

***JUICIO DIGITAL: IMPUTADO PRIVADO DE LIBERTAD Y DERECHO DE
DEFENSA TECNICA**

por

Jose I Cafferata Nores

Sumario I.-Presentación del tema; II.Noción de juicio digital; III- La cuestión principal; IV. Necesidad de su regulación por ley: supuestos de procedencia; V.¿Legalidad por “delegación”?; VI. Juicio digital autorizado por vía de superintendencia; VII. Exigencias constitucionales de la regulación legal; VIII.- Algunos aspectos dirimientes de la defensa tecnica del imputado ante el juicio digital : A. Defensa tecnica obligatoria; B. Provision por el Estado; C. Consulta y privacidad; D. Consejo previo a la declaración indagatoria; E. Confidencialidad; F.- Objeciones: (i) *En el asesoramiento previo a la declaración del imputado.* (ii) *En el acto de la declaración indagatoria.* (iii). *En los actos preliminares del juicio;* (iv). *Contiguidad durante el debate.*

I.- Presentacion del tema

En el marco de la convocatoria temática formulada en este Congreso nos pareció útil tratar el tema que aquí abordamos en un desarrollo exento de las teorizaciones que seguramente merece, para tratar de priorizar su mejor comprensión por el camino de la sencillez, como aconsejaba mi primer maestro Alfredo Velez Mariconde: “ *escribi para que te entienda un alumno de la secundaria*”.

Quizás porque es el costado mas delicado de los muchos que presenta el juicio digital es que elegimos este tema, para acotar

específicamente el campo del intercambio de ideas, consustancial con este evento. Y preferimos tratarlo no solo en abstracto, sino conectándolo con una serie de circunstancias que inciden en su práctica, enfoque que siempre hemos tratado de privilegiar: se trata de lo que una vieja publicación centroamericana definió- con excelente metáfora- como el “derecho vivo”.

Por cierto que resulta inevitable tratar primero de proporcionar una noción de juicio digital, mencionando el problema general que presenta (y exponiendo algunas posibles soluciones) respecto a su compatibilidad con las exigencias constitucionales que se ocupan del juicio penal, identificando los requisitos que debería respetar aquél para satisfacerlas, pero sin profundizar en este momento sobre los principales problemas que presenta, ni enredarnos en las controversias que estos generan. Y luego nos vamos a detener en el crucial aspecto vinculado a la relación del imputado con su defensor cuando se encuentra privado de libertad en un juicio penal digital, y el impacto de esa situación en su derecho a una defensa eficiente.

No se me escapa que el tema ha sido tratado por mejores plumas: cito aquí como especialmente valiosas opiniones de Natalia Sergi y Marcos Salt, que mucho influyeron en nuestras inquietudes y puntos de vista.

II. Noción de juicio digital

Nacido frente a la emergencia de la pandemia del Covid 19, subsistiendo en su largo *corsi e ricorsi*, pero con vocación de permanencia, por “juicio digital” (también denominado “juicio telemático” o “a distancia”) entendemos la tramitación, total o preponderante, de un *juicio penal* con todos sus actos procesales y el resguardo de garantías constitucionales en el *Cyberespacio* o espacio “virtual”, mediante

herramientas tecnológicas digitales “interactivas de comunicación” directa “que transmitan” y reciban “en forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonidos y datos a distancia” de una misma reunión entre múltiples personas ubicadas “entre uno o mas sitios geográficamente distantes”. (Cfr. TSJ Cba 2015).

Hemos elegido esta denominación de modo arbitrario y sin ninguna pretensión científica o de originalidad, con el único propósito de diferenciar –mediante este nombre- los juicios penales “no presenciales” (que no deben confundirse con los juicios en “ausencia” del imputado, propia de la rebeldía) que se llevan a cabo por medio de conexiones digitales a distancia, de los tradicionales juicios penales regulados en los Códigos argentinos, que exigen la presencia física conjunta, y en el mismo espacio real, de todos los sujetos procesales actuantes y los órganos de prueba, con libre acceso de público.

El concepto deja claro que el juicio penal digital abarca también la modalidad *mixta o digitalidad híbrida*, cuando parte de los protagonistas - preferentemente el tribunal- se encuentra ubicada o reunida físicamente en su sede natural y los otros protagonistas conectados remotamente, de manera virtual (modalidad que parece creciente en las prácticas judiciales). Y si bien por lo general quienes mencionan al juicio digital hacen referencia con esta denominación a la segunda etapa del proceso penal, en estas reflexiones vamos a darle algún lugar a la defensa del imputado durante la investigación preparatoria.

III- La cuestión principal

La cuestión a resolver en la existente e intensa controversia entre sus partidarios y sus detractores, no debería pasar por el respeto del juicio digital con el *incuestionable nivel constitucional* (DADDH art.XXVI, de 1948; DUDH arts. 10 y 11, de 1948; PIDCP arts. 9 y 14, de 1966: CADH arts. 7.5, y 8., de 1969,y art 75 inc 22 CN) de la oralidad, la inmediación, el contradictorio, la publicidad y la identidad física del juez, como caracteres esenciales del juicio penal, entendidos en su **sentido original o tradicional**.

