

LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS PENAL Y CIVIL SALVADOREÑOS*

Juan Antonio DURÁN RAMÍREZ**
Manuel MONTECINO GIRALT***

SUMARIO: I. *La oralidad en el proceso penal salvadoreño*. II. *La oralidad en el nuevo proceso civil salvadoreño*.

I. LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO

La reforma al proceso penal que introdujo la oralidad en El Salvador implicó no sólo un cambio dentro de la estructura del procedimiento, sino, además, la idea de superar el proceso penal inquisitorial mediante la introducción del sistema adversativo,¹ que se ve reflejado con la implementación normativa y en la práctica de las técnicas de interrogatorio en el juicio oral salvadoreño.

Pese a dicha reforma, es de reconocer que la misma no ha implicado una ruptura completa con el sistema inquisitivo, puesto que la reforma se da en el contexto de la adopción del modelo impulsado con el Código Procesal Modelo para Iberoamérica,² con características de modelo mixto con tendencia acusatoria y con resabios del sistema inquisitorial que se evidencian aún normativamente, en atribuciones judiciales que permiten al juez instructor ordenar prueba de oficio, al tribunal de sentencia ordenar una

* Cabe aclarar que en El Salvador también el proceso de familia se rige por el principio de oralidad.

** Juez del Tribunal de Sentencia de Chalatenango, El Salvador.

*** Ex secretario de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

¹ Bergman, Paul, *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 17.

² El texto íntegro del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica se encuentra en <http://www.jurisblogeducativo.blogspot.com/2008/09/compendio-normativa-procesal-penal.html>.

investigación suplementaria cuando se produzca una revelación o retractación inesperada en la vista pública, la posibilidad de ordenar prueba para mejor proveer cuando surjan hechos nuevos durante el debate, e incluso la posibilidad de que los jueces interroguen a los testigos, formulando preguntas aclaratorias. Lo anterior, aunado a la cultura inquisitiva³ que persiste en la práctica, pone en riesgo el sistema adversativo por el que se ha optado.

Uno de los aspectos a destacar, y que evidencian y confirman la opción por este sistema de adversarios, se vio reflejada con la temprana reforma al artículo 348 del Código Procesal Penal (CPP) salvadoreño,⁴ superando la regulación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica.

Para confirmar esa hipótesis, que la reforma procesal y la introducción de la oralidad a la misma no ha implicado una ruptura completa con el sistema inquisitivo, se hará una reflexión sobre los fines de la reforma procesal penal a partir de la configuración constitucional del proceso, la asunción de los nuevos roles que deberían asumir los intervinientes, y de ahí abordar el contenido, alcances y límites de la reforma.

Analizaremos la transición de la escrituración a la oralidad en los procedimientos, con especial referencia al juicio oral; una breve reseña de los fundamentos doctrinarios, constitucionales y de derechos humanos sobre la oralidad, y específicamente las técnicas de interrogatorio en el proceso penal; los nuevos roles que deben asumir los intervinientes; una breve alusión a las técnicas de oralidad del proceso, con especial énfasis en las técnicas de interrogatorio adoptadas en el artículo 348 del CPP; y finalmente, una última reflexión sobre el tema tratado.

Este esfuerzo va encaminado a contribuir, desde la experiencia salvadoreña, a la adopción de un verdadero sistema adversativo en el juicio oral, que proscriba los vicios del sistema y cultura inquisitivos.

1. *Antecedentes: transición de la escritura a la oralidad*

La transición del proceso penal salvadoreño ha sido semejante a la de los países de la región centroamericana, y en general de Iberoamérica, con sus propias particularidades, virtudes, defectos y problemas.

³ Binder, Alberto M., “Límites y posibilidades de la simplificación del proceso”, *Derechos fundamentales y justicia penal*, San José, Juricentro, 1992, p. 175. De igual forma: Binder, Alberto M., “Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina”, *Justicia penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 204.

⁴ Antes de la reforma, era el equivalente al artículo 314 del CPPMPI. Se reformó el 24 de septiembre de 1998, a cinco meses de entrar en vigencia el nuevo Código Procesal Penal.

El hecho de que nuestros países hayan nacido a la vida independiente como Estados dentro del ordenamiento jurídico penal español propio del sistema inquisitivo, seguido de la influencia del Código de Instrucción Criminal napoleónico de 1808 y del Código Rocco italiano, ha determinado que muchas de las prácticas del sistema inquisitivo se manifiesten en la actualidad, aun después de la reforma que procuraba la adopción de un sistema con mayores características del sistema acusatorio. En el caso salvadoreño, con la superación del modelo adoptado con el Código Procesal Penal de 1974.

Con la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal, que tuvo como base al Código Procesal Modelo para Iberoamérica, se produjo un importante y significativo cambio que repercutió no sólo en la estructura del proceso penal, sino en los nuevos roles que debían asumir los intervinientes del proceso y, sobre todo, con la introducción de nuevas formas de procedimiento respecto de los actos procesales.

Una de las novedades fue la introducción de la oralidad, que, como ha afirmado Juan Marcos Rivero,⁵ en su sentido más puro, significa que sólo lo que haya sido expuesto y presentado oralmente en el debate puede ser admitido como fundamento de la sentencia. Con la oralidad, originalmente se pretendió: 1) evitar que la parte que no supiera leer ni escribir resultara perjudicada; 2) conceder a las partes la oportunidad de discutir y rebatir verbalmente todo aquello que se relacione con el litigio ante el tribunal competente; 3) acelerar el curso del proceso, y 4) otorgar a la opinión pública la oportunidad de controlar la actividad de los tribunales de justicia (en este sentido es el principio de publicidad, hermano de la oralidad).

Pero además se adoptaron las técnicas de interrogatorio propias del modelo anglosajón, fundamentalmente las del modelo norteamericano (al igual que muchas de sus novedosas instituciones),⁶ en las que se tuvo como base las técnicas de oralidad y del interrogatorio seguidas en Puerto Rico, con la ventaja de presentar dichas técnicas en castellano.

Y ello resulta novedoso para El Salvador, porque a pesar de que el Código Procesal Penal de 1974 introdujo ya una forma de *oralidad* en algunos procedimientos (faltas, tránsito y Tribunal de Jurado), en la práctica, la in-

⁵ Rivero Sánchez, Juan Marcos, “Proceso, democracia y humanización”, *Nuevo proceso penal y Constitución*, San José, IJSA, 1998, p. 78.

⁶ Como son los criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado —*plea bargaining* y *guilty plea*— y, específicamente en el caso salvadoreño, existen añejas instituciones de rai-gambre norteamericana como el tribunal del *Jurado* (artículo 189, CN) y la *inaplicabilidad de leyes* por parte de los jueces por ser contrarias a la Constitución, forma de control difuso de constitucionalidad (artículos 185 y 149, CN).

fluencia de la escrituración,⁷ el secreto, la delegación y otros vicios propios del sistema inquisitivo dieron lugar a la desaplicación de lo previsto por el legislador de 1974. En concreto, en los juicios de *faltas* y *tránsito*, el juicio *in voce* fue prácticamente inexistente; mientras que la vista oral del *jurado* estaba diseñada para que la prueba en general se introdujera mediante lectura de la minuta y actas, e incluso las deposiciones de peritos y testigos eran incorporadas por su lectura. La *audiencia oral* se limitaba a los *alegatos* de las partes, luego de la lectura de la minuta y prueba.

Es decir que la reforma normativa no se vio acompañada por la práctica forense, sino que los vicios del inquisitivo, como la escrituración y el secreto, fueron los que campearon en aquella reforma. Tales vicios, como muchos otros, repercutieron en una enorme mora judicial; el abuso de la detención provisional y sus consecuentes reos sin sentencia; el enorme costo del proceso; la ineficacia de la persecución y sanción de la criminalidad y su contrapartida, el excesivo número de casos de delitos bagatelarios, que generó, entre otras cosas, la desconfianza y el desprestigio de la administración de justicia, que motivó la necesidad de la reforma al proceso penal.

Una de las instituciones importantes, como se ha señalado, es la introducción de las técnicas de oralidad, y dentro de éstas, la de las técnicas de interrogatorio.

2. Fundamentos sobre la introducción de las técnicas de interrogatorio en el juicio oral

Las razones por las cuales el legislador salvadoreño decidió adoptar las técnicas de interrogatorio en el proceso penal, partieron principalmente del rol de los intervinientes a partir de la función que la Constitución les asigna; pero además, en adecuación a la normativa internacional de derechos humanos, apoyándose en la doctrina y legislación comparada.

