

El naufragio de la oralidad: el caso de los Juzgados Especiales Criminales en Brasil

Luiz Eduardo Cani

Abogado por la Universidad Regional de Blumenau (2008-2013), posgrado en Derecho Penal y Criminología por el Instituto de Criminología e Política Criminal (2013-2015), magíster en Desarrollo Regional por la Universidad del Contestado (2019) y doctorado en curso en Ciencias Criminales en la Pontificia Universidad Católica de Río Grande do Sul (2019-2022). Becario de la Coordinación de Perfeccionamiento de Personal de Nivel Superior (CAPES).

En este artículo son abordadas las cotidianas violaciones a la oralidad en Brasil, aquí llamadas como naufragio de la oralidad. El objetivo general es comprender las distorsiones que fulminan la oralidad. Los objetivos específicos son: (a) analizar las disposiciones legales que introdujeron los juzgados especiales en Brasil, bien como los respectivos objetivos; y (b) demostrar las insuficiencias de la positividad de la oralidad.

Introducción

Brasil es el único país de América que no realizó una reforma para sustituir el sistema procesal inquisitorio por el sistema acusatorio (González Postigo, 2017). El Código de Proceso Penal brasileño está en vigor desde 1941. Fue creado en el régimen dictatorial, llamado Estado Nuevo, que comenzó en 1937, mejor dicho, fue copiado del Código de Proceso Penal italiano de 1930, *Código Rocco*.

Asentado en el principio inquisitivo, se caracteriza: (a) por la atribución al juez de la gestión de la prueba, de la instauración del proceso y de la función de acusar y de juzgar; (b) por la preponderancia de los actos procesales escritos que favorecen el secreto, inviabilizan la fiscalización

del Poder Judicial por la población y hacen el trabajo judicial mediado por documentos y asesores; (c) por tratar al imputado como objeto de investigación en lugar de sujeto de derechos; y (d) por un proceso cuya sentencia puede no transitar en juzgado y cuyas medidas cautelares, sobre todo personales, se aplican como regla, para las cuales la libertad del imputado es excepción (Cani, 2014: 182-189).

Un cambio fue pretendido con la promulgación de la Constitución (1988), así como con la creación de los Juzgados Especiales Criminales (y también civiles, pero no serán objeto en este trabajo), estatales y federales, por medio de las Leyes N° 9.099 (1995) y N° 10.259 (2001), destinadas a juzgar los procesos que tramitan por el rito abreviado, en Brasil llamado de *sumarísimo*.¹ Sin embargo, el intento de implementar la oralidad se redujo a la producción de prueba testimonial.

¹ En Brasil, los ritos procesales varían según la cantidad de pena, en los crímenes comunes, y según la persona del imputado o la naturaleza de la infracción, en los crímenes especiales. En los delitos comunes el rito es común y se define por la pena máxima aplicable. El rito *sumarísimo* es aplicable a las infracciones penales con pena máxima hasta dos años. El rito *sumário* para las infracciones con pena máxima de más de dos años y menos de cuatro años. El rito *ordinário* es aplicable a las infracciones con una pena máxima de cuatro años, o más.

En ese contexto se inserta la pregunta de búsqueda: ¿cómo la oralidad puede naufragar?

Con ese cuestionamiento, se pretende comprender las distorsiones que fulminan a la oralidad, o sea, las causas del incumplimiento. En esa dirección, serán: (a) explicitados los objetivos de los Juzgados Especiales Criminales; (b) analizadas las disposiciones legales que introdujeron los juzgados en Brasil; y (c) demostradas las insuficiencias de la positivación de la oralidad en las Leyes N° 9.099 y N° 10.259.

Fueron consultadas fuentes bibliográficas y documentales, del tipo primario y secundario (leyes, libros y artículos científicos), a partir de las cuales se realizó una investigación pura, utilizando el método inductivo para formular consideraciones después del análisis de las especificidades estudiadas.

Los objetivos de los Juzgados Especiales Criminales en Brasil

La actual Constitución de la República Federativa del Brasil fue promulgada el 5 de octubre de 1988, luego de finalizada la dictadura civil y militar. En el art. 98, I, fueron previstos los Juzgados Especiales, cuya finalidad es juzgar los casos civiles de menor complejidad y las infracciones penales de menor potencial ofensivo:

Art. 98. La Unión, en el Distrito Federal y en los Territorios, y los Estados crearán:

I – Los juicios especiales, proporcionados por jueces togados, o togados y laicos, competentes para la conciliación, el juicio y la ejecución de causas civiles de menor complejidad e infracciones penales de menor potencial ofensivo, mediante los procedimientos oral y sumarisimo, permitidos, en las hipótesis previstas en la ley, la transacción y el juicio de recursos por grupos de jueces de primer grado (traducción libre) (Constitución de la República Federativa del Brasil, 1988);

Sin embargo, los términos “casos civiles de menor complejidad” e “infracciones penales de menor potencial ofensivo” no fueron definidos en el texto constitucional, lo que exigió una actuación del poder constituyente derivado, tanto para suplir esa omisión, como para crear los Juzgados Especiales Criminales en las esferas estadual y federal.

