

EL IMPACTO DE LAS NUEVAS REGLAS DE LA AUDIENCIA EN EL PROCESO PENAL BRASILEÑO Y LAS POSIBILIDADES DEL CAMINO HACIA UN SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL EN BRASIL

FÁBIO GUSMAN
BRASIL

Introducción y estructura del trabajo

El objetivo del trabajo es demostrar el camino del proceso penal brasileño hacia un sistema acusatorio y los obstáculos que enfrenta. Mismo con graves problemas, el proceso penal brasileño avanzó mucho en algunos puntos. Tiene medidas alternativas a la prisión desde 1984¹, presenta el principio de la oralidad desde 1995 y, después de 2004, desarrolló una forma que parece ser muy exitosa de control externo de las actividades administrativas del Poder Judicial: el [Consejo Nacional de Justicia](#)² y el [Consejo Nacional del Ministerio Público](#). Hay también una iniciativa de algunos Tribunales de procesos totalmente digitalizados.³

Todavía, con el corto espacio, delimitaremos nuestras observaciones en la cuestión específica de la **estructura de la audiencia**, que parece ser uno de los pilares del nuevo sistema acusatorio adversarial que se desarrolla en toda la América Latina y especialmente, en Chile.

De esta manera hay que se tratar de las reformas que sufrió el Código de Proceso Penal brasileño con las leyes que lo modificaron en el 2008 y cambiaron algunas prácticas que se remontan a 1941, cuándo el Código fue concebido.

Por lo tanto, las cuestiones centrales que este trabajo se pretende estudiar son: a) ¿cómo era una audiencia en el proceso penal brasileño antes de 2008?; b) ¿qué cambió en la audiencia en 2008?; c) ¿cómo los profesionales de la litigación penal han recibido las reformas?; d) ¿es posible avanzar más?

¹ Aunque las penas no sean asunto de derecho procesal, sino derecho material, es oportuno mencionar.

² Destaca-se entre las acciones del Consejo Nacional de Justicia la llamada “Meta 2”, de acuerdo con la cual deben ser identificados los procesos más antiguos junto con adopción de medidas concretas para el juzgamiento de todos los procesos distribuidos antes de 31.12.2005 (en primera, segunda y en las instancias superiores). Después de instituida la “Meta 2” del Consejo Nacional de Justicia, el número de procesos pendientes cayeron de 5.017.869 en enero de 2009 para 3.371.625 de acuerdo con las [estadísticas del sitio](#).

³ Esto se puede encontrar en los Juzgados Especiales Federales de la capital del Estado de San Pablo y en el Foro estadual del distrito de la “Freguesia do Ó”, también en San Pablo.

Este documento corresponde al trabajo final del Curso Intermedio "Instrumentos para la Implementación de un Sistema Acusatorio Oral"
VI PROGRAMA INTERAMERICANO DE FORMACIÓN DE CAPACITADORES PARA LA REFORMA PROCESAL PENAL 2009

Para estudiar estas preguntas vamos a dividir el trabajo en cuatro partes.

La primera tiene el objetivo de explicar el Proceso Penal brasileño en líneas generales principalmente en lo que concierne a la oralidad y las audiencias. En principio, con la proposición de este trabajo dispuesta por CEJA, estas explicaciones de derecho local serían dispensables o tendrían que ser consideradas *en passant*. Entretanto, aunque la población brasileña sea poco menor de 30% de toda la América Latina, creo que hay un desconocimiento general de la realidad del proceso penal brasileño en los medios hispánicos. Sea por razones de la lengua⁴, sea por razones de diferencia de proporciones⁵, de realidad social, de tradiciones, u otras, el derecho brasileño es más extraño a un argentino que, tal vez, el derecho mexicano. Por esta razón hay que se pedir licencia en este trabajo para alargar las consideraciones del derecho local *tupiniquim* para que todo el trabajo no se haga vacío, mas tenga una base en las prácticas tradicionales brasileñas. En esta misma parte se introducirán las reformas de las leyes de 2008.

⁴ Cómo un ejemplo de dificultad de entendimiento de la lengua portuguesa por los hispánicos, puedo citar el rechazo de la rendición de mi primer trabajo del curso base al CEJA escrito en portugués. La respuesta textual fue: “*no nos sirve tu trabajo si no podemos leerlo*”. Esto quiere decir que la lengua, si, es un factor relevante que separa los países de lengua castellana de Brasil.

⁵ Cómo es notorio, Brasil se extiende por un territorio larguísimo lo que, sumado a las diferencias culturales, sociales y económicas del norte con el sur, torna muy difíciles (y deferentes del los otros países de Latinoamérica) las reformas estructurales sistemáticas. Para que se tenga una comparación con el país latinoamericano donde más se desarrolló las reformas procesales penales, el territorio de Brasil es casi once veces y media más grande que Chile, cuya población total es considerablemente menor que una única región metropolitana brasileña: la región de da ciudad de San Pablo. Eso se pone para que se tenga una idea de la complejidad del problema brasileño que es recurrente y demuestra la diferencia en analizar reformas en Chile y en Brasil.

Las complejidades no terminan en el tamaño. Brasil tiene una economía moderna y dinámica (con el octavo más grande producto interno bruto mundial), pero aún tiene regiones con el índice de desarrollo humano similar (o peor) a las naciones más pobres del mundo. Ello hace con que se encuentren en Brasil todos los tipos de criminalidad, desde la persona hurtando por hambre hasta los delitos económicos multimillonarios, eso en la misma ciudad – tal vez en el mismo barrio de una ciudad. Cuanto a la economía brasileña, destaca-se la recurrencia de delitos contra la orden económica, tributaria y financiera cuyo combate ha sido muy fuerte por parte de la Justicia Federal y del Ministerio Público Federal. En el Estado de San Pablo (uno de los 26 Estados Federados, cuya economía es más grande que el de Argentina), por ejemplo, ya hay Tribunales de Primera Instancia federales especializados en delitos de esta naturaleza que son, en regla, muy complejos y demandan una *expertise* diferenciada, por parte del juez, del fiscal, de los funcionarios y peritos.