Dentro de los fundamentos de la relación procesal⁸ que inciden en la oralidad y en el sistema adversativo destacan los principios de *verdad real* o de finalidad inmediata,⁹ e *inviolabilidad de la defensa* o de actividad defensiva.¹⁰

⁷ Se afirma que “la palabra escrita ha sido la tradición en los procesos legales y es difícil abandonar las tradiciones; lo innovador generalmente causa incertidumbre, y consecuentemente rechazo hasta que se comprueba que produce frutos...”. Quesada Pacheco, Jorge Arturo, *Análisis del discurso oral en el proceso penal*, San José, EUNED, 1998, p. 4.

⁸ Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 3a. ed., 1a. reimp., Córdova, Lerner, 1981, t. II, pp. 173-243.

⁹ Que comprende los *subprincipios* de intermediación de la prueba —oralidad, continuidad, identidad física del juzgador—, publicidad del debate, impulso e investigación judicial autónoma, libertad de prueba, comunidad de prueba y libre convicción.

¹⁰ Que comprende los *subprincipios* de intervención, contradicción, imputación, intima-

También Ferrajoli,¹¹ que distingue entre garantías primarias y secundarias, ubica la oralidad junto a la *publicidad*, la *legalidad* y la *motivación* de la decisión como garantías secundarias o de segundo nivel; mientras que las garantías primarias son las que se refieren a la *formulación de la imputación*, a la *carga de la prueba* y al *derecho de defensa*.

Así, la búsqueda de la verdad real¹² y la inviolabilidad de la defensa en juicio constituyen el fundamento del sistema adversarial en el proceso, en el que la oralidad tiene un carácter meramente instrumental que no modifica en nada la estructura del proceso si no se asegura la igualdad y la contradicción en la producción de la prueba.

La verdad real, que se configura como principio limitativo del *ius puniendi*, es un producto no del mero decisionismo voluntarista y arbitrario del juez, sino de una actividad dinámica propia de las disciplinas cognoscitivas; en tanto que la verdad judicial que sea “cierta”, “objetiva” o “absoluta”, “representa siempre la expresión de un ideal inalcanzable”.¹³

Para llegar a la *verdad real*, con las limitaciones antes señaladas por Ferrajoli, se hace necesario asegurar la *inmediación de la prueba*, es decir, ese contacto físico del juez con el órgano, medio y elemento de prueba,¹⁴ y que tienen como características la *oralidad*, la *continuidad* del acto de prueba y del debate, la *identidad y presencia física del juzgador*, así como con la *publicidad del debate*, la *libertad y comunidad de prueba*, y la libre valoración y convicción.

Por ello, dentro del esquema garantista, es necesario que el proceso sea un proceso de verificación como parte de la epistemología acusatoria o falsacionista, sujeta a prueba (*modus ponens*) y a refutación (*modus tollens*), es decir, al *contradictorio*. Para ello es necesario que se respete la defensa material y técnica del imputado.¹⁵

ción originaria, ampliación de la acusación, intimación complementaria, correlación entre acusación y sentencia o congruencia, reparación del daño y motivación de la sentencia.

¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 606.

¹² *Ibidem*, pp. 44, 50 y 605. También Igartúa Salaverría, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 19-29.

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 50. El principio de *verdad real* se ha visto devaluado con el procedimiento abreviado, pues la “verdad” ya no depende de una reconstrucción mediante la prueba, sino que tal verdad queda al consentimiento de las partes (fiscalía, imputado y defensa) semejante al *plea bargaining* norteamericano. Se trata de una verdad negociada. Contraria a ella Luigi Ferrajoli, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 27.

¹⁴ Siguiendo las distintas nociones del término “prueba” que propone Cafferata. Véase Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 14 y ss.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 606.

Y es que en el *sistema adversativo*,¹⁶ por lo general, las partes tienen versiones antagónicas de los hechos pasados, o tienen diferente interpretación de esos mismos hechos, por lo que pretenden convencer y persuadir al juez con “su” verdad. *Convencerle* en cuanto a la razón, el intelecto, respecto del hecho histórico; *persuadirle* en cuanto a su sentimiento, emoción, pasiones humanas, despertándole la simpatía por la persona en su caso.

Y no sólo el hecho de que no siempre se puede probar *lo que realmente sucedió*, por la dificultad e imposibilidad de hacerlo, sino que una limitante importante es que las recreaciones verbales provienen de seres humanos cuyos poderes falibles de observación y memoria han sido bien documentados, sino que las descripciones verbales exactas intrínsecamente deforman la realidad, especialmente cuando no se puede decir *todo* lo que sucedió, sino que debe limitar su narración a la información que sea importante desde el punto de vista sustantivo. Incluso las pruebas del tipo de los documentos y las fotografías no son más que fragmentos de la realidad, y su valor probatorio, a menudo, depende de las descripciones verbales.¹⁷

Por tal razón, algunos autores sugieren que las técnicas adversativas oscurecen todavía más la realidad, pues puede afirmarse que cuando los abogados escogen los hechos a demostrar y preparan a los testigos, y desarrollan un interrogatorio en determinado sentido, se *engaña al juez* acerca de lo que realmente sucedió.¹⁸

Pero como la realidad objetiva es indemostrable, la mejor forma de ayudar al juez a comprender lo que sucedió realmente es el uso de dichas técnicas del sistema adversativo, como es que el abogado de la parte contraria cuestione, controvierta, impugne, polemice, contradiga y refute tanto al testigo como a su testimonio, a través del conainterrogatorio o del interrogatorio cruzado.

Por ello, la *verdad real* en el proceso penal, en términos de Ferrajoli, es una verdad limitada, aproximativa, probabilística y normativa.¹⁹

¹⁶ Bergman, Paul, *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 17.

¹⁷ *Ibidem*, p. 18.

¹⁸ Igartúa Salaverría, Juan, *Valoración de la prueba...*, cit., pp. 22 y 23.

¹⁹ Ferrajoli señala la diferencia de llegar a la *verdad real* en los sistemas inquisitivo y acusatorio: mientras que en el inquisitivo, la investigación y búsqueda de prueba era libre (permitiéndose el tormento y cualquier forma que fuese útil para llegar a descubrir la verdad real), su valoración estaba limitada por la ley (prueba tasada). En cambio, en el sistema acusatorio, la investigación y formación de prueba es legal (prohibiciones probatorias, necesidad de orden judicial, método legal de formación de prueba), pero su valoración es libre para el juez. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 612.

En cuanto a la inviolabilidad de la defensa, se sabe que iniciada la persecución penal,²⁰ el ejercicio de tal poder implica un desequilibrio frente al ciudadano investigado y acusado, por lo que el ordenamiento jurídico ha investido a la persona humana de ciertas garantías que le aseguren el goce de sus derechos fundamentales²¹ para compensar, equiparar y poner en condición de *igualdad* al imputado frente al Estado.

Dado que la Constitución configura al proceso en un modelo *triádico*,²² donde el juez tiene una calidad de *tercero supra partes*, las partes deben estar en condición de igualdad, con la finalidad de discutir sus pretensiones ante el juez. Tal igualdad o equivalencia se garantiza a través de la inviolabilidad de la defensa frente a la acusación pública,²³ y tiene distintas manifestaciones: el derecho a la *intervención* en el proceso, y en especial en la vista pública; la *contradicción* de alegatos y de prueba; el conocer la *imputación* del hecho, es decir, el saber *qué* hecho se le atribuye y *por qué* se le hace dicha imputación; a la *intimación*, que debe ser concreta, clara, precisa, circunstanciada, integral y oportuna; el que se formule oportunamente la *ampliación de la acusación* respecto a nuevos hechos o nuevas circunstancias relacionadas con el hecho y la participación; a la *intimación complementaria* de tal ampliación de la acusación; a la *correlación entre acusación y sentencia* o *principio de congruencia*; a conocer y confrontar los alegatos y pruebas respecto de la *reparación civil* del daño, así como a la *motivación* razonada y razonable de la sentencia.

La inviolabilidad de la defensa tiene una doble repercusión: la *defensa material* y la *defensa técnica*.²⁴ La primera, con la que se garantiza la presencia física del imputado, su derecho a confrontar a los testigos de cargo en su contra, de interrogarlos, y de ofrecer prueba de descargo; y la segunda, la de su abogado defensor.

Finalmente, en casos de anticipos de prueba debe asegurarse la intervención del imputado y su defensor para hacer valer la *inviolabilidad de la defensa*.

