

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL PRINCIPIO DE INMEDIACION EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

Dr. Francisco Castillo González
Profesor de Derecho Penal, Facultad
de Derecho, Universidad de Costa
Rica.

1. La doctrina moderna (1) toma el término "inmediación" en dos sentidos: unas veces exige que el tribunal tome conocimiento directo, por propia percepción sensorial, del material probatorio y de los participantes procesales, especialmente imputado, testigos y peritos; otras veces requiere que el tribunal obtenga su conocimiento, utilizando el medio probatorio más cercano al hecho a probar, entre todos los concurrentes (2).

La primera exigencia designa el cómo el tribunal debe acercarse a las pruebas y se conoce con el nombre de "inmediación formal" (por ser criterio

de forma) o de "inmediación subjetiva" (por referirse al sujeto cognoscente de la prueba, que es el tribunal); la segunda exigencia es relativa a lo que es objeto del conocimiento del tribunal y se le llama inmediación material u objetiva, por referirse al objeto del conocimiento del tribunal (3). La inmediación formal y la inmediación material difieren en sus contenidos y en la función procesal que cada una de ellas desempeña (4).

2. La inmediación, en sentido objetivo o subjetivo, se refiere únicamente a las pruebas y no

(1) La idea de la inmediación es relativamente nueva en el Derecho Procesal Penal. Su origen se encuentra en el movimiento de reforma del siglo XIX, cuyo punto de partida fue la crítica del proceso inquisitorio, el cual dividía formalmente en dos etapas, atribuidas a distintos sujetos, la tarea de la Administración de Justicia. En la primera fase del proceso, el instructor instruyó; en la segunda fase el juzgador juzgaba solamente con base en el producto de la instrucción, que eran las actas del expediente ("*quod non est in actis, non est in mundo*"). Para los reformadores del siglo XIX, la inmediación, que implicaba que una sola persona conociera la prueba y juzgara, tenía por finalidad que el tribunal tuviera conocimiento inmediato, por percepción directa y sensorial, de todos los acontecimientos del debate y, en especial de la recepción de la prueba. (Así, entre otros, VON GLEISPACH, pág. 39; GEPPERT, pág. 122; HENKEL, pág. 328; EB. SCHMIDT, I, Rn. 444; SCHÄFER, Einl. zu L—R, Kap. 13, Rn 62). El surgimiento de la idea de la inmediación se vio acelerado por dos acontecimientos históricos: por un lado, el Código de Instrucción Criminal francés de 1808 previó la audiencia oral y pública ante el tribunal de juicio; por otro lado, la reforma de los códigos penales extendió la discrecionalidad del juez a la imposición de la sanción. Esto convirtió en obsoleto el viejo procedimiento inquisitorio, porque tal cambio en el Derecho Penal de fondo implicaba que el juez debía valorar el grado de la culpa y la personalidad del delincuente, para lo cual no bastaban las actas del expediente, sino que se necesitaba que el juez viera y oyera de viva voz al imputado y a los testigos y les planteara preguntas.

(2) En tal sentido, entre otros, EB. SCHMIDT, I, Rn. 444 s.; HENKEL, pág. 342; LÖHR, pág. 17; GEPPERT, págs. 122 ss.; PETERS, pág. 267; VON HIPPEL, pág. 315; BELING, pág. 133; GERLAND, pág. 173.

(3) Así, entre otros, LÖHR, pág. 18.

(4) Así, LÖHR, pág. 20.

a los hechos de la causa (5). Hay acuerdo en la doctrina, a pesar de los diferentes contenidos que los autores dan al término inmediación (6), que las únicas pruebas afectadas por el principio de inmediación son aquellas con las cuales se trata de esta-

blecer la acción punible, la culpabilidad o la pena (7), para fundamentar así la pretensión punitiva estatal (8) y que entran en el campo de las llamadas "pruebas estrictas" (9).

I. LA INMEDIACION EN SENTIDO SUBJETIVO O FORMAL

3. Dos características esenciales definen la inmediación en sentido formal o subjetivo: la primera es que el tribunal debe oír y ver, con propios oídos y ojos, a los participantes procesales y, en el ámbito de la prueba, al imputado, a los testigos y a los peritos; la segunda es que "inmediación" designa siempre la relación del tribunal que debe conocer los hechos con los medios de prueba y con los participantes procesales (10), de tal modo que entre el primero y los segundos no intermedie otro juez, tribunal o autoridad. Conforme a esta segunda característica, el principio de inmediación tendría principalmente la función de evitar que el sujeto cognoscente, —esto es, el juez o el tribunal—, sea engañado sobre la autenticidad de la prueba que se hace valer en el proceso (11).

De estas dos características esenciales de la inmediación en sentido formal o subjetivo, surgen consecuencias que, realmente, son exigencias planteadas al Tribunal sobre cómo debe recibir la prueba en la audiencia.

A. Inmediación formal como propia percepción sensorial del tribunal de las pruebas en el debate.

4. Las pruebas que sirven de base a la sentencia deben haber sido recibidas, en el debate, por el tribunal que dicta sentencia (arts. 382, 393, 395, 396, 400 inc. 3, Cód. Proc. Pen.). Base de la sentencia es solamente aquello, —medios o elemen-

(5) Inmediación respecto a los hechos de la causa significaría que el juez hubiera presenciado el hecho punible con sus propios sentidos, lo cual, aparte de ser casi imposible, lo excluye como juez de la investigación judicial del caso, porque el juez no puede valorar su propio conocimiento privado de los hechos. Hay incompatibilidad entre la posición de juez y la condición de testigo (art. 29 inc. 1 Cód. Proc. Pen.). Como hemos dicho (CASTILLO GONZALEZ, "La Prueba Indiciaria", Revista Judicial, No. 11, pág. 35), desde este punto de vista, el conocimiento judicial de los hechos siempre es mediato, porque el juez debe obtener su conocimiento de los hechos y su convencimiento por medio de las pruebas materiales y personales.