En el ámbito estadual, eso fue hecho por medio de la Ley N° 9.099, el 26 de septiembre de 1995, con el intuito de reformar el procedimiento abreviado, aplicable a las infracciones penales de menor potencial ofensivo, así definidas:

Art. 61. Se consideran infracciones penales de menor potencial ofensivo, a los efectos de esta ley, las contravenciones penales y los crímenes a que la ley prevé pena máxima no superior a 2 (dos) años, acumulada o no con multa (traducción libre) (Ley N° 9.099, 1995).²

En el ámbito federal, los Juzgados Especiales fueron creados, el 12 de julio de 2001, por la Ley N° 10.259 que contiene normas específicas, aplicables sólo en los Juzgados Especiales Federales. Sin embargo, solamente los art. 1°, 2° y 11 contienen disposiciones sobre los Juzgados Especiales Federales Criminales: (a) el art. 1° determina la aplicación subsidiaria de la Ley N° 9.099 a los Juzgados Federales; (b) el art. 2° atribuye a los Juzgados Federales la competencia para juzgar las infracciones penales de menor potencial ofensivo en las hipótesis de competencia federal; (c) el párrafo único de lo art. 2° impone la oferta del uso de las salidas alternativas al proceso penal, previstas en la Ley N° 9.099; y (d) el art. 11 asigna poderes para celebrar acuerdos y desistir del

² La definición de infracciones penales de menor potencial ofensiva, que excluye la posibilidad de análisis del grado de ofensividad en cada caso y, en consecuencia, permite salidas alternativas en infracciones penales de medio o superior potencial ofensivo, fue duramente criticada por Lenio Luiz Streck. Por eso, para ese jurista, la definición de infracciones penales de menor potencial ofensivo como aquellas con pena máxima hasta dos años produce una nulidad parcial que debe ser declarada, sin reducción del texto legal, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional (2003: 125-138).

proceso a los representantes que comparecen en las audiencias de composición civil de daño resultante de infracción penal contra entidad pública:

Art. 1°. Se instituyen los Juzgados Especiales Civiles y Criminales de la Justicia Federal, a los cuales se aplica, en lo que no se contradice con esta Ley, lo dispuesto en la Ley N° 9.099, del 26 de septiembre de 1995.

Art. 2°. Compete al Juzgado Especial Federal Criminal procesar y juzgar los hechos de competencia de la Justicia Federal relativos a las infracciones de menor potencial ofensivo, respetadas las reglas de conexión y continencia.

Párrafo único. En la reunión de procesos, ante el juicio común o el tribunal del jurado, derivado de la aplicación de las reglas de conexión y continencia, se observarán los institutos de la transacción penal y la composición de los daños civiles.

Art. 11. La entidad pública demandada deberá proporcionar al juzgado la documentación de que disponga para el esclarecimiento de la causa, presentándola hasta la instalación de la audiencia de conciliación.

Párrafo único. Para la audiencia de composición de los daños resultantes de ilícito criminal (artículos 71, 72 y 74 de la Ley N° 9.099, del 26 de septiembre de 1995), el representante de la entidad que comparezca tendrá poderes para acordar, desistir o transigir, en la forma del presente, el art. 10 (traducción libre) (Ley N° 10.259, 2001).

Los criterios de orientación de los Juzgados Especiales, previstos en el art. 98, I, de la Constitución (1988) y en los arts. 2° y 62 de la Ley N° 9.099 (1995), son oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad en los juicios de los procesos de menor complejidad:

Art. 2°. El proceso se orientará por los criterios de la oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad, buscando, siempre que sea posible, la conciliación o la transacción.

Art. 62. El proceso ante el Juzgado Especial se orientará por los criterios de la oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad, objetivando, siempre que sea posible, la reparación de los daños sufridos por la víctima y la aplicación de una pena no privativa de libertad (traducción libre) (Ley N° 9.099, 1995).

Esta reforma judicial tuvo los objetivos oficiales inmediatos de simplificar el procedimiento *sumarísimo* y de reducir el tiempo de duración de los procesos, además de la reducción de los costos para el mantenimiento del Poder Judicial.

Además, el objetivo oficial mediano fue sustituir el sistema procesal penal inquisitorio por el sistema procesal penal acusatorio o, por lo menos, experimentar la viabilidad del sistema acusatorio en el país: “(...) la concentración, la inmediatez, la identidad física del juez conduce a la mejor apreciación de las pruebas y la formación de un convencimiento efectivamente basado en el material probatorio cosechado y en las argumentaciones de las partes”³ (traducción libre) (Grinover, Gomes, Fernandes & Gomes, 2005: 35).