²⁰ A partir de la *inevitabilidad* de la persecución del delito, derivado del subprincipio de *oficiosidad*, y éste a su vez de la *oficialidad*, como lo enuncia Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 173 y ss.

²¹ Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, cit.

²² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 608.

²³ Véase Montero Aroca, Juan et al., *Derecho jurisdiccional*, t. I: *Parte general*, 3a. ed., Barcelona, Bosch, 1993, pp. 498-503. En el mismo sentido, Montero Aroca, Juan, *Introducción al derecho procesal, jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 244-256, y Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de derecho procesal, jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 183-187.

²⁴ Llobet Rodríguez, Javier, *Proceso penal comentado*, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, pp. 126-134.

Tampoco pueden dejarse de lado las garantías constitucionales y su repercusión en el proceso penal,²⁵ dado su carácter normativo, su vinculatividad para todos los poderes públicos, su función integradora,²⁶ en tanto que es producto de un consenso democrático de distintos grupos sociales y de poder, surgido en un momento determinado, con pretensión de que tal Constitución sea vigente y permanente.²⁷

En lo que respecta a la oralidad y al sistema adversativo, interesa destacar una garantía vinculada con los jueces: su imparcialidad.

La Constitución no sólo ha reconocido el deber de imparcialidad de los jueces, sino que, además, la Constitución salvadoreña le ordena al legislador la especial protección para asegurarla,²⁸ la que tuvo concreción legislativa en el artículo 3o. del CPP.²⁹

Reconocida como una *garantía orgánica* del proceso penal,³⁰ junto a la *independencia* y *naturalidad* del juez, la *imparcialidad* del juez, que Ferrajoli de-

²⁵ Binder clasifica tales garantías constitucionales en cuatro grandes bloques: las *garantías básicas* (juicio previo y presunción de inocencia); las que *impiden la manipulación arbitraria del proceso* (legalidad del proceso, juez natural, independencia e imparcialidad, inviolabilidad de la defensa, *ne bis in idem*); las que *limitan el poder del Estado de recolectar información* (prohibición de la tortura, derecho a no declarar contra sí mismo, inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad de las comunicaciones), y las que *limitan el uso de la fuerza durante el proceso penal* (excepcionalidad de la detención provisional o prisión preventiva). Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 109-204.

²⁶ Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 63.

²⁷ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 65.

²⁸ Artículo 186, inciso 5, de la Constitución de la República: “La ley deberá asegurar a los jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma *imparcial* y sin influencia alguna en los asuntos que conocen; y los medios que les garanticen una remuneración justa y un nivel de vida adecuado a la responsabilidad de sus cargos”.

²⁹ “Imparcialidad e independencia de los jueces.

Artículo 3o. Los magistrados y jueces, competentes en materia penal, sólo estarán sometidos a la Constitución de la República y a la legislación secundaria, y sus actuaciones serán imparciales e independientes.

...

Por ningún motivo, los otros órganos del Estado podrán arrogarse el conocimiento de las causas, ni la reapertura de las terminadas por decisión firme, ni interferir en el desarrollo del procedimiento.

En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez informará a la Corte Suprema de Justicia los hechos que afecten su independencia. Cuando la interferencia provenga de la propia Corte Suprema de Justicia, de alguno de sus magistrados o de otro tribunal, el informe será presentado, además, a la Fiscalía General de la República y al Consejo Nacional de la Judicatura”.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, pp. 574 y ss.

nomina *terzieta*, está motivada a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en la causa;³¹ supone, a nivel institucional, la separación entre el juez y la acusación.³² Ello debido a que el juez no es titular de pretensión alguna, por lo tanto debe asumir el deber de imparcialidad, aun frente a la tentación de la *búsqueda de la verdad real* por sus propios medios, a través de la *investigación judicial autónoma*, como sería, en el juicio oral, que el juez asuma un rol protagónico de interrogar al testigo o perito, provocando en consecuencia la producción de prueba sobre extremos de pretensiones que le son ajenas.

Maier critica dicha potestad, pues no sólo *decolora* la labor que cumplen los intervinientes en el proceso, entiéndase las partes y sus representantes, “sino en general, el sistema del debate entre intereses contrapuestos como camino de búsqueda de la verdad procesal”. Además señala que ello “ha contribuido a borrar ciertas características de la tarea del tribunal judicial, imprescindibles para sostener la imparcialidad (falta de interés en la decisión del caso) y su arribo a la decisión con la menor cantidad de prejuicios... [y] se vincula con el desprecio absoluto por el valor material de la voluntad de los protagonistas del caso”.³³

Además de la separación entre el juez y la acusación, Ferrajoli señala como otras manifestaciones de dicha imparcialidad que el juez no tenga ningún interés privado en la causa, ni interés público o institucional, así como otras garantías como las relativas a la conducción de la instrucción, a la publicidad del juicio, a las *modalidades de interrogatorio* (aunque no señala cuáles ni cómo son dichas técnicas, las que se proponen en este trabajo) y, más en general, a las *técnicas de formación y refutación de pruebas*. Asimismo, la separación de los órganos de investigación de un orden distinto del judicial y la posición de igualdad de las partes.

Otro fundamento de la adopción de las técnicas de oralidad, en especial las del interrogatorio, se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos, como se verá más adelante.

Tanto el artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), o Pacto de San José, como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prescriben lo que denominan *garantías judiciales mínimas*, y entre ellas nos interesa destacar las que se refieren al *juicio oral y público*, a la *intervención del imputado y su defensor* en el

³¹ *Ibidem*, p. 580.

³² *Ibidem*, pp. 582 y 583.

³³ Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t. I, p. 664, nota 345. A favor del poder de investigación judicial autónoma: Jauchen, Eduardo M., *La prueba en materia penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1992, p. 26; Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal...*, *cit.*, pp. 173-243.

proceso y el juicio, y sobre todo a la posibilidad de *interrogar* o *hacer interrogar* a los testigos de cargo existentes en contra de la persona.

Tanto la CADH como el PIDCP hacen énfasis en que es derecho de la persona sometida a un proceso penal, *ser oída*, agregando el PIDCP *públicamente*. Podría hacerse una interpretación literal en el sentido de que el *ser oída* debe necesariamente entenderse a que deba ser *oral* el proceso. Sin embargo, aún hay muchos ordenamientos jurídicos que tienen la modalidad de la escritura en sus procesos penales, sin que se aduzca que se violenta la normativa internacional. Más bien, el *ser oída* implica la oportunidad de intervenir, oponerse a los alegatos y pruebas en su contra, alegar y ofrecer prueba, entendiéndose, pues, el “derecho de audiencia y defensa” en su expresión más amplia.

La Constitución de El Salvador no prescribe que el juicio deba ser oral, más bien el artículo 11 se refiere a “juicio con arreglo a las leyes” y el artículo 12 menciona “juicio público”; no obstante, se afirma que dentro de un sistema penal democrático, la oralidad es digna de elevarse a rango constitucional,³⁴ presentando una serie de ventajas sobre el procedimiento escrito, y sobre todo porque el juicio oral es propio del sistema republicano.

Podríamos afirmar que la publicidad va relacionada estrechamente con la oralidad.³⁵ Aunque esta última se refiere más directamente a la inmediatez de la prueba, difícilmente puede concebirse un juicio público que sea escrito; es decir, que la oralidad viene siendo una consecuencia directa de la publicidad del juicio, esto es, del debate en el que se garantiza la intervención del imputado, pero sobre todo con la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en su contra.

Como puede advertirse del texto del artículo 8.2.f de la CADH, se establece el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, restringiéndose el derecho de interrogar a los testigos de cargo únicamente a la defensa, entendiéndose que quien la ejerce es un defensor ajeno a la persona acusada.

Por el contrario, el artículo 14.2.e del PIDCP señala el derecho de la persona “a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. En tal sentido, este derecho es más amplio, pues reconoce el derecho del imputado a interrogar

³⁴ Véase Dall’Anese Ruiz, Francisco, “El juicio”, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica-Corte Suprema de Justicia, 1996, p. 654.

³⁵ Rivero Sánchez, Juan Marcos, en *Proceso, democracia y humanización...*, *cit.*, p. 81.

él directamente a los testigos de cargo, aun cuando no fuere persona letrada o autorizada para ejercer la defensa. Ello como derivación de defensa material.

Ambos ordenamientos jurídicos se encuentran vigentes en El Salvador, y conforme al artículo 144 de la Constitución,³⁶ constituyen leyes de la República, con prevalencia sobre las leyes en caso de existir contradicción entre ellas.

Y si bien el legislador, en el artículo 348 del CPP, que se refiere al *interrogatorio de testigos*, no reguló el interrogatorio directo por parte del imputado, debe reconocerse y respetarse este derecho, con las advertencias de que en caso de llevar a cabo un interrogatorio personalmente, puede ello traerle consecuencias inesperadas, y que dicho interrogatorio será controlado por el presidente del tribunal o quien presida la audiencia, en caso de que se planteen objeciones a las preguntas, conforme a las técnicas de interrogatorio establecidas en la ley.³⁷

Ello puede generar discusión y temor en torno a la seguridad del testigo, pero es un derecho que no admite excepciones a nivel jurídico internacional, salvo cuando se trate de menores de edad, por la “revictimización”, el impacto psicológico en el menor y su interés superior.

3. *El nuevo rol de los intervinientes en el proceso penal*

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República, en 1983, el Constituyente diseñó o configuró un proceso penal en el que los intervinientes tenían bien claras y delimitadas sus funciones, tanto en cuanto a la función del juez (juzgar y hacer ejecutar los juzgado), la del fiscal general de la República (dirigir la investigación del delito y promover la acción penal), los derechos del imputado (juicio previo, presunción de inocencia), y en especial a su defensa, sea particular como pública, a través de la Procuraduría General de la República.

³⁶ “Artículo 144. Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

³⁷ Aunque jurídicamente sea posible y permisible que el imputado pueda contrainterrogar a los testigos de cargo en su contra, técnicamente no es recomendable, pues el dominio de las técnicas de interrogatorio requiere de un conocimiento especializado que el imputado no tiene; por ello es aconsejable que “haga interrogar” al testigo, por medio de su abogado defensor, sobre los puntos que él quiere cuestionar en su defensa.

De tal suerte, pues, que el Constituyente configuró un marco normativo que establecía cómo debía ser el proceso penal salvadoreño y cuál era el rol de los intervinientes en el proceso penal; sin embargo, no fue sino hasta 1997 que la Asamblea Legislativa realizó la concreción legislativa con la aprobación del Código Procesal Penal que entró en vigencia el 20 de abril de 1998, que desarrolla las disposiciones constitucionales, dando a los intervinientes *nuevos roles* frente a las actuaciones que venían realizando con el Código Procesal Penal de 1974, ahora derogado.

Así, el juez, ajeno a la actividad de acreditar los extremos de las pretensiones en conflicto, debe asumir un rol distinto al de las partes, a quienes les corresponde acreditar tales extremos. Ciertamente, el juez debe decidir la verdad epistemológica respecto del caso, pero es a las partes a quienes les corresponde probar los extremos de sus pretensiones mediante la acreditación, contradicción, el debate, el *modus ponens* y el *modus tollens*, para decirlo en términos ferrajolianos.³⁸

A. *Actividad de las partes*

Como se ha dicho, el rol de las partes en el proceso adversativo-acusatorio es esencialmente dinámico, caracterizado por la enorme actividad que deben desarrollar para probar y acreditar los extremos de sus afirmaciones.

Ello es una carga tanto para la acusación, por medio de la fiscalía, con la aportación de los medios probatorios que acrediten los extremos de su pretensión; como para la defensa, en su resistencia a dicha pretensión, con la desacreditación de tales extremos probatorios, la refutación de los alegatos y la aportación de prueba de descargo, la que también será controvertida por la fiscalía.

En el juicio oral, pues, debe aportar la prueba mínima de cargo, suficiente para lograr la convicción del juez respecto de sus pretensiones; y tiene un rol muy activo acreditando tales extremos y desacreditando los extremos probatorios ofrecidos por la defensa.

Pero frente a esta enorme actividad desplegada por las partes, *a contrario sensu*, el juez debe caracterizarse por su enorme pasividad en el juicio.

B. *Pasividad del juez*

Instituido como un tercero *supra* partes, cuya caracterización y garantía orgánica más importante es la *imparcialidad* frente al litigio, y no siendo titu-

³⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 623.

lar de pretensión alguna, el juez debe asumir un rol eminentemente pasivo frente a la actividad probatoria, debiendo limitar su actividad a la función decisora de las pretensiones en conflicto y a ser un contralor de garantías al momento del debate, a fin de que se lleve a cabo un proceso con plena igualdad de armas y oportunidades, e impidiendo los excesos de uno sobre otro. Su rol se limita a ser simplemente un *árbitro* del juego, evitando y extirpando aquellas actuaciones que se extralimiten de las *reglas del juego*.

Lo anterior, muy por el contrario al rol que había venido asumiendo en un sistema viciado e influido por la cultura inquisitiva, en el que tenía un rol protagónico en la búsqueda y acreditación de la *verdad real*. En el nuevo proceso penal, el juez debe cumplir una labor pasiva en la actividad probatoria, pues es ajeno a las pretensiones en disputa; siendo la acreditación de la *verdad* una actividad que le corresponde estrictamente a las partes.

Excepcionalmente, el juez debe asumir un rol protagónico, pero limitado a controlar la actividad de las partes, especialmente en cuanto a la forma y contenido de las preguntas hechas al perito y al testigo, lo que implica la introducción de elementos de prueba con la posible respuesta del testigo, por lo que el control recae en la admisibilidad o no de la respuesta esperada, a partir de la pregunta realizada por la parte que interroga, siendo éste el incidente del trámite de objeciones, que puede suscitarse en cualquier momento del interrogatorio.

Salvo esa excepcional actividad del juez, en su calidad de árbitro y director del debate, su función debe limitarse a ser un observador minucioso de los elementos de prueba que se están produciendo frente a él, para decidir el litigio.

4. *Las técnicas de oralidad en el proceso penal*

Esa caracterización de los nuevos roles (actividad de las partes y pasividad del juez) tiene su manifestación en la fase plenaria del proceso, la fase de contradicción o juicio, y que ha sido tomada por el legislador salvadoreño en el artículo 348 del CPP.

Dado que el espíritu de la reforma era la introducción del sistema adversarial, y no únicamente el de la oralidad como un aspecto procedimental, se realizó la reforma al artículo 348 del CPP, que superó la regulación del Código Modelo.

A. *El relato y otras distorsiones al sistema adversativo*

Es de reconocer, por otra parte, que inicialmente, con la adopción del Código Procesal Penal, el referido artículo 348 del CPP contemplaba las técnicas de interrogatorio pero en una forma que distorsionaba el sistema adversativo, mediante la permisión del relato por parte del testigo y con el posterior interrogatorio de las partes, e incluso del juez. De tal forma que presentaba distorsiones en cuanto a la actividad del juez en la acreditación del testigo o perito, el interrogatorio sobre los hechos y, sobre todo, en cuanto a la prohibición del uso del interrogatorio sugestivo en el contrainterrogatorio.

a. Acreditación del testigo por parte del juez

La anterior redacción del inciso primero del artículo 348 del CPP, ahora reformado, decía: “El presidente del tribunal, después de interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su testimonio...”. Dicha redacción presentaba la dificultad de que fuese el juez quien interrogara al testigo sobre las circunstancias para acreditar o no la veracidad o mendacidad del testigo,³⁹ con lo que violentaba, por un lado, su deber de imparcialidad y, por otro, despojaba a las partes de dicho rol, pues es a ellas quienes, a través del *contrainterrogatorio* y la *rehabilitación*, les corresponde dicha actividad.

Se ve lesionada la imparcialidad del juez, pues, como se ha dicho, él no es titular de pretensión alguna; por otra parte, la actividad de producir pruebas y de cuestionar las producidas le compete a las partes y no al juez. De ahí que fuera necesario delimitar la actividad del juez en el interrogatorio del testigo o perito, a simplemente verificar los datos generales sobre su identidad, pero no los aspectos relativos a su credibilidad,⁴⁰ pues ello compromete su imparcialidad.

b. El uso del “relato” por parte del testigo o perito

El relato espontáneo tiene el defecto de ser, por una parte, *incompleto*, y por otra, *irregular*, pues el sujeto no se extiende uniformemente en su expli-

³⁹ Véase Goldberg, Steven H., *Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?*, Buenos Aires, Heliasta, 1994, pp. 147 y ss.; Bergman, Paul, *La defensa en juicio...*, cit., pp. 47-55.

