lamentablemente se trata de una expresión muy imprecisa. El código de Nicaragua se refiere en este extremo concretamente al testimonio de quien se encuentre en inminente peligro de muerte o de la persona no residente en el país e imposibilitada de prolongar su permanencia en él hasta el momento del juicio o de regresar a ese efecto, y del perito que ya hubiere practicado el examen objeto de su pericia y éste, el examen, fuere irreproducible.

Solamente los códigos de Honduras (artículo 311.1) y Nicaragua (artículo 202) condicionan la incorporación de esta prueba en el juicio a la imposibilidad de su reproducción. Los de El Salvador (artículo 330.1) y Costa Rica (artículo 334.a) se limitan a dejar a salvo el derecho de cualquiera de la partes y la potestad del tribunal de exigir la reproducción de la prueba, cuando fuere posible. El código de Guatemala (artículo 364) limita a la prueba pericial la situación prevista en los códigos salvadoreño y costarricense.

En cuanto a la lectura de **declaraciones testificales**, fuera de los casos de anticipo de prueba con observancia de la oralidad, se da la misma situación de los dictámenes de perito: lo admiten todos los códigos, menos el de Nicaragua. Y no es que esté expresamente prohibido en la legislación nicaragüense, sino que sólo ante el juez puede producirse

la prueba testimonial. Al no existir testimonio antes del juicio, no hay nada que pueda ser incorporado en esa calidad. Al respecto dispone el art. 196 del código en cuestión, con el epígrafe *Deber de rendir testimonio*:

“Sin perjuicio de las excepciones previstas en el presente Código, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento a Juicio y de declarar la verdad de cuanto conozca...”.

También en tema de **actos de investigación** se presenta el mismo cuadro: todos los códigos centroamericanos, excepto el de Nicaragua, autorizan la incorporación al juicio del resultado de actos de investigación. Por ejemplo:

- a) Código Procesal Penal de Guatemala: **actas de inspección, registro domiciliario, requisas personal, y reconocimientos** (artículo 364.3);
- b) Código Procesal Penal de El Salvador: **actas de reconocimiento, registro o inspección** (artículo 330.4);
- c) Código Procesal Penal de Honduras: **actas que documentan inspecciones, reconocimientos, registros o allanamientos** (artículo 311.4), y,
- d) Código Procesal Penal de Costa Rica: **actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisas** (artículo 334.b).

En contrapartida, como ya vimos al examinar su artículo 247, el Código Procesal Penal de Nicaragua exige que el resultado de los actos de investigación llegue al juicio a través de un medio de prueba.

Por último, la posibilidad de incorporar al juicio **otros documentos**, de dudosa condición y en algunos casos más que sospechosa utilidad, la situación es la siguiente:

- a) Código Procesal Penal de Guatemala: **denuncia, prueba de informes, careos** (artículo 364.3);
- b) Código Procesal Penal de El Salvador: **denuncia, prueba de informes, y “Todo otro elemento de prueba” (?)** autorizado por el tribunal (artículo 330.4);
- c) Código Procesal Penal de Honduras: No señala ninguno (artículo 311);
- d) Código Procesal Penal de Nicaragua: **informes, certificaciones** (artículo 287.2), y,

e) Código Procesal Penal de Costa Rica: **denuncia, informes, certificaciones** (artículo 334.b)

Examinemos primero el caso de la **denuncia**. Este acto procesal de finalidad informativa de la *notitia criminis* y propulsora de la investigación no tiene el menor valor probatorio. ¿Qué utilidad tiene entonces su incorporación al debate? Que no se diga que sirve para demostrar que se ha cumplido con una condición de procedibilidad porque, por una parte, esa cuestión se incidenta antes del juicio y, por otra parte, las excepciones a la oralidad se refieren únicamente a la prueba de los hechos.