Sin embargo, la propuesta de cambio fue ambiciosa, pero parece haber sido abandonada algún tiempo después de la sanción legislativa o, tal vez, aún antes de la sanción. Este fenómeno de despreocupación con los cambios pretendidos en el momento posterior a la sanción de leyes fue llamado fetichismo normativista por Alberto Binder (2002: 68).

3 “(...) a concentração, a imediação, a identidade física do juiz conduzem à melhor apreciação das provas e à formação de um convencimento efetivamente baseado no material probatório colhido e nas argumentações das partes.”

En ese sentido, las novedades incorporadas en los Juzgados Especiales exigían cautela para realizar una larga discusión que tendría el objetivo de consolidar y madurar las innovaciones pretendidas. La complejidad de algunos institutos, principalmente de las salidas alternativas al proceso, es corolario de la sacudida a los conceptos e institutos consolidados. La cautela necesaria fue ignorada. Las leyes fueron aprobadas en ausencia de amplios debates (Coutinho, 2005: 4-5).

El mismo destino tuvo la discusión sobre la despenalización. Antes de definir infracción penal de menor potencial ofensivo, era necesario despenalizar todas las acciones que producen lesiones y/o peligros de lesiones insignificantes al bien jurídico. Entre las infracciones penales restantes, deberían definirse aquellas de menor potencial ofensivo (Coutinho, 2005: 5).

Como las cautelas necesarias no fueron tomadas, la creación de los Juzgados Especiales Criminales resultó en la resurrección de las infracciones penales insignificantes que, en aquel momento, ya estaban listas para cambiar del derecho penal a otra rama del derecho, así como para crear diversos cargos públicos en un país cuyo Estado está, cada día, más próximo a un Estado mínimo (Coutinho, 2005: 6).

En suma, el objetivo latente a los Juzgados Especiales Criminales es conformar el sistema criminal al contexto neoliberal, acuñado por la sociedad de *Mont Pèlerin*, en 1947, y expandido para América Latina con la adhesión al consenso de Washington, en 1989. Esta adecuación presupone la introducción de la eficiencia, fundamento de la epistemología neoliberal (Coutinho, 1999: 38-41). Esto quiere decir que la verdadera eficiencia de los Juzgados Especiales Criminales reside en la “(...) sanción más cerca de la población excluida de forma más eficiente” (Rosa, 2005: 63), lo que implica, muchas veces, en condenas y ejecuciones sumarias, como en los tribunales nazis (Rosa, 2005: 65).

El procedimiento sumarísimo

El producto de las Leyes N° 9.099 y N° 10.259 fue un procedimiento acortado⁴ compuesto por tres fases: (a) investigación criminal; (b) salidas alternativas al proceso; y (c) juicio oral (pero excepcionalmente escrito).

La investigación criminal en estos casos se da por medio de la redacción de un *termo circunstanciado*.⁵ El imputado no puede ser preso en flagrante y ni tendrá que pagar fianza si asume el compromiso de comparecer ante el Juzgado Especial Criminal o si es directamente encaminado al juzgado:

Art. 69. La autoridad policial que tome conocimiento de la ocurrencia labrará término circunstanciado y lo encaminará inmediatamente al juzgado, con el autor del hecho y la víctima, providenciándose las requisiciones de los exámenes periciales necesarios.

Párrafo único. Al autor del hecho de que, después de la labranza del término, sea inmediatamente encaminado al juzgado o asumir el compromiso de que él comparezca, no se impondrá prisión en flagrante, ni se exigirá fianza. En caso de violencia doméstica, el juez podrá determinar, como medida de cautela, su alejamiento del hogar, domicilio o lugar de convivencia con la víctima (traducción libre) (Ley N° 9.099, 1995).

Las salidas alternativas son tres: (a) composición civil del daño entre imputado y víctima; (b) aplicación inmediata de pena al imputado, sin necesidad de confesión de la autoría de la infracción penal, llamada de transacción penal; y (c) suspensión

⁴ Se evitó el término “abreviado” porque es distinto del procedimiento abreviado chileno, por ejemplo. El procedimiento *sumarísimo* es simplemente una reducción de los actos procesales: menos formalidad en los actos de investigación, alegaciones finales orales y juicio oral

⁵ Procedimiento abreviado de investigación de las infracciones penales de menor potencial ofensivo. En las demás infracciones penales, la investigación es hecha por *inquérito policial*, el modelo de investigación ordinaria.

condicional del proceso por período entre dos y cuatro años:

Art. 72. En la audiencia preliminar, presente el representante del Ministerio Público, el autor del hecho y la víctima y, si es posible, el responsable civil, acompañados por sus abogados, el juez aclarará sobre la posibilidad de la composición de los daños y la aceptación propuesta de aplicación inmediata de la pena privativa de libertad.

Art. 73. La conciliación será conducida por el juez o por conciliador bajo su orientación.

Párrafo único. Los conciliadores son auxiliares de la justicia, reclutados, en la forma de la ley local, preferentemente entre bachilleres en derecho, excluidos los que ejerzan funciones en la administración de la Justicia Criminal.