En la segunda parte del trabajo se presentará un fallo reciente del Superior Tribunal de Justicia de Brasil⁶ que demuestra la resistencia de las reformas y la respuesta a tal resistencia ofrecida por este importante Tribunal brasileño.

En secuencia, la cuarta parte tiene el objetivo de presentar los obstáculos de la diseminación del juzgado totalmente oral en Brasil. Para demostrar eso, vamos a discutir los resultados de una pesquisa realizada con profesionales de la litigación criminal en el Estado de San Pablo. También se presentan la opinión de expertos acerca del avance del proceso adversarial puro en Brasil.

La última parte consiste en una tentativa de responder las preguntas citadas antes.

I – Consideración inicial del Proceso Penal Brasileño

a) Las directrices constitucionales del proceso penal brasileño

Cómo ya se dijo el [Código de Proceso Penal](#) brasileño actualmente vigente fue elaborado en 1941 con inspiración en la legislación fascista italiana. Brasil vivía en medio a la dictadura Vargas (1930-1945) y a una de las Constituciones más restrictas de su historia, la de 1937. El proceso penal significaba no más que brindar al Estado los medios necesarios de persecución criminal con poco respecto a las libertades individuales y a los derechos humanos.

Al largo de 47 años el viejo Código fue reformado en algunos puntos pero conservó su característica esencialmente inquisitiva – principalmente durante los años de brutalidad del régimen militar (1964 a 1985) – hasta la promulgación de la [Constitución Federal de 1988](#) – conocida en Brasil como “Constitución Ciudadana”. La nueva Constitución, erigiendo la dignidad de la dignidad de la persona humana como uno de los fundamentos de la República Federativa de Brasil, proclamó el debido proceso legal cómo un derecho fundamental del hombre.

La Constitución de 1988 aseguró el sistema acusatorio en el proceso penal brasileño por varios dispositivos⁷, como el derecho al contradictorio y a la amplia defensa (artículo 5º, LV); la prerrogativa solamente del Ministerio Público de

⁶ El [Superior Tribunal de Justicia](#) (*Superior Tribunal de Justiça* – STJ) con sede en el Distrito Federal es el Tribunal brasileño constitucionalmente competente para dirimir interpretaciones divergentes de la ley federal.

⁷ De acuerdo con MIRABETE, J. F. *Processo Penal*, página 22.

Este documento corresponde al trabajo final del Curso Intermedio "Instrumentos para la Implementación de un Sistema Acusatorio Oral"

VI PROGRAMA INTERAMERICANO DE FORMACIÓN DE CAPACITADORES PARA LA REFORMA PROCESAL PENAL 2009

inicio de la acción penal (artículo 129, I)⁸, la autoridad juzgadora será solamente la competente – juez natural o juez constitucional (artículos 5º, LIII, 92 y 126) y la publicidad de los actos procesales (artículo 5º, LX).

La gran reforma del Poder Judicial en la Constitución de 1988 (la llamada Emenda nº 45 de 2004) presentó la duración razonable del proceso (artículo 5º, LXXVIII) de entre los derechos fundamentales. Aunque la duración razonable del proceso ya se concluía de la interpretación general de la Constitución anteriormente a la Emenda nº 45, su inserción, sin duda impactó el proceso penal brasileño, tal vez animando las reformas del Código en 2008.

También es preciso mencionar que el Estado brasileño agasajó la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tiene, en Brasil, de acuerdo con el [Supremo Tribunal Federal](#) (la corte constitucional brasileña), el status de norma “supralegal”. Eso significa que ninguna ley ordinaria – y el Código de Proceso Penal lo es – puede contrariar, disminuir o suprimir las garantías y disposiciones del tratado internacional.

Cuanto a las fuentes normativas del Proceso Penal en Brasil es necesario decir que Brasil es una República Federativa. Tiene, pues, las “Justicias Estaduales” (de cada uno de los 26 Estados Federados) y la Justicia Federal presente en toda la Federación. Pero eso no significa que tenemos dos “sistemas” de proceso penal, como en Argentina, por ejemplo. La diferencia entre la Justicia Estadual y la Justicia Federal no es más que de competencia, o sea, hay algunos delitos que son juzgados en la Justicia Federal (cómo delitos contra entidades federales, contra el sistema financiero y económico etc.) y otros que son juzgados por la Justicia de los respectivos Estados (por exclusión, todos los delitos que no son juzgados por la Justicia Federal). No hay dos “sistemas” porque las reglas procesales penales son las mismas, tanto en la Justicia Federal cuanto en la Justicia de los Estados.

La Unión Federal tiene competencia legislativa privativa del proceso. De esta forma las reglas procesales son las mismas tanto para un juzgado federal de Rio Grande do Sul cuanto para un juzgado del Estado de Amazonas, en el extremo norte del país.

Una peculiaridad más es necesario ser mencionada. El sistema de recursos en Brasil es muy amplio y complejo. Todas las decisiones de un juez de primera instancia pueden ser revistas por el respectivo tribunal tanto en sus aspectos formales cuanto materiales. Así, es posible decir que hay una desconfianza muy grande

⁸ Aunque se asegura al ofendido el inicio de la acción penal privada subsidiaria (cuando el Ministerio Público sea inerte).

de los jueces de primera instancia⁹. Es opinión de buena parte de los jueces y fiscales que eso es uno de los cuellos de botella más importantes del sistema brasileño.