La prueba de **informes**, como la llaman los códigos guatemalteco y salvadoreño, o simplemente los informes, como la denominan los códigos costarricense y nicaragüense plantean una situación ambigua. Si los informes tienen capacidad probatoria constituyen prueba documental y resulta, entonces, inapropiado distinguirlos de aquélla. Si no tienen naturaleza de prueba documental resultan inútiles para el juicio. Su aparición en el código de Nicaragua deviene de la influencia del código de Costa Rica.

En relación con el código nicaragüense de ninguna manera puede admitirse que ese informe sea el pericial, por las razones ya expuestas. Tampoco podría pretenderse que sea el **informe policial**, como lo creen algunos comentaristas, y precisamente por la razón utilitaria que ellos le atribuyen: convertir en actos de prueba los actos de investigación. Un acto de investigación jamás puede ser convertido en acto de prueba porque eso sería borrar la diferencia sustancial entre ellos. Lo que es admisible no es la *metamorfosis* del acto de investigación, ni su imposible legitimación como prueba, sino hacer llegar al juicio la fuente de prueba obtenida con el acto de investigación. Y la única forma que el código de Nicaragua admite para ello es la indicada en el artículo 247: a través de un medio de prueba.

En el caso de las **certificaciones** la situación es semejante a la de los informes: son admisibles sólo en tanto sean pruebas documentales.

El **careo** o, más bien, las actas en que consten las diligencias de careo practicadas antes del debate tienen el vicio de ser actas de actos de de investigación. Se trata, entonces de verdadera prueba preconstituida en el sumario o investigación preliminar (el nombre con que se designe la primera fase del proceso es intrascendente para los efectos de constatar la mediatización de la oralidad), que no puede ingresar al juicio.

Por último, la frase del código salvadoreño con que remata la lista de documentos que pueden ser incorporados "*Todo otro elemento de prueba... previa autorización del tribunal*", dada su gran laxitud es un boquete abierto bajo la línea de flotación del navío del juicio oral.

V. Las razones de la mediatización

Con pie en esas disposiciones legales que han contaminado los nuevos códigos de inquisitorialismo, y en ocasiones sin otro fundamento que los viejos hábitos, los jueces, fiscales y defensores centroamericanos propenden a un retorno del procedimiento escrito en la producción de la prueba y casi reducen el espacio de la oralidad al rincón de los informes o conclusiones finales.

Las razones que suelen esgrimirse en defensa de esta oralidad mediatizada suelen ser las siguientes:

- a) La **escasez de peritos**, particularmente médicos forenses;
- b) La exigencia de **celeridad** de los debates;
- c) La **aceptación implícita del informe pericial escrito**, y,
- d) Los **pobres resultados de los interrogatorios a los peritos**.

En cuanto a la primera razón, la escasez de médicos forenses y otros peritos, puede obedecer a que, efectivamente, sea muy reducido su número, en cuyo caso cabría cuestionar la voluntad política de los gobernantes de mantener un sistema de justicia penal con procedimiento oral. Otra causa puede ser que el sistema penal no funcione adecuadamente y esté enviando a juicio oral un excesivo número de casos. La solución habría que buscarla allí y no en la mediatización de la oralidad.

La segunda razón, exigencia de celeridad de los debates, tampoco es de recibo. Una cosa es justicia pronta y otra la falsificación de la oralidad.

La aceptación del contenido del informe pericial escrito podría dar lugar, al menos en el código de Nicaragua, a un acuerdo probatorio, o sea, a que las partes de consuno manifiesten al juez que no controvierten el hecho sobre el que recaería la pericia (artículo 269.1). En los otros códigos no hay esa salida. La prueba debe producirse en la única forma admisible en un procedimiento oral: compareciendo el perito a la audiencia.