Art. 74. La composición de los daños civiles será reducida por escrito y, homologada por el juez mediante sentencia irrecurrible, tendrá eficacia de título a ser ejecutado en el juicio civil competente.

Párrafo único. Si se trata de acción penal de iniciativa privada o de acción penal pública condicionada a la representación, el acuerdo homologado acarrea la renuncia al derecho de queja o representación.

Art. 76. Habiendo representación o tratándose de crimen de acción penal pública incondicional, no siendo caso de archivo, el Ministerio Público podrá proponer la aplicación inmediata de pena restrictiva de derechos o multas, a ser especificada en la propuesta.

§ 1°. En las hipótesis de ser la pena de multa la única aplicable, el juez podrá reducirla hasta la mitad.

§ 2°. No se admitirá la propuesta si se demuestra:

I - haber sido el autor de la infracción condenado, por la práctica de crimen, a la pena privativa de libertad, por sentencia definitiva;

II - haber sido el agente beneficiado anteriormente, en el plazo de cinco años, por la aplicación de una pena restrictiva o multa, en los términos de este artículo;

III - no indicar los antecedentes, la conducta social y la personalidad del agente, así como los motivos y las circunstancias, ser necesaria y suficiente la adopción de la medida.

§ 3°. Acepta la propuesta por el autor de la infracción y su defensor, será sometida a la apreciación del juez.

§ 4°. Acogiendo la propuesta del Ministerio Público aceptada por el autor de la infracción, el juez aplicará la pena restrictiva de derechos o multa, que no importará en reincidencia, siendo registrada sólo para impedir nuevamente el mismo beneficio en el plazo de cinco años.

§ 5°. De la sentencia prevista en el párrafo anterior cabrá la apelación referida en el art. 82 de esta Ley.

§ 6°. La imposición de la sanción de que trata el § 4° de este artículo no constará de certificado de antecedentes penales, salvo para los fines previstos en el mismo dispositivo, y no tendrá efectos civiles, correspondiendo a los interesados proponer una acción adecuada en el juicio civil.

Art. 89. En los crímenes en que la pena mínima concertada sea igual o inferior a un año, cubiertas o no por esta Ley, el Ministerio Público, al ofrecer la denuncia, podrá proponer la suspensión del proceso, por dos a cuatro años, desde que el imputado no esté siendo procesado o no haya sido condenado por otro delito,

presentes los demás requisitos que autorizarían la suspensión condicional de la pena (artículo 77 del Código Penal).

§ 1°. Acepta la propuesta por el imputado y su defensor, en presencia del juez, éste, recibiendo la denuncia, podrá suspender el proceso, sometiendo al imputado a período de prueba, bajo las siguientes condiciones:

- I - reparación del daño, salvo imposibilidad de hacerlo;
- II - prohibición de frecuentar determinados lugares;
- III - prohibición de ausentarse de la comarca donde reside, sin autorización del juez;
- IV - comparecencia personal y obligatoria a juicio, mensualmente, para informar y justificar sus actividades.

§ 2°. El juez podrá especificar otras condiciones a las que queda subordinada la suspensión, siempre que sean apropiadas al hecho ya la situación personal del imputado.

§ 3°. La suspensión será revocada si, en el curso del plazo, el beneficiario viene a ser procesado por otro delito o no efectúa, sin motivo justificado, la reparación del daño.

§ 4°. La suspensión podrá ser revocada si el imputado viene a ser procesado, en el curso del plazo, por contravención, o incumplir cualquier otra condición impuesta.

§ 5°. Expirado el plazo sin revocación, el juez declarará extinta la punibilidad.

§ 6°. No correrá la prescripción durante el plazo de suspensión del proceso.

§ 7°. Si el imputado no acepta la propuesta prevista en este artículo, el proceso proseguirá en sus ulteriores términos (Ley N° 9.099, 1995).

Solamente si no es posible una salida alternativa al proceso, porque no hay los requisitos necesarios, porque la víctima no desea realizar una composición civil, o porque el imputado no aceptó las condiciones propuestas, se iniciará el proceso por el *rito sumarísimo*, previsto en los art. 77 a 83 de la Ley N° 9.099 e íntegramente aplicable para complementar la laguna de la Ley N° 10.259.

El proceso, en todos los ritos, será empezado por la denuncia, si la acción penal es de iniciativa pública, o por queja, si la acción penal es de iniciativa privada.⁶ Por regla general la acusación debe ser formulada oralmente y, sólo si la complejidad del caso justifica, podrá ser hecha por escrito, conforme a lo establecido en el art. 77 (Ley N° 9.099, 1995).

La denuncia o queja delito oral es transcrita y una copia de la transcripción es entregada al imputado que, así, es citado e intimado a comparecer a la audiencia de instrucción y juicio (artículo 78 de la Ley N° 9.099, 1995). Los actos de procedimiento no deben aplazarse. Para ello, el juez puede determinar la conducción coercitiva de cualquier persona ausente (artículo 80 de la Ley N° 9.099, 1995).

