

La investigación penal preparatoria: Análisis comparado Costa Rica-Panamá

*Edwin Duarte-Delgado**

Conferencia dictada en Bocas del Toro, República de Panamá.
Primer Seminario Internacional de Derecho Procesal

Introito

Reforma quiere decir etimológicamente lo siguiente: 1. *f. Acción y efecto de reformar o reformarse.* 2. *f. Aquello que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en algo* (23a edición, 2010).

Reforma procesal penal quiere decir *innovar el proceso penal, mejorarlo*. Es decir, es algo novedoso.

Pero para que sea novedoso, no basta con cambiar las leyes, se requiere un cambio de mentalidad. Un cambio de cultura. Pues, de lo contrario, en la práctica se degradan las disposiciones normativas y se pervierte el proceso.

* Abogado – Criminólogo. Catedrático Universidad Autónoma de Centro América. Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

Una de las novedades, sin duda, lo constituye el diseño de la actual investigación preliminar en manos de un Ministerio Público que se ve fortalecido por una serie de poderes autónomos de investigación y un control del Juez de Garantías de los actos que afecten derechos fundamentales.

No es difícil conciliar una investigación eficaz y el respeto de los derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, en la actualidad hay posiciones ideológicas que pretenden limitar las prerrogativas y garantías de los investigados, pues los consideran un valladar importante en la aplicación de la justicia.

Del mismo modo, hay tendencias doctrinarias que propugnan y aplican laxamente algunas reglas de la prueba espuria, permitiendo una suerte de atropellos a los derechos humanos.

Es en la fase investigativa donde de ordinario se aplican medidas coercitivas que afectan directamente los derechos fundamentales, por eso, es importante su estudio y delimitación.

La fase preliminar es preparatoria. Ha querido el legislador que sea ágil, informal, sin sujeción a las rígidas reglas de la vetusta instrucción que hacía alarde de pomposos expedientes llenos de actas, henchidos a más no poder, mediatizando la vigencia de las garantías básicas de enjuiciamiento.

I. Naturaleza y funciones del Ministerio Público

En palabras de Roxin el Ministerio Público *es el órgano estatal competente para la percusión penal, es una autoridad de la justicia estructurada jerárquicamente* (2003, p. 50).

El Ministerio Público no tiene naturaleza jurisdiccional. Tampoco meramente administrativa. Tiene poderes coercitivos. Pero no goza de independencia. Sus funcionarios se encuentran subordinados a la autoridad del fiscal superior. El fiscal no interviene individualmente, sino por la autoridad delegada del Fiscal Superior (ibídem).

El fiscal no es parte. Por lo tanto, debe de actuar con objetividad. Se encuentra sujeto al bloque de legalidad. Lo anterior quiere decir que el fiscal no solo debe de actuar de modo objetivo, sino legal.

Principios

Principio de objetividad

La discusión es si el Ministerio Público es parte. Hay consenso en que no lo es. (Roxin, p. 53, Horvitz y López, 2002, p. 453). Incluso que su naturaleza jurídica trasciende lo puramente administrativo. (Ibíd.).

Sus actuaciones deben apegarse a principios de objetividad. El artículo 70 del código procesal penal panameño, impone el deber de los fiscales y sus auxiliares, en cuenta de la policía judicial, de actuar con objetividad. En el artículo 24 ab initio señala: *Es obligatorio investigar lo desfavorable y lo favorable a los intereses del imputado y demás intervinientes en el proceso.*

Gramaticalmente objetivo significa: 1. adj. Perteneiente o relativo *al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir.* 2. adj. *Desinteresado, desapasionado* (Diccionario de la Real Academia Española, 22a. Edición, 2009).

Lo anterior implica que en su actuación el actor penal *no tiene que reunir, unilateralmente, material de cargo contra el imputado, sino que debe investigar también las circunstancias que sirvan de descargo* (Roxin, p. 53), es decir, este principio de objetividad se refiere a la obligación que tienen los fiscales de investigar tanto aquello que permita acreditar el delito y la participación del imputado en él como los hechos que extingan, eximan o atenúan la responsabilidad penal (Duce y Riego, p. 144).

Horvitz y López (2002) coincidentemente con la doctrina citada. Dicen que los fiscales no solo están obligados a inquirir

aquellos hechos relacionados con su estrategia de investigación, sino los que invocados por el reo y su defensa permitan excluir, eximir o mitigar su responsabilidad penal (p. 453). En el mismo sentido Llobeth (2009), para quien el Ministerio Público no debe tratar de buscar a una persona que sirva como simple chivo expiatorio para tranquilizar la comunidad (p. 190).

No obstante, dicho principio no está exento de críticas. Hay quienes le enrostran ser de manufactura de la inquisición.

La censura, en una parte, va encaminada a que esta interpretación se asocia con los orígenes inquisitorios del principio de objetividad, donde hay una confusión acerca del papel del actor penal y su diferencia con el que cumplen los jueces (Duce y Riego, p. 144).

Para Bovino, citado por Llobeth (2002), este principio de objetividad es un resabio de la inquisición, lo cual lleva a la dificultad de escindir entre la función de los fiscales y de los jueces. Que la aplicación de este principio lleva a que se de mayor relevancia a los alegatos de los fiscales, debido a que se encuentran guiados por la regla de la objetividad y no por la parcialidad que caracteriza a la defensa del imputado (p. 63).

Del mismo modo, le achaca que relativiza el deber de controlar la actividad persecutoria y diluye el carácter contencioso del caso (p. 63).

El Ministerio Público no debe procurar solamente la acusación, sino investigar las circunstancias que atenúen o extingan la responsabilidad del acusado, sin que ello implique se desempeñe una función de letrado del imputado.

No obstante, en la realidad forense, dicho principio sirve para respaldar las afirmaciones del actor penal, lo que ha llevado a algunos abogados a señalar que el Juez toma una actitud pusilánime.

Principio de interdicción de funciones jurisdiccionales

El Juez no puede investigar. El fiscal no puede realizar actos jurisdiccionales. Le está vedado al juzgador, de modo expreso, la práctica de pruebas de oficio (Artículo 348 del código procesal penal panameño). Dicho principio se extrae de la lectura de los artículos 5, 277 y 279 del código procesal penal.

El guarismo 5 ibídem señala:

Las funciones de investigación están separadas de la función jurisdiccional. Corresponderá exclusivamente al Ministerio Público la Dirección de la investigación. El Juez no puede realizar actos que impliquen investigación o el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público puede realizar actos jurisdiccionales, sin perjuicio de los casos especiales previstos en este código. Sin formulación de cargos no habrá juicio ni habrá pena sin acusación probada.

Señala Alberto Bovino (2005) que *el principio acusatorio no sería suficiente para separar los roles persecutorios y decisorios sino se asegurara una efectiva separación entre ministerio público y poder judicial* (p. 37).

Pero, como señala el autor argentino, el principio acusatorio tiene una vinculación mucho mayor con la realización de una garantía distinta al derecho de defensa: la imparcialidad del tribunal (op. cit. p. 41).

Principio de disponibilidad de la acción penal

El principio de obligatoriedad de la acción penal consiste en el deber de promover la acción penal pública conforme a la ley, sin posibilidad de que esta sea suspendida o declinada (González Álvarez, 1992, p. 104). En la práctica esta solución obligó a investigar y procesar todos y cada uno de los delitos denunciados, lo cual degeneró en el colapso del sistema penal.

Su otra cara, la discrecionalidad u oportunidad permite declinar la persecución penal por razones de oportunidad o conveniencia, debidamente reglamentadas por la ley.

Señala Bovino que frente al reconocimiento de la inaplicabilidad empírica de perseguir todos los delitos, surge el principio de oportunidad, *según el cual, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, puede no iniciarse, o suspenderse la persecución penal, por razones de conveniencia, de utilidad o de un manejo más eficiente de la asignación de recursos (2005, p. 25).*

Debe decirse que el ejercicio de la acción está regido por el principio de obligatoriedad, mitigado por el principio de oportunidad en los casos taxativamente señalados en la ley.

De ahí que se haya dicho que el proceso es acusatorio formal, debido a que siempre se mantiene el monopolio de la acción penal en el Ministerio Público y la obligatoriedad en la persecución penal, aunque atemperada por el principio de oportunidad reglado.

El código procesal penal panameño permite varias posibilidades de declinar la persecución penal. En los casos de desistimiento de la pretensión punitiva (art. 201 a 203), conciliación o mediación (artículos 206 a 211), la aplicación de criterios de oportunidad reglados (artículos 212 a 214), suspensión del proceso sujeto a condiciones (artículos 215 a 219), acuerdos (art. 220.2).

Pero, como menciona Bovino, no solo existe esta disposición en el rango legal, sino en internacional, pues en Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), bajo el título de “Disposiciones previas al juicio” dice lo siguiente:

Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente (imputado) si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso... (Regla 5) (Bovino, 2005, p. 29 a 30).

Por ejemplo, México introduce los criterios de oportunidad desde la Constitución Política, al disponer, con la reforma del 18 de junio del 2008, en el artículo 21 que *el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley. Más aún, en el artículo 20, apartado B, fracción III los dispone como beneficio al considerar que la ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada.*

No obstante, debe decirse que en la práctica, los fiscales sienten temor a la exposición pública por aplicación de los criterios de oportunidad (Bovino, 2005, p. 30).¹

II. La Política de persecución penal

El Ministerio Público debe diseñar la política penal de persecución penal, que comprenda una serie de estrategias y de prioridades que permitan definir con criterios objetivos los casos que deben investigarse (González, 2007, p. 312). Si no hay criterios de oportunidad y priva el principio de obligatoriedad de la acción penal pública, no se puede decir esto. Sólo se pueden seguir *estrategias y prioridades* si prevalece el principio de oportunidad.

Las Reglas de Mallorca definen el contenido de esta política de persecución penal: *En tanto la función acusadora incumba a órganos estatales, se establecerán mecanismos de control judicial para el supuesto en el que el ejercicio de la acción penal por aquellos sea omitido o denegado* (cfr. A.3).

Es decir, el Ministerio Público, con sustento en principios de racionalidad debidamente reglados, dicta disposiciones generales sobre supuestos en los cuales se ejerce la acción penal y en los cuales se prescinde de ella. Esto es posible debido a la posibilidad de aplicar los criterios de oportunidad.

¹ En comparecencia ante la Corte Plena en Costa Rica, en sesión número 30/2007 Artículo IV, el Fiscal General fue increpado por el uso de los criterios de oportunidad. Citado por Llobeth, 2009, p. 191. Puede apreciarse en la siguiente dirección: http://www.poderjudicial.go.cr/secretaria/listado_actas_corte.asp?directorio=./actas_corte/&a=2007

Aunque el criterio de José Daniel Hidalgo —experto en la redacción del Proyecto de Código Procesal Penal para la República Federal de México—, no es de agrado el concepto de *principios de racionalidad* porque confunde. Es lo común que exista el principio de oportunidad reglado y que prive el criterio de oportunidad mediante principios de discrecionalidad. México, por ejemplo, ha empezado a dividir los criterios de oportunidad en dos: unos que exigen la reparación del daño y otros que se exigen como política criminal del MP (entrevista personal)

III. El inicio de la investigación penal preparatoria

No existe un concepto de inicio de la investigación. No obstante, de la lectura de los artículos 10, 98 y 286 del código procesal penal panameño se entiende que inicia la investigación cuando se realice cualquier acto investigativo o acto procesal en la que señalen como probable autora de un delito a una persona o cuando se disponga alguna medida cautelar contra ella, aún sin mediar audiencia de imputación.

Aunque José Daniel Hidalgo señala un criterio más amplio al indicar que no puede iniciar la investigación cuando se *señale* un autor. La investigación se inicia porque existe notitia criminis de un delito (delito de acción pública) o denuncia (delitos perseguible a instancia de parte) o querrela (delito de acción privada), pero la investigación se encamina a demostrar el hecho y, en razón del hecho, el autor de ese hecho, por ende, antes de su identificación (entrevista).

La investigación preliminar, puede iniciarse de oficio, por denuncia o por querrela. De oficio cuando el funcionario tenga conocimiento directo de los hechos aparentemente delictivos. Puede ser a través de un reportaje periodístico que sepa de la comisión de un hecho con apariencia delictiva y ordena la realización de la indagación preliminar, auxiliándose incluso de la policía.

Por medio de la denuncia se pone en conocimiento del Ministerio Público la ocurrencia de un delito de acción pública (cfr. Art. 111 del cpp). El denunciante no es parte en el proceso, salvo que concurren en él la calidad de víctima. La denuncia puede ser anónima.

En los casos de delitos de acción pública perseguibles a instancia privada (art. 112 del cpp), solo puede ser iniciada por quien la ley confiere esa posibilidad. En los casos de delito de acción privada, el procedimiento se inicia mediante querrela.

La denuncia puede ser facultativa u obligatoria. Es obligatoria para quienes, en el ejercicio de determinadas funciones o con ocasión de estas, tienen conocimiento de un hecho delictivo. (art. 83 del cpp).

No es obligatoria la autodenuncia, la denuncia contra su cónyuge, conviviente, parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o cuando los hechos se encuentren protegidos por secreto profesional.

En todos los demás casos, es facultativa. Pues como señala Binder:

Los ciudadanos no están obligados a denunciar los hechos presuntamente delictivos, aunque se pueda considerar deseable que lo hagan. Un Estado en el que los ciudadanos tuvieran esa obligación sería un Estado Policial en el que cada ciudadano se convertiría en garante del orden; tal sociedad totalitaria no es recomendable, ni respondería a los principios republicanos de nuestra constitución (citado por Llobeth, 2009, p. 434).

La querrela puede ser presentada por la víctima (cfr. artículos 79 y 84). De modo tal que le corresponde al fiscal determinar la legitimación activa. Una vez admitida la querrela, el querellante se convierte en parte procesal con todos los derechos inherentes a esa condición. La querrela no es más que una denuncia calificada, pero que le permite al sujeto que la plantea adquirir la condición de acusador, con todas las implicaciones que ello tiene (González, 2007, p. 304).