Por último, los pobres resultados de los interrogatorios a los peritos se deben a la deficiente formación profesional de los abogados y a su escasa o nula preparación de los casos. Es necesario hacer énfasis en esto. Cuando un abogado bien preparado interroga al perito se descubre cuántas fisuras suelen presentar los dictámenes. Un gran auxilio del abogado es el consultor técnico, institución reciente en Centroamérica que no se ha sabido utilizar.

VI. Posibles soluciones

Lo primero que hay que hacer es capacitar a los jueces y a los abogados en general sobre lo que es realmente el procedimiento oral. Reforzar también en ellos los conocimientos sobre prueba penal, para que no haya confusión sobre los conceptos de **fFuente de prueba, órgano de prueba, medio de prueba, actos de investigación y actos de prueba.**

Lo segundo sería hacer un diagnóstico sobre el volumen de casos que están siendo elevados a juicio y las causas del fenómeno. Todo indica que las salidas alternas no están siendo usadas con la frecuencia requerida.

En tercer lugar, hacer un estudio sobre el número de médicos forenses y otros peritos oficiales en relación con el número de causas de cada país del área y comparar sus resultados con la proporción que se da en países de procedimiento penal oral de aplicación satisfactoria. Si bien es cierto que la escasez de recursos humanos es un tópico en nuestros países, es muy posible que haya otros factores más determinantes y no difíciles de corregir.

Por último, habría que expurgar en los textos de nuestros códigos toda insinuación de que es posible oralidad sin intermediación. **Oralidad sin intermediación es una ficción.**

BIBLIOGRAFÍA

- ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter: *La Historia ¿Mala consejera? A propósito de la reforma del proceso penal*, **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 18, noviembre 2000, págs.47-53.
- BARRIENTOS PELLECCER, César: *La reforma procesal penal en Centroamérica*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 19, agosto 2001, págs. 31-33.
- BARRIENTOS PELLECCER, César: **Poder judicial y estado de derecho**, Guatemala, FEG Editores, 2001.
- BINDER, Alberto M., y Jorge OBANDO: **De las “repúblicas aéreas” al estado de derecho**, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2004.
- BINDER, Alberto M.: **Introducción al Derecho Procesal Penal**, (Cap. XIX: *El juicio penal ordinario o común*, págs. 233-247), Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1993.
- BOVINO, Alberto: **Temas de Derecho Procesal Penal guatemalteco**, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1997.
- BRAMONT ARIAS, *Procedimiento oral*, en **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Buenos Aires, Ed. Omeba, 1976, t. XXXIII, págs. 266-271.
- CALAMANDREI, Piero: *El carácter dialéctico del proceso*, en **Proceso y democracia**, trad. Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, págs. 147-173.
- CAPPELLETTI, Mauro: *El funcionamiento de la oralidad en el proceso civil italiano*, trad. Rodrigo Barahona, en **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, págs. 97-109.
- CAPPELLETTI, Mauro: *Proceso oral y proceso escrito*, (*Procédure écrite et procédure orale*) trad. Santiago Sentís Melendo, en **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, págs. 3-84.
- CAPPELLETTI, Mauro: *Valor actual del principio de oralidad*, trad. Santiago Sentís Melendo, en **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, págs. 85-95.
- CARNELUTTI, Francesco: *De la instrucción probatoria*, en **Principios del proceso penal**, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, págs. 169-228.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge: **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. VI (*El procedimiento penal*), Buenos Aires, Ed. Ediar, 1964.
- CORDERO, Franco: **Giustizia e regolarità del processo**, Varese, Ed. “Multia Paucis”, 1966.