La audiencia de instrucción y juicio debe iniciarse con la respuesta oral a la acusación. Después de la defensa, el juez hace el juicio de admisibilidad para recibir o rechazar la acusación. En los casos de recepción, se inicia la instrucción procesal inmediatamente, en el orden establecido en el art. 81 (Ley N° 9.099, 1995): (a) audición de la víctima; (b) audición de los testigos de acusación; (c) audición de los testigos de defensa; y (d) interrogatorio del acusado.

Todas las pruebas deberían ser producidas en la audiencia, entre las cuales el juez puede limitar o eliminar aquellas que consideren excesivas, impertinentes o que deseen postergar el juicio. Al final de la instrucción procesal, deben iniciarse los debates orales y la

⁶ Denuncia y queja del crimen son los términos utilizados en Brasil para designar las peticiones de acusación en los crímenes de acción penal e iniciativa pública y privada, respectivamente.

sentencia debe ser pronunciada oralmente, inmediatamente después de los debates. Toda la audiencia de instrucción y juicio se transcribe en el *termo de audiencia* (artículo 81 de la Ley N° 9.099, 1995).

Los demás aspectos, también relevantes para la comprensión del procedimiento *sumarísimo* brasileño, sobre todo los recursos, extrapolan a la oralidad establecida en las Leyes N° 9.099 y N° 10.259. Por lo tanto, en la medida en que extrapolan el objeto de análisis de este trabajo, no serán analizados.

Causas del naufragio de la oralidad en Brasil

En una descripción ácida, pero fiel, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2005: 8-9) sintetizó lo que se hace diariamente en los Juzgados Especiales Criminales:

(...) es necesario tener conciencia (tal vez sea el caso decir: vergüenza) suficiente para reconocer que la ley, de la forma como está en vigencia, responde a una ideología de la *tolerancia cero*, ligada –o al menos muy próxima– a los postulados del modelo neoliberal que se implantó en el país, el cual va haciendo camino, también en el derecho, por la ignorancia de unos y asepsia de otros. Hasta aquí, entonces, todo estaría –dicho sea de paso– dentro del orden, pero el modelo se ha mostrado, entre otras cosas, *ineficiente* (...) hay, por cierto, algo de podrido en el reino de la Ley N° 9.099/95. Pero las noticias no paran ahí: se habla, para creer, en audiencias colectivas (serio: para varios procesos de una sola vez, con las ofertas siendo lanzadas como en una subasta); de presiones para la efectividad de las *transacciones penales* (sería extraño si no se encaminara hacia el mayor defecto de la *plea bargaining* del sistema norteamericano, con la suerte de operar, en Brasil, con el *nolo contendere*); de conciliadores decidiendo de hecho; de

las denuncias ofrecidas –y recibidas– en casos de evidente falta de condición de la acción o incluso condiciones de la acción, quizá como represalia por la no aceptación de la *transacción penal*; es así por delante. El país, en este espacio, es sólo lamentaciones; y si así lo es, hay que revisar la estructura urgentemente, retomando la discusión desde el exacto punto histórico donde fue (¿intencionalmente?) perdida (traducción libre).

Este análisis del contexto en que se aplican las Leyes N° 9.099 y N° 10.259 es condición de posibilidad para comprender lo que se hace con la oralidad en los Juzgados Especiales Criminales. Es decir, no se cumplen las normas constitucionales y, en algunos casos, ni las infraconstitucionales. De ahí que el naufragio de la oralidad no es aislado, sino contextualizado.

Dicho esto, es necesario explicitar lo que se entiende por oralidad. A partir de la definición de Alberto Binder, se concibe la oralidad como fundamento del modelo de administración judicial de litigio:

Cuando hablamos de “oralidad” no estamos diciendo simplemente las actuaciones de roles escénicos en un espacio más o menos majestuoso. De lo que se trata es de lograr pasar de un modelo de administración de justicia basada en el trámite, en la petición (que es el modelo de las peticiones administrativas) a una administración de justicia basada en el litigio. La estructura del litigio es un punto fundamental como eje articulador de las distintas propuestas de cambio. De allí que no sea extraño que la tradición inquisitorial –una tradición de justicia sin litigio– se ensañe con el juicio y las audiencias orales (Binder, 2002: 68-69).

La historia está repleta de eventos en los que los intereses de los imputados son ignorados o devastados. Las garantías procesales constituyen un sistema de protección al imputado cuyas precauciones establecidas limitan la actividad judicial en la formación del

convencimiento. Tres principios crean condiciones de verificación de la actividad judicial que, en conjunto, son llamadas de juicio previo o de oralidad: (a) imparcialidad - alejamiento del juez de los intereses e ideologías discutidos en el proceso-; (b) contradictorio - derecho a ser informado de todos los actos procesales y a participar en esos actos-; y (c) publicidad - poner a la disposición todas las informaciones no sigilosas para que pueda existir control de las actividades por la comunidad-. La oralidad es, por lo tanto, la garantía de que ninguna pena será impuesta sin un juicio previo que no es un simple trámite, sino una estructura que sostiene la imparcialidad, el contradictorio y la publicidad (Binder, 2002: 27-30).

Las condiciones de verificación son pertinentes en la medida en que: "(...) la experiencia histórica ha mostrado (...) que solo la oralidad, la inmediación, la concentración, la continuidad, es decir, las formas de la oralidad en sentido amplio, son los únicos modos hasta el presente, que garantizan las condiciones de verificación" (Binder, 2002: 30).

En Brasil no tardaron en surgir interpretaciones que neutralizaron la oralidad, bajo argumentos como el de que la forma escrita no fue totalmente alejada, por el contrario, permanece prevista en la Ley N° 9.099/95 (Monteiro, 2010: 14).

A pesar de entender que la forma escrita debería haber sido abolida del procedimiento sumarísimo, es cierto que permanece, como excepción a la regla de la oralidad prevista para el ofrecimiento de la denuncia y de la queja crimen, respuesta a la acusación, producción de prueba, debates y sentencia, en los art. 77 a 81 de la Ley N° 9.099 (1995).

Sin embargo, este no es un problema exclusivamente brasileño. Alberto Binder (2002: 69) identificó dieciséis causas de anulación del litigio oral: (a) incorporación de la prueba por lectura de los actos de investigación; (b) actividad judicial complementaria de la actuación de las partes; (c) limitaciones a la actividad de

las partes por considerar los debates problemáticos en vez de virtuosos; (d) tiempo reducido para realizar el juicio; (e) tendencia a realizar los juicios de modo negligente; (f) suspensión de las audiencias sin motivo válido; (g) uso corriente de pruebas producidas *ex officio* por el juez, con quiebra de la imparcialidad; (h) tiempo reducido para dictar la sentencia oral; (i) uso de formularios para dictar la sentencia; (j) poca preocupación por la publicidad de los actos de procedimiento y la asistencia al público; (k) resistencia a la realización de audiencias orales en las etapas preparatorias; (l) falta de salas de audiencias para los jueces de las garantías que acaban realizando trabajos percibidos como "despachos" en vez de "audiencias"; (m) ausencia de preparación de los abogados para la litigación; (n) falta de servicios auxiliares indispensables para el juicio oral, como búsqueda de personas, preservación de pruebas, etc.; (ñ) falta de literatura sobre litigación; y (o) concepción del derecho procesal clavado en el concepto base de trámite en lugar del litigio.

Las causas a, b, c, d, e, g, h, i, j, k, l, m, n y ñ son íntimamente conectadas a la oralidad, de modo que serán tomadas como punto de partida para el análisis de las causas del naufragio de la oralidad en Brasil.

En el punto sobre el procedimiento sumarísimo, se mencionó lo que se hace y lo que debe hacerse. Esta distinción fue intencional. Las normas cuyo cumplimiento es frecuente se mencionan como lo que se hace. Las normas incumplidas con frecuencia se mencionaron como lo que se debe hacer, pero, por regla general, no lo es.

En Brasil es poco común que no se celebren las audiencias preparatorias. Aunque no se tenga la figura del juez de las garantías, casi siempre se realizan las audiencias de custodia, realizadas solamente para analizar la licitud de las cárceles en flagrante, efectuadas solamente si los imputados se niegan a comparecer voluntariamente a las audiencias de conciliación, en los términos del art. 69, párrafo único, de la Ley N° 9.099, así como lo son las audiencias de conciliación.

El problema no está en la realización de las audiencias, sino en los modos con que se llevan a cabo. Además de no existir la figura del juez de garantías, sólo existen audiencias preparatorias en el *rito sumarísimo*, llamadas de audiencias de conciliación porque están destinadas a la propuesta de salidas alternativas al proceso que casi siempre son presididas por un aprendiz o funcionario de lo Poder Judicial, sin la presencia del fiscal. La homologación de un eventual acuerdo es realizada por el juez, en gabinete. Las decisiones de admisibilidad de acusación y de pruebas se adoptan durante la misma audiencia en que el proceso debe ser juzgado por el mismo juez que, al final de los debates, dicta la sentencia.

La acusación, que debería formularse oralmente, pasa a ser escrita, así como la defensa antes de la admisibilidad de la acusación. La audiencia de instrucción, acto en que debían ser producidas pruebas, oralmente, raras veces no se convierte en una sesión de lecturas de los testimonios obtenidos en la investigación, cuyos autos instruyen la acusación y se adjuntan a los autos del proceso.

Además, también es frecuente el teratológico recurso a la indicación de la firma del testigo que no recuerda los hechos. La técnica es simple: el fiscal de justicia pregunta algo al deponente que informa que no sabe o no se acuerda, entonces el fiscal presenta la redacción del testimonio prestado a la policía y luego pregunta si la firma pertenece al deponente. Ante la situación sin salida, la confirmación de la firma se convierte en testimonio de todo lo que se ha dicho a la policía, muchas veces años antes de la audiencia y, por lo tanto, no puede ser recordado.