(6) Las discrepancias doctrinales sobre el contenido del principio de inmediación se explican por dos causas: la primera es que el término "inmediación" nada dice sobre su contenido, porque como concepto es una mera representación formal de relación, cuyo núcleo es lo directo o lo inmediato entre dos cosas. Para poder decir algo sobre lo inmediato es necesario establecer primero cuáles son los acontecimientos que se relacionan de tal modo. (Así, LÖHR, pág. 16). La segunda causa es que algunas definiciones de inmediación procesal, —la cual lleva siempre a la discusión de en qué medida las pruebas obtenidas en las etapas anteriores al debate pueden utilizarse en éste—, se vuelven contra el fin del proceso penal, que es el descubrimiento de la verdad real y contradicen elementales principios de economía procesal, los cuales desaconsejan que se ignoren en toda hipótesis los resultados de la instrucción. (Así, GEPPERT, pág. 2).

(7) Así, LÖHR, pág. 131.

(8) Solamente respecto a la pretensión punitiva estatal, —es decir, no con relación a lo que es objeto de la acción civil resarcitoria—, vale el principio de inmediación.

(9) Así, entre otros, LÖWE-ROSENBERG, Vorb. § 226, Anm. 2; VON KRIES, pág. 348. La denominación "prueba estricta" ("Strengbeweis"), —que es aquella que se refiere a hechos significativos esenciales para el establecimiento de la culpabilidad, del hecho punible y de la pena, en contraposición a la "prueba libre" ("Freibeweis") que es aquella que no se refiere a lo que es el campo de aplicación de la prueba estricta—, fue hecha por DITZEN ("Dreierlei Beweis im Strafverfahren", Leipzig, 1926, según cita de LÖHR, pág. 131). Son pruebas libres aquellas tendientes, por ejemplo, a tomar medidas o decisiones procesales, como el establecimiento de un juzgamiento anterior, el examen de si una querrela fue interpuesta en tiempo o el establecimiento de la capacidad de un testigo para dar juramento. En tales casos, el tribunal no está ligado a las limitaciones legales que imponen los principios de inmediación y oralidad.

(10) En tal sentido, entre otros, GEPPERT, pág. 132; LÖHR, pág. 17; EB. SCHMIDT, I, Rn. 444 s.

(11) Así, entre otros, KRAUSE, pág. 132; SPRANG, pág. 36; ROGGMANN, pág. 35; J. MEYER, pág. 76.

tos probatorios esenciales—, legalmente incorporados al debate. En sentido estricto debe hablarse del "principio de inmediación del debate" (12).

1. Casos de incapacidad física de percepción.

5. Consecuencia del principio de inmediación formal es la necesidad de capacidad física de percepción de la prueba en el debate por el juez o por los miembros del tribunal. Con este principio no se cumple si el juez es sordo; si uno de los miembros del tribunal lo es, tampoco, según la doctrina (13), porque el principio de inmediación vale para todos y cada uno de los miembros del tribunal, ya que todos y cada uno de los miembros del tribunal tiene los mismos derechos y obligaciones. Si el juez es ciego, solamente hay violación al principio de inmediación si la recepción de la prueba requiere que el juez vea con sus propios ojos algo, como podría ser el caso de que el peritazgo conste de planos, signos o figuras (14). Cuando esto ocurre en relación con un tribunal formado por un conjuer ciego, solamente hay violación al principio de inmediación, si la incapacidad visual de aquél no puede ser llenada con la capacidad visual de los otros miembros del tribunal, dado que con tal principio se cumple si inmediación existe respecto al tribunal en total, no importando lo que ocurre en relación con uno de los miembros (15).

La hipótesis del juez dormido en la audiencia, —o borracho o drogado—, se equipara a la ausencia física del juez, a condición de que el estado de incapacidad lo haya afectado durante una parte

esencial del debate (16). El caso se rige, entonces, por las reglas de la inexistencia (de la sentencia) cuando se trata de un juez individual ("non iudex") o como nulidad por defecto de constitución del tribunal (art. 145 inc. I, Cód. Proc. Pen.), si el defecto afecta a uno de los miembros de un tribunal colegiado.

2. Prohibición de valorar el conocimiento privado de los hechos.

6. El principio de inmediación formal, como obligación de percibir por los propios sentidos la prueba en la audiencia, prohíbe también que el juez utilice para fundamentar la sentencia su conocimiento privado de los hechos (17). La "decisión autoritaria", que es la sentencia, hace necesaria una investigación de la verdad real por los medios de prueba legalmente establecidos conforme a cánones legales (18). Por eso es que la condición de juez o de miembro del Tribunal es incompatible con la condición de testigo de los hechos que se investigan (art. 29 inc. 1, Cód. Proc. Pen.).

B. Inmediación formal como relación directa del juez con los medios de prueba y con los participantes procesales.

7. De acuerdo con la doctrina dominante (19), la aplicación del principio de inmediación formal, entendido como contacto directo del juez o tribunal con los medios probatorios y los partici-

(12) Así, entre otros, HENKEL, págs. 328 s.; KMR, Vorb. § 296, Anm. 2 b); KERN-ROXIN, pág. 57, EB. SCHMIDT, I. Rn. 435; GEPPERT, pág. 147. Algunos autores (por ejemplo, VELEZ MARICONDE, II, pág. 187; CASTILLO BARRANTES, pág. 53) hablan de inmediación respecto a las actividades del juez de instrucción. Nosotros restringimos el concepto de inmediación al juicio y concretamente al debate. Es cierto que se requiere la presencia del juez de instrucción en la mayoría de los actos que realiza en la instrucción. Sin embargo, no se trata realmente de un problema de inmediación de la prueba, sino más bien de existencia o inexistencia de un acto de instrucción, que debe definirse fundamentalmente por el sujeto que lo realiza. Sin la presencia del juez de instrucción cuando la ley la requiere no hay acto de instrucción. Tanto Castillo Barrantes como Vélez Mariconde afirman luego, contradictoriamente con su idea de extender el principio de inmediación a los actos del juez de instrucción, que la inmediación se manifiesta en tres formas, todas referidas al debate, que son la oralidad, la concentración (o continuidad) y la identidad física del juzgador.

(13) Así, entre otros, LÖWE-ROSENBERG, Vorb. § 338, Anm. 5 d); KERN-ROXIN, pág. 230; GEPPERT, pág. 147; EB. SCHMIDT, I, Rn. 435. El Tribunal Supremo alemán ha dicho, empero, que tal incapacidad por sordera del juez o miembro del tribunal es la regla (BGHSt. 4, 191 (193)). Por consiguiente, puede haber casos de excepción.

(14) Tal ha sido la posición de la jurisprudencia alemana, la cual nos parece correcta. Así, BGHSt. 4, 191 ss.; BGHSt. 11 74 (78) y BGHSt. 18, 51 ss., según cita de GEPPERT, pág. 148, nota 55.

(15) Tal es la posición de la jurisprudencia alemana. Así, BGHSt. 5, 354 (357), según cita de GEPPERT, pág. 148, nota 58.

(16) Tal ha sido la posición de la jurisprudencia alemana. Así, RGSt. 60 (63); BGHSt. 2, 14 ss., según cita de LÖWE-ROSENBERG, Vorb. § 338, Anm. 5 c).

(17) Así, STEIN, págs. 2 ss.

(18) Así, entre otros, KRAUSE, págs. 49 ss.; SPENDEL, JuS 1964, pág. 468; GEPPERT, pág. 151.

(19) Así, entre otros, LÖHR, pág. 40; BELING, pág. 317; VON HIPPEL, pág. 392.

pantes procesales, hace menester distinguir entre medios probatorios personales y medios probatorios materiales, porque la inmediación exige una determinada forma de utilización por el juez o tribunal del concreto medio probatorio de que se trate.

1. La inmediación formal en los medios personales de prueba.

8. Medios personales de prueba son la declaración de imputado, la prueba pericial y la prueba testimonial. La regla general es que el tribunal debe realizar su actividad cognoscitiva mediante percepción directa del medio probatorio personal. Solamente así el tribunal puede apreciar la personalidad del imputado, la pericia del experto o la veracidad del testigo; solamente mediante la presencia de testigos y peritos en la audiencia puede el imputado plantearles o hacer que su representante lo haga, las preguntas necesarias para su defensa (20). Por ello exige la ley la presencia en el debate del imputado (21), de los testigos y, si fueron citados, de los peritos.

a) La declaración del imputado.

9. La regla general es que el imputado debe estar presente en la audiencia y declarar de viva voz, para que el tribunal tenga percepción directa, por los propios sentidos, de su declaración. Lo prohibido es, salvo excepciones, el conocimiento mediato, mediante lectura, de la declaración de imputado. Este principio general, fruto de una escogencia valorativa del legislador, es una regulación de carácter técnico probatorio (22), que funciona como

una limitación, impuesta por la ley (23), al conocimiento de la verdad. La regla general significa la prohibición de utilizar un documento en la medida en que sea posible una prueba personal (24).

10. El artículo 373 del Cód. Proc. Pen., que permite la lectura de declaraciones del imputado en determinadas hipótesis, rendidas anteriormente, a la par o en defecto de la declaración del imputado en el debate, contiene una excepción al principio de inmediación, porque una declaración anterior, leída, sustituye la declaración en el debate, y en tal declaración leída puede apoyarse la sentencia (25). Siendo el artículo 373, Cód. Proc. Pen., una norma de excepción, debe interpretarse restrictivamente (26) y la lectura solamente es posible bajo tres condiciones muy precisas: la primera, que haya una negativa a declarar del imputado o que haya contradicción entre la declaración prestada en el debate y su anterior declaración; la segunda, que la declaración haya sido prestada ante uno de los sujetos taxativamente enumerados; ésto es, ante un juez de instrucción, ante un agente fiscal o ante un alcalde; la tercera, que a la hora de la declaración se hayan observado las normas de la instrucción.

b) La declaración testimonial.

11. De acuerdo con los artículos 95 y 380, Cód. Proc., Pen., el testigo debe declarar, en presencia del tribunal, de viva voz. La regla es la inmediación de la prueba testimonial. En el artículo 384, Cód. Proc. Pen., el legislador establece excepciones al principio de inmediación, excepciones

(20) Así, LÖHR, pág. 41.

(21) La presencia del imputado en la audiencia es un requisito para la existencia misma del debate, según se deduce de los artículos 51, 52, 86, 362 y 373 Cód. Proc. Pen. No son excepciones a este principio ni el art. 86 Cód. Proc. Pen., porque este mismo artículo faculta al tribunal para requerir la presencia del imputado en cualquier momento, ni el artículo 362 Ibíd., que le permite alejarse de la audiencia después de declarar, y hacerse representar por su defensor, porque en tal hipótesis queda bajo la custodia del tribunal, el cual puede llamarlo en cualquier momento.

(22) Así, BELING, "Beweisverbote", págs. 4 ss.

(23) Esta limitación legal no es una prohibición probatoria en sentido estricto. Prohibiciones probatorias son principios jurídicos que, o bien prohíben aclarar determinado hecho ("Beweistatsachenverbote"), —tal es el caso en nuestro derecho de la prohibición contenida en el artículo 307 del Código Penal, de probar la verdad o la notoriedad de los hechos o cualidades atribuidas al ofendido en el desacato—, o bien prohíben la utilización de determinado medio probatorio en el caso concreto ("Beweismittelverbote"), como ocurre en nuestro derecho con los papeles privados sustraídos y demás correspondencia sustraída (art. 24 de la Constitución Política, arts. 196, 198 y 201 del Código Penal). Tales prohibiciones probatorias son límites impuestos por la ley misma al conocimiento de la verdad.

(24) En tal sentido, entre otros, KRAUSE, pág. 199; ALSBERG-NÜSSE, págs. 298 ss.; LÖHR, pág. 144.

(25) Así, LÖHR, pág. 149.

(26) Desgraciadamente los tribunales, —algunos de ellos— han interpretado, violando todo principio interpretativo, el artículo 373 Cód. Proc. Pen. ampliativamente, con lo cual han logrado subvertir el orden probatorio establecido por el legislador. Por ejemplo, es muy común que se lea la declaración prestada ante oficiales del Organismo de Investigación Judicial. Estas declaraciones no pueden ser leídas, conforme al mencionado artículo 373 porque, a parte de que no siempre hay seguridad de que sean expresiones de libre voluntad del imputado, no son dadas ante juez de instrucción, alcalde o agente fiscal, ni se observan en ellas, por regla general, las normas de la instrucción.

que se fundamentan en motivos de economía procesal (inc. 1), de necesidad de investigación de la verdad real (inc. 2), en el principio de conservación de la prueba y en la regularidad de los actos estatales (incs. 3 y 4) o en motivos atinentes al derecho público, interno e internacional (inc. 4).

Una aclaración escrita de un testigo, sobre el mismo punto probatorio que versa su declaración, puede leerse en el debate, aunque tal hipótesis no está regida por el artículo 384, Cód. Proc. Pen., que no la contempla. Tal lectura solamente es permitida, sin embargo, en la medida en que la aclaración complete, pero no sustituya la declaración testimonial (27), porque la ley permite la prueba documental mientras no lo prohíba expresamente.

12. El testimonio de oídas (*"ex audito alieno"*) ocurre cuando alguien repite ante el tribunal, en su condición de testigo, lo que le fue comunicado por un tercero, que percibió directamente el hecho a probar (28). En nuestro derecho procesal penal tal testimonio es permitido, sin que haya violación al principio de inmediación, puesto que testigo es toda persona que conozca de los hechos que se investigan, —por propia percepción o por haberlos oído de un tercero—, cuando su declaración puede ser útil para el descubrimiento de la verdad (29). Si el *"testes de auditu"* es oído personalmente por el tribunal, se cumple con el principio de inmediación, porque para éste es intrascendente sobre qué hecho es oído el testigo. También el testigo de oídas ha percibido hechos; a saber, el relato sobre los hechos del testigo original.

c) La declaración del perito.

13. Razones de economía procesal explican que el legislador permita en el artículo 379, Cód. Proc. Pen., que se lea la parte sustancial del peritaje, la cual entrará al proceso como prueba docu-

mental (30). Hay, pues, una excepción al principio de inmediación respecto a la prueba pericial, la cual se explica porque no es la persona del perito, sino el contenido de su dictamen lo que hace el peritaje. El mismo artículo 379, Cód. Proc. Pen., obliga a los peritos citados a responder bajo juramento a las preguntas que se les haga.

2. La intermediación formal en los medios materiales de prueba.

14. Medios materiales de prueba son la inspección judicial y la prueba documental. Ni en una ni en otra requiere el legislador el principio de intermediación.

No hay norma alguna que obligue al tribunal a tener una percepción sensorial y personal de las cosas que fueron objeto de la inspección judicial, lo cual se explica por razones de espacio y de tiempo, —imposibilidad de mover ciertos objetos, pérdida de tiempo por el traslado—, y por el principio de conservación de la prueba (31). No es necesario que el tribunal tenga una impresión personal sobre la cosa, objeto de la inspección, porque lo que importa es el conocimiento preciso y suficiente de las características del objeto, lo cual puede lograrse mediante su fotografía, su descripción escrita, etc. Las actas de inspección realizadas por un juez, alcalde o agente fiscal simplemente se leen. El artículo 385, Cód. Proc. Pen., permite la lectura de las actas de inspección, registro domiciliario, requisa personal y secuestro practicadas por oficiales o auxiliares de la Policía Judicial, practicadas conforme a las normas de la instrucción, salvo que estos oficiales o auxiliares hayan sido citados como testigos, en cuyo caso solamente pueden leerse si el fiscal y las partes lo consienten, o si se dan los supuestos del artículo 384 incs. 2 y 3, Cód. Proc. Pen.

La prueba documental tiene por finalidad el

(27) Tal es la posición de la jurisprudencia alemana. La doctrina alemana, por el contrario, niega la posibilidad de lectura en ese caso, partiendo de la idea de que si la ley establece solamente en determinadas hipótesis la permisión de lecturas testimoniales, sería burlar el espíritu y la letra de la ley permitir la lectura en ese caso no contemplado (así, entre otros, EB. SCHMIDT, II, Vorb. § 250, Rn. 4; SCHNEIDEWIN, JR 1951, pág. 483; GÜNDWALD, JZ 1966, pág. 493; PETERS, JZ 1965, pág. 650).

(28) En tal sentido, LÖHR, pág. 55.

(29) Así, entre otros, GARRAUD, II, pág. 2; BOUZAT, pág. 919; MANZINI, II, pág. 183. Desde luego, que hay límites lógicos para la admisión de los testigos de oídas. No es admisible el testimonio de aquellos que conocen los hechos por rumor público o por pública fama, los cuales no pueden dar razón de la fuente cierta de su información. El antiguo derecho francés llamaba a estos testigos, cuyo testimonio no es admisible, *"témoins par oui-dire"* (así, GARRAUD, II, págs. 10 s.).

(30) Así, LÖHR, pág. 139.

(31) Así, LÖHR, pág. 42. No existe en tal prueba el principio de intermediación. En tal sentido, entre otros, EB. SCHMIDT, I, Rn. 446; VON KRIES, pág. 347; BELING, pág. 317; VON HIPPEL, pág. 392.

conocimiento y la valoración del contenido intelectual del escrito (32). Por ello es que el artículo 385, Cód. Proc. Pen., dice solamente que los documentos deben ser leídos; es decir, que el tribunal debe tomar conocimiento mediante lectura del contenido del documento, de modo inmediato. Ninguna norma establece que el tribunal debe ver el original del documento que es valorado. Por ello puede afirmarse que el legislador no exige el principio de inmediación en la prueba documental (33).

Lo único que garantiza el legislador es la oralidad; es decir, que el contenido del documento sea conocido mediante lectura por las partes, para que éstas puedan discutirlo (34). La finalidad que persigue el legislador en la prueba documental puede ser llenada no solamente mediante la lectura del original, sino también mediante lectura, establecida previamente su autenticidad, de una fotocopia o de una certificación del documento original (35).