⁴⁰ Marroquín Galo, José Fernando, *¿Existe conflicto entre las técnicas de interrogatorio directo y de contrainterrogatorio y el art. 348 del Nuevo Código Procesal Penal?*, folleto inédito preparado para las sesiones del curso “Capacitación complementaria a capacitadores sobre técnicas de oralidad”, San Salvador, Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de la República de El Salvador, enero de 1998, p. 4.

cación, y además *ofrece demasiado material impertinente*, pues en múltiples ocasiones elementos interpellados que nada son útiles, antes bien, sólo sirven para hacer perderse a quien los consulte en detalles sin importancia, siendo éstos impertinentes, irrelevantes e inútiles. Sólo un tanto por ciento muy escaso de testimonios espontáneos dicen todo lo que interesa y nada más que lo que interesa, como señala Mira y López.⁴¹

De igual forma, la “creencia en el valor del diálogo”, propia del *principio democrático* consagrado en la Constitución,⁴² se proyecta sobre el juicio penal, y en especial en la prueba, que tiene una naturaleza controversial, lo que implica un combate de posiciones, una confrontación de teorías sobre la realidad ontológica, ya que el proceso es *inter partes*, contradictorio, dialéctico; por lo que es preferible, para efectos de la estrategia del caso planteado por las partes, que la información que fluye del testigo o perito no sea espontánea, desordenada, impertinente, sino que es preferible que esa información surja en forma ordenada y conforme a los hechos y circunstancias que la parte quiere establecer conforme a su estrategia.⁴³ Tales estrategias se ven enormemente afectadas si se permite el relato espontáneo del testigo o perito.

c. El interrogatorio por parte del juez y del jurado sobre los “hechos”

Dada la configuración del juez dentro de la garantía orgánica de imparcialidad, su calidad de sujeto *supra partes*, y sobre todo porque el proceso es eminentemente contención de partes, la verdad sobre los hechos ha de fluir de tal debate, de tal confrontación, mediante el interrogatorio y contrainterrogatorio al testigo o perito; el juez no debe interrogar sobre los hechos.

El juez, por el contrario, debe asumir un rol pasivo, especialmente al momento del interrogatorio de los órganos de prueba, pues ello no sólo compromete su imparcialidad sino que puede afectar enormemente los logros de una de las partes durante su interrogatorio, haciendo innecesaria la actuación e intervención del otro.

Por ello, tal facultad de interrogar al testigo debe hacerse como señala la reforma a dicha disposición, al enunciar: “El presidente y los otros miembros del tribunal, podrán interrogar al perito o testigo, pero con las limitaciones que el deber de imparcialidad les impone”.⁴⁴

⁴¹ Mira y López, Emilio, *Manual de psicología jurídica*, Madrid, Salvat, 1932, p. 149.

⁴² Marroquín Galo, José Fernando, *¿Existe conflicto...?*, cit., p. 4.

⁴³ Entre ellas se señalan el método *cronológico* y el de *primacía, impacto y novedad* como estrategias del interrogatorio, como se verá más adelante.

⁴⁴ El rol e imparcialidad del juez en Puerto Rico al interrogar ha tenido un diferente tra-

En tal tema se aconseja que las preguntas que formule el juez sean únicamente para aclarar puntos sobre información ya suministrada al juicio por el interrogado, y que resulte confusa u oscura. Y que tales preguntas se refieran a puntos periféricos y no medulares, puntos sobre los cuales el juez debe permitir el interrogatorio.

Pese a esa permisión legal, no es aconsejable que el juez interroge, pues es labor de las partes convencerle sobre los hechos a partir de la información que proporcione el testigo; y porque con las preguntas, por muy imparciales que sean, puede destruir lo que una de las partes ha logrado con su interrogatorio, en detrimento de la otra, sin que ello sea su labor o su rol. Suministrar esos datos fácticos le compete a las partes con su interrogatorio. Al juez le corresponde percibirlos y valorarlos, no hacerlos producir. Y si el juez tiene dudas respecto de los hechos o circunstancias, ya el artículo 5o. del CPP le prescribe que: “En caso de duda el juez considerará lo más favorable al imputado”.

De la misma manera, no es aconsejable que el jurado o los miembros del tribunal del jurado interroguen al testigo, perito o al imputado (artículo 372, inciso 2, del CPP), pues no sólo pueden infringir su deber de imparcialidad al generar los mismos efectos destructivos a la estrategia de las partes, sino que acarrea un problema para éstas, en tanto que no les convendrá objetar las preguntas que el jurado (o el juez en su caso) haga, pues en última instancia, es quien decidirá el litigio.

d. Prohibición del uso del interrogatorio sugestivo en el contrainterrogatorio

La redacción anterior del artículo 348 del CPP, presentaba además un escollo insalvable con la prohibición de las preguntas sugestivas, que son el principal instrumento del contrainterrogador. Para ello fue necesario analizar el fin de esa prohibición e interpretar su alcance de acuerdo con los fines del proceso penal y algunos principios constitucionales.⁴⁵

Se entiende por preguntas sugestivas aquellas que sugieren la respuesta. “Sugerir” tiene dos acepciones principales: 1) “hacer entrar en el ánimo una idea o cuestión”; y 2) “dominar la voluntad de una persona, llevándola a decir o hacer lo que no quiere”. Y, por sinonimia, se entiende por sugestión

tamiento jurisprudencial, como puede verse en: Resumil de Sanfilippo, Olga Elena, *Derecho procesal penal. Práctica jurídica de Puerto Rico*, New Hampshire, Follows Equity Law Publishing Company, t. I, pp. 65-67.

⁴⁵ Marroquín Galo, José Fernando, *¿Existe conflicto...?, cit.*, p. 7.

tanto inspirar o insinuar como dominar la voluntad; por lo que queda prohibida la segunda idea respecto a las preguntas sugestivas.⁴⁶

Procesalmente hablando, la *pregunta sugestiva* es “la que sugiere la respuesta deseada... son sencillamente afirmaciones, con una frase agregada al principio o al final para convertirlas en preguntas”.⁴⁷ De igual forma, se entiende “aquella que no sólo busca una respuesta única, sino que incluye la respuesta en la propia pregunta”.⁴⁸ En el mismo sentido, Jauchen, al referirse a tales preguntas sugestivas, entiende que son “aquellas en que el hecho o circunstancia que se pretende conocer o esclarecer con la respuesta del testigo, se le indica mediante la pregunta, sugiriendo de este modo la respuesta que debe dar. De esta forma, la misma pregunta restringe al testigo la posibilidad de respuesta”.⁴⁹

A partir de tales nociones, la idea de la prohibición de las preguntas sugestivas tiene por objeto impedir que la información de donde surgirán los elementos de convicción sea “inspiración” de las partes, lo que vuelve nugatoria la posibilidad de llegar a la reconstrucción conceptual del hecho, pues sólo se obtendría información parcializada, coherente con la pretensión de la parte que interroga en el proceso, afectándose el principio de “verdad material o real” cuando estamos en presencia de un interrogatorio destinado a obtener información primaria o novedosa, que todavía no ha sido extraída ni incorporada en el juicio.⁵⁰

Con dichas *insinuaciones* o *sugerencias* de las partes sería imposible llegar a la certeza como nivel de convicción capaz de destruir la presunción de inocencia, pues con ello, los elementos probatorios provienen de la intimidad de las partes y no del órgano de prueba, desvaneciéndose la *objetividad* que exige la prueba para ser tal; pues la noción de “subjetividad” de la prueba no sólo se refiere al conocimiento privado del juez, sino, además, al conocimiento que tengan las partes del hecho, a menos que constituyan órganos de prueba.

Pero si tal prohibición se refiere únicamente a la *información novedosa*, no tiene sentido que se siga manteniendo respecto de la información que ya fue incorporada al juicio por el órgano de prueba que está siendo interrogado,

⁴⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁷ Bergman, Paul, *La defensa en juicio...*, *cit.*, p. 194.

⁴⁸ Ramos González, Carlos y Vélez Rodríguez, Enrique, *Teoría y práctica de la litigación en Puerto Rico*, San Juan, Michie of Puerto Rico, 1996, p. 29.

⁴⁹ Jauchen, Eduardo M., *La prueba en materia penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1996, p. 128.

⁵⁰ Marroquín Galo, José Fernando, *¿Existe conflicto...?*, *cit.*, p. 9.

y es que en el sistema adversativo se hace necesario el uso del interrogatorio sugestivo en el contrainterrogatorio; ello por dos razones:

- 1) Porque el abogado de la parte contraria a quien ha ofrecido al testigo o perito como órgano de prueba, por lo general, no goza de su empatía o afinidad, no estando identificado con el examinador,⁵¹ como sí lo tiene con el abogado quien lo ha ofrecido como órgano de prueba, con quien se manifiesta colaborador.
- 2) El interrogatorio sugestivo en el contrainterrogatorio permite que la prueba ya incorporada al proceso sea sometida a parámetros que garanticen su confiabilidad, lo que contribuye a la convicción de que esa verdad que se ha alcanzado se fortalezca o se disipe, alcanzando la finalidad normativa y la primacía de los valores y principios constitucionales,⁵² especialmente el de contradicción, que además es un principio de derecho probatorio.