Si los autos de la investigación no computaran los autos del proceso, el acusado sería absuelto por falta de pruebas. En el caso de que se trate de un delito, no se trata de un acto de castigo, y la amplia defensa que se repiten como farsa proyectada por Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, llamada de procedimiento mixto, compuesto por una

fase preliminar inquisitoria seguida de una fase judicial acusatoria:

En el fondo, toda la prueba producida en la primera fase de la persecución, por regla general por un *juez instructor*, en la investigación preliminar puramente inquisitorial, era usada en la fase procesal, por ejemplo, por su lectura en el llamado *Jugement*. La sesión giraba, como era sintomático, teatro, no raramente pantomima; puro embuste; y los discursos, pomposos y largos, inflación fonética. Las cartas del juego ya estaban marcadas y para desdejar eso era preciso desacreditar en la figura democrática del *juez instructor*, tan inquisidor como cualquier otro que, en la historia, ocupó aquel *lugar* (Coutinho, 2009b: 110).

Otras circunstancias constatadas no raramente son: (a) la limitación o exclusión de pruebas consideradas por el juez como excesivas, impertinentes o *postergatorias*, con fundamento en el art. 81, § 1° (Ley N° 9.099, 1995); y (b) producción de pruebas *ex officio*⁷ por el juez, en actividad suplementaria a las partes, con quiebra de la imparcialidad.

Al final de la audiencia de instrucción y juicio, es frecuente que los debates no se realicen, porque una de las partes pidió formular las alegaciones finales por escrito o porque la audiencia se retrasó y ya es hora de comenzar la próxima audiencia de la agenda. Así los debates pasan a ser escritos (*sic*), formulados en peticiones redactadas en el plazo de cinco días para cada una de las partes.

7 *Ex officio* se remonta a las *tribus modis procediendo* del Santo Oficio de la Inquisición, cuando el proceso era iniciado: (a) por acusación (*accusationem*), iniciado con la acusación de un delator y precedida por un registro; (b) por denuncia (*denuciationem*), iniciado con la denuncia formulada por el inquisidor, sobre la base de la delación y precedida de una caritativa exhortación; o (c) por investigación (*inquisitionem*), iniciado con acusación por el inquisidor, sin informaciones precisas (Eymerich, 1993/1578: 105). El trabajo *ex officio*, por lo tanto, tiene relación con el inicio del proceso *per inquisitionem*, instaurado por iniciativa del propio inquisidor, porque alguien había delatado algún crimen al inquisidor pero quería mantener secreto de la delación o porque el inquisidor desconfiaba de algo y quería confirmar.

Tanto en los casos de formulación de los debates por escrito, como en los recurrentes casos de retraso en la agenda de audiencias, la sentencia oral es fulminada del procedimiento. En ambas hipótesis, los autos del proceso se envían al gabinete para que el juez dicte sentencia escrita.

En realidad, es más probable que la sentencia sea hecha por pasantes o asesores, sobre todo si se considera que la cantidad de burocracia existente en los modelos de administración judicial de tradición inquisitoria, cuyas formalidades son más importantes y laboriosas que los contenidos.

En esa dirección, a golpes de hacha, nuestra expectativa de crear un sistema acusatorio, asentado en un modelo de administración judicial de litigación y basado en la oralidad, ya nació muerto. Excepto por aquellos que hicieron el curso del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, los brasileños no fueron, y continúan no siendo capacitados para actuar en un proceso oral.

La mayoría de los juristas nacionales no miran ventajas en la oralidad. Más que eso, no es poco común encontrar a alguien que piensa en la oralidad como un obstáculo al derecho a la amplia defensa. Esta es, en general, la posición de los abogados, pero también de muchos fiscales y jueces.

Todo eso refuerza la constatación de Binder (2014: 63), de que sustituir un sistema inquisitorio por un sistema acusatorio presupone que “(...) se introduzcan nuevas y distintas prácticas, totalmente contrarias al modo inquisitorial.” Estas nuevas prácticas deben cambiar la tradición inquisitorial que se caracteriza por “(...) el conjunto de factores que condicionan fuertemente la actuación de esos actores” (Binder, 2014: 65).

Así también advirtió Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sobre la necesidad de un cambio de mentalidad, algo que fue discutido en Italia durante la elaboración del Código de Proceso Penal de 1987, período en que ese

jurista estuvo allí realizando los estudios de doctorado: “(...) se puede tener un nuevo CPP, constitucionalmente fundado y democráticamente construido, pero será sólo lenguaje si la mentalidad no cambia” (traducción libre) (Coutinho, 2009a).