II. LA INMEDIACION EN SENTIDO OBJETIVO O MATERIAL

15. En sentido material u objetivo, inmediación significa que el tribunal debe elegir, para una correcta investigación de los hechos de la causa, aquel medio probatorio de cuyo contenido deriva, por ser más cercano, la mayor exactitud del hecho a probar, entre todos los medios probatorios que tiene a la mano referentes al mismo punto del "thema probandum" (36). Esta regla jurídica proviene del principio de inmediación y del fin último del proceso, que es la verdad material (37); tiene su fundamento en la circunstancia de que cualquier mediatización del contenido de una fuente probatoria causa un debilitamiento del conocimiento judicial de los hechos (38).

La problemática tratada en el principio material de inmediación se refiere a la calidad probatoria de una lista de pruebas que inciden sobre un mismo punto probatorio y nada tiene que ver con

la clasificación entre prueba directa e indirecta (indiciaria) (39). El principio de inmediación no prohíbe el empleo de la prueba indiciaria ni otorga preminencia a la prueba directa. Más bien suele ocurrir que pruebas materiales indiciarias sean más concretas que pruebas personales directas o que pruebas personales indiciarias sean más exactas que una prueba material directa (40).

16. Dos exigencias plantea el principio de inmediación en sentido material: la obligación del Tribunal de conocer las pruebas, por así decirlo, en su original y la prohibición que aquél tiene de utilizar sustitutivos probatorios; ésto es, la prohibición de una actividad probatoria realizada a través de pruebas deducidas de otras pruebas. Conforme a la primera obligación, el tribunal debe, por ejemplo, utilizar el original del documento antes

(32) Así, entre otros, EB. SCHMIDT, I, Rn. 446; VON KRIES, pág. 347; LÖHR, pág. 42; BELING, pág. 311; VON HIPPEL, pág. 434; KRAUSE, pág. 120; HENKEL, pág. 288.

(33) LÖWE-ROSENBERG, Vorb. § 249, Anm. 4; LÖHR, pág. 43; VON KRIES, pág. 347.

(34) Así, LÖHR, pág. 44.

(35) Así, KMR, Vorb. § 249, Anm. 1 b).

(36) Así, GEPPERT, pág. 165.

(37) Así, entre otros, KMR, Vorb. § 226, Anm. 2 b); HENKEL, pág. 343; KERN-ROXIN, pág. 210; ALSBERG-NÜSSE, pág. 73; KRAUSE, pág. 132; LÖHR, pág. 49; BELING, pág. 33.

(38) Así, LÖHR, pág. 49.

(39) La circunstancia indiciante en la prueba indiciaria deriva siempre de una prueba directa, respecto a la cual vale lo dicho sobre el principio de inmediación. Un ejemplo aclara lo anterior: en un proceso por homicidio existe como prueba una mancha de sangre en la camisa del sospechoso. Esta mancha de sangre es un indicio que, partiendo de otros datos probatorios, —propiedad o posesión en el momento de los hechos, de la camisa, examen de la mancha de sangre y determinación de su correspondiente tipo con la del muerto, etc.—, permite probar a cargo del sospechoso, por deducción lógica, la imputación de autoría en el homicidio. El indicio mismo debe ser probado por otros medios probatorios: por inspección judicial de la camisa, por peritos que examinan la mancha de sangre y la sangre del muerto, por testigos que observaron que el agente tenía puesta la camisa manchada después de los hechos, etc. Respecto a esta lista de medios probatorios, el principio de inmediación en sentido material obliga al tribunal a escoger aquellos más cercanos a la circunstancia indiciante que se trata de probar.

(40) Así, GEPPERT, pág. 165.

que su fotocopia, y solamente en defecto de aquél puede entrar ésta en juego. Es actividad probatoria deducida la que se produce cuando se utiliza, en vez de la declaración del imputado, la declaración de un testigo sobre lo que aquél dijo, o cuando se sustituye la inspección judicial por un peritaje sobre las características del objeto. En todos estos casos se trata de una prueba indiciaria que, a través de un cambio de rol de un determinado medio probatorio, permite al Tribunal probar, utilizando un medio indirecto, lo que no puede probar por el medio probatorio directo correspondiente (41).

17. Entre los problemas que presentan los sustitutivos probatorios, se ha discutido el valor que tienen en el proceso penal medios modernos de gravar la imagen o la voz, como los filmes, los discos o las cintas magnetofónicas. Para resolver el problema, hay que hacer en nuestro derecho las siguientes distinciones:

a) El artículo 24 de la Constitución Política, que protege la libertad de comunicación oral o escrita de los habitantes de la República, establece una prohibición probatoria, al decir que: "La correspondencia que fuere sustraída, de cualquier tipo que sea, no producirá efecto legal". Los artículos 197, 198 y 201 del Código Penal protegen penalmente la garantía constitucional y prohíben la sustracción de comunicaciones escritas y orales, la grabación de éstas y la utilización de ellas. De modo que si el filme, el disco o la cinta magnetofónica fueron obtenidos en las condiciones que describen el artículo 24 de la Constitución, y los artículos 197, 198 y 201 del Código Penal, tales objetos no pueden servir de prueba, primero, por la prohibición probatoria contenida en el primero de los artículos citados; segundo, por lo dispuesto en el Código Penal.

El artículo 221 del Código de Proc. Pen., que autoriza en contradicción con el artículo 24 de la Constitución, al juez para ordenar la intervención de las comunicaciones telefónicas del imputado para conocerlas o para impedirles, no puede dero-

gar la prohibición probatoria establecida en la Constitución. Tal artículo 221 Cód. Proc. Pen., por otro lado, solamente puede justificar la intervención telefónica de un imputado, —por consiguiente, debe haber juez competente e imputado conforme al artículo 45 Cód. Proc. Pen.—, con la finalidad específica de impedirles o conocerlas. No está autorizado el juez, para utilizarlas como prueba en contra de éste, pues a ello no lo autoriza el artículo 221, Cód. Proc. Pen., y lo prohíben los artículos 201 del Código Pen. y el artículo 24 de la Constitución. La libertad probatoria en materia penal (art. 198, Cód. Proc. Pen.) tampoco autoriza tal actuación antijurídica, pues conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial los jueces están sometidos a la Constitución y a la ley, las cuales son límites naturales a la libertad probatoria judicial.

b) Si el filme, la cinta magnetofónica o el disco no fueron obtenidos fraudulentamente, en contra de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución o en los artículos 197, 198 y 201 del Código Penal, tales objetos son medios probatorios en el proceso penal. El valor que tienen es el de un simple indicio. En efecto, cuando el filme, el disco o la cinta magnetofónica contengan cargos contra una persona que tiene la posición de imputado, vale respecto a esos objetos la prohibición de lectura de declaración del imputado, fuera de los casos del artículo 373, Cód. Proc. Pen., pues si otros documentos no pueden sustituir la declaración personal del imputado, tampoco puede jurídicamente sustituirla un filme, un disco o una grabación magnetofónica (conclusión "*per argumentum a maiore ad minus*"), sobre todo cuando tales objetos no son fiables en cuanto a la autenticidad (42). Tales objetos tampoco pueden entrar como prueba documental al proceso, porque el documento se caracteriza por la fijación de determinado contenido intelectual por medio de la palabra escrita y por la posibilidad de ser leído. Estas notas características faltan en las cintas magnetofónicas, en los filmes o en los discos, los cuales se caracterizan frente a los documentos por una determinada forma de

(41) Así, LÖHR, pág. 49. Especialmente peligrosa es la práctica que se ha introducido en algunos de nuestros tribunales, con relación en la declaración del imputado. Este no ha rendido declaración alguna. Pero el juez de instrucción o el tribunal recibe como testigos a los oficiales del Organismo de Investigación Judicial que hicieron la investigación, los cuales declaran que el imputado declaró ante ellos y admitió su responsabilidad en la comisión del hecho delictivo. En tal hipótesis se presenta lo que llama PETERS (pág. 254) un cambio fraudulento de rol. Los agentes del OIJ, que son parte del órgano estatal de persecución y que tienen la función de investigar y de aclarar la situación fáctica, toman el papel de un medio probatorio que no les corresponde, para burlar la garantía constitucional del imputado de declarar o de guardar silencio.

(42) Así, LÖHR, págs. 125 s.

fijación de su contenido, que es siempre técnicamente reproducible (43). Conforme al principio de inmediación y conforme a los artículos 384 y 385 del Cód. Proc. Pen., que dan preminencia a las

pruebas personales relativas a imputado y testigos, es evidente que tales objetos no pueden utilizarse como sustitutivos de una declaración de imputado o de una declaración testimonial (44).

III. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA VIOLACION DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION

18. La violación al principio de inmediación, en sentido formal o material trae como consecuencia sanciones procesales. Al respecto debe distinguirse entre nulidades absolutas y relativas y entre inexistencias:

a) En el caso del juez unipersonal afectado por incapacidad psíquica de conocer la prueba, —caso de borrachera, de sueño, de drogadicción—, nos encontramos ante la hipótesis del "*non iudex*", que se rige por las reglas de inexistencia.

b) Nulidad absoluta existe cuando la violación de la inmediación ha tenido por consecuencia violación de reglas relativas a la intervención del imputado, que impliquen, a su vez, violación de normas constitucionales. Tal es el caso de introducir al debate un filme, un disco, una cinta magnetofónica u otra correspondencia sustraída (arts. 24 de la Constitución, 145 inc. 3 y 146 del Cód. Proc. Pen.). Para que esa nulidad absoluta se produzca es necesario que la sentencia se base en esa prueba ilegalmente introducida al debate (art. 400 inc. 3, Cód. Proc. Pen.).

c) Hay nulidad (relativa) por falta de fundamentación o por violación a las reglas de la sana crítica, cuando el tribunal ha basado su sentencia en contra de la regla que lo obliga a escoger el me-

jor medio probatorio entre los concurrentes para probar determinado hecho o cuando ha fundado la sentencia en el conocimiento privado de los hechos (art. 400 inc. 4, Cód. Proc. Pen.). En tales casos no se requiere reserva de gravamen, pues es la sentencia el acto viciado de nulidad y contra ella el gravamen se ejercita al ejercitar el recurso.

d) En todos los demás casos de violación del principio de inmediación existe nulidad relativa. La sanción a esta nulidad es específica en algunos casos (arts. 384 y 385, Cód. Proc. Pen.) o genérica (art. 145, Cód. Proc. Pen.). De acuerdo con el artículo 400 inc. 3, Cód. Proc. Pen., esta nulidad requiere que la sentencia se apoye en esas pruebas o elementos probatorios ilegalmente introducidos al debate. Esta nulidad se convalida, por ser relativa (45), si no hay reclamo inmediato de la subsanación del defecto, si era posible, o manifestación concreta de recurrir en casación (arts. 148 inc. 3, 149, 372, 454 y 471 inc. 2, Cód. Proc. Pen.).

19. Salvo el caso de inexistencia, la cosa juzgada sana toda nulidad, sea absoluta o relativa. El reclamo contra las violaciones al principio de inmediación solo es posible si la sentencia tiene recurso de casación. En nuestro sistema, de única instancia, graves arbitrariedades probatorias quedan sin sanción, pues no toda sentencia condenatoria o absolutoria es recurrible en casación.

(43) En tal sentido, entre otros, KRAUSE, pág. 124, ROGGMANN, págs. 71 ss.

(44) Así, LÖHR, pág. 124.

(45) En tal sentido, DE LA RUA, pág. 171.

IV. DISTINCION DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION DE OTROS PRINCIPIOS PROCESALES

20. Punto importante es la distinción del principio de inmediación de otros principios procesales.

A. La distinción entre inmediación y oralidad.

21. Durante todo el siglo XIX y aún hoy (46) numerosos autores confundieron oralidad e inmediación, lo cual se explica, históricamente, porque en el proceso inquisitorio, en el cual el juez obtenía su conocimiento a través del expediente escrito, el carácter escrito del proceso condicionaba su mediación (47). En la época de redacción de los códigos procesales modernos, muchos tenían la idea de que entre escritura y mediación había la misma relación que entre oralidad e inmediación. De modo que cuando los reformadores hablaban de oralidad del proceso, se referían también al problema de la inmediación (48). La confusión se explica, además, porque el tribunal recibe en audiencia oral la propia percepción, inmediata y personal, de la prueba. Pero esa circunstancia es únicamente una coincidencia exterior, que ocurre en declaraciones dadas personalmente en la audiencia, del modo de operar de ambos principios, los cuales sirven, de modo distinto, al descubrimiento de la verdad material (49).

22. En tanto que la sentencia debe resultar de un debate oral (arts. 359 y 392, Cód. Proc. Pen.) es evidente que los fundamentos de la sentencia deben salir del material probatorio discutido oralmente (50). El principio del Derecho Procesal Penal moderno es inverso al del viejo proceso inquisito-

rio, —“*quond non est in actis, non est in mundo*”—, porque la decisión debe fundamentarse en lo que fue materia de discusión oral en el debate y no en las actas del expediente. Así, por ejemplo, imputado, testigos y peritos deben declarar oralmente en el debate; los documentos son leídos, discutidos y valorados por el tribunal y por las partes; los resultados de la inspección judicial son también discutidos oralmente en el debate.

El principio de oralidad se relaciona con la forma de realización del juicio y con el modo de proceder los participantes procesales ante el tribunal y establece que solamente deben valorarse en la sentencia el material probatorio discutido oralmente (51). Desde este punto de vista, la oralidad es fundamentalmente una garantía política, que asegura la apertura, la “contrabilidad” y la “fairness” de la investigación de la verdad en el proceso. El principio de inmediación se refiere, al contrario, a la relación del tribunal con los medios de prueba y define la forma como éste debe conocerlos; sirve a la investigación de la verdad material, en tanto que garantiza una mejor utilización y una mejor valoración de los medios de prueba. La inmediación es, por consiguiente, un principio probatorio, mientras que la oralidad es un principio político, destinado a preservar la confianza del pueblo en la Administración de la Justicia (52). Por ello afirma Beling (53) que la oralidad y escritura son formas de entendimiento, mientras que mediación e inmediación son etapas del conocimiento.

La distinción entre oralidad e inmediación es clara en los siguientes ejemplos: si se lee una declaración testimonial fuera de los casos en que ello es permitido por el artículo 384, Cód. Proc. Pen.,

(46) Así por ejemplo, BIRKMEYER (pág. 510 ss.) entiende la oralidad como un subconcepto de inmediación. Escribe: *La inmediación del proceso, en sentido de inmediata percepción sensorial por el tribunal del material que servirá de base a la decisión, se subdivide en oralidad de la audiencia y en inmediación de la recepción de la prueba*. En sentido parecido confunden ambos conceptos CASTILLO BARRANTES (págs. 52 s.) y VELEZ MARICONDE (II, págs. 186 ss.) para quienes oralidad es manifestación del principio de inmediación. Confunde también ambos principios GÖSSEL (pág. 168).

(47) Así, LÖHR, pág. 154; GEPPERT, pág. 137; KRAUSE, pág. 130.

(48) Así, GEPPERT, pág. 137; LÖHR, pág. 156.

(49) Así, LÖHR, pág. 140.

(50) Así, entre otros, EB. SCHMIDT, I, Rn. 429; LÖHR-ROSENBERG, Einl. pág. 129; PETERS, pág. 486; BELING, pág. 186; HENKEL, pág. 327; GEPPERT, pág. 139; LÖHR, pág. 156.

(51) Así, KERN-ROXIN, pág. 73; GEPPERT, pág. 138.

(52) Así, GEPPERT, pág. 141.

(53) BENNECKE-BELING, pág. 258.

hay violación al principio de inmediación, pues hay sustitución prohibida de una prueba personal por una prueba documental, pero no hay violación en tal caso, sin embargo, del principio de oralidad. Por el contrario, se cumple con el principio de inmediación si los miembros del tribunal toman conocimiento directo e inmediato de la carta que contiene expresiones injuriosas. Pero para no lesionar el principio de oralidad es necesario que, mediante lectura, sea conocido por los participantes procesales el contenido de la carta, los cuales solamente así pueden hacerlo materia de discusión en el debate.

B) Distinción entre inmediación y concentración.

23. Por principio de concentración se entiende la exigencia de que el debate se realice, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma concentrada (54). Este principio cumple tres fines (55): favorecer al delincuente, al no prolongar la tensión psicológica que le genera el juicio; reforzar la creencia del pueblo en la Administración de la Justicia al posibilitar una decisión rápida (prevención general) y posibilitar una mejor investigación de la verdad, pues siendo el debate oral, cuanto más tarde la sentencia, tanto más se ha borrado

la impresión del debate y menos fácil es la exacta valoración de la prueba.

El principio de inmediación es un principio probatorio que, desde el punto de vista formal, tiene validez en el campo de recepción de la prueba (56). Este principio nada tiene que ver con el problema de concentración de la audiencia; más bien inmediación y concentración pueden entrar en contradicción, lo cual ocurre cuando el conocimiento del tribunal, por propia percepción sensorial, de un medio personal de prueba, implique la necesidad de suspender o de interrumpir el debate.

C) Distinción entre inmediación e identidad física del juzgador.

24. El principio de identidad física del juzgador establece que un mismo juez debe serlo durante toda la audiencia. La finalidad de este principio es que la misma persona física, que estuvo durante el debate y que tuvo la percepción directa de los distintos medios de prueba, valore el material probatorio. El principio de identidad física del juzgador es, en consecuencia, un principio probatorio, que coincide parcialmente con el de inmediación entendido en su aspecto formal, porque para que ésta pueda existir, debe haber identidad física del juzgador. Se trata, empero, de principios diferentes.

V. CONCLUSIONES

25. El presente estudio permite sacar las siguientes conclusiones:

1. La inmediación formal como capacidad de percepción del tribunal y como prohibición a éste (a sus miembros) de valorar su conocimiento privado de los hechos, son exigencias de carácter general, para todas las situaciones probatorias.

2. También es exigencia general, válida para todas las situaciones probatorias, la inmediación material, entendida como necesidad de escogencia del mejor medio probatorio entre los concurrentes para probar un mismo punto del "*thema probandum*".

3. El legislador solamente exige la inmediación formal como relación directa del Tribunal con los medios de prueba y con los participantes procesales en las pruebas personales, porque en éstas es determinante la impresión que se haga el tribunal del concreto medio probatorio.

La exigencia de inmediación formal, definida de la forma anterior, es mucho más fuerte en la declaración de imputado y en la declaración testimonial que en el peritazgo. La prueba pericial puede entrar al debate prácticamente como prueba documental. Esta diferencia de tratamiento se justifica porque lo fundamental del peritazgo no es la persona del perito, sino el contenido del dictamen.

(54) Así, entre otros, BELING, pág. 376; HENKEL, pág. 330; KERN-ROXIN, pág. 74; PETERS, págs. 482 s.; GÖSSEL, pág. 168; CASTILLO BARRANTES, pág. 55.

(55) Así, GEPPERT, pág. 142.

(56) Así, KERN-ROXIN, pág. 142; GEPPERT, pág. 142.

La intermediación formal como relación directa del Tribunal con los medios de prueba no es requerida por el legislador en las pruebas materiales, en las que no son necesarias percepción personal y sensorial por el tribunal.

4. La intermediación es fundamentalmente un principio probatorio, que implica una limitación a la actividad cognoscitiva del juez o tribunal del material probatorio, limitación que tiene su fundamento en que se piensa que determinada manera de ver las pruebas es la más conveniente para la investiga-

ción de la verdad. Tales limitaciones solamente tienen sentido en un proceso no inquisitorio, —por lo menos no totalmente—, como es el vigente hoy día en nuestro país. El irrespeto al principio de intermediación que algunos de nuestros tribunales realizan, se explica por el reciente pasado, regido por un código procesal penal de corte inquisitorio. El reclamo contra las violaciones del principio de intermediación no siempre es jurídicamente posible en nuestro sistema jurídico procesal penal, lo cual es producto del carácter defectuoso de nuestro proceso penal en materia de recursos.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALSBERG-NÜSSE, "*Der Beweis Antrag im Strafprozess*", 3. Aufl. Köln, Berlin, 1956.

BELING, "*Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*", Breslau, 1903.

BELING, "*Deutsches Reichsstrafprozessrecht*", Berlin-Leipzig, 1928.

BENNECKE-BELING, "*Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts*", Breslau, 1900.

BOUZAT, "*Traité de Droit Pénal et de Criminologie*". Par Pierre Bouzat et Jean Pinatel. Tome II, Procédure Pénale, par Pierre Bouzat, Paris, 1963.

CASTILLO BARRANTES, "*Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*", San José, 1977.

CASTILLO GONZALEZ, "*La Prueba Indiciaria*", Revista Judicial, No. 11.

DE LA RUA, "*El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*", Buenos Aires, 1968.

GARRAUD, "*Traité Théorique et Pratique D'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*", Tome 2è., Paris, 1909.

GEPPERT, "*Der Grundsatz der Unmittelbarkeit in deutschen Strafverfahren*", Berlin-New York, 1979.

VON GLEISPACH, "*Deutsches Strafverfahrensrecht. Ein Grundriss*", Berlin, 1943.

GÖSSEL, "*Strafverfahrensrecht*", Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1977.

GRÜNDWALD, "*Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren*", JZ 1966, págs. 489 ss.

HENKEL, "*Strafverfahrensrecht*", 2a. ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968.

KERN-ROXIN, "*Strafverfahrensrecht*", 12. Aufl., München, 1974.

VON HIPPEL, "*Der Deutsche Strafprozess*", Marburg, 1941.

KMR (MÜLLER-SAX), "*Kommentar zur Strafprozessordnung und zum GVG und OWiG*", 6. Aufl., Darmstadt, 1966.

KRAUSE, "*Zum Urkundenbeweis im Strafprozess*", Hamburg, 1966.

VON KRIES, "*Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts*", Freiburg, 1892.

LÖHR, "*Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozessrecht*", Berlin, 1972.

LÖWE-ROSENBERG, "*Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen*" "*Grosskommentar*". 22. Aufl. 1971/1973, Berlin.

GERLAND, "*Der Deutsche Strafprozess*", Mannheim, Berlin, Leipzig, 1972.

MANZINI, "*Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*", Torino, 1968.

MEYER, "*Dialektik im Strafprozess*", Tübingen, 1965.

PETERS, "*Strafprozess*" "*Ein Lehrbuch*". 2. Aufl., Karlsruhe, 1966.

PETERS, Anm. zum Urteil des BGH vom 16. Februar 1965-1 StR 4/65 (= JZ 1965, S. 649 f.), en JZ 1965, pág. 650.

ROGGEMANN, "*Das Tonband im Verfahrensrecht*", Göttingen, 1962.

EB. SCHMIDT, "*Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*", 1./2. Aufl. 1967.

SCHNEIDEWIN, "*Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung*", en JR 1951, págs. 481 ss.

SCHÄFER, Einleitung zu Löwe-Rosenberg, zit. Auflage.

SPENDEL, *"Wahrheitsfindung im Strafprozess"*,
JuS 1964, págs. 465 ss.

SPRANG, *"Die Zulässigkeit des Beweises durch
Zeugen vom Hörensagen, insbesondere im Rahmen
des § 252 StPO"*, Diss. Göttingen, 1960.

STEIN, *"Das private Wissen des Richters"*, Leipzig,
1893.

VELEZ MARICONDE, *"Derecho Procesal Penal"*,
Buenos Aires, 1969 (tomo II).

* * *