De oficio se inicia la investigación cuando los fiscales presenciaren o tomen conocimiento personal de la comisión de un delito (Horvitz y López, 2008, p. 472).

Cuando se interpone una denuncia, querrela o se inicia de oficio la investigación preliminar, poco o nada se sabe acerca del hecho delictivo y sus autores. De ahí que puedan, siguiendo a Duce y Riego, escindir dos fases en el proceso penal preparatorio: a) Antes de la imputación formal, b) Después de la imputación formal.

a) La fase anterior a la formalización de la investigación se caracteriza por ser reservada y unilateral. Pueden tomarse algunas medidas que afecten derechos. Si el imputado tiene conocimiento de la apertura de la investigación preliminar, puede comparecer al despacho y pedir ser informado, lo anterior con sustento en el principio de autodeterminación informativa (cfr. artículo 286 del código procesal penal).

Debe de mencionarse que de acuerdo con el artículo 92 del código procesal penal panameño, es persona imputada la persona a quien se le han formulado cargos por parte del Ministerio Público ante el Juez de Garantías (cfr. art. 280 ibídem). Formalizada la acusación penal en su contra, pasa a denominarse *acusado* (cfr. art. 340 ibídem).

No obstante lo anterior, el numeral 98 de la misma excerta legal establece el derecho a la defensa técnica de toda persona: *...desde el momento en que la señalen en cualquier acto de investigación o acto procesal como posible autora o partícipe, con los mismos derechos que el imputado aunque no se utilice ese calificativo.*

En el mismo sentido, el ordinal 286 del código procesal penal señala que en caso de que a alguna persona se le causa un perjuicio en su patrimonio o libertad sin que medie formulación en su contra, acudirá al juez de garantías, para instar la inmediata formulación de la imputación.

a.1. Archivo fiscal. En esta fase el Fiscal puede disponer el archivo del proceso, cuando no ha podido determinar la identidad de los autores o partícipes o es patente la

imposibilidad de reunir elementos de convicción. Dicha decisión no enerva la posibilidad de reabrir el proceso si surgen nuevos elementos que permitan despejar las imposibilidades que lo determinaron.

Del mismo modo puede disponer desestimar la denuncia o las actuaciones, lo que es revisable por el Juez de Garantías (cfr. art. 275 del cpp).

De este modo, como señala Ronald Cortés, el Ministerio Público ejerce un importante control de las actuaciones de la policía (1998, p. 25).

b) La etapa posterior a la formalización de la investigación. Esta se produce cuando el Ministerio Público decide comunicar formalmente al imputado, ante el Juez de Garantías, que es objeto de persecución penal por determinados hechos constitutivos de uno o más delitos (Duce y Riego, 2007, p. 134).

Dicha audiencia de formulación de la imputación se hace de modo oral (cfr. art. 280 en relación con el artículo 128 ambos del código procesal penal). A partir de ese momento se interrumpe la prescripción de la acción penal (cfr. art. 118.1 del código procesal penal) y comienza el cómputo de los plazos para que el actor penal declare cerrada la investigación, abriéndose la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad, de celebrar acuerdos, de suspender condicionalmente el proceso y las formas alternas de solución del conflicto (art. 281 del cpp).

Del mismo modo, el imputado puede someterse a cualquiera de los procedimientos especiales simplificados o inmediatos.

IV. Objeto de la investigación

De acuerdo con los artículos 272 y 276 del código procesal penal, la investigación penal preparatoria tiene como finalidad procurar, de ser posible, la solución del conflicto (artículo 26 ibídem) establecer si existe fundamentos para la acusación

mediante obtención de la información y elementos de convicción que sean indispensables para esa finalidad, lo cual realizara de modo objetivo (art. 24 *ibíd.*).

Para tales efectos, se vale de los organismos de investigación, por medio de la dirección funcional. Puede decirse que la actividad de la fiscalía tiene su centro de gravedad en el procedimiento preliminar (Roxin, 2003, p. 53).

La Dirección funcional y la policía de investigación

La policía puede asumir por sí misma las investigaciones tan pronto tenga conocimiento de un hecho delictivo. Inmediatamente deben dar cuenta al Ministerio Público para recibir de ellos la dirección funcional (cfr. artículos 77, 78, 276 *in fine*, 288 y 289 del código procesal penal). Como señalan Duce y Riego: *Frente a los jueces el único responsable de la investigación del caso es el fiscal y solo a él entenderán como interlocutor válido en el caso respectivo* (2007, p. 137). Aunque no se desconoce que en la práctica, ante los jueces, el responsable de la investigación es la policía. Por eso, el interrogatorio y conainterrogatorio de la policía es muy importante. Lo que ocurre es que la policía no es parte procesal y, por ende, no puede ejercer la acción penal pública, lo que si debe hacer el MP. Por ende, causa excepción de falta de acción iniciarla sin acusación del MP.

Esta subordinación es funcional, no jerárquica. Puesto que quien tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal es el Ministerio Público, no la policía. Como señala Roxin:

Para la realización del procedimiento de investigación preliminar la fiscalía tiene a su disposición, ante todo, a la policía, pues la fiscalía como tal, no tiene órganos ejecutivos; es una cabeza sin manos (...). La policía no está sometida a la fiscalía, desde el punto de vista de su organización (2003, p. 57).

La acción particular y la acción privada rompen el monopolio del ejercicio de la acción penal o, por lo menos, si quiere usar el concepto de monopolio, hay que utilizarlo para acción penal

pública. Poco a poco, se irán abriendo posibilidades de acción popular (*class action*) también en delitos de acción pública, como ocurre en algunas legislaciones cuando se enrostran delitos a funcionarios públicos.

El fiscal promueve la investigación para determinar la existencia del hecho y responsabilidad del imputado, lo cual puede realizar de modo personal o por medio de la policía. La policía cumple los encargos que le hace el fiscal, acerca de la ruta que deben llevar las indagaciones (Hidalgo, 1998, p. 81).

Esta dirección funcional consiste como señala González en una relación de colaboración y dependencia técnica, no administrativa (2007, p. 309). Recomienda el citado autor que el fiscal debe realizar y dirigir la investigación, dejar su escritorio y las actas para colocarse delante de la investigación, siendo esta la única manera, a su modo de ver las cosas, como puede mejorarse la investigación policial (ibídem).

El Ministerio Público asume la posición de *parte* en el proceso y, para ello, necesita una investigación de los sujetos más importantes a los cuáles va a interrogar y con los cuales va a introducir los indicios a través del interrogatorio. Por ende, la investigación siempre debe ser policial y, el control del MP tiene como objetivo, seguir su línea, coherente con la que va a utilizar en juicio ante el juez.

No obstante, debe de advertirse que no existe la cantidad de fiscales en proporción a los investigadores y que los primeros no son, por lo general, poseedores de los conocimientos técnicos de los segundos. En este sentido Hortiz y Lopez señalan que por formación y diseño institucional, los agentes estatales que por excelencia se encuentran en mejor posición de adelantar las investigaciones son los policías (2007, p. 139).

El fiscal debe de dirigir la ruta de la investigación, reuniéndose con los investigadores a cargo del caso y girando instrucciones. La tarea consiste en determinar cuál es el delito a perseguir y consiguientemente a investigar, establecer cuáles son los elementos del delito que requieren ser probados ante el eventual juicio oral y cuáles diligencias de investigación son pertinentes para ello (Duce y Riego, 2007, p. 137).

Informalidad de la investigación

Un importante desafío del nuevo proceso penal, lo constituye el rompimiento del paradigma inquisitorio de la escritura y del formalismo en las fases previas al juicio. El sistema acusatorio panameño traslada el eje del proceso de la investigación al juicio. De modo que, en principio y salvo contadas excepciones, no se anticipan pruebas.

El artículo 17 del código procesal penal panameño señala que solo tienen valor las pruebas obtenidas por medios lícitos y practicados ante los organismos jurisdiccionales.

El abandono de formalismos y (...) la ausencia rigurosa de valor probatorio de las actuaciones de la investigación (con excepción de la prueba irreproducible o anticipada) constituyen, pues los requisitos indispensables para la valorización del juicio como etapa central del procedimiento (Horvitz y López, 2002, p. 454, en el mismo sentido Duce y Riego, 2007 p. 120).

No obstante, como señalan Horvitz y López:

En el contexto jurídico-cultural latinoamericano, el desafío fundamental del ministerio público es la superación de la forma inquisitiva de ejercer el poder penal, cuestión que tiene un amplio alcance cultural y cuyas manifestaciones se expresan con especial fuerza durante la fase de instrucción (2002, p. 453). Siguen señalando: *no basta la regulación normativa para lograr la desformalización, pues se requiere la capacidad de los órganos comprometidos de desprenderse de ciertas rutinas asociadas con la cultura inquisitiva...* (p. 450).

Duce y Riego asimilan la actuación del Ministerio Público a la que tienen los abogados durante el proceso que precede la presentación de una demanda civil, es decir, se trata de actividades meramente de averiguación y recopilación de antecedentes que, en general, no están sujetas a reglas procesales y que no tienen valor mientras no sean incorporadas formalmente al proceso por el medio previsto por ley (2007, p. 122).

Aunque deben hacerse obligadas matizaciones, cuando esos antecedentes lesionen derechos procesales y constitucionales, deben de regirse por ciertas reglas de procedimiento. Todo se arregla con un cambio de conceptos. *¿Cómo se llama lo que acopia la policía (datos de prueba)? ¿Cómo se llama lo que se presenta ante el juez (medios de prueba)? ¿Cómo se llama lo que se desahoga ante el juez (pruebas)?* Por ende, solo se llama *prueba* a la que se desahoga ante el juez, es decir, el que se somete a los principios de inmediación y contradicción.

Lo anterior implica que el fiscal por sí, o a través de la policía de investigación, entrevista de modo informal a los testigos, tomando nota de ello en un cuaderno paralelo, sin que sea necesario levantar actas, pudiendo requerir de modo verbal informes, dar instrucciones de investigación de la misma manera, pues lo que se trata es de preparar el juicio, no de anticiparlo.

Lamentablemente, en la práctica no ocurre de este modo. Lejos de existir lo que Duce y Riego llaman dinamizar el método por medio del cual el Estado realiza la actividad investigativa, se han mantenido, lo que en palabra de los mencionados autores, se pueden describir en criterios lineales, ritualistas, rígidos y formalistas que identificaron al paradigma de enjuiciamiento inquisitorio (2007, p. 119)².

Para el profesor costarricense Javier Llobeth, la informalidad

² La revisión de algunos procesos radicados en el Ministerio Público del Segundo Circuito Judicial de la Zona Sur, Costa Rica, permite concluir que existe una exacerbada tendencia a levantar actas y recibir por escrito las entrevistas de testigos, que en nada se diferencia a la antigua instrucción formal. En el Décimo Informe del Estado de la Nación, en Costa Rica se determinó lo siguiente: *La lentitud del proceso judicial resulta ser uno de los principales problemas señalados en estudios de opinión por lo que se ha constituido en la principal razón para que la gente acuda a la Contraloría y Subcontralorías de Servicio del Poder Judicial. Dicha problemática abarcó un 44% de los asuntos ingresados en estas dependencias en el 2003. Otro indicador utilizado por el Informe es la duración de los juicios. Se detalla que en el 2003 los tribunales penales fallaron con sentencia 5.735 casos cuya duración promedio fue de 21 meses. **El aumento se concentró en las etapas preparatoria e intermedia** y la duración de la etapa del juicio más bien descendió. Para los expertos del estudio el cuello de botella se encuentra en las fiscalías donde también se nota un incremento de los expedientes en trámite en relación con los recibidos (página 333 del informe). Por efecto de ese incremento en la duración de los procesos penales, en el 2003 del 57.5% de los expedientes tardó un año y medio en resolverse, según el análisis estadístico (**énfasis suplido**) (cfr. <http://www.poder-judicial.go.cr/observatoriodjudicial/vol17/>).*

en la investigación penal preparatoria implica evitar la confección de expedientes llenos de actas tomadas por los amanuenses, siendo que lo correcto es que el fiscal tome nota de las entrevistas y haga una minuta en un legajo paralelo y no deben de introducirse al legajo principal, a efecto de evitar la contaminación de los jueces, pero advierte: *Desgraciadamente en la práctica se ha venido dando un proceso de formalización de la investigación preparatoria, que ha hecho que haya terminado pareciéndose a la instrucción formal de 1973* (2009, p. 424 y 425).

El ex magistrado penal costarricense Daniel González, quien además tuvo notable influencia en la redacción del código procesal penal de 1996, señala que aunque muchas de las actuaciones del Ministerio Público carecen de valor probatorio, priva la ideología del expediente escrito, lo que constituye un símbolo inquisidor de múltiples repercusiones negativas que debe ser exterminado (2007, p. 315).

Cita a Binder para quien *en la realidad de la mayoría de nuestros sistemas procesales, lo que debería ser una actividad creativa se ha convertido en una actividad rutinaria, en una simple acumulación, más o menos mecánica de hojas que transcriben actas* (González Álvarez, 2007, p. 316).

En conclusión, si se desea una reforma procesal, un verdadero cambio de paradigma, se deben defenestrar las prácticas inquisitorias. Pues no bastan las normas si no hay un cambio de cultura. La investigación penal preparatoria no habría avanzado en nada, si no hay una cultura diferente.

El documento es un modo cultural. Hemos hecho las pirámides y construimos de mármol los edificios. Queremos que lo valioso permanezca. Por eso, los abogados escribimos libros. El problema no está en la escritura o el documento, sino el momento procesal en que un medio de prueba debe convertirse o no en escritura o en documento. Pero la desconfianza crea modos de probar lo que no se cree y el derecho exige, igualmente, creer en alguien. Por eso, México y Costa Rica han usado el video, la grabación, etc. Todo se reproduce y, por ende, ha cambiado la forma de documento (José Daniel Hidalgo, entrevista).

Actos de investigación

La investigación preliminar tiene por objeto recopilar los elementos de información que sirvan para determinar si existe base para acusar o sobreseer.

El Ministerio Público debe realizar las diligencias de investigación que sean indispensables y que no requieran autorización jurisdiccional, en lo que se conoce como *principio de investigación judicial autónoma*.

La regla es que dichas actuaciones carecen de valor probatorio, salvo los supuestos de anticipos de prueba (cfr. artículo 17 ab initio y 279, ambos del código procesal penal).

El Ministerio Público —de acuerdo con el código procesal penal panameño— puede realizar las siguientes actividades de investigación, que no lesionan derechos fundamentales y que no requieren autorización judicial:

- Medidas de vigilancia (301)
- Incautación (308)
- Incautación de documentos (319)
- Intervenciones corporales consentidas (312)
- Inspección (318)
- Entrevistas a testigos (320)
- Exhumación (322)
- Levantamiento y peritaje del cadáver (323)
- Requisa de personas y vehículos (325)
- Reconocimiento (326)
- Apreensión provisional (252)

Son actos de investigación que requieren autorización judicial previa, de acuerdo con la liturgia penal:

- Allanamientos (293)
- Incautación de correspondencia (310)
- Intercepción de las comunicaciones (311)
- Intervenciones corporales coactivas (312)

- Intervenciones corporales de las víctimas (313)
- Anticipos jurisdiccionales de prueba (279)
- Secuestro penal (259)

Son actos de investigación que requieren control judicial posterior:

- Incautación de datos (314)
- Operaciones encubiertas (compras controladas, entregas vigiladas, infiltración, vigilancia y seguimiento) (315)
- Entrega vigilada internacional

Anticipos de prueba

Previamente debe hacerse referencia a dos conceptos: *medios de prueba* que son los instrumentos mediante los cuales se incorporan al proceso las fuentes de prueba; *fuentes de prueba*: son los hechos de los cuales el juzgador obtiene conocimientos para los fines del proceso (Tijerino, 2006, p. 282). Elemento de prueba, es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva (Caferrata, 2008, p. 16).

Vale mencionar el contenido del guarismo 250 del Código Modelo en México, que ya ha sido utilizado por algunas legislaciones. Procura definir para poner a todos de acuerdo. Dice así:

Art. 250. Prueba, datos, medios de prueba: Dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado. Medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

Se denomina prueba todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediatez y contradicción, sirve al juez como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta. Sólo se pueden utilizar, para fundar la decisión que el tribunal competente debe dictar, las pruebas desahogadas en una audiencia de las previstas en este código, salvo las excepciones advertidas en la presente ley.

Durante la fase penal preparatoria, como se ha venido razonando, no se preconstituye prueba, salvo lo que se dirá de seguido. Advertido de que no se trata de una anticipación del juicio, sino tan solo de la recepción de la prueba (Tijerino, 2006, p. 288).

El artículo 279 del código procesal penal panameño dispone que *excepcionalmente* las partes puedan solicitar al Juez, siempre que se trate de un supuesto de *urgencia*, la producción anticipada de prueba, en los casos taxativamente enumerados.

1. Cuando se trate de un acto definitivo e irreproducible. La definición es bastante amplia. Núñez señala que no basta con que sea definitivo o irreproducible, deben converger ambas circunstancias (citado por Llobeth, 2009, p. 449). Es definitivo el acto que puede incorporarse al debate sin necesidad de repetirlo. Es irreproducible, cuando no se puede llevar a cabo en idénticas condiciones (Núñez, citado por Llobeth, Op cit).

Para Ricardo Núñez, el acto es definitivo si, para servir de prueba *para el juicio, no es necesario repetirlo y mejorarlo procesalmente. Ese acto es irreproducible si no se lo puede repetir en idénticas condiciones* (comentarios al Código Procesal de la Provincia de Córdoba, Buenos Aires, Lerner, 1978, p. 183).

Esto no deja de plantear interrogantes en la práctica. Sobre todo, cuando la policía debe de practicar algunos actos que son de esa naturaleza.

Los actos definitivos e irreproducible son aquellos que por su naturaleza, así como en las circunstancias en que se dan, no es susceptible de realizar, en las mismas condiciones en otra oportunidad. Debe decirse que son acopios de prueba que se hacen antes del plenario, dadas sus especiales características.

Respecto a la legislación costarricense, Daniel González comulga con la siguiente posibilidad:

El Ministerio Público puede realizar incluso actos definitivos e irreproducible, cuando el código expresamente lo autoriza para ello. Ha puesto como ejemplo que sería absurdo que actos como la requisa y el secuestro de objetos tuviesen que ser realizados por el tribunal del procedimiento preparatorio, ya que de lo contrario entonces en cada radiopatrulla tendría que ir un juez. Agrega que cuando el código autoriza expresamente que el Ministerio Público realice un acto, sería absurdo interpretar que no puede llevarlo a cabo, ya que sería ir en contra del mismo texto legal... (citado por Llobeth, Javier, Proceso Penal Comentado. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p. 614).

Llobeth, refiriéndose a algunos actos procesales en particular sostiene lo siguiente:

Es claro que actos de requisa y secuestro que tuvieran un carácter urgente, en general, no pueden ser encomendados al tribunal del procedimiento preparatorio, ya que de lo contrario se impediría la realización de dichos actos, (...). La regulación de la prueba anticipada en el código no puede llevar a la disfuncionabilidad del sistema procesal. Por ello, la interpretación relacionada con la realización conforme al procedimiento de prueba anticipada de los actos definitivos e irreproducible debe, como se indicó antes, ser relacionada con la finalidad misma de la prueba anticipada y la posibilidad de prever con anticipación la realización del acto.

Por nuestra parte, consideramos que hay ciertos actos de investigación que, a pesar de su características de definitivos e

irreproducibles, pueden ser realizados por las autoridades de investigación, sobre todo, cuando no hay una persona imputada, debidamente individualizada o contra la que no se han formulado cargos. A contrario sensu, una vez individualizados, deben convocarse a las partes.

El cumplimiento de actos procesales debe hacerse con convocatoria a todas las partes, más aún, cuando se trate de registros (siempre que no se afecte la investigación), reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones, siempre que por su naturaleza y características puedan considerarse actos definitivos e irreproducibles.

Hay ciertos actos procesales como la colección de la huella en el escenario del delito que es típicamente policial. El artículo 318 del código procesal penal panameño confiere la potestad a la Fuerza Policial de hacer inspección y levantamiento de huellas, al establecerse, entre los actos que no requieren autorización jurisdiccional. De dicha disposición se infiere la potestad de la policía de realizar inspecciones con la finalidad de comprobar los rastros tomando las medidas para preservarlas.³

2. Una deposición que por obstáculos difíciles de superar, no puedan recibirse en el plenario. Tal es el caso de un turista. Aunque hoy día con los medios tecnológicos no se enerva la posibilidad de recibirla en la audiencia por medio de videoconferencia. Lo mismo que una persona valetudinaria que deba prestar testimonio.