Consideraciones finales

Respondiendo a la pregunta de investigación, la oralidad puede naufragar, como ocurrió en Brasil, si las prácticas inquisitorias no son sustituidas. Esto es, por: (a) lectura de los actos de investigación en detrimento de la producción oral; (b) producción de pruebas *ex officio* por el juez, en actividad suplementaria a las partes, con quiebra de la imparcialidad; (c) limitación o exclusión de pruebas consideradas por el juez como excesivas, impertinentes o *poster-gatorias*, con fundamento en el art. 81, § 1º (Ley Nº 9.099, 1995); (d) poco tiempo para realizar el juicio y dictar la sentencia oral; (e) tendencia a realizar los juicios sin garantizar íntegramente los derechos y las garantías de los imputados; (f) uso de formularios, llenados por funcionarios o aprendices, para dictar la sentencia; (g) poca preocupación por la publicidad de los actos de procedimiento y la asistencia al público; (h) realización de audiencias sin la presencia de los jueces; (i) falta de jueces de las garantías; (j) ausencia de preparación de los abogados para la litigación; (k) falta de literatura sobre litigación; y (l) concepción del derecho procesal clavado en el concepto base de trámite en lugar del litigio.

El elemento común a todas estas causas, el trasfondo detrás del naufragio de la oralidad es la mentalidad inquisitorial, un modo de razonamiento orientado al castigo de culpables, a desconsiderar la posibilidad de que el imputado sea inocente, con desprecio por los derechos y garantías y apego a la burocracia formada a partir de las formas escritas.

Por lo tanto, se concluye que el cambio de mentalidad es condición de posibilidad para el cambio del sistema procesal (Coutinho,

2009a). Sin el cambio de mentalidad, las alteraciones legislativas se convertirán en intenciones de cambio que no se harán efectivas, circunstancia en que la despreocupación con la ley aprobada se cumplirá en el fetichismo normativista de Alberto Martín Binder.

Ese es el caso, entre otros, de la lectura de los testimonios en los procedimientos de dos fases, inspirados en el *Code d'instruction criminel* francés, de 16 de noviembre de 1808, como el Código de Proceso Penal brasileño de 1941, en el que, habitualmente, la fase judicial es sólo un fraude en el que se leen los testimonios recogidos la fase inquisitorial de investigación que valen más que aquellos producidos en la fase acusatoria de juicio (Coutinho, 2009b: 110).

El cambio de mentalidad necesaria para la efectividad del sistema acusatorio y, consecuentemente, de la oralidad, presupone la capacitación permanente de los actores procesales, a comenzar en los cursos de graduación, así como la producción de una vasta literatura sobre el tema.

Bibliografía

- Binder, A. (2014). *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Nuevo León: Poder Judicial del Estado de Nuevo León.
- Binder, A. (2002). La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo. *Revista Sistemas Judiciales*, N° 3, pp.67-72.
- Borges Leão Monteiro, R.(2010). *Juizados especiais cíveis e criminais*. Salvador: Jus-Podivm, pp. 176.
- Cani, L. E. (2014). Sistema processual misto (ou mítico sistema processual). *Revista Jurídica*, FURB, N° 36, pp.175-200.
- de Miranda Coutinho, J. N. (2005). Manifiesto contra os juizados especiais criminais. En *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp.3-14.
- de Miranda Coutinho, J. N. (2009). *Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade*. São Paulo :Consultor Jurídico.
- de Miranda Coutinho, J. N. (1999). O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR, Año Xxxi, N° 31, pp.37-49.
- de Miranda Coutinho, J. N. (2009). Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal do Brasil, Año Xlvi, N° 183, pp.103-115.
- Eymerich, N. (1578/1993). *Directorium inquisitorum – Manual dos inquisidores: comentários de Francisco de la Peña*. Rio de Janeiro y Brasília: Editora Rosa dos Tempos y Editora da Universidade de Brasília.
- González Postigo, L. (2017). Bases da reforma processual penal no Brasil. En *Desafiando a inquisição* (pp.15-35). Santiago de Chile: CEJA.
- Morais da Rosa, A. (2005). Rumo à praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem pudor. En *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais* (pp.3-14). Río de Janeiro: Lumen Juris.
- Pellegrini Grinover, A., Magalhães Gomes Filho, A.; Scarance Fernandes, A.; y Gomes, L. F. (2005). Juizados especiais criminais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo.
- República Federativa do Brasil, Constitución de la República Federativa del Brasil, Diario Oficial de la Unión, Brasilia, 5 de octubre de 1988.
- República Federativa do Brasil, Ley N° 9.099. Dispone sobre los Juzgados Especiales Civiles y Criminales y da otras providencias, Diario Oficial de la Unión, Brasilia, 26 de septiembre de 1995.
- República Federativa do Brasil, Ley N° 10.259. Dispone sobre la institución de los Juzgados Especiales Civiles y Criminales en el ámbito de la Justicia Federal, Diario Oficial de la Unión, Brasilia, 12 de julio de 2001.
- Streck, L. L. (2003). Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. *Revista da EMERJ*, Año VI, N° 24, pp.106-142.