Un ejemplo: en un proceso simple, como uno de hurto. El fiscal presenta la denuncia en contra el imputado y el juez recibe la denuncia para dar inicio al proceso. Es posible un recurso contra esta decisión para el Tribunal local. De la decisión del Tribunal cabe otro recurso al mismo Tribunal para aclarar su decisión. En contra la decisión final del Tribunal, es posible recurso al Superior Tribunal de Justicia, para que decida las cuestiones de derecho infra constitucional federal y otro para el Supremo Tribunal Federal para que decida las cuestiones relacionada a la Constitución Federal. Estos dos últimos Tribunales tienen sede en Brasilia, o sea, muy lejos, de todos los grandes centros urbanos. Solamente este acto de recibir la denuncia para dar inicio al proceso contra un imputado del delito de hurto puede llevar uno o dos años.¹⁰

Esta tradición de colocar todas las decisiones en suspensión hasta que el último recurso posible sea juzgado en el Tribunal Constitucional (Supremo Tribunal Federal) tiene impacto sobre las audiencias. ¿Qué pasa cuando la defensa tiene una objeción a una decisión inicial del juez en el juicio oral?

Conforme se estudiará en el curso de esto trabajo, las opiniones de los expertos varían al respecto de qué sistema es adoptado hoy en Brasil. Algunos defienden que el proceso penal brasileño es puramente inquisitivo, otros lo clasifican como mixto y otros, como acusatorio. Los que presentan el proceso penal brasileño como sistema mixto fundamentan su opinión en el hecho de que Brasil tiene dos etapas de persecución penal y una de ellas, la preliminar, llamada en Brasil de *inquérito policial*, realizada por la policía tiene, en verdad, una fuerte característica inquisitoria.

Sin embargo, en esto trabajo no trataremos de las cuestiones relativas a la fase preliminar de la persecución, sino que solamente de la fase de la acción penal en sí, la llamada "fase judicial" del proceso, y asimismo, solamente de una de sus etapas, la audiencia.

b) El proceso penal brasileño y sus "ritos"

La última sentencia del ítem anterior ya demuestra la gran diferencia entre el proceso penal de Brasil y los sistemas adversariales anglosajones y latinoamericanos reformados: la audiencia es solamente una de sus etapas, mismo después de las reformas de 2008. Eso significa que hay otras etapas en el proceso penal

⁹ Un ejemplo de la desconfianza es la posición más reciente del Supremo Tribunal Federal por la prohibición total de cualquiera tipo de ejecución de pena antes que sean juzgados todos los recursos posibles para el propio juez de la causa, para el Tribunal local, para el Superior Tribunal de Justicia y para el Supremo Tribunal Federal.

¹⁰ Son posibles muchos otros recursos incidentales que fueran mencionados por su especificidad.

brasileño que no son realizadas en audiencia, o sea, no son realizadas oralmente sino de forma escrita. De eso es posible decir que **el proceso penal de Brasil es esencialmente escrito, con una etapa de audiencia oral y tiene su estructura basada en el trámite.** No hay, por lo tanto un “juicio oral” en Brasil. Decisiones importantes como el recibir de la denuncia (la aceptación formal del inicio de la acción penal por parte del juez) y la concesión de medidas cautelares como la prisión preventiva son realizadas y hechas de manera escrita. No hay en Brasil la audiencia de garantía. La garantía en Brasil es examinada por el juez después de leer los antecedentes presentados por escritos por acusadores y defensores.

El trámite del procedimiento brasileño es representado por una definición del autor clásico de Derecho Procesal Penal Brasileño Helio Tornaghi. Para él, procedimiento es “*la secuencia de de actos en la cual los subsecuentes son continuación de los antecedentes y están a su dependencia*”¹¹, o sea, un acto después del otro todos documentados en una carpeta que llamamos “autos”.

Como se dijo anteriormente, el proceso penal tiene dos fases distintas. La primera, la fase de policial (*inquérito policial*), en la cual el proceso es de iniciativa de la propia policía, con control judicial del tiempo de duración y de medidas restrictivas de los derechos fundamentales (prisión, aprehensiones etc.).

Después, una vez concluida la fase policial, el Ministerio Público, concluyendo que hay un crimen y una justa causa para la acción penal presenta al juez lo que llamamos el documento inicial de una acción penal: la *denuncia*. En este documento -en regla escrito- se da inicio a una acción penal que puede seguir dos procedimientos: el **común** o el **especial**. El procedimiento especial es utilizado para delitos que demandan un sistema especial de tratamiento, como, por ejemplo, el sistema de jurados para los delitos dolosos contra la vida. No haremos consideraciones acerca del procedimiento especial, por su especificidad.

El procedimiento común es dividido en: i) **común ordinario** (delitos con pena máxima igual o superior a cuatro años); ii) **común sumario** (delitos con pena máxima superior a dos años y inferior a cuatro años); **común sumarísimo** (delitos de “menor potencial ofensivo” de los juzgados especiales civiles de los cuales hablaremos mas adelante).

Esta explicación es necesaria para que el lector entienda cuando, en el curso del trabajo, algunas diferencias entre procedimientos en la audiencia sean mencionadas.

Trataremos un poco acerca del procedimiento común sumarísimo, pero focalizaremos nuestras observaciones en la audiencia de los procedimientos común ordinario y común sumario cuyas audiencias son realizadas de manera semejante.

¹¹ TORNAGHI, H. *Processo Penal*. Página 46.

c) Cómo eran las audiencias antes de 2008

Se dijo que el proceso brasileño es escrito y basado en el trámite. Pero eso no significa que no prima en Brasil el principio de la oralidad en algunos casos. Mismo antes de 2008 todos los procedimientos tenían fases de audiencias.