³ Artículo 318. Inspección del lugar de los hechos. Los funcionarios de los organismos de investigación, bajo la dirección del Fiscal encargado, deben custodiar el lugar del hecho y comprobar, mediante la inspección del lugar y de las cosas, los rastros y otros efectos materiales que sean el resultado del hecho punible. El funcionario a cargo de la inspección dejará constancia escrita de los participantes en dicha diligencia. También dejará constancia en soporte tecnológico describiendo el estado de los lugares y de las cosas, recogiendo todas las evidencias útiles y tomando las medidas exigidas para preservarlas. El funcionario podrá transcribir posteriormente lo recogido en la descripción. La descripción puede ser incorporada al juicio, sin perjuicio de que el funcionario y el testigo instrumental puedan ser citados para prestar testimonio. La jurisprudencia costarricense que —considero se aplica perfectamente al sistema de enjuiciamiento panameño —, ha establecido: El acto definitivo e irreproducible de levantamiento de huellas no requiere de la presencia del juez por ser un acto que corresponde a la policía judicial en la investigación de conformidad con su ley orgánica y el código de procedimientos penales, aclarando que el levantamiento de huellas dactilares es un aspecto circunstancial, que como examen técnico es propio de la actuación policial... (Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 363-F de las 9:15 horas del 23 de setiembre de 1994).

3. El supuesto del imputado prófugo y la demora pueden dar al traste con la conservación de la prueba. Con lo cual se pretende que el encausado no saque provecho de su propio dolo.

4. Cuando sea evidente que el riesgo en la demora se pierda la fuente de prueba. Son casos calificados en los cuales se quiere asegurar los elementos probatorios que podrían malograrse por el transcurso del tiempo.

Este tipo de pruebas se recibe con citación de todas las partes. Habrá que analizar los supuestos del inciso cuarto, donde podría ser el caso de que no exista imputado individualizado. En tal evento, podría asignársele un defensor de oficio.

Por su parte, el artículo 379 de la misma excerta legal establece cuáles elementos de prueba pueden ser incorporados por lectura a juicio, lo que constituye una lista de casos de excepción de acopio de prueba en la fase penal preparatoria con valor en el juicio oral:

Lectura de pruebas en el juicio. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura o reproducción:

1. Las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes exijan la práctica de estas pruebas oralmente cuando sea posible, si es que el testigo o perito se encuentra en el lugar del juicio y ha cesado el impedimento que permitió su anticipación.

2. Los informes periciales de ADN, alcoholemia y drogas, salvo que algún interviniente estime imprescindible la concurrencia del perito al juicio y el Tribunal así lo ordene.

3. Las declaraciones de coimputados que se encuentren en rebeldía, cuando resulten esenciales para la defensa, registradas conforme a este código.

4. La prueba documental, las certificaciones y las actas de reconocimiento, registro o inspección, realizadas conforme a lo previsto por este código.

La lectura de los elementos esenciales de las pruebas enunciadas no podrá omitirse ni aun con acuerdo de partes, salvo que a ella se hayan referido con suficiencia los testigos y peritos.

Cualquier otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura no tendrá ningún valor.

Dicho dispositivo contiene las excepciones al principio de oralidad, mas no de inmediación. El párrafo penúltimo lo confirma. Siquiera por acuerdo de partes, es posible introducir otra prueba no citada entre las anteriores.

Se ha dicho que cinco son los medios de pruebas: la testimonial, la pericial, la documental, la percepción judicial directa (inspección) y la confesional (Tijerino), todo lo demás, no son medios de prueba, sino actos de investigación. Por lo que conviene determinar el modo de introducción de la prueba al proceso y advertir sobre algunas falencias de las que no escapa el sistema acusatorio.

Me refiero a la tendencia, nada extraña en la práctica judicial, de introducir actos de investigación bajo el sofisma de que se trata de prueba documental y, por ese procedimiento, introducir al proceso elementos probatorios que de otra manera no tienen cabida.

Tijerino, en el artículo publicado en la “Revista de Ciencias Penales de Costa Rica” N° 24, denuncia la *mediatización de la oralidad y la perversión del juicio en la práctica judicial penal centroamericana*, ya que afecta los principios de oralidad, inmediación y contradicción en la fase plenaria:

Debido a esa gravísima confusión conceptual no se cita a los peritos para que informen de viva voz, sino que se leen sus dictámenes, sin posibilidad alguna de contradecirlos o cuestionarlos u obtener aclaración sobre algún punto oscuro o dudoso. No hay afán por hacer llegar a los testigos, porque se

cuenta ya con sus declaraciones rendidas ante escribientes, secretarios o amanuenses cansados, deformados por la reiterada y rutinaria práctica del oficio, que interpretan o pretenden interpretar lo que el testigo, ya sea este ilustrado o rústico, preciso o vago, veraz o mendaz, distraído o alerta, con buena memoria o desmemoriado, resuelto o tímido, sereno o nervioso, ha dicho o ha tratado de decir.

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

En ocasiones, nada infrecuentes, se llega al extremo de que no sólo se incorporan al debate piezas enteras de la etapa sumarial o instrucción, sino que por acuerdo de las partes o, más bien, de sus abogados, se dan por incorporadas sin lectura previa. Se aniquila así respecto a esas pretendidas pruebas no sólo la oralidad, sino también totalmente la publicidad del juicio. La justicia vuelve a ser escrita y semisecreta, lo que equivale a decir opaca y sospechosa.

Como señala Daniel González, esta tendencia de trasuntar los actos de investigación en actas que luego se incorporan como documentos provoca que las indagaciones preliminares se conviertan en la fase más importante del procedimiento, dando al traste con la filosofía del nuevo proceso penal (2007, p. 329).

Manuel Jaén Vallejo, sostiene que *el juicio oral queda muy predeterminado en la práctica por la instrucción, en cuya fase es muy dudoso que rijan con la misma plenitud los principios y garantías procesales. Por el contrario, en esta fase rige más bien la desigualdad de armas* (2006, p. 34).

Refiriéndose a la experiencia costarricense, Daniel González sostiene lo siguiente:

Luego de algunos años de reflexión, creo que la autorización legal es excesiva, y que en muchos de estos casos debiera, por un lado, prohibirse la lectura de las actas en el juicio en ciertos casos y, por el otro, exigirse que deban presentarse al juicio los funcionarios públicos que realizaron esos actos, con el fin de que los actos que realizaron puedan estimarse acreditados, si es que se les atribuye valor a sus testimonios luego de que sean valorados conforme a las reglas de la sana crítica y previos los interrogatorios de las partes con la presencia del tribunal (3007, p. 329).

Retomando el tema, se estila que por medio de la prueba documental, se incorpore por lectura al juicio la que no califica como tal, sino que se trata de documentación de los actos de la investigación. Suele decirse que los informes policiales son prueba documental, pero la fuente ahí existente corresponde a otro medio de prueba: el testimonio, porque, como señala Tijerino, no se ha querido tener dos formas de introducir esa fuente de prueba al proceso por medio del documento y por medio del testimonio.

El acto de investigación puede practicarse sin contradicción si la investigación así lo exige mientras que los actos de prueba se deben practicar siempre con audiencia de todas las partes (cfr. Gómez Colomer, Juan Luis. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, 14 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. P. 156).

Claramente lo expone el Tribunal Constitucional Peruano:

El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas cautelares. La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentan básicamente en el juicio oral (cfr. exp. N° 8811-2005-HC/TC, caso Charlestei Fleming).

Debemos atender las críticas que se ciernen en otras latitudes. Para que la fase preliminar no se convierta en un procedimiento formalista, burocrático, inquisitivo, de modo que desplace el centro de gravedad del procedimiento penal, influyendo las actas en la decisión final y el juicio con una gran cantidad de probanzas incorporadas por lectura (Trincheri).

Control judicial de la investigación

Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos son excepcionales (art. 12 del cpp), son de competencia exclusiva del juez de garantías ordenarlas.

Se encuentran debidamente separadas y definidas las funciones de investigar y juzgar (art. 5 del cpp).

El control judicial lo ejerce el juez por medio de las autorizaciones y la solución de las controversias (cfr. art. 278).

V. Privacidad de las actuaciones

El imputado tiene acceso irrestricto a las pruebas en su contra (artículo 8.2.f CADH). No debe ser sorprendido en juicio con pruebas que se le hayan ocultado durante la fase preliminar o intermedia. Lo anterior se traduce en el principio de que no puede haber secretos para el imputado. Esta regla está contenida en el artículo 9 del código procesal penal panameño que dispone que las actuaciones sean públicas, excepción hecha de las reservas autorizadas por la misma ley. Aunque si para terceros, como se verá.

La investigación es secreta, salvo para quienes tengan interés legítimo en ella. Dos razones fundamentan dicha medida: a) la necesaria protección de la honra y reputación del imputado a

quien debe considerársele inocente en esta fase preliminar (cfr. artículo 8 y 274 del código procesal penal), b) la necesidad de garantizar el éxito de las investigaciones (González, 2007, p. 305).

El ordinal 287 del código procesal penal panameño establece la reserva de la investigación a la que tienen acceso solamente las partes y sus representantes. Los abogados interesados en asumir la defensa serán informados por el actor penal sobre el contenido de las actuaciones para determinar si aceptan el caso.

El código procesal penal chileno permite (artículo 182) excepcionalmente al Ministerio Público decretar, cuando lo considera necesario para la eficacia de la investigación, que determinadas actuaciones, registros o documentos sean también secretos para el imputado y los demás intervinientes hasta por un plazo de cuarenta días, decisión de la que es posible objetar ante el Juez de Garantías (Duce y Riego, 2007, p. 127).

En el mismo sentido, el código procesal penal costarricense permite excepcionalmente en su artículo 295 que se decrete, por una única vez, el secreto de las actuaciones. Mientras la regla es permitir el acceso irrestricto del imputado al legajo de investigación y excluyendo a terceros sin interés directo en el proceso.

VI. Oralidad en la fase Preliminar

La palabra hablada ha sido nuestra prístina forma de comunicarnos. Hasta el surgimiento de la escritura que, en principio, fue dominada por unos pocos. Se distinguen pues dos tipos de procesos: el oral y el escrito.

La oralidad es una exigencia, incluso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De acuerdo con lo dicho por el artículo

4 de la Constitución Política de la República de Panamá, dichos instrumentos son fuente del ordenamiento jurídico. 4

El guarismo 14 del Pacto de Nueva York igualmente establece el derecho de que nadie debe ser condenado sin antes ser oído, el cual cobra —en palabras de Mora—, un nuevo significado para convertirse en una verdadera protección ciudadana.

En efecto, como advierte Maier (2002:647), la Declaración de derechos de Virginia de 1776, sección 8, establece el derecho del

4 El §2 del código procesal penal establece como fuente del ordenamiento jurídico procesal penal los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá. El §14 íbidem señala que los derechos y garantías contenidos en instrumentos internacionales deben considerarse mínimos, prevalentes y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.- Lo anterior viene a significar dos cosas importantes: a) La primacía de las normas de derecho internacional por sobre las normas ordinarias, b) siempre que los Instrumentos de derechos humanos, otorguen mayores derechos o garantías a las personas prima frente a las ordinarias, incluso frente a la misma Constitución. El §5 del C. Penal de la República de Panamá en idéntico sentido establece: *Las normas y los postulados sobre derechos humanos que se encuentren consignados en la Constitución Política y en los convenios internacionales vigentes en la República son parte integral de este código. Además, sin mínimas y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.* Los tratados internacionales de protección de derechos humanos, de acuerdo con la norma anteriormente mencionadas (código penal y procesal penal), tienen fuerza auto ejecutiva, es decir, no requiere de una ley ordinaria para que los desarrolle.- Esto es cónsono con la doctrina internacional sobre la materia.- Además, tiene una condición prevalente incluso frente a otras leyes y la propia Constitución Política.- Esto quiere decir que en cuanto dicha normas concedan mayores derechos, priman por sobre la Constitución Política. Pues son mínimas y no excluyentes.- El tema de paso nos llama a reflexión sobre el valor que tienen los llamados instrumentos internacionales, es decir, a los instrumentos no convencionales.- Es doctrina aceptada de que dichos instrumentos no convencionales, que desarrollan con amplitud derechos garantizados en los tratados y convenciones, y van adquiriendo carácter obligatorio a medida en que son utilizados como criterios de interpretación de esos tratados y convenciones, o que adquieren el carácter de costumbre internacional, o que son aplicados por los Estados del mismo modo que las reglas vinculantes (O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, 2ª ed., p. 18). En cuanto a las Declaraciones, en su momento de adopción, no eran normas jurídicas internacionales.- En el caso particular de la Declaración Universal no era considerada una norma jurídica internacional al momento de su adopción. Sin embargo, el 13/4/68, la Conferencia Internacional de Derechos Humanos proclamó que la Declaración enunciaba una concepción común a todos los pueblos y la declaró obligatoria para la comunidad internacional (cfr. Bovino, Alberto en http://www.robertexto.com/archivo12/inst_der_humanos.htm). En 1970 la Corte Internacional de Justicia afirmó su carácter vinculante y determinó su existencia como norma jurídica internacional que sirve de fundamento de la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos.

acusado de conocer la causa y naturaleza de la acusación, a ser confrontado con acusados y testigos, a aducir pruebas en su favor, lo que solamente es posible cumplir por medio del juicio oral.

La Declaración Americana sobre Derechos del Hombre:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública” (art.6). Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (art. 11).

El Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo) dice:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser hecha pública (art. 6).

Conviene, no obstante, hacer algunas precisiones terminológicas. No existe, como se sabe, ningún sistema enteramente oral, sino sistemas dominados por audiencias, por lo que resulta más ajustado llamarlos procesos por audiencia (cfr. Vèscovi, p. 59). Con todo, la oralidad no significa que en esta etapa no existan peticiones y decisiones que se hagan por escrito (Duce y Riego, 2007, p. 125).

Ahora bien, la oralidad se ha trasladado a la fase preliminar, antes privativa de la fase plenaria. El artículo 9 del código procesal penal panameño señala que *las actuaciones son públicas. Únicamente en los casos y por los motivos autorizados por este Código, podrá disponerse la reserva de algún acto del proceso.*

La publicidad hace referencia implícita a la oralidad. Pues difícilmente los procesos escritos pueden ser públicos.

La oralidad en las fases previas es un elemento diferenciador del proceso, pues ya la oralidad no se limita al juicio oral, sino que es el mecanismo o metodología central de funcionamiento de la etapa de investigación preliminar (Duce y Riego, 2007, p. 125).

El artículo 3 del cpp prescribe que la oralidad es uno de los principios informadores del proceso. El artículo 146 ibídem manda a que las decisiones en las audiencias orales sean resueltas inmediatamente de concluida la audiencia. El numeral 278 dispone que las decisiones, actuaciones y peticiones que el Juez de Garantías deba resolver o adoptar en la fase de investigación se hagan en audiencia, salvo las actuaciones que por su naturaleza requieran reserva para sus propios propósitos.

Pues bien, debe analizarse si en esta fase preliminar rige el principio de publicidad o la referencia del artículo 3 se limita a la etapa de juicio. Pues el artículo 287 dispone que durante la fase de investigación prive el secreto de las actuaciones para terceros.

Se sostiene por parte de la doctrina que las actuaciones jurisdiccionales son públicas, puesto que lo secreto es la investigación (Horvitz y López, 2008, p. 469). Pues *detrás de la publicidad de las audiencias está la necesidad de proteger una garantía esencial para los sistemas republicanos de gobierno* (Duce y Riego, 2007, p. 128) y esta intervención popular en las decisiones del Poder Judicial era reclamada para evitar las persecuciones demagógicas del antiguo régimen (Bovino, 2005, p. 75).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó que la finalidad que persigue esta exigencia de la publicidad consiste en *asegurar el control del poder judicial por el público para salvaguardar el derecho a un juicio justo* (Caso Pretto y otros, sentencia del 8/12/83, párr. 27, citado por Bovino, 2005, p. 75).

En nuestro criterio, las actuaciones orales jurisdiccionales son públicas, excepción hecha de aquellas en las cuales su reserva es garantía de éxito.

VII. Control de duración del proceso

La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.1) prescribe que toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable. El código procesal penal establece plazos preceptivos para la conclusión de la investigación.

El código procesal penal costarricense renuncia a fijar el tiempo concreto, pues se sostiene que en la mayoría de los casos se incumplen muy fácilmente (González, 2007, p. 330). El código procesal penal nicaragüense opta por establecer plazos definidos para la conclusión de la investigación (cfr. Tijerino, 2006, p. 266).

El artículo 291 del código procesal penal panameño establece que el Ministerio Público, a partir de la formulación de la imputación (cfr. artículo 281.2 del código procesal penal) debe concluir la investigación en un plazo máximo de seis meses, salvo que se trate de asuntos complejos, en cuyo caso se duplican los plazos ordinarios (artículos 502 y 504.3). Una vez vencidos esos plazos, si dentro de los 10 días siguientes el fiscal no acusa ni solicita sobreseimiento, cualquiera de los intervinientes puede solicitarle se pronuncie en 48 horas. Si el fiscal no se pronuncia, la petición se traslada al juez de garantías para que conmine al fiscal a pronunciarse dentro de las 48 horas, dando traslado al procurador general, si no hay pronunciamiento se dictará el sobreseimiento.

Aunque por disposición del artículo 292 el juez puede fijar un plazo menor para concluir la investigación, estableciendo de este modo un plazo razonable. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo la doctrina sentada por la Corte Europea, ha elaborado algunos elementos para respetar la regla del plazo razonable: a) La complejidad del caso, b) la actividad del interesado y c) la conducta del tribunal (cfr. Juan Humberto Sánchez vs Honduras, Hilarie Constantine y Benjamín vs Trinidad y Tobago, Suárez Rosero vs Ecuador, Tibi vs Ecuador, Hennig vs Austria, caso 41444 del 2003 de la Corte Europea de Derechos Humanos. Tomado de www.carlosparma.com.ar/inex.php?vie).

Por medio de este mecanismo se pretende, como se dijo, hacer cumplir la disposición contenida en el artículo 8.1 de la CADH. Pero además los procesos largos tienen efectos negativos:

La memoria de los testigos se debilita y muestra sus flaquezas en los interrogatorios cruzados. Algunos pueden morir, trasladarse de lugar o simplemente, negarse a cooperar con la parte que los presenta (Horvitz y López 2008, p.464).

Tiene mayor importancia el plazo de la investigación cuando el imputado se encuentra detenido (cfr. artículo 7 de la CADH).

Establecer plazos perentorios asegura que un proceso no continúe abierto sine die. Es un mecanismo efectivo para hacer valer el principio de justicia pronta y cumplida, pregonado por el artículo 15 del código procesal penal panameño.

Conclusiones

La investigación preliminar es ejercida por el Ministerio Público, auxiliado por la policía. La policía es el brazo largo de la justicia. Con respecto a ella, ejerce la dirección funcional, que no debe entenderse como subordinación jerárquica.

El fiscal debe de realizar una investigación de modo ágil, informal. Rehuyendo de los formalismos que caracterizaron al sistema de enjuiciamiento inquisitivo. El código ha sido paladino en esta temática, al establecer de modo claro que las pesquisas realizadas por el fiscal en esta fase, carecen de valor probatorio. La única prueba que puede sustentar una sentencia condenatoria, es la producida en la fase plenaria.

Pero no está exento de riesgos. Sobre todo, cuando se entra en el difícil problema conceptual de confundir la documentación de los actos de investigación con la prueba documental. Con esa práctica se pervierte el sistema y se rinde culto a la escritura, defenestrando toda la buena intención del proceso de reforma.

Debe considerarse además que la policía, en el ejercicio de su función científica, puede realizar diligencias para conservar la escena, fijar fotográficamente, por medio de video u otros recursos, para mantener inalterable la prueba para ante el tribunal. Incluso en aquellos actos que podrían tildarse de definitivos e irreproducibles.

El juez de garantías es guardián de la investigación. Su ministerio no es ejercido oficiosamente, sino a requerimiento de las partes. Cualquier atisbo de oficiosidad necesariamente compromete su imparcialidad.

Debe existir un compromiso por cambiar la cultura inquisitiva de arraigada tradición, que puede engendrar prácticas inveteradas en detrimento del proceso de reforma.

Bibliografía

AAVV. *La Oralidad en el proceso penal*. Editorial Jurídica de Colombia, Medellín, 2004.

AAVV. *Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense*. 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

AAVV. *Sistema Penal Acusatorio*. Díké Biblioteca Jurídica, Bogotá, 2005.

González, Álvarez. *El procedimiento preparatorio*. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Colegio de Abogados de Costa Rica y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, págs. 301-381.

González, Daniel. *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*. IJSA, San José, Costa Rica, 1992.

Hidalgo, José Daniel. *Derecho Penal: ¿Reformar el proceso o el concepto?* Inédito, México, abril 2006.

Hidalgo, José Daniel. *Introducción al Código Procesal Penal*. IJSA, San José, Costa Rica, 1998.

Montero Aroca, Juan. *El derecho procesal en el siglo XX*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Heliasta, Buenos Aires, 2005.

Vásquez Rossi, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.

Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Temis, Bogotá, 1984.