De lo anterior se concluye que la prohibición de interrogatorio sugestivo es razonable respecto del interrogatorio directo, que es con el que se aporta prueba novedosa; no así respecto del contrainterrogatorio, en el que la prueba ya producida e introducida se confronta y contradice; y siendo el testigo, por lo general, hostil al contrainterrogador, se hace necesario el uso del interrogatorio sugestivo.

Por ello fue necesario reformar el referido artículo 348 del CPP, adecuándolo al sistema adversativo, pues tal redacción distorsionaba el sistema contradictorio y comprometía gravemente la imparcialidad del juez.

B. *El interrogatorio en el sistema adversativo*

Con tales observaciones, el legislador reformó el artículo 348 del CPP, adecuándolo al sistema adversativo propiamente dicho, y garantizando la imparcialidad del juez durante el interrogatorio del testigo o perito.

Sin embargo, las técnicas de oralidad no se limitan al interrogatorio de los órganos de prueba, sino que también existen técnicas de oralidad que se relacionan con todo el debate.⁵³

⁵¹ Ramos González, Carlos y Vélez Rodríguez, Enrique, *Teoría y práctica...*, cit., p. 56.

⁵² Marroquín Galo, José Fernando, *¿Existe conflicto...?*, cit., p. 10.

⁵³ De igual forma, hay reglas de comportamiento forense que han de ser respetadas, como la *reverencia al juez*, el *control del lenguaje no verbalizado (demeanor)*, la *conversación triangular* por las partes, dirigir el debate hacia el juez, la *aproximación al estrado* para tratar asuntos que no es conveniente que el testigo o jurado escuchen, así como la *puntualidad*.

De ahí que se habla de técnicas respecto a los alegatos iniciales; al interrogatorio propiamente dicho, el cual se divide en: interrogatorio directo,⁵⁴ el contrainterrogatorio,⁵⁵ el interrogatorio redirecto y el recontrainterrogatorio; las objeciones⁵⁶ por vicios de forma y de fondo, y el trámite de su resolución, y finalmente, en cuanto a los alegatos finales.

Si bien es cierto que tales técnicas se relacionan más que todo con la actividad de las partes,⁵⁷ el juez debe conocerlas y dominarlas, pues es de recordar que como árbitro y director del proceso, a él le corresponde decidir qué elementos de prueba pueden ingresar al juicio y cuáles no, resolviendo los incidentes planteados por las partes por medio de las objeciones.

II. LA ORALIDAD EN EL NUEVO PROCESO CIVIL SALVADOREÑO

El Código Procesal Civil y Mercantil, en su primer libro, intenta sentar las bases sobre las que descansará un verdadero cuerpo procesal. Y afirmamos que es un verdadero cuerpo procesal, ya que nos permite conocer de entrada los diferentes principios que regirán los procesos y procedimientos previstos en el mismo. Ahora bien, es preciso aclarar que no se trata de una mera yuxtaposición de principios o una incorporación desordenada de los mismos, sino que intenta enunciarlos de forma sistematizada y clara, respetando, en todo caso, su contenido y naturaleza.

Lo anterior nos permite conocer la estructura del proceso prevista en la Constitución; el régimen de entrada de la pretensión al proceso y su oposición; los poderes de los sujetos procesales en la conformación del objeto o en su enjuiciamiento, según el caso; así como el régimen de actuación formal del objeto procesal.⁵⁸

⁵⁴ Y como afirma Bergman, “las preguntas son importantes en el interrogatorio directo, no porque ellas mismas posean un significado probatorio, sino porque son el instrumento que uno utiliza para determinar el contenido y alcance de las respuestas de los testigos, y por consiguiente influir sobre el efecto y credibilidad del testimonio”. Bergman, Paul, *La defensa en juicio...*, cit., p. 80.

⁵⁵ Sobre los alcances del contrainterrogatorio puede verse Chiesa Aponte, Ernesto L., *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, San Juan, Editorial Forum, 1995, vol. I, pp. 398 y ss.

⁵⁶ Bergman, Paul, *La defensa en juicio...*, cit., pp. 247-254.

⁵⁷ Sobre la técnica y práctica de la oralidad véase, además, Goldberg, Steven H., *Mi primer juicio oral...*, cit.

⁵⁸ Cfr. Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de derecho procesal*, Madrid, Civitas, 1981, p. 178. Sobre la temática véase: Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal civil*, Madrid, Colex, 2004, pp. 41 y 50; Gimeno Sendra, Vicente, en Cortés Domínguez, Valentín *et al.*, *Derecho procesal civil*, Madrid, Colex, 1997, pp. 21 y 22; Montero Aroca, Juan, en Montero Aroca, Juan

Ésta constituye una verdadera novedad en relación con la aún vigente normativa, pues ésta, debido a su inspiración eminentemente procedimentalista, se limita en gran medida a la fijación, de forma repetitiva, de modos de proceder y sus distintas etapas, sin fijar con claridad la estructura y los principios de los procesos y procedimientos que incorpora.

Por la naturaleza de este trabajo nos limitaremos a referirnos en forma breve y descriptiva a algunos principios que introduce el nuevo Código, concretamente a los que en mayor medida se encuentran vinculados con el principio de oralidad —objeto de este trabajo—, como es el caso de los de intermediación, publicidad y concentración.

1. *Principio de oralidad*

Una de las novedades de mayor trascendencia en el Código la constituye el denominado principio de oralidad del procedimiento (artículo 8o.), el cual determina la forma de los actos procesales. Se trata de un principio que rige al procedimiento y no al proceso.⁵⁹

La oralidad que incorpora el Código no es plena, ya que como lo establecen los artículos 8o. y 147, es la forma predominante de los actos procesales, sobre todo de aquellos vinculados con la actividad probatoria (artículo 402); en específico, los dirigidos a llevar al proceso el sustrato de hecho de su objeto o a aportar el material fáctico al juicio y la totalidad de la actividad probatoria.⁶⁰

Lo anterior implica que podemos localizar dentro del Código algunos actos que se realizan en forma escrita, por ejemplo la demanda (artículo 276.1) y su ampliación (artículo 280), la contestación a éstas (artículo 284.1), la reconvencción (artículo 285) o, en términos generales, cualquier resolución que ponga fin al proceso o surta efectos materiales sobre la pretensión (artículo 147).

Históricamente, la oralidad, de la que tanto se habla hoy, la encontramos ya en el derecho romano clásico y en el germano; sin embargo, la

et al., *Derecho jurisdiccional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 314-350; Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 35-38; De la Oliva Santos y Fernández, Miguel Ángel, *Derecho procesal civil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1996, pp. 135-170.

⁵⁹ Cfr. Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de...*, *cit.*, p. 177. Sobre la temática véase Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal...*, *cit.*, p. 50; Montero Aroca, Juan, en Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho...*, *cit.*, pp. 351-353; Gimeno Sendra, Vicente, en Cortés Domínguez, Valentín *et al.*, *Derecho procesal...*, *cit.*, pp. 34-39.

⁶⁰ Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal...*, *cit.*, pp. 51 y 52.

introducción de la apelación, en el romano, obligó a la protocolización de los actos.⁶¹

En el proceso canónico y en los procesos civiles y penales del bajo Medioevo, la hipervaloración de la prueba documental, ligada a la aparición del *notarius*, el aumento de los plazos, términos e instancias y un deseo de otorgar fehaciencia y seguridad a las declaraciones de las partes originaron la preeminencia de la escritura sobre la oralidad.⁶²

Como consecuencia de la introducción de este principio se derivan otros, como los de publicidad (artículo 9o.), intermediación (artículo 10) y concentración de los actos procesales (artículo 11), a los que nos referiremos a continuación, para, posteriormente, analizar las manifestaciones del principio de oralidad y de éstos en el Código Procesal Civil y Mercantil.

En relación con la publicidad de los actos procesales (artículos 9o. y 200), la regla contenida en las citadas disposiciones hace referencia a la publicidad frente a terceros, ya que la inter partes no se discute, pues forma parte de las garantías mínimas de todo proceso jurisdiccional; la cual puede ser limitada, a petición de parte o de oficio, por razones de seguridad nacional, moral, orden público, o de protección de la privacidad de alguna de las partes. Es decir, estamos en presencia de una lista cerrada fijada por el legislador, que, en consecuencia, no puede ser ampliada por el juez bajo ninguna circunstancia.⁶³

Ahora bien, además de la garantía que implica la enunciación de las causales para limitar la publicidad, el Código impone al juzgador la obligación de que dicha limitación se efectúe a través de resolución debidamente motivada. Es decir, como contrapartida a la libertad que tiene el juez de apreciar la concurrencia de las causales para limitar la publicidad frente a terceros, existe la obligación de hacerlo en resolución debidamente moti-

⁶¹ *Idem.* Al respecto puede verse —también— Montero Aroca, Juan, en Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho...*, *cit.*, pp. 351-353; Gimeno Sendra, Vicente, en Cortés Domínguez, Valentín *et al.*, *Derecho procesal...*, *cit.*, pp. 34-39; De la Rúa, Fernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 99-103, y Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de...*, *cit.*, pp. 222 y 223.

⁶² Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal...*, *cit.*, pp. 51 y 52. Al respecto, también: Montero Aroca, Juan, en Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho...*, *cit.*, pp. 351-353; Gimeno Sendra, Vicente, en Cortés Domínguez, Valentín *et al.*, *Derecho procesal...*, *cit.*, pp. 34-39; De la Rúa, Fernando, *Teoría general del...*, *cit.*, pp. 99-103, y Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de...*, *cit.*, pp. 222 y 223.

⁶³ Véase Montero Aroca, Juan, en Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho...*, *cit.*, pp. 356 y 357; Gimeno Sendra, Vicente, en Moreno Catena, Víctor *et al.*, *Introducción al...*, *cit.*, p. 45; Gimeno Sendra, Vicente, en Cortés Domínguez, Valentín *et al.*, *Derecho procesal...*, *cit.*, pp. 44 y 45, y Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de...*, *cit.*, pp. 236 y 237.

vada, en la que determine quiénes, además de las partes, sus apoderados o representantes, podrán estar presentes en las audiencias (artículo 9.2).

No podemos dejar de mencionar que esta disposición incorpora, a nivel legal, el derecho de acceso al expediente judicial (artículo 9.3), no sólo de las partes y sus apoderados, sino también de los abogados y, en general, de cualquier persona que alegue un interés jurídico protegido; para tal efecto, el Código, en las disposiciones que concretan este derecho, establece que los expedientes judiciales deben permanecer en las oficinas del tribunal y que no podrán ser retirados de éstas (artículo 165).

Estimamos que si bien el derecho en referencia constituye una novedad a nivel legal, el mismo no es ajeno a la normativa constitucional, pues el acceso al expediente forma parte del contenido, entre otros, del derecho de defensa, ya que en la medida en que las partes tienen acceso a éste, pueden conocer de forma inmediata el contenido de los escritos y documentos presentados por la contraria —y, en general, cualquier actuación procesal—, y por tanto ejercer sus derechos y cargas en un determinado sentido.

La introducción en el Código de este derecho intenta atacar algunas malas prácticas que se dan con frecuencia en nuestros tribunales, en los que, con pretextos de diversa índole, le limitan a las partes —en algunas ocasiones— el acceso al expediente y, consecuentemente, a conocer inmediatamente el contenido de las actuaciones tanto del juez como de la parte contraria.

En cuanto al principio de intermediación (artículo 10), el Código establece una regla general: el juez debe presidir personalmente tanto la celebración de las audiencias como la práctica de los medios probatorios, so pena de nulidad insubsanable (artículo 200). Y es que sólo quien ha participado en todo el procedimiento, escuchado los alegatos de las partes y recibido la prueba aportada se encuentra legitimado para pronunciar sentencia.⁶⁴

Ahora bien, la misma disposición prevé como excepción la hipótesis en que la actividad procesal deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso podrá encomendarla a otro juez mediante comisión procesal, supuesto en el que el comisionado también tendrá que estar presente en la práctica de la diligencia; sin embargo, es de señalar que la normativa flexibiliza lo concerniente a las comisiones procesales, pues si para el mejor logro de los fines del proceso es necesaria la presencia del juez en la diligencia, éste podrá acordar, por resolución motivada, constituirse fuera de su sede habitual (artículo 140).

⁶⁴ Sobre la temática véase Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal...*, cit., p. 54; Montero Aroca, Juan, en Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho...*, cit., pp. 354 y 355; Gimeno Sendra, Vicente, en Cortés Domínguez, Valentín *et al.*, *Derecho procesal...*, cit., pp. 39-42, y Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de...*, cit., pp. 227-232.

Consideramos que la disposición últimamente citada es de mucha utilidad, pues, al abrir la posibilidad de que el juez se desplace a lugares fuera de la comprensión territorial donde se encuentra la sede del tribunal, se potencia el principio de inmediación, en especial en el caso de la práctica de diligencias probatorias, donde es fundamental la presencia del juez que dictará la sentencia.

Por su parte, el principio de concentración (artículo 11) establece con claridad algunos mecanismos específicos para lograr la aceleración o rapidez del procedimiento.⁶⁵ Es decir, se trata de un principio que tiene por objeto lograr que la tutela jurisdiccional que brinda el proceso sea oportuna, y así “evitar que la acción jurisdiccional sea objeto de burla”⁶⁶ o “un vano torneo de actitudes declamatorias carente de proyecciones prácticas”.⁶⁷

Entre las medidas a las que hace referencia podemos mencionar la mayor proximidad temporal entre los distintos actos procesales, la cual se puede lograr: *a)* a través de la reunión en una misma sesión de todos los actos que sea posible realizar (artículo 292); *b)* por medio de la decisión en una misma resolución de todos los puntos pendientes (artículo 417), y *c)* a través de la continuación en los días subsiguientes, hasta darla por concluida, de la audiencia que requiera de más de una sesión (artículos 11.2 y 209.2).

Localizamos en el Código otras medidas dirigidas a agilizar la tramitación del procedimiento, por ejemplo: *a)* la no suspensión, por regla general, del proceso principal a consecuencia de las cuestiones incidentales que surjan en la tramitación del mismo (artículo 264); *b)* la obligación del juez al inicio de la audiencia preliminar de instar a las partes a lograr arreglos al interior del proceso, a efecto de evitar la continuación del mismo (artículo 293), y *c)* el tratamiento preliminar de los presupuestos procesales, a fin de evitar el inútil spendio de la actividad jurisdiccional (artículos 277 y 292).

2. Régimen de las audiencias

El régimen de las audiencias que incorpora el Código proyecta con claridad el contenido de los principios de inmediación, publicidad, oralidad, y dirección del proceso.

⁶⁵ Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal...*, cit., p. 57; Montero Aroca, Juan, en Montero Aroca, Juan et al., *Derecho...*, cit., pp. 355 y 356; Gimeno Sendra, Vicente, en Cortés Domínguez, Valentín et al., *Derecho procesal...*, cit., pp. 42-44, y Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de...*, cit., pp. 232-234.

⁶⁶ Podetti, José Ramiro, “Las medidas cautelares y el embargo preventivo. Primera parte”, *Revista de Derecho Procesal*, 1943, p. 138.

⁶⁷ *Idem*.

La manifestación de los principios de publicidad e intermediación en lo concerniente al régimen de las audiencias es expresa, ya que el mismo Código se encarga de establecerlo al señalar que las audiencias serán públicas, es decir, tendrán acceso a las mismas no sólo las partes y sus abogados, sino también terceros, salvo las excepciones previstas en la ley, las cuales deberán ser presididas por el juez, so pena de nulidad (artículo 200).

Ahora bien, la función del juez en este caso no se limita a estar presente en la celebración de la audiencia, sino que éste debe tener un rol protagónico en el desarrollo de la misma; concretamente, corresponde a él, como sucede con todo el proceso, su dirección (artículo 204), la cual deberá realizar a través de los cauces establecidos en la ley, sin posibilidad de que los sujetos del proceso los alteren en virtud de un acuerdo.⁶⁸ En otras palabras: el hecho de que el juez sea director del proceso, no lo convierte en un dictador dentro del mismo, pues dicha función debe realizarla dentro del marco de la legalidad (artículo 3o.).

Por tanto, es al juez al que le corresponde, entre otras, dirigir el debate ordenar las lecturas necesarias; hacer las advertencias legales; recibir los juramentos, las promesas o declaraciones; moderar la discusión, impidiendo derivaciones o preguntas impertinentes o que se separen notoriamente de las cuestiones que se debaten, y mantener el buen orden en las audiencias, entre otras.

Es de resaltar que ese rol protagónico del juez dentro del proceso debe circunscribirse, como se dijo antes, a su dirección, que es la función compatible con la figura del juez, quien, cabe recordar, se encuentra legitimado democráticamente, entre otros, por su imparcialidad. En ese sentido, el juzgador, so pretexto de director del proceso, no puede, por un lado, ordenar ninguna diligencia dirigida a incorporar prueba al proceso, salvo diligencias para mejor proveer, las cuales podrá ordenar únicamente para aclarar algún punto oscuro o contradictorio respecto a prueba que oportunamente fue aportada y controvertida por las partes; y por otro, no puede valorar prueba que no haya sido introducida al proceso por las partes, pues, se insiste, en este ámbito a quienes corresponde exclusivamente un rol protagónico es a las partes (artículo 7o.). Son éstas quienes tiene la carga de proponer y aportar la prueba de los hechos que fundamentan su pretensión u oposición, según el caso, la cual va encaminada a lograr la convicción del juzgador.

⁶⁸ Sobre el tema véase Ortells Ramos, Manuel, en Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho...*, cit., pp. 459 y 460; Cortés Domínguez, Valentín, en Moreno Catena, Víctor *et al.*, *Introducción al...*, cit., p. 369; Guasp, Jaime, *Concepto y método...*, cit., pp. 62 y 63, y Guasp, Jaime, *Derecho procesal...*, cit., p. 32.

El principio de oralidad se pone de manifiesto con claridad en esta etapa, ya que los diferentes actos procesales que se realizan en la misma tienen esta forma (artículos 147 y 203). Así, en forma oral se hará la declaración de parte (artículo 348) y la del testigo (artículo 366); el interrogatorio de la parte (artículo 348), el directo al testigo (artículo 366) y el contrainterrogatorio (artículo 367); la prueba pericial (artículo 387); las objeciones a las preguntas (artículo 408), las decisiones del juez a las objeciones planteadas (artículo 407.2) y pedirá aclaraciones (artículo 369), entre otros.

No obstante la forma oral en que se realizan los diversos actos, es fundamental que éstos se documenten, ya sea a través de un acta (artículo 205) o por medios audiovisuales (artículo 206). En el primer caso, en el acta deberá constar el lugar, día, hora, la autoridad ante la que se realizó la diligencia, el proceso al que corresponde, los abogados, peritos e intérpretes que participaron, así como los nombres de las partes que no concurrieron, la causa de la ausencia, si se conociere, las providencias adoptadas, los recursos que interpusieron las partes y, en términos generales, todo lo sucedido en la audiencia.

En el segundo caso, la audiencia se documentará en cualquier soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o sólo del sonido, el cual se incorporará al expediente judicial junto con un acta en la que deberá constar el lugar, día, hora, la autoridad ante la que se realizó la diligencia, el proceso al que corresponde, los abogados, peritos e intérpretes. Es de señalar que la documentación a través de estos medios puede ser realizada con recursos propios del tribunal, cuando los posea, o a costa de una o ambas partes (artículo 206).

3. *Audiencia preparatoria*

Una de las etapas del procedimiento común donde se manifiesta el principio de oralidad es la de la audiencia preparatoria, la cual tiene lugar una vez concluida la etapa de las alegaciones iniciales; es decir, una vez presentada y admitida la demanda, contestada y efectuada la reconvenición, en los casos que tiene lugar. La convocatoria a dicha audiencia corresponderá efectuarla el juez dentro del plazo de tres días y deberá celebrarse en un plazo no mayor a los sesenta días después de la cita judicial (artículo 290).

Esta audiencia preliminar tiene, en términos generales, dos finalidades: en primer lugar, evitar el proceso a través de la conciliación entre las partes. Precisamente, una vez abierta la audiencia el juez intentará la conciliación entre éstas, con el fin de que el proceso termine anormalmente a través de

transacción, la cual deberá ser sometida a la homologación del juez, quien accederá a ello siempre que lo convenido no implique fraude de ley o abuso del derecho, ni verse sobre derechos indisponibles ni tampoco el interés público o el de menores, o se realice en perjuicio de terceros (artículos 293 y 294).

Aprobada la transacción, el juez pronunciará resolución a través de la que ordenará la terminación anormal del proceso (artículos 132 y 294.2), la cual podrá ser impugnada ante el mismo tribunal que la homologó, por las partes o por terceros que pudieran sufrir algún perjuicio por el acuerdo transaccional.

Estimamos que el momento procesal donde se ubica el intento de conciliación entre las partes en el Código no es adecuado, sobre todo porque es la única oportunidad prevista en el mismo para que el juez la promueva, ya que una vez concluida la fase de las alegaciones, por regla general, no se encuentran incorporados al proceso mayores elementos que puedan persuadir a ambas partes para lograr un acuerdo, como podría ser con posterioridad a la proposición de la prueba. Consideramos que sería oportuno dejar abierta la posibilidad de que el juez intente el avenimiento entre las partes en etapas posteriores.

En segundo lugar, preparar el juicio en caso de que no se logre la conciliación entre las partes, fijar el objeto del proceso y de la prueba y proponer y admitir prueba (artículos 297 y 298). Se trata de funciones distintas, sin embargo, tienen un mismo fin: lograr que la audiencia de pruebas se pueda desarrollar con unidad de acto.

Así, la preparación del juicio intenta sanear el proceso; es decir, verificar si concurren los presupuestos procesales vinculados con las partes, órgano judicial y objeto procesal, a efecto de lograr la tramitación eficaz del proceso y evitar tanto posteriores incidentes como el inútil dispendio de la actividad jurisdiccional.

Al respecto, cabe señalar que si se advierte la existencia de un vicio procesal, ya sea por las partes o por el juez, la continuación del proceso está condicionada por la naturaleza del mismo y la actitud de las partes, pues si el vicio es de aquellos que son susceptibles de subsanarse y efectivamente las partes lo hacen (artículos 300 y 304), el proceso continúa; no así en aquellos casos en los que el vicio, no obstante ser subsanable, no es corregido por la parte interesada o es definitivamente insubsanable, en los que el juez deberá ordenar la terminación anormal del proceso (artículos 127 y 277).

La fijación del objeto del proceso y de la prueba van encaminadas a definir, con precisión, la pretensión y los hechos que requieren ser probados en la audiencia probatoria (artículos 305, 306 y 309), con el fin de lograr que

ésta se circunscriba únicamente a la presentación de la prueba propuesta sobre los hechos discutidos.

Si bien la proposición y admisión de la prueba van encaminadas al fin anteriormente mencionado, estimamos que esta actividad no era necesario incorporarla en esta audiencia, ya que el objeto que se pretende lograr en muchos de los casos podría no alcanzarse, sobre todo en los complejos, en los que será muy complicado tanto proponer prueba en la misma audiencia en la que se fija el objeto del proceso y de la prueba, como resolver sobre su admisibilidad. Por dicha razón, consideramos que esta actividad procesal no se hubiera incorporado en esta audiencia.

4. *Audiencia probatoria*

La audiencia probatoria tendrá por objeto la aportación de los medios probatorios que hubieren sido admitidos en la audiencia preliminar. Dicha audiencia, salvo excepciones legales, se realizará en forma pública y oral (artículo 402).

Las partes deberán comparecer a la audiencia, y en caso de que no comparezcan ambas, el juez ordenará la terminación anormal del proceso. Si sólo una no asistiere, se recibirá la prueba en su ausencia. En el supuesto en que se hubiere solicitado la declaración de la parte y ésta no asistiera, se tendrán por ciertos los hechos sobre los que versa el interrogatorio propuesto (artículo 405).

La presentación de las pruebas se regirá por el principio contradictorio. Para tal efecto, en primer lugar lo hará el demandante, en el orden que estime conveniente, siempre y cuando no perjudique el desarrollo de la audiencia y no afecte el derecho de defensa de la parte contraria, y con posterioridad lo hará el demandado (artículo 406).

Ambas partes podrán formular sus objeciones a las pruebas que presente la parte contraria, las cuales deberán ser oportunas y específicas (artículo 407). En ese sentido, si una vez presentada la prueba, en general o, por ejemplo, contestada una pregunta o hecha una nueva, precluye o se cierra la oportunidad para objetar, ya sea la pregunta o la respuesta, según el caso, objeción que debe ser concreta y fundamentada.