Se debería concentrar, en cambio, en otro tema: si la *presencialidad física en una sala de audiencias*, que parece derivar naturalmente de una interpretación puramente *histórica u originalista* del significado de las normas constitucionales y convencionales que implican aquellos caracteres- propio del momento de su sanción (ver las fechas de las normas supranacionales que incorpora el art 75 inc 22 CN precedentemente citadas)-, podría ser legítimamente equiparada (por su mismo significado, no por analogía) mediante una *interpretación evolutiva* de aquellas en el modo de vida actual, con una *presencialidad en el cyberspacio* a través de herramientas digitales de trasmisión a distancia, sin afectar la esencia de sus alcances constitucionales. La interpretación evolutiva (aceptada por la CSJN, Fallos, 172:9 y la Corte IDH, Opinion Consultiva del 26/02/2016) es aquella entendida como útil para determinar el *sentido y alcance del texto de una norma de cierta antigüedad, atendiendo el significado de sus palabras en el contexto de hoy, contexto que abarca también el avance de la tecnología, las formas de comunicación y sobre todo las nuevas modalidades y formas de relacionarse entre las personas* (Calderon), sentido y alcance que

pueden llegar a ser mas amplios o mas abarcativos que los originalmente atribuidos a esa norma en el momento de su sanción por el legislador, con el límite de la analogía in malam partem.

IV. Necesidad de su regulación por ley: supuestos de procedencia.

Para la hipótesis que se resolviera autorizar el juicio penal digital, su reglamentación debería realizarse en una ley formal que contemple su recepción como “juicio especial, total o parcialmente no presencial” o solo como “procedimiento especial”, aplicable, en principio y a nuestro parecer, en los siguientes supuestos *excepcionales*: (i) cuando *lo pida el imputado* privado de su libertad; (ii) cuando *exista consenso* para ello entre todos los sujetos del proceso; (iii) cuando fuera *imposible* por razones de fuerza mayor proceder conforme al modelo presencial (vgr. pandemia, distancia u otras), (iv) cuando resulte *impostergable* por urgencias procedimentales (vgr. muy probable pérdida definitiva, por demora, de prueba dirimente): no entrarán en esta categoría ni el solo vencimiento próximo del término máximo de la prisión preventiva ni el de la prescripción, pues tienen soluciones legales propias); (v) o cuando se tratara de delitos de *poca gravedad o flagrancia* sin dificultades probatorias especiales.

En todo caso se deberán adecuar las normas vigentes sobre los actos procesales respectivos para un cumplimiento de modo no presencial, a través del uso correcto de una tecnología *probablemente idónea para hacerlo por su aptitud y por su seguridad digitales*, atendiendo siempre el debido resguardo de los principios y garantías judiciales constitucionales reconocidas tanto al imputado como a la víctima.

Cabe agregar que no se ha cerrado la discusión acerca de si la realización de un juicio digital requiere la conformidad del imputado (que “no exista oposición fundada y razonable de parte”, exigió la Acordada n°10 del 2020 de la C. Federal de Casación Penal (27/4/2020); “tienen que contar con la conformidad de la persona sometida a proceso”, aseveró la titular de Ministerio Público de la Defensa, por resolución n° 515 del 2022).

V¿-Legalidad por “delegación”?

También se ha pensado en ampliar excepcionalmente por *una ley* formal el campo de acción de las “normas prácticas” y atribuciones de superintendencia propias de los órganos superiores del Poder Judicial de cada Jurisdicción, otorgándoles a estos facultades temporalmente limitadas para ir *adelantando* esa adecuación, para dar luego espacio -aprovechando la experiencia acumulada- para que este proceder a distancia mediante herramienta digitales se legisle de modo pleno. Se afirma que así se combina la exigencia de *legalidad* del juicio consagrada en el art 18 CN, con la posibilidad de una rápida respuesta uniforme a la aludida problemática en cada jurisdicción judicial, evitando además la proliferación de “protocolos” para la realización digital que ya se puede observar generándose en ellas, los que no guardan siquiera la necesaria homogeneidad regulatoria “intrajurisdiccional” propia de la materia (vgr: TOCC Oral de San Martín 2020- TOCFederal n° 2 de Capital 2020).

VI. Juicio digital autorizado por vía de superintendencia

Sin observar ninguna de ambas soluciones precedentemente propuestas (que exigen la intervención formal del Poder Legislativo,) y frente a lo imprevisto de la emergencia de salud pública ocasionada por la pandemia de Covid 19, esta fue equiparada a los casos de “gravedad institucional”- contemplados en diversos fallos de la CSJN y del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba- que justificaron soluciones excepcionales en la tramitación de determinados actos procesales, cuando *“lo resuelto excede el interés individual de las partes y atañe también a la colectividad”* siempre con respeto de las garantías constitucionales referidas.

De allí que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, que venía aprobando particularmente en procesos por violación de derechos humanos, la recepción de declaraciones en juicios orales de testigos e incluso de imputados (v. gr. por problemas de salud) por videoconferencia, resolvió aprobar por Acordada 14/2020 el protocolo para *“la tramitación de causas judiciales durante la feria extraordinaria”*, y en él se *“recuerda a los magistrados judiciales las facultades privