

## EL PRINCIPIO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL \*

Klaus VOLK\*\*

SUMARIO: I. *Introducción y panorama.* II. *El proceso inquisitorio.* III. *El modelo del Código Procesal Penal alemán.* IV. *Derecho y realidad del proceso penal de la actualidad.*

### I. INTRODUCCIÓN Y PANORAMA

Tengo el honor de referirme al principio de la oralidad en el proceso penal. Se trata de un tema típicamente alemán. Los alemanes tienden a abstraer de las reglas, a condensarlas en un principio, para luego describir las excepciones. El razonamiento jurídico anglosajón se atiene sencillamente a las reglas y renuncia a elevarlas primero al cielo de un principio abstracto, para después, con auxilio de las excepciones, traerlas de regreso al suelo de los hechos concretos de un proceso penal. Yo quiero hacer justicia a la encomienda que he recibido y, conforme al modo germánico, presentar tanto el principio como las excepciones. Al hacerlo no deseo ocultar que me simpatiza más el enfoque pragmático y, sobre todo, destacar que son sobre todo las excepciones las que dan cuenta del valor de la regla.<sup>1</sup>

Mi exposición se divide en cuatro grandes apartados. En el centro se encuentra el modelo del Código Procesal Penal alemán (III, *infra*). Este modelo solamente puede entenderse si se conocen sus antecedentes. El principio de la oralidad contrasta con el procedimiento de épocas pasadas, y con ello debo empezar para dejar en claro de qué se trata (II,

\* Traducción de Héctor Fix-Fierro.

\*\* Universidad de Munich, Alemania.

1 Cfr. mi ensayo "Die Prozeßprinzipien und das Chaos" ("Los principios del proceso y el caos"), en Albrecht, Peter A. *et al.* (eds.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns, 1993, pp. 505-512.

*infra*). Ahora bien, el modelo del Código Procesal Penal alemán (CPPA) es sólo un modelo. El régimen jurídico y la realidad del proceso penal de la actualidad son distintos (IV, *infra*). Esta evolución se ha acelerado de manera significativa en los últimos años, sobre todo en el derecho penal económico. La práctica de las negociaciones en el proceso penal pone de cabeza un par de cosas y hace aparecer como dispositivos nuestros principios procesales.

Los comentarios históricos pondrán al mismo tiempo de relieve, cuáles son las interdependencias con otros principios del proceso y con su estructura fundamental. El principio de la oralidad no puede examinarse de manera aislada solamente porque tenga sentido en determinados contextos.

## II. EL PROCESO INQUISITORIO

Este tipo de proceso estuvo vigente en amplias regiones de Alemania hasta el siglo XIX, inclusive hasta la entrada en vigor del Código Procesal Penal del Imperio Alemán en 1871.

Este proceso era un proceso inquisitorio. La última ley procesal penal alemana antes del Código de 1871 fue la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532. En esta ley, la cual regulaba tanto el derecho sustantivo como el procedimiento, se preveía todavía el proceso acusatorio como forma normal del procedimiento. El proceso inquisitorio se mencionaba solamente al margen. Sin embargo, la realidad era ya distinta al dictarse esta ley. El proceso inquisitorio era el que dominaba en la práctica. Sus inicios se remontan bastante tiempo atrás, quizá alrededor del año mil. La característica esencial del antiguo proceso inquisitorio era que el juez realizaba las investigaciones y también dictaba la sentencia. Esto no significa otra cosa sino que el juez ya se había hecho un pre-juzicio al momento de cerrar la averiguación, el cual confirmaba mediante la sentencia definitiva. Este fatal mecanismo psicológico se pudo eliminar apenas en el siglo XIX.

Después de la Revolución francesa se produjo la separación entre la autoridad acusadora (fiscalía o Ministerio Público) y el tribunal. Desde entonces rige el principio “sin acusador no hay juez”. Es la fiscalía la que inicia las investigaciones, la que domina el procedimiento investigador y la que lo concluye con una determinación en el sentido de presentar una acusación o darlo por terminado. Sin embargo, nuestro proceso sigue siendo inquisitorio y con ello se hace referencia a la estructura del procedimiento. Su contraparte sería el proceso “contradictorio” (“*adver-*

saria”, en la terminología inglesa). Tanto conforme al modelo del CPPA como en la práctica procesal cotidiana lo que sucede es que el juez dirige la audiencia principal (*Hauptverhandlung*). Es él quien resulta responsable de la investigación de la verdad, quien estructura el procedimiento, quien plantea preguntas y conduce la audiencia. La fiscalía y la defensa no son “partes”, sino que tienen solamente la posibilidad de influir en la configuración del procedimiento, así como el derecho de solicitar el desahogo de pruebas. Así, pues, nuestro proceso sigue siendo inquisitorio por su estructura, aunque hace mucho que dejó de ser un proceso inquisitorio.

La Revolución francesa no sólo se preocupó por crear a la fiscalía como autoridad acusadora, sino que arrojó por la ventana lo que marcaba al antiguo proceso medieval. Me refiero sobre todo a la escritura y el secreto del procedimiento.

En el proceso inquisitorio clásico, el juez realizaba en primer término las investigaciones y luego dictaba el fallo. Más adelante ocurrió que solamente se encargaba de la investigación. En esta etapa había en cierto modo oralidad, pues el juez investigador hablaba con el acusado, aunque enseguida ponía por escrito el resultado de estos interrogatorios, para enviarlos a otro sitio, donde se dictaría la sentencia. Estos sitios eran, la mayoría de las veces, las facultades de derecho, las cuales no contaban más que con el expediente escrito, y tampoco llegaban a conocer al acusado ni a los demás participantes. Se trata de un modo de proceder bastante absurdo, si se toma en cuenta que el acusado arriesgaba la vida y la libertad. Por supuesto ya entonces se hizo notar que era necesario tener una impresión personal del acusado. Al respecto, el juez investigador dictaba un “acta de comportamiento”, es decir, apuntaba si el acusado, al escuchar las preguntas y dar contestación, se ponía rojo o pálido, o sí se había puesto a temblar, etcétera. Cuando uno no puede librarse de un sistema absurdo, éste sigue produciendo más absurdos.

De esta época proviene el principio *quod non est in actis, non est in mundo* (“lo que no está en el expediente, no existe en el mundo”). Se trataba de un procedimiento puramente escrito que se llevaba a cabo a puerta cerrada.

En el derecho vigente sigue habiendo procedimientos de este tipo, a saber, el procedimiento de revisión (casación), que constituye un control puramente jurídico. Ante el tribunal de revisión ya no se realiza el desahogo de pruebas, sino que solamente se plantean cuestiones jurídicas, las cuales se resuelven con base en el expediente. El acusado pue-

de estar presente y también decir algo, pero, en realidad, en la revisión no hay necesidad de verlo ni oírlo.

El antiguo proceso inquisitorio estaba marcado por el secreto y la escritura del procedimiento. Hay que reconocer que hoy día, en el proceso penal moderno alemán, hay una etapa del procedimiento que funciona de la misma manera. Se trata del procedimiento previo o de investigación. Como ya se dijo, el dominio de este procedimiento está en manos de la fiscalía, la cual lleva a cabo sus investigaciones de manera escrita y secreta. Naturalmente hay aquí también elementos de oralidad. El inculpado y los testigos tienen la obligación de comparecer a declarar ante la fiscalía. El inculpado tiene derecho a guardar silencio, no así los testigos, que tienen obligación de declarar. Al tomarse la declaración de un inculpado, éste tiene derecho a que esté presente su defensor. Pero más allá no se entera de a quién más ha tomado declaración la fiscalía, de si hay otros inculpados o de lo que hayan declarado los testigos. La fiscalía tiene que poner todos estos elementos a disposición, pero solamente al haber concluido sus averiguaciones. Hasta ese momento tiene permitido mantener en la oscuridad y la incertidumbre a la defensa. Así, pues, la Revolución francesa no alteró nada al respecto.

Dicha Revolución, sin embargo, sí eliminó al menos el principio fundamental del proceso inquisitorio, es decir, la unidad entre acusador y juez. Al mismo tiempo abrió las puertas cerradas de las salas de audiencias, se preocupó por la publicidad, suprimió la justicia de gabinete (el derecho del gobernante de influir en las sentencias) y permitió el acceso de los legos no sólo como público en la sala de audiencias, sino como juzgadores (jurados) en el estrado judicial. En este proceso reformado, los jueces ya no están vinculados a las reglas probatorias, sino que deben formar su convicción a partir de la impresión fresca que obtengan de la audiencia principal. Solamente aquello que sea objeto de debate en la audiencia principal puede ser fundamento para la sentencia. Este es el principio de la oralidad del proceso penal, pero, como hemos visto, es un principio válido solamente para la audiencia principal en la instancia donde se determinan los hechos. Este principio se encuentra en relación inmediata con otros principios que caracterizan al modelo del CPPA.

### III. EL MODELO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL ALEMÁN

El modelo del CPPA fue diseñado, de manera consciente, como modelo opuesto al inquisitorio. En el siguiente apartado veremos lo que el

legislador y la jurisprudencia han hecho a partir de él, pero por lo pronto importa describir de qué manera el legislador histórico concibió el proceso penal.

Antiguamente, los jueces que debían dictar la sentencia no tenían ante la vista nada más que los expedientes. Las pruebas ya habían sido recabadas. Solamente faltaba integrarlas en un cuadro para apreciarlas y valorarlas. Sobre la apreciación de las pruebas había reglas jurídicas. Al respecto es preciso recordar, primero, que en el derecho procesal que estuvo en vigor hasta el siglo XIX, no estaba permitida la prueba indiciaria. Los indicios —incluso aquellos de tal fuerza que hoy en día serían bastantes para una condena— legitimaban simplemente una orden de tortura, la cual tenía el propósito de obtener una confesión, considerada entonces como “reina de las pruebas”. Adicionalmente, la prueba de la culpabilidad solamente era posible contando con el testimonio coincidente de dos testigos clásicos. La categoría de los testigos estaba regulada jurídicamente: las mujeres contaban solamente la mitad, los niños si acaso un cuarto. Naturalmente, en la práctica —entonces como ahora— sucede ocasionalmente que dos testigos hagan declaraciones coincidentes y creíbles. Así, pues, todo se reducía a la necesidad de una confesión y por ello había la tentación de procurarla, si era preciso, mediante la coacción. Los supuestos de la tortura estaban también regulados en la ley. Federico “El Grande” suprimió la tortura en Prusia en 1740, una época en la que en Baviera todavía se quemaba a las brujas en la hoguera. La eliminación de la tortura no se debió tanto a una convicción humanitaria, sino más bien a las dudas que suscitaba el valor de las confesiones obtenidas de este modo. Tampoco hay que olvidar que se mantenía la obligación del acusado de declarar con verdad y que se castigaba la falsedad en declaraciones.