- CRUZ CASTRO, Fernando: *Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 8, marzo 1994, págs. 40-51.
- CUÉLLAR CRUZ, Rigoberto, et al.: **Derecho Procesal Penal de Honduras (Manual teórico-práctico)**, Tegucigalpa, Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras, 2004.
- DALL'ANESE RUIZ, Francisco: *El juicio*, en GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (compilador): **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia/Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, págs. 649-694.
- DE LA RÚA, Fernando: **Teoría general del proceso (La oralidad en el proceso**, págs. 99-114), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1991.
- EISNER, Isidoro: **La intermediación en el proceso**, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1963.
- FERRAJOLI, Luigi: **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (La publicidad y la oralidad. La media publicidad y la media oralidad del proceso en dos fases**, págs. 616-621), 6ª. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Ed. Trotta, 2004.
- FLORES, Manuel de Jesús: *La oralidad en el nuevo procedimiento penal guatemalteco*, en SCHÖNBOHM, Horst, y Norbert LÖSING (ed.): **Sistema acusatorio, proceso penal, juicio oral en América Latina y Alemania**, Caracas, Fundación Konrad Adenauer/CIEDLA/COPRE, 1995, págs. 79-144.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Los principios del procedimiento*, en TIJERINO PACHECO, José María, y Juan Luis GÓMEZ COLOMER (coordinadores): **Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense**, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, págs. 75-86.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: *La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 11, julio 1996, págs. 60-82.
- ILLUMINATI, Giulio: *Giudizio*, en CONSO Giovanni, Vittorio GREVI et al.: **Profili del nuovo Codice di Procedura Penale**, 3ª. ed., Padova, CEDAM, 1993, págs. 459-516.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS : **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)**, Coordinador: Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986.
- JAÉN VALLEJO, Manuel: **Principios y garantías del proceso penal**, Managua, APICEP, 2004.
- LAJE ANAYA, Justo, y Luis Alberto PERAZA: **Código de Procedimiento Penal de Córdoba concordado, anotado y comentado**, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1965.

- LOZZI, Gilberto: **Lezioni di Procedura Penale**, 2ª. ed., (Cap. II: *I mezzi di prova*, págs. 195-229; Cap.VIII: *Il giudizio ordinario*, págs. 411-466), Torino, G. Giappichelli Editore, 1997.
- MAIER, Julio B.J.: *Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 4, junio 1991, págs.2-7.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: **La mínima actividad probatoria en el proceso penal**, Barcelona, Ed. José María Bosch, 1997.
- MONTERO AROCA, Juan: *El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en **Trabajos de Derecho Procesal**, Barcelona, Ed. Librería Bosch, 1988.
- MORA MORA, Luis Paulino: *La importancia del juicio oral en el proceso penal*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 4, junio 1991, págs. 8-17.
- MORA MORA, Luis Paulino, y Daniel GONZÁLEZ ÁLVAREZ: *La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América latina*, en **Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 5, marzo-junio 1992, págs. 53-65.
- NAPPI, Aniello: **Guida al nuovo Codice di Procedura Penale**, 3ª. ed., (Cap. VIII: *L'alternativa accusatoria*, págs. 265-342), Varese, Giuffrè Editore, 1992.
- QUEVEDO MENDOZA, Julio: *Juicio oral en materia penal*, en **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Buenos Aires, Ed. Omeba, 1969, t. XVII, págs. 379-428.
- SCHLÜCHTER, Ellen: **Derecho Procesal Penal**, colaboración de Jörg Knupfer y Matthias Terbach, revisión de la traducción a cargo de Iñaki Esparza Leibar y Andrea Planchadell Gargallo, (*El juicio oral*, págs. 109-157), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- TIJERINO PACHECO, José María: *La prueba en general*, en TIJERINO PACHECO, José María, y Juan Luis GÓMEZ COLOMER (coordinadores): **Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense**, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, págs. 269-290.
- TUOZZI, Pasquale: **Il nuovo codice di procedura penale commentato**, Milano, Ed. Dottor Francesco Vallardi, 1914.
- VEGA VARGAS, Gustavo Adolfo: *El juicio*, en TIJERINO PACHECO, José María, y Juan Luis GÓMEZ COLOMER (coordinadores): **Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense**, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, págs. 475-489.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: **Derecho Procesal Penal**, 2ª. ed., t. I, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1969.