En el procedimiento común ordinario, por ejemplo, después de recibir la denuncia, el juez fijaba una fecha para la primera audiencia, el **interrogatorio del imputado**, hecho de manera oral, pero con transcripciones dictadas por el juez al funcionario. Era en este momento que el imputado lo daría su versión acerca de los hechos. Antes de 2008, por lo tanto, el interrogatorio era realizado en primer lugar, precediendo a los otros medios de prueba. La idea inicial del interrogatorio en el proceso penal de corte inquisitivo era una forma de prueba dirigida al juez para que esto descubriese lo que se llamaba de “verdad real”, o sea, el juez tenía que tratar de sacar la “verdad” del imputado. Como ilustración, ni siquiera era necesaria la presencia del defensor del imputado para el acto, que pasó a ser obligatoria solamente en 2003¹².

Después del interrogatorio, el imputado ofrecía su “defensa previa” de forma escrita y, en seguida, el juez fijaba fechas distintas para oír los testigos indicados por el imputado y por la acusación. En lo que concierne a la instrucción procesal, las partes podían presentar documentos escritos y juntarlos a la carpeta de los autos en cualquiera fase del procedimiento.

Enseguida, era facultado a las partes la presentación de requerimientos y diligencias para complementaren la prueba del proceso, siempre con respecto a la búsqueda de una verdad real.

Siendo reunidos todos los documentos posibles a la carpeta del proceso, era abierto un plazo para que las partes presentasen sus “alegaciones finales”.

Al final, decía el revocado artículo 502 que merece ser transcrito, pues demuestra el objetivo del proceso inquisitivo brasileño pre-reforma¹³:

Artículo 502. Terminados aquellos plazos [de las alegaciones finales] serán los autos inmediatamente

¹² Con la edición de la Ley 10.792/2003, que remodeló el capítulo del interrogatorio en el Código de Proceso Penal.

¹³ Art. 502. Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em cinco dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

Parágrafo único. O juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal.

Este documento corresponde al trabajo final del Curso Intermedio "Instrumentos para la Implementación de un Sistema Acusatorio Oral"
VI PROGRAMA INTERAMERICANO DE FORMACIÓN DE CAPACITADORES PARA LA REFORMA PROCESAL PENAL 2009

*conclusos, para sentencia, al juez, que, dentro de cinco días, podrá ordenar diligencias para sanar cualquiera nulidad o suplir falta que **perjudique el esclarecimiento de la verdad.***

Parágrafo único: El juez podrá determinar que se proceda, nuevamente, al interrogatorio del imputado o la audiencia de testigos y de la víctima, se no presidio estos actos en la instrucción criminal.

Otra característica tiene que ser mencionada para culminar el peso inquisitivo de la audiencia antes de la reforma de 2008. En cada audiencia para oír los testigos, las preguntas eran formuladas al juez que las reformulaba a los testigos. A las partes no era permitido preguntar directamente al testigo. No era difícil ocurrir casos en los cuales el juez cambiaba el sentido de la pregunta desarmando la estrategia de litigación de las partes. Así decía el revocado artículo 212¹⁴:

Artículo 212. Las preguntas de las partes serán requeridas al juez, que las formulará al testigo. El juez no podrá recusar las preguntas de la parte, a menos que no tengan relación con el proceso o importaren repetición de otra ya respondida.

En la práctica de las audiencias, los jueces usaban la segunda parte del artículo 212 para rechazar o cambiar el sentido de una parte importante de las preguntas de las partes, impidiendo la litigación adversarial y centrando la audiencia en sí. Hacían eso fundamentándose en sus propias conveniencias.

Estas eran algunas de las características generales que indicaban un proceso criminal ancorado en el trámite y de corte esencialmente inquisitorial en el cual el juez era el destino y el centro de todo lo que pasaba en la audiencia. El magistrado tenía el deber de buscar la verdad real y, para eso, tenía algunas prerrogativas de crear pruebas y decidir lo que era y lo que no era relevante en la audiencia.

Aún dentro del panorama anterior a las reformas de 2008, es importante destacar el prestigio del principio de la oralidad que era utilizado en el rito sumarísimo, diferente de los trámites mencionados arriba, aplicables a los procedimientos ordinario y sumario.

El sistema procesal penal brasileño dio un gran paso en la adopción del principio de la oralidad con la Ley 9.099 del año de 1995, la "[Ley de los](#)

¹⁴ Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

Juzgados Especiales Civiles y Criminales” (que instituyó el procedimiento común sumarísimo ya mencionado). Esa ley estableció una nueva forma de tramitación del juicio procesal penal solamente en los casos llamados “de menor potencial ofensivo”, o sea, casos en los cuales la pena máxima conminada al delito no es superior a 2 años.

El segundo artículo de la ley ya dispone que “*el proceso penal se orientará por los criterios de la oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad, buscando, siempre que sea posible, la conciliación y la transacción entre las partes*”. El artículo 62, tratando más específicamente del juzgado especial criminal, repite las disposiciones del artículo segundo y dispone también que los procesos criminales especiales deben tener el objetivo, siempre que posible, de reparar los daños sufridos por la víctima y la aplicación de pena no privativa de libertad.

Aunque en los Juzgados Especiales de lo Penal la audiencia también sea solamente una etapa del proceso, se trata de la etapa principal, dividida en dos partes: la audiencia preliminar (en la cuál es intentada la conciliación de las partes) y la audiencia de instrucción y juzgamiento (si la audiencia preliminar no fue exitosa).

Esta ley, ya previa que los actos de la audiencia de instrucción y juzgamiento podrían ser grabados en cinta magnética o equivalente (artículo 65, § 3º).

En este procedimiento “*toda la prueba, los debates, y la sentencia son orales y producidos en una sola audiencia, quedando en el acta breve resumen de los hechos relevantes ocurridos en la audiencia*”¹⁵.

Más allá, se incluyó en la ley por primera vez la idea de era *conveniente* que el juez que presidió la prueba sea el mismo que falle. Es interesante citar las observaciones de Ada GRINOVER, MAGALHÃES Filho, SCARANCE Fernandes y Luiz Flávio GOMES en obra conjunta y muy importante sobre el asunto (los tres primeros, Profesores de Proceso Penal de la Célebre Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo y miembros de la mayoría de las comisiones redactores de leyes procesales penales – incluyendo la Ley 9.099 y la reforma de 2008):

“Esa concentración permitirá que, en la mayoría de las veces, el mismo juez participe de la fase preliminar y del proceso, teniendo contacto directo con las pruebas y con las partes. Acompañará los actos que pueden o no conducir a la conciliación para la reparación del daño y a la aplicación inmediata de la multa o restricción de derecho, oyendo las razones de las partes y de la víctima. Posteriormente, presenciará los actos de instrucción, debiendo fallar en seguida.”

La concepción de la identidad física del juez, o sea, el juez que preside la audiencia de instrucción es el mismo juez que debe fallar, es una idea que ha

¹⁵ GRINOVER et alii. Página 83.

venido con la Ley 9.099, una vez que esa práctica no existía en Brasil antes de 1995 y no funcionó para los procedimientos ordinario y sumario hasta 2008.¹⁶

Eso quiere decir que en Brasil, las raíces del sistema oral semejante al modelo chileno de “juicio oral”, está en el procedimiento del Juzgado Especial Criminal desde 1995. Aunque los Juzgados Especiales Criminales creados después de la Ley no tengan llegado a un nivel óptimo de tiempo de duración del proceso y calidad de las decisiones por varias razones – siendo que la más importante tal vez sea la mala administración – fue un gran avance.

Sin embargo, los procedimientos ordinario y sumario seguían en atraso hasta 2008. Los procesos llevaban años hasta que terminaban en primera instancia. Se necesitaban, en lo mínimo, tres audiencias: el interrogatorio, la audiencia de los testigos de la acusación y la audiencia de los testigos de defensa. Puede imaginarse el caos que eso puede representar en un país de dimensiones continentales, cuando uno de los testigos esté en Porto Alegre y el imputado esté preso en Macapá, cinco horas de vuelo de distancia. La situación no es inusual y la práctica de oír testigos en ubicaciones distantes es un eficiente instrumento de la defensa en Brasil.

Llegamos al año de 2008, cuando una reforma intentó abalar las vetustas estructuras del sistema inquisitivo brasileño.

d) Las reformas de 2008

Cuando se habla de las “reformas de 2008” se trata de tres leyes que reformaran en Código Procesal Penal. La Ley 11.689 de 9.6.2008 reformuló el sistema de jurados para delitos dolosos contra la vida; la Ley 11.690 de 9.6.2008 cambió el régimen de pruebas; y la Ley 11.719 de 20.6.2008 reformó los procedimientos.

Las reformas fueron muchas, pero aquí cuidaremos solamente de algunas pocas concernientes a la sistemática de la audiencia en los procedimientos ordinario y sumario y a un camino hacia un sistema adversarial (pero solamente un camino y no un cambio radical de sistema).

1-) La concentración de todas las audiencias (interrogatorio, testigos de defensa, testigos de acusación) en la audiencia que, en portugués, la llamamos “una” (nueva redacción del artículo 399 del Código). Un poco arriba fue considerado un ejemplo en lo cual la distancia y la escasez de recurso tornaba el proceso

¹⁶ Una observación es necesaria en separado para entender el sistema de competencia de Brasil: todas las causas en primera instancia son decididas por **un juez**. No hay, como en Chile tres jueces para decidir el juicio. En Brasil, el “colegiado” solamente es competente en nivel de recurso.

Este documento corresponde al trabajo final del Curso Intermedio "Instrumentos para la Implementación de un Sistema Acusatorio Oral"
VI PROGRAMA INTERAMERICANO DE FORMACIÓN DE CAPACITADORES PARA LA REFORMA PROCESAL PENAL 2009

totalmente imposible. Ahora la idea es concentrar la audiencia de una sola vez. Llamen a todos los testigos y al imputado para uno solo encuentro¹⁷.

Junto a la concentración hay el cambio de secuencia. El interrogatorio del imputado, hoy concebido como un medio de autodefensa y no propiamente un medio de descubrir la “verdad real”, pasa a ser el realizado después de oídos los testigos de acusación y defensa. Hay, también, a ejemplo del sistema norteamericano, una inversión de la secuencia con referencia a las preguntas del juez. Anteriormente, era el Magistrado que iniciaba las preguntas. Hoy, son las partes que primero preguntan, dejando al juez, solamente después, la formulación de preguntas complementarias acerca de los puntos no esclarecidos por el testigo. Esta última modificación generó el primer caso que llegó a una Corte Superior brasileña comentado en el próximo punto de este trabajo.

2 -) El cambio del artículo 212 de Código que permitió que los litigantes (Defensa y Ministerio Público) puedan **preguntar directamente a los testigos** sin la intermediación del juez que quedó con función solamente de rechazar preguntas inútiles. En el sistema anterior, tanto el interrogatorio del imputado cuanto las preguntas de las partes era realizado por medio del juez a quien eran hechas todas las preguntas que eran repasadas al imputado y a los testigos: el llamado sistema presidencialista de audiencia. No era raro en una audiencia de instrucción y juzgamiento que solamente el juez preguntase, cuando las partes renunciaban de sus preguntas, tras el interrogatorio realizado por el juez directamente.

Redacción del Código Procesal Penal anterior a agosto de 2008	Redacción del Código Procesal Penal en vigor a partir de agosto de 2008 (Ley 11.690/2008)
<i>Artículo 212. Las preguntas de las partes serán requeridas al juez, que las formulará a los testigos. El juez no podrá recusar las preguntas de la parte, salvo si no tuvieren relación con el proceso o significaren repetición de otra ya respondida.</i>	<i>Artículo 212. Las preguntas serán formuladas por las partes directamente a los testigos, no admitiendo el juez aquellas que pudieren inducir la respuesta, no tuvieren relación con la causa o significaren repetición de otra ya respondida.</i>

¹⁷ Aquí, es necesario consignar, hay una discusión muy actual y candente en Brasil acerca de la cual no hay aún una definición ni de los expertos ni de los Tribunales: la posibilidad de realizar esta “audiencia una” por sistema de videoconferencia. El Supremo Tribunal Federal aún no se pronunció definitivamente acerca de la constitucionalidad de la Ley 11.900 de 8.1.2009 que, modificando el Código de Proceso Penal, permite la utilización de este tipo de aparato. Aunque esta sea una de las cuestiones más importantes del proceso penal en Brasil hoy, no es objetivo de este trabajo abordarla.

Esta modificación inauguró en Brasil el sistema de las preguntas directas o sistema de *cross-examination*, una característica fuerte del *adversary system* anglosajón o, ahora también, sistema adversarial chileno.

3 -) La institución del **principio de la identidad física del juez** en el párrafo 2º de la nueva redacción del artículo 399 del Código: “*el juez que presidió la instrucción deberá fallar*”. Irónicamente esto era un principio que solamente vigoraba en el proceso civil, pero no en lo penal.¹⁸

4 -) La regla de que el juez debe **fallar en audiencia**, de acuerdo con la regla del artículo 403, con su nueva redacción.

Hay otras, pero esto trabajo se concentrará en estas cuatro relevantes modificaciones en el sistema de audiencias. Puede concluirse que ello significa algunos pasos – no más que eso – a un sistema oral y adversarial. Sin embargo, aunque las intenciones de las reformas tengan sido estas, no faltan las críticas a ese sistema. En algunas de ellas se puede notar un tradicionalismo que está condenado a desaparecer, pero otras son muy contundentes y pueden desacelerar las reformas futuras hacia el *adversary system*. Vamos a revisar algunas de ellas en la secuencia.

II – La posición del Superior Tribunal de Justicia en un fallo

Las primeras resistencias al nuevo sistema de audiencias de la reforma de 2008 de Código de Proceso Penal llegó a el Superior Tribunal de Justicia – que, como ya se dijo, es el Tribunal Superior brasileño constitucionalmente competente para dirimir interpretaciones divergentes de la Ley Federal – en 2009, con el [Habeas Corpus número 121.216/DF](#).

Tratase de un proceso criminal contra Don Raúl Souza dos Santos por un delito de robo en la localidad de Ceilandia, Distrito Federal, en el año de 2006. Por ocasión de la audiencia una, ya vigente la nueva redacción del artículo 212, el Ministerio Público exigió que se respetase el nuevo sistema adversarial. El juez de primera instancia rechazó el pedido, diciendo que: “*tal régimen legal [del nuevo artículo 212] no aportó ninguna innovación con respecto al sistema anterior sobre la*

¹⁸ Hay discusiones que llegaron con la reforma, como los casos del juez de vacaciones, jubilado o fallecido que son de menor importancia para este trabajo.

Este documento corresponde al trabajo final del Curso Intermedio "Instrumentos para la Implementación de un Sistema Acusatorio Oral"
VI PROGRAMA INTERAMERICANO DE FORMACIÓN DE CAPACITADORES PARA LA REFORMA PROCESAL PENAL 2009

presidencia de los actos procesales realizados en el curso de las audiencias, a saber, el sistema presidencial, que sigue en pleno vigor y concede al Magistrado el poder/deber de, cuando quiera, preguntar primero a los testigos”.

La manifestación del juez fue típica del sistema inquisitivo. Es decir: “yo, cómo magistrado, tengo el deber de descubrir la verdad y tengo a mi disposición la estructura de la audiencia que puedo cambiar siempre que me conviene”.

De esta manera la audiencia de proceso fue realizada de acuerdo con el sistema anterior. El imputado fue condenado.

Contra esta decisión del juez de primera instancia, el Ministerio Público – resalte-se la posición del Ministerio Público a favor al imputado y al nuevo sistema de audiencia – recurrió al Tribunal Local del Distrito Federal. Este recurso no fue pródigo por el Tribunal de Justicia del Distrito Federal con el fundamento de que no hubo ninguna ilegalidad en la conducta del magistrado que no fue imparcial. Además – destacó el Tribunal – ningún daño fue causado al imputado por la inversión de secuencia de preguntas.

Contra tal decisión el Ministerio Público impetró un Habeas Corpus en el Superior Tribunal de Justicia a favor del imputado, para que la audiencia fose anulada una vez que la conducta del juez contrarió el sistema acusatorio, el debido proceso legal, y el principio de la dignidad de la persona humana.

En ejemplar fallo, el Superior Tribunal de Justicia anuló la audiencia realizada de manera contraria a la nueva disposición del artículo 212.

Destacase el resumen de la decisión:

1. La nueva redacción dada al artículo 212 del Código, en vigor a partir de agosto de 2008, determina que las víctimas, los testigos y el imputado sean oídos directa y primeramente por la acusación y en secuencia, por la defensa, posibilitando al magistrado complementar las preguntas cuando entienda necesario esclarecimientos.

2. Si el Tribunal admite que hubo inversión en el mencionado acto, consignado que el Juez singular incurrió en error in procedendo, caracteriza restricción ilegal, por ofensa al debido proceso legal, remediable a través de habeas corpus el rechazo de la reclamación referente a la apuntada nulidad.

3. La abolición del sistema presidencial, con adopción del método acusatorio, permite que la producción de la prueba oral sea realizada de manera más eficaz delante de la posibilidad del

efectivo examen directo y cruzado del contexto de las declaraciones juntadas, bien delineando las actividades de acusar, defender y juzgar, razón por la cual es evidente la lesión cuando el acto no es procedido de la respectiva forma.

4. Orden concedida para, confirmando la medida preliminar, anular la audiencia de instrucción y juzgamiento reclamada y los demás actos subsecuentes, determinándose que otra sea realizada, en los moldes del determinado por el artículo 212 del Código de Proceso Penal.

(HC 121216/DF, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, fallo de 19/05/2009, publicado en 01/06/2009)

La decisión es pionera y demuestra dos puntos: a) la resistencia, principalmente de los magistrados de abandonar sus poderes de presidente de la audiencia y centro de todos los actos de prueba; b) la disposición de los Tribunales Superiores en construir un sistema verdaderamente acusatorio.

III – Algunas críticas brasileñas al seguimiento del camino de proceso penal hacia el sistema adversarial

De acuerdo con la exposición anterior, Brasil tiene un sistema procesal penal con fuerte influencia inquisitiva que nos acompaña hasta hoy. Algunas reformas ocurrieran, pero hay problemas en el camino de la evolución adversarial en Brasil.

Vamos a citar inicialmente el miembro del Ministerio Público Federal de Segunda Instancia y muy respetado procesalista Eugenio PACELLI de Oliveira. En su obra *Curso de Proceso Penal*, el Profesor, después de rendir elogios a la mayor imparcialidad del magistrado, advierte: “*Obviamente, no estamos sustentando el aprisionamiento del juez en la investigación de los hechos, lo que, claramente, sería un completo revés*”.¹⁹ Pacelli profesa que en el sistema acusatorio el juez no puede sustituir la actividad del Ministerio Público – no puede tutelar la prueba – aunque pueda, si, investigar, cuando fueran posibles y necesarias las pruebas de inocencia del imputado. Dice: “*no se puede, con cualquier fundamento, vincular la decisión judicial a la calidad de la actuación de las partes (acusación y defensa), particularmente cuando tratarse – y cuando pudiere ser prevista – la posibilidad de producción de prueba a favor del imputado, mismo no requerida o vislumbrada por el defensor. O sea, el juez*

¹⁹ Página 10 y 11. Es necesario consignar que Profesor Pacelli es un fuerte defensor del sistema acusatorio en Brasil y repudia vehementemente las posturas del juez cómo instructor de oficio.

Este documento corresponde al trabajo final del Curso Intermedio "Instrumentos para la Implementación de un Sistema Acusatorio Oral"
VI PROGRAMA INTERAMERICANO DE FORMACIÓN DE CAPACITADORES PARA LA REFORMA PROCESAL PENAL 2009

puede salir de su imparcialidad para buscar una prueba que pueda dar al imputado la absolución.

El prestigioso Profesor de Derecho Procesal y ex juez del Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro José Carlos BARBOSA MOREIRA, hablando acerca del sistema de *cross-examination*, dice: “*Semejante procedimiento, elogiado por algunos cómo método eficaz para la revelación de la verdad, ha sido objeto de críticas candentes por parte de muchos, en el propio universo anglosajón. Pleitease que la manera de conducir las preguntas, de ambos los lados, es menos apta a apuntar luz sobre los hechos do que someter a aturdimientos y humillaciones los deponentes hostiles, en el afán de descreditarlos para los ojos de los jurados*”.²⁰

Sin embargo, para no quedarnos solamente en las discusiones teóricas de los expertos, preparamos una sencilla pesquisa para buscar la opinión de siete profesionales de la litigación, entre jueces, miembros del Ministerio Público y Defensores. De esta manera, algunas preguntas fueran hechas a ellos con la orientación de que respondiesen de acuerdo con su vida práctica en los juzgados. El objetivo final no era crear una estadística minuciosa de las opiniones, pero solamente traer algunas ideas de profesionales brasileños.

Las conclusiones son en el sentido de que el proceso penal avanzó con la edición de las Leyes que instituyeran la audiencia una y el sistema de *cross-examination*.

Un miembro del Ministerio Público del Estado de San Pablo respondió que no concordaba con la colocación del interrogatorio del imputado como última etapa de la audiencia porque las alegaciones quedarán más improbables solamente para refutar los testigos. Un juez de la Justicia Estadual del Estado de San Pablo dijo que está con problemas en su juzgado porque algunos miembros del Ministerio Público y abogados llegan a pelear con testigos.

Sin embargo, hubo más reservas cuando la pregunta fue, textualmente: “2-) *Sería conveniente adoptarse en Brasil un sistema en lo cual todos los requerimientos de las partes, discusiones y decisiones relevantes del proceso sean hechos solamente por medio de la audiencia de manera oral y sien archivo de documentos en carpetas (solamente con grabaciones digitales)?*”

Casi todos los entrevistados presentaran reservas cuando a la falta de los documentos probatorios para estudio y ponderación del juez. Uno de los entrevistados, miembro del Ministerio Público Federal en San Pablo que se posicionó en contra el juicio oral, dijo que en Brasil falta lo que llamó de “cultura de la oralidad”. Más allá, dijo que el afán del momento, posiciones consolidadas de los Tribunales pueden ser perdidas en la audiencia. Respondió que cuando el proceso es escrito, puede

²⁰ O Processo Penal norte-americano e sua influência. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº4, página 5, citado por MENDONÇA, Andrey Borges, página 195.

ser revisto después de manera más fácil. Textualmente dijo que: *“escribir es un acto de razón, de lógica. Para escribir es necesario ordenar los hechos relevantes y despreciar los irrelevantes. Cuando se habla también se debe hacer de la misma forma, pero con la escrita hay más tiempo para elaborar correctamente el raciocinio, percibir sus errores y corregirlo.*

Dos de los entrevistados levantarán la inconveniencia de se realizar los Juicios Orales en casos muy complejos, cómo el lavado de dinero, los crímenes en contexto de grandes empresas y la evasión de divisas. ¿Cómo hacerse un juicio oral en un delito de lavado de dinero en que hay centenas de carpetas con cálculos y pruebas? Esta, por ejemplo es la opinión del prestigiado Juez Federal del Tribunal especializado en delitos financieros Fausto Martin de Sanctis en una [entrevista de 2008](#). Es importante consignar que Brasil, y principalmente San Pablo, que tiene una economía muy compleja y dinámica, está luchando contra los grandes delitos financieros y económicos. Incluir estos delitos (cada vez más comunes) en la sistemática de la audiencia una es un desafío muy grande. Dos de los entrevistados dijeron que un sistema oral parece muy bueno para crímenes de baja y media complejidad pero eso no son los únicos del proceso penal brasileño.

Algunos de los entrevistados responderán que los actores no están preparados para una litigación oral. Uno de ellos respondió que sería necesaria una reforma curricular en las Facultades de Derecho.

Cuando la pregunta fue: cuál es el principal motivo de demoras en el proceso brasileño, con algunas excepciones – brindadas por Defensores – la respuesta de la mayoría fue: lo sistema de los recursos y de los Habeas Corpus para los Tribunales.

IV – Conclusiones: ¿es posible avanzar más?

De acuerdo con las rápidas observaciones hechas en esto texto es posible llegar a algunas conclusiones preliminares:

a) El procesal penal brasileño tiene una fuerte influencia del sistema inquisitivo vigente al tiempo de creación de su Código, pero hay avances importantes hacia un sistema de imparcialidad del juez y de utilización de la concentración de los actos en una audiencia. El ejemplo de avance más reciente fueran las reformas de 2008, que crearan el sistema de *cross-examination* en Brasil.

b) Por una primera decisión de un Tribunal Superior de Brasil, es posible darse cuenta que hay obstáculos en la mentalidad de algunos, pero hay también disposición de acoger las reformas e darles efectividad.

c) De acuerdo con la opinión de algunos expertos más respetados en Brasil son necesarias reservas cuanto a la adopción integral del *sistema* adversarial anglosajón. De acuerdo con la opinión de una pequeña muestra de actores de la litigación, las reformas fueran relativamente buenas, pero casi todos miran el camino del sistema adversarial con reservas variadas. No es posible precisar el motivo de todas las reservas que pueden ser desde obstáculos de traspasar un modelo centenario hasta objeciones concretas y procedentes de defectos del nuevo sistema.

A la pregunta ¿es posible avanzar más?, es necesario un esclarecimiento: ¿para donde? Con las reservas presentadas en este trabajo, llegamos a la conclusión que habrá resistencias fuertes, tanto de expertos que presentan objeciones teóricas, cuanto de actores del sistema que presentan objeciones prácticas.

Queda claro que lo que se hace en Brasil no es obedece ni criterios de economía (el sistema es caro) ni criterios de calidad (los fines no son alcanzados). Los procesos son demasadamente largos; consumen muchos recursos; el juez tiene un rol mucho más proactivo de lo que se espera en un sistema acusatorio; aún hay fuerte discusión entre un Estado garantista y un Estado efectivo²¹; los procesos son vistos y trabajados mucho más en función de su trámite de que de su verdadero objetivo.

Es claro que el sistema acusatorio adversarial o *adversary* es un modelo adecuado a un sistema liberal y pragmático como históricamente lo es el de EEUU, y en cierto grado, el de Reino Unido. Es cierto también que Brasil no tiene – en absoluto – una tradición pragmática y liberal. No es bien visto en Brasil el hecho de que las partes pueden discutir las pruebas entre ellas sin la intervención del estado-juez. Ello, analizado de forma muy profunda y con perspectiva histórica – deriva de una visión tutelar del individuo calcada, en mi punto de vista, en la idea brasileña – tal vez no sólo brasileña – de que hay individuos mejores que otros para los cuales se deben entregar la responsabilidad de alcanzar la “verdad”.

Sin embargo, hay evoluciones muy importantes como aquellas mencionadas en el inicio de la introducción y de aquellas de las reformas de 2008.

A la pregunta formulada, no hay una respuesta científicamente correcta y aceptable. Hay varios caminos y varios obstáculos. Decir que vamos a caminar para un sistema mejor, es repetir el mismo optimismo falso que permeó toda la historia de Latinoamérica. Decir que estamos parados, no es verdad tampoco.

²¹ La ya mencionada discusión de la videoconferencia es un ejemplo. Aunque el embate entre garantismo y efectividad sea grande, ninguno de los lados puede decirse victorioso. La violencia en los centros urbanos suele aumentar mientras también aumenta la violencia policial.

Bibliografía

GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES Gomes Filho, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 5ª edición. 2005

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 8ª edición. 2008

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal. Comentada artigo por artigo*. São Paulo. Editora Método. 2008

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo. Editora Atlas. 18ª edición. 2007

PACELLI de Oliveira, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora. 12ª edición. 2009

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 4ª edición. 2005.

TORNAGHI, Helio. *Processo Penal*. Rio de Janeiro. Editora A. Coelho Branco F., 1953