El sistema de la prueba legal o tasada se suprimió debido a la existencia de jueces legos, pues se dudaba de poder someterlos a las reglas jurídicas. Por lo que se refiere a la búsqueda de la verdad, la Revolución francesa introdujo, en lugar de reglas jurídicas circunscritas, la “libre convicción” del juez. El juez debía estar en libertad de creer al inculpado, aun cuando hubiera testigos de cargo, y también debía poder creer a un testigo de cargo, aunque otros tres declararan lo contrario, etcétera. La apreciación de las pruebas es el dominio del juez de los hechos, y el tribunal de revisión no debe inmiscuirse en esta libertad. Este es el modelo que sigue el CPPA, aunque también aquí se ha producido un cambio profundo, pues los tribunales de revisión han incrementado la densidad del control y en la actualidad pueden “revertir” la apreciación de las pruebas que haga el juez de los hechos.

La libre convicción del juez debía formarse a partir de la “esencia de la audiencia” (§ 261 CPPA).<sup>2</sup> Este es el fundamento legal del principio de la oralidad. Solamente aquello de lo que, literalmente, “se haya hablado”, puede ser empleado para dictar la sentencia.

Para ello era necesario que las personas que participaban en el proceso probatorio (*Beweispersonen*) comparecieran ante el tribunal. Era necesario escucharlas, verlas, y obtener una impresión de ellas. Ahora bien, el acusado no es un participante en el proceso probatorio, pues tiene derecho a guardar silencio y a negarse a cualquier colaboración. Sin embargo, el derecho alemán sigue manteniendo hasta la fecha —por razones altamente cuestionables—<sup>3</sup> que es necesaria su presencia. Si ya no es posible escucharlo, porque no declara nada, se quiere al menos ver cómo reacciona.

Hace cien años se mencionaba juntos (si no es que se confundía) el principio de la oralidad y el de inmediación. El juez debe recurrir a la prueba más próxima a la materia, es decir, al medio probatorio que esté más cercano al hecho que se pretende probar. Cuando es posible escuchar a un testigo, no hay por qué sustituir su interrogatorio (*Vernehmung*) mediante la lectura de un acta elaborada en un interrogatorio anterior (así lo dispone todavía hoy el § 250 del CPPA).<sup>4</sup> La prueba personal precede a la prueba material. Mientras tanto ha quedado en claro que la prueba material es mucho más confiable que una prueba testimonial, en la cual se reflejan muchas debilidades humanas. Todo criminalista sabe que una prueba indiciaria recabada con buen oficio es mejor de lo que puedan llegar a ser una confesión dudosa o la declaración de un testigo. Sin embargo, en la conciencia de la población todavía está firmemente anclada la noción arcaica de que una sentencia que se funda “solamente” en pruebas indiciarias es una sentencia sobre pies de barro.

Lo que debemos recordar es que, en estricto sentido, los principios de oralidad y de inmediación no tienen nada que ver el uno con el otro. Si bien un testigo de oídas declara de manera directa lo que ha escu-

<sup>2</sup> § 261 CPPA. “El tribunal resolverá sobre el resultado del desahogo de las pruebas conforme a su libre convicción y al resultado esencial (*Inbegriff*) de la audiencia”.

<sup>3</sup> Más al respecto en mi trabajo “Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten – ein Anachronismus” (“El deber de la presencia del acusado – un anacronismo”), en Schöch, Heinz *et al.* (eds.), *Recht gestalten – dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 2007, pp. 213-222.

<sup>4</sup> § 250 CPPA. “Cuando la prueba de un hecho dependa de su conocimiento por una persona, se le tomará a ésta su declaración en la audiencia principal. La declaración no podrá sustituirse mediante la lectura del acta de una declaración anterior ni de una declaración escrita”.

chado del testigo verdadero, de modo que se satisface, desde el punto de vista técnico-jurídico, el principio de intermediación, en el fondo es poco lo que se gana. El defensor en un asunto de drogas pretende interrogar personalmente al comprador encubierto que trabaja para la policía, para hacerse una imagen de él. Si este testigo es excluido y en su lugar comparece el agente de policía que lo interrogó, apenas habría dudas sobre la integridad y confiabilidad de este último testigo. El principio de oralidad se satisface también cuando se lee la carta de un testigo, en lugar de escuchar al testigo mismo, como lo requiere el principio de intermediación.

El principio de oralidad se encuentra estrechamente vinculado con el principio de publicidad. Una de las razones por las cuales solamente se puede tomar en cuenta para el dictado de una sentencia aquello de lo que se haya hablado radica en que la opinión pública pueda controlar la vía que lleva al fallo. Este tipo de publicidad directa es sólo una ficción, pues su lugar lo ha ocupado desde hace tiempo la opinión pública de los medios de comunicación.

Todos los principios procesales mencionados tienen un punto de referencia virtual, a saber, el principio de la verdad material. De acuerdo con la concepción alemana clásica, la verdad existe como si fuera una moneda de oro enterrada, y la tarea exclusiva del tribunal es la de encontrarla. En el proceso penal se toma todavía distancia de la idea de una verdad solamente "formal" que surge de la declaración coincidente de las partes contendientes, sino que más bien se sostiene que la tarea del tribunal es la de investigar de oficio la verdad y al hacerlo recurrir a todos los medios de prueba lícitos, sin consideración de lo que dispongan las partes. La verdad ha sido hallada cuando el juez está convencido subjetivamente de un modo determinado en que se desarrollaron los acontecimientos, es decir, cuando no tenga dudas razonables de que es verdadero. El punto débil de este concepto de verdad es este elemento subjetivo, ligado a la persona del juez. La doctrina alemana ha relativizado el componente de la convicción subjetiva, pues siempre tiene que existir un fundamento objetivo de los hechos que resulte evidente para los terceros y hagan probable un acontecimiento. Pero no se exige más que una probabilidad, y más no se puede exigir. El paso decisivo, por el cual esta probabilidad equivale a lo que realmente sucedió, ocurre todavía sólo en la cabeza del juez. Su convicción subjetiva es el puente entre probabilidad y realidad. Sin embargo, podemos dudar de que este modelo de determinación de la verdad sea mejor que otros, y sobre todo, resulta cuestionable si se justifica desacreditar de tal manera la

verdad que supuestamente es sólo “formal” como lo hace hasta ahora todavía la doctrina dominante en Alemania.

#### IV. DERECHO Y REALIDAD DEL PROCESO PENAL DE LA ACTUALIDAD

La práctica se ha alejado ya hace tiempo del modelo que se acaba de esbozar. También el legislador lo ha reformado y modificado profundamente. Nos encontramos en una situación de transformación. Si bien el principio de oralidad no ha sido puesto a disposición, ha tenido que sufrir bastantes pérdidas. Son sobre todo los modernos procesos penales en materia económica, con sus enormes cantidades de papeles y material, los que hacen prácticamente imposible sostener de manera estricta el principio de oralidad.

Sin embargo, primeramente tendríamos señalar que, por mucho, la mayoría de los asuntos penales se resuelven a través de formas procesales en las cuales el principio de oralidad no desempeña ninguna función.

Tenemos en primer lugar los mandamientos penales (*Strafbefehle*), los cuales son dictados por los tribunales de distrito (*Amtsgerichte*), que pueden imponer multa o pena de prisión hasta por un año (con suspensión condicional) y equivalen a una sentencia formal. El fiscal hace la petición con fundamento en el expediente y el juez lo firma (y si no lo hace, se realiza una audiencia oral). Se trata entonces de un procedimiento puramente escrito. Los hechos son examinados solamente de manera sumaria. Si el afectado desea defenderse, tiene que interponer un recurso, lo que lleva a examinar el asunto en una audiencia principal. Si, por el contrario, acepta el mandamiento penal, entonces se considera como condenado. Inclusive los defensores más enérgicos del concepto de verdad material no podrán poner en duda que la “verdad del mandamiento penal” es sólo una verdad formal, que no se funda en una realidad investigada de manera exhaustiva, sino que ha surgido del consenso y la aceptación.

El principio de oralidad tampoco desempeña un papel en los numerosos casos en que se da por terminado el procedimiento. Esto es evidente cuando la fiscalía suspende el procedimiento de investigación porque no hay suficientes elementos para procesar, por razones de hecho o de derecho. Pero lo mismo sucede en los casos en que el tribunal tiene que dar su asentimiento, o cuando él mismo ordena el desechamiento después de una acusación. Dicho en términos generales, son los casos del llamado principio de oportunidad. Los asuntos menores se desechan sin



sanción. Pero también hay la posibilidad de suspender los asuntos que forman parte del ámbito de la criminalidad media o la sobrepasan. Si la gravedad de la culpabilidad no lo impide, es posible suspender un procedimiento en los casos en que hay un interés público en la persecución penal, siempre que este interés pueda satisfacerse mediante el pago de una suma o alguna otra prestación. Los críticos de este procedimiento, introducido en la década de los setenta, alegan que de este modo se puede “comprar” la no aplicación de una sanción, y muchos asuntos espectaculares de los años recientes han dado nueva vida a esta crítica (por ejemplo, el caso “Mannesmann”). La disposición respectiva (§ 153a CPPA)<sup>5</sup> se ha convertido en puerta de entrada para la práctica de los acuerdos negociados (sobre los que volveré). Aquí conviene señalar que para nada se puede hablar de oralidad. Es cierto que detrás de los telones se habla y se negocia mucho por teléfono, pero no hay examen oral de las pruebas en una audiencia principal, pues esto es justamente lo que se quiere evitar.

Por cierto, la suma a pagar no es una sanción. La terminación del procedimiento no implica una determinación de culpabilidad, sino, por el contrario, significa la renuncia a aclarar la sospecha y no se afecta la presunción de inocencia. Esto es válido inclusive cuando la fiscalía hace depender su disposición a la terminación del procedimiento de que el inculpado haga una declaración que equivalga a una confesión. Es por estas razones que este procedimiento resulta tan popular entre los inculpados.

Estos dos procedimientos, el mandamiento penal y la terminación del procedimiento, son, en la operación cotidiana de la justicia, los más frecuentes. El modelo básico del CPPA, es decir, el procedimiento con una audiencia principal oral, constituye, cuantitativamente hablando, una fracción del total. En nuestro contexto no se trata de estadística, sino de la calidad de los principios. A esta cuestión regresamos ahora. ¿Qué signifi-

<sup>5</sup> § 153a CPPA. “(1) Con el consentimiento del tribunal competente para la apertura del procedimiento principal y del inculpado, la fiscalía puede abstenerse provisionalmente, tratándose de delitos no graves (*Vergehen*), de interponer la acusación pública, e imponer al mismo tiempo al inculpado condiciones e instrucciones, cuando éstas sean adecuadas para remover el interés público en la persecución penal, y no se oponga a ello la gravedad de la culpa...

(2) Cuando ya se haya interpuesto la acusación, el tribunal podrá, con consentimiento de la fiscalía y el inculpado, suspender provisionalmente el procedimiento hasta la conclusión de la audiencia principal, en la que las constataciones de hecho se revisan por última vez, y al mismo tiempo imponer al inculpado las condiciones e instrucciones a que se refiere el inciso 1...

(3) Durante el plazo fijado para el cumplimiento de las condiciones e instrucciones se interrumpe la prescripción”.

can las nuevas leyes y tendencias de la práctica para el principio de la oralidad?, ¿qué lo limita y lo amenaza?

### 1. *Procedimiento de autolectura*

El primer quiebre importante del principio de oralidad fue la introducción del procedimiento de autolectura (1979). El motivo fue diferente a como se utiliza en la actualidad. El dicho alemán “causa pequeña – gran efecto” se le aplica con exactitud. Todo proceso penal está sometido a ciertas “modas”, y cuando la moda era la de perseguir escritos obscenos, era necesario, debido al principio de oralidad, leer la gruesa novela, para poder juzgar, si se trataba de arte o de pornografía. Entonces, los fiscales, que se reemplazaban en turnos de dos horas, recitaban a *Lady Chatterley* (lo que beneficiaba a la defensa, ya que era tan aburrido, que apenas surgirían pensamientos sobre la pornografía). Con el fin de escapar a esta pesada obligación, creó el legislador la posibilidad de que los jueces y fiscales aseguraran haber leído los documentos y dar oportunidad a los demás participantes de leerlos. El juez ordena entonces el procedimiento de autolectura y pregunta algún tiempo después si los fiscales ya han leído y si los demás han tenido suficiente oportunidad de hacerlo. De este modo queda desahogada la prueba documental. Pero es del todo evidente que así se quiebra el principio de oralidad y se le anula. En realidad sucede exactamente aquello que el principio pretende evitar, es decir, que se emplee el contenido de documentos en la sentencia sin que se haya hablado de ese contenido. Es cierto que el juez no puede fundar su sentencia en su conocimiento del expediente, pero si conminan a los demás participantes a obtener también este conocimiento, entonces la sentencia se funda en el conocimiento de un expediente.

El tribunal tiene facultad para ordenar este procedimiento cuando algún participante lo objete. Este acuerdo es impugnabile en revisión. Sin embargo, las perspectivas de éxito son reducidas, pues habría que poder demostrar que la lectura en público habría tenido un mayor valor probatorio que la autolectura y esto es algo que muy rara vez sucede. Desde el punto de vista del principio, la oralidad se convierte entonces en una ceremonia sin valor cognoscitivo, es decir, en una formalidad. Todos los jueces alemanes todavía están acostumbrados a examinar oralmente más materia procesal que la que dejan leer a los participantes, pero no hay regla jurídica que lo ordene. El principio de la oralidad se ha convertido en una cuestión de estilo.

También se ve afectado el principio de publicidad. El juez solamente indica cuáles son los documentos que deben ser introducidos mediante el procedimiento de autolectura, sin decir nada sobre su contenido. Este principio ha alcanzado un auge mientras tanto en todos los asuntos penales económicos. Esto tiene sentido frecuentemente. ¿Por qué habría que leer en voz alta durante semanas declaraciones de impuestos, documentos contables, estados de cuenta bancarios para rendir pleitesía al principio de oralidad? Por el otro lado, tampoco hay que desconocer los peligros. Desde hace tiempo se ha vuelto habitual introducir correspondencia importante como los correos electrónicos y otros escritos, que son relevantes para el fallo, mediante el procedimiento de autolectura. El público ya no puede entender entonces lo que está sucediendo.

### 2. Lectura de interrogatorios previos

La antigua regla “la prueba personal precede a la prueba material” ya no es actual. Nuestra sociedad ha pasado de sociedad oral a sociedad escrita. El legislador ha introducido en ámbitos amplios la obligación de la documentación; las reglas de la sociedad económica obligan prácticamente a fijar todo por escrito, y la gente se inclina por sí misma a anotar-se todo. Transparencia y documentación son los lemas de nuestra sociedad. Sería sorprendente que el derecho probatorio en el proceso penal no se aprovechara de esta tendencia.

La regla básica original de que solamente en unos pocos casos excepcionales se pueden leer las actas de interrogatorios previos de testigos, peritos o coimputados, ha dejado de tener vigencia. Cuando la fiscalía, el inculpado y la defensa están de acuerdo, puede ocurrir esto en cualquier momento (§ 251 CPPA, según la Ley de Modernización Judicial de 2004).<sup>6</sup> Esto es válido para los interrogatorios por la policía, la fis-

<sup>6</sup> § 251 CPPA. (1) El examen (*Vernhemung*) de un testigo, perito o coimputado puede ser sustituido por la lectura de un acta sobre un interrogatorio o de un documento que contiene una declaración escrita proveniente de él,

1. Cuando el inculpado tenga defensor, y el fiscal, el defensor y el inculpado estén de acuerdo con ello;

2. Cuando el testigo, perito o coimputado haya fallecido o por algún otro motivo no pueda ser examinado judicialmente en un plazo previsible;

3. En la medida en que el acta o el documento se refiera a la existencia o el monto de un daño patrimonial.

(2) El examen de un testigo, perito o coimputado también puede ser sustituido por la lectura de un acta sobre un interrogatorio judicial previo, cuando

1. La comparecencia del testigo, perito o coimputado en la audiencia principal se ve impedida, durante un plazo mayor o indefinido, a causa de enfermedad, mala salud o algún otro obstáculo que no pueda evitarse;

calía y el tribunal. La persona de la prueba ya no tiene que ser examinada de nuevo. El CPPA distingue todavía entre interrogatorios judiciales y otros interrogatorios. Los protocolos judiciales pueden ser leídos en forma más amplia. Ésta es la razón por la cual la fiscalía recurre de todos modos al juez de instrucción durante el procedimiento investigatorio, que está en sus manos y no bajo el dominio procesal del juez. De este modo se elaboran protocolos judiciales que más tarde pueden ser leídos extensamente durante la audiencia principal.

También es posible recurrir a las actas judiciales cuando hay durante largo tiempo obstáculos para la comparecencia de un testigo, por ejemplo, cuando no cabe exigir su presencia debido a la gran distancia a la que se encuentra.

Sobre todo, solamente pueden ser leídas las actas judiciales como prueba de una confesión (§ 254, CPPA).<sup>7</sup> El acusado que rinde su confesión ante la policía es llevado la mayoría de las veces de inmediato ante el juez de instrucción para que la repita ante él. Esta disposición permite ver nuevamente que el CPPA otorga mayor valor a un acta judicial que a los interrogatorios ante el fiscal o la policía, pero sobre todo revela que la confesión sigue teniendo una posición especial, aunque en realidad no es otra cosa que un indicio de la culpabilidad de quien la rinde. Puede ser un indicio sólido, pero no es más que un indicio. La población, atrapada en el pensamiento jurídico arcaico, no lo entiende ni lo acepta; incluso los periódicos serios de alto nivel informan que la condena se produjo basada “sólo” en indicios. El mismo CPPA, como se ve, tampoco está libre de él, y porque se considera que una confesión es un fundamento sólido de una sentencia, se hace una interpretación amplia de esta disposición sobre la lectura de confesiones. Si el acusado ha di-

2. No pueda exigirse la comparecencia del testigo o perito en la audiencia principal debido a la gran distancia en que se encuentre y tomando en cuenta la importancia de su declaración;

3. El fiscal, el defensor y el inculcado estén de acuerdo con la lectura.

(3) Cuando la lectura tenga otro propósito directo que no sea la determinación de la sentencia, en particular, preparar la resolución sobre si una persona deba ser citada y examinada, podrán ser objeto de lectura las actas sobre interrogatorios, los documentos y otros escritos que sirvan como medio de prueba.

(4) En los casos a que se refieren los incisos 1 y 2, el tribunal resolverá si ordena la lectura. El motivo de la lectura será dado a conocer. Cuando se haga lectura de un acta sobre interrogatorio judicial, se constatará si el examinado prestó juramento. El juramento se repondrá cuando el tribunal lo juzgue necesario y pueda llevarse a cabo.

7 § 254 CPPA. (1) Las declaraciones del inculcado que estén contenidas en un protocolo judicial podrán ser leídas para fines del desahogo de la prueba confesional.

(2) Lo mismo podrá ocurrir cuando en el examen surja una contradicción con la declaración anterior que no pueda constatarse o resolver de otro modo sin interrupción de la audiencia principal.

cho una sola vez “sí”, y después se pasa veinte minutos diciendo “pero” y presenta pruebas en contra, se trata de una confesión que puede leerse porque dijo “sí” una sola vez.

Éstas han sido las principales disposiciones sobre la lectura como sustituto de un interrogatorio.

### 3. *La confrontación*

Una particularidad especialmente pérfida del derecho alemán es la confrontación con documentos. Como ya se dijo, en muchos casos es posible la lectura formal de documentos, pero no siempre. Así, por ejemplo, como acabamos de ver, un acta policial sobre una confesión no puede ser leída. ¿Qué hacer cuando el acusado guarda silencio durante la audiencia principal o desconoce su confesión? En esta situación hay una salida. Se ordena la comparecencia del oficial de policía que realizó el interrogatorio previo, y se le cuestiona como testigo sobre las declaraciones anteriores del acusado.

Si el policía declara entonces que no puede recordar los acontecimientos anteriores, entonces se le puede confrontar con aquello que se asentó en acta. En la práctica esto sucede mediante la lectura del acta. ¿Dónde está la diferencia con la prueba documental? En teoría radica en que no se trata de una lectura para el efecto de una prueba documental, sino de un “auxilio al interrogatorio”, es decir, un medio auxiliar para refrescar la memoria del testigo. En este sentido, solamente se puede valorar lo que diga a continuación (pues nos encontramos en el marco de un interrogatorio). Si el testigo declara que a pesar de la confrontación no recuerda nada, entonces no ha dicho nada, y no hay declaración que se pueda valorar. Por otro lado, lo leído a partir del acta ya se encuentra en el mundo y se habrá grabado en las mentes de los jueces. Prácticamente no hay entonces diferencia, y éste es precisamente el punto en el que se apoyan los críticos y por el que alegan que la figura jurídica de la confrontación no es más que un truco dogmático para introducir de todos modos en la audiencia principal documentos que no son objeto de lectura. De este modo psicológicamente sutil se desvaloriza el principio de oralidad. En última instancia el testigo no ha dicho nada, pero se ha escuchado todo lo que estaba asentado en el acta.

### 4. *El testimonio de oídas*

Como ya se ha mencionado, el testimonio de oídas es compatible sin más con el principio de oralidad, pero difícilmente con el de intermediación.

El Tribunal Supremo Federal se ha aproximado al estándar internacional —como se sabe, *hearsay evidence* está prohibida en el procedimiento penal angloamericano— y ha decretado que tales declaraciones tienen que tratarse con cuidado extremo y que no pueden tomarse como fundamento único de la sentencia. La globalización es responsable de que el *right to be confronted* angloamericano tenga efectos también en el derecho procesal alemán (en concordancia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, lo fundamental en este sentido es que el testimonio de oídas es un medio probatorio admitido por el derecho procesal penal alemán. Esto es algo que se calla ante la opinión pública alemana cada que las autoridades encargadas de la seguridad pública exigen la autorización de nuevos métodos de investigación, como por ejemplo, las escuchas a distancia, la vigilancia de espacios de vivienda mediante video, etcétera, y para ello remiten al ejemplo estadounidense. Allá los fiscales no tienen otro remedio si no quieren presentar un *undercover agent* introducido en la escena, sino que tienen que obtener la prueba material. En Estados Unidos no es posible interrogar como testigo de oídas a su jefe, pero en Alemania sí.

##### 5. *El papel del procedimiento de investigación*

Volvamos nuevamente al modelo procesal del CPPA. Uno de sus fundamentos es que en el procedimiento de investigación (procedimiento previo) la fiscalía reúne el material probatorio que es luego examinado en la audiencia principal. La idea que tenía el legislador histórico era que las pruebas se producirían de manera oral e inmediata en la audiencia principal, pero hace tiempo que esto es una ilusión. En la audiencia principal no se producen las pruebas, sino que sólo se reproducen. El procedimiento de investigación no es solamente un procedimiento preparatorio, sino en realidad un procedimiento pre-resolutorio. La fiscalía interroga prácticamente a todos los testigos (sobre todo a los testigos de cargo), confisca todos los documentos que considera importantes y recaba pruebas de todo tipo. Todo esto se asienta en actas, las cuales se presentan al tribunal junto con la acusación. El tribunal revisa primero, en un procedimiento incidental, si es correcta la afirmación de la fiscalía de que hay un fundamento suficiente para la acusación. El fundamento es suficiente cuando hay mayor probabilidad de condena que de absolución. El CPPA introdujo este procedimiento incidental, porque no deseaba que la fiscalía, mediante la sola acusación, pudiera forzar la realización de una audiencia principal. La intención era buena, pero la importancia práctica es reducida. En menos de un 6% de los casos su-

cede que en el procedimiento incidental no se acepte la acusación, sino que se deseche. Sobre todo, es el mismo tribunal que intervino en el procedimiento incidental el que debe llevar a cabo la audiencia principal. Los jueces ya han leído todo el expediente y ya han llegado a la conclusión de que la condena es más probable. Podemos suponer cuán difícil es para la defensa convencerlos de que se han equivocado en su estimación. El CPPA espera de los jueces profesionales que su conocimiento previo del expediente no se convierta en prejuicio, pero no lo espera de los jueces legos (los escabinos), a los cuales no se les permite haber leído expediente. Si bien esto los libra de prejuicio, también los deja en la ignorancia. Sin embargo, esto es un problema de la institución de los jueces legos del que no nos ocupamos aquí. En este contexto el punto central es el efecto pre-decisorio del procedimiento previo.

Aquí radica el dilema del proceso penal alemán. La fiscalía domina el procedimiento previo, el cual se desarrolla, como hemos visto, de manera escrita y secreta. En esta etapa la defensa casi no tiene posibilidades de influir en el curso y los resultados de las investigaciones. En la audiencia principal, en donde se supone que debe tener tal oportunidad, se ve confrontada con pruebas preconstituidas y prácticamente inimpugnables. La necesidad de reforma es grande y se discute en numerosos proyectos. Si la defensa tuviera la oportunidad de participar en el procedimiento de investigación, no habría que tener entonces gran preocupación por transportar y transformar sus resultados en la audiencia principal. Sin embargo, todavía no llegamos tan lejos. En la actualidad, en no pocas ocasiones el principio de oralidad significa *de facto* que la defensa tiene que escuchar lo que la fiscalía presenta y lo que el tribunal introduce en la audiencia a partir del expediente.

### 6. *Negociaciones en el procedimiento*

También se discute mucho sobre la práctica de las negociaciones. Esto sería un tema para sí, pero aquí apenas puedo tocarlo. Resulta debatido lo que debe pensarse de un procedimiento que se abrevia y concluye de manera consensual. Entre quienes están de acuerdo hay nuevamente dos campos. Unos exigen una regulación legal y otros consideran suficiente que el Tribunal Supremo Federal haya impuesto límites a esta práctica y haya dictado reglas bastante detalladas al respecto.

De mi propia experiencia como defensor conozco muchas situaciones en las cuales resulta evidente abreviar un procedimiento que se alargaría mucho si se llevara a cabo conforme a la letra de la ley. Esto no es

problemático, relativamente, cuando puede acordarse la terminación sujeta a condiciones (pago de una suma). Para la mayoría de los inculpa-dos es importante salir del asunto lo más pronto posible, y para ello renuncian a la probabilidad lejana e incierta de una absolución. También resulta razonable un acuerdo que abrevie el procedimiento cuando todos coinciden en que sólo puede haber un margen estrecho para el nivel de la pena. Sin embargo, yo sé también cuán peligrosas pueden ser las negociaciones. El inculpa-do debe tener absoluta claridad de qué es en lo que se mete. Si hay una probabilidad realista de alcanzar la absolución, no hay que recomendarle aceptar una condena leve negociada (incluso en interés propio, porque al alivio pasajero del inculpa-do por haberse librado del procedimiento le sigue con seguridad el enojo sobre el defensor que aceptó una condena). Para esta condena el tribunal exige la mayoría de las veces una confesión. El inculpa-do hace entonces con frecuencia una declaración que estima errónea y a la que se resiste internamente, porque se considera inocente o porque la realidad fue diferente a la que describe en una confesión artificial.

Mucho más difícil es la situación, no tan infrecuente, en la que el tribunal ejerce presión y ofrece, por un lado, una condena leve en caso de un acuerdo, pero, por el otro, amenaza con una pena elevada en caso de negativa (que en la práctica es frecuentemente del doble). Naturalmente, esta disyuntiva no se presenta en la audiencia pública principal, sino de paso, en los pasillos del palacio de justicia, en la cafetería o por teléfono.

Esta negociación recuerda a la bolsa, en la que se negocia la cotización diaria de la justicia en el mercado libre o, lo que es peor, a un bazar, en el cual se regatea; cada cual trata de obtener lo que el otro todavía puede aceptar sin perder el honor. Así lo ven los críticos. La justicia alega que no podría funcionar sin estos acuerdos. Yo no quiero revelar mi opinión al respecto, sino atenerme al tema. Resulta evidente lo que estas negociaciones significan para los principios procesales, sobre todo para la oralidad y la intermediación. La audiencia pública principal dura entonces apenas medio día. El juez da a conocer que se ha producido un acuerdo, desahoga quizá *pro forma* un par de pruebas, el acusado hace su declaración y luego sigue la sentencia. Esto recuerda el proceso inquisitorio de la Edad Media, con el cual iniciamos y en el cual había, al final del procedimiento, una breve ceremonia pública. La sentencia se había generado en un procedimiento escrito y secreto, pero era proclamada públicamente.

No considero que esto sea una asociación casual y externa con los tiempos antiguos, pues hay un elemento que sigue actuando: la estruc-



tura inquisitoria de nuestro proceso penal. El juez tiene de oficio la tarea de encontrar la verdad. Conoce todo el expediente y domina el procedimiento, lo cual le otorga también dominio sobre la verdad. La fiscalía realiza todos los actos preparatorios esenciales y, en realidad, la defensa sólo estorba, pues en secreto se piensa que no está interesada en la verdad, sino sólo en un resultado favorable. Mientras siga dominando esta concepción fundamental del procedimiento, los principios de oralidad e intermediación seguirán estando bajo la amenaza de aparecer como mera formalidad.

En un procedimiento estructurado de manera contradictoria las cosas son diferentes. En él la verdad se desenvuelve en el discurso entre tesis y antítesis, entre la versión de los acontecimientos que defiende la acusación y la que expone la defensa. Sin embargo, con frecuencia quedará la duda de si al final se encontrará la verdad que constituye el fiel reflejo de la realidad (yo afirmo que, siempre y en principio, sólo hay probabilidades). Pero esto no tiene por qué perturbarnos. La sentencia tiene que ser justa, y la justicia puede haberla sin verdad absoluta. La imparcialidad (*fairness*) es parte de la justicia. Un procedimiento oral en el que acusado es confrontado directamente (de la manera más inmediata posible) con los medios de prueba tiene un elevado valor desde el aspecto de la imparcialidad. De acuerdo con la visión alemana tradicional de las cosas, fijada en la verdad real que debe encontrar el juez, la imparcialidad consiste en el deber de tomar en cuenta los derechos del acusado. Pero no se considera como elemento constitutivo de la justicia.

Ciertamente no podemos esperar de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina alemanas que lleven a cabo un cambio de paradigma apartándose de la estructura inquisitoria para aproximarse a la contradictoria; abandonando el énfasis excesivo de la verdad material en dirección hacia una verdad que también comprenda elementos consensuales. Hay tradiciones que se han vuelto parte integrante de la cultura jurídica y que no es posible superar de manera tan rápida. Sin embargo, sí podemos esperar que sean objeto de reflexión y modificación. Este proceso se ha iniciado ya en Alemania. Todavía no puede saberse hacia dónde habrá de conducir. Quizá la globalización contribuya a la inmigración y naturalización de lo ajeno en el campo de la cultura jurídica. Esto no le hará daño a la oralidad. En Alemania, al menos, es una de las especies procesales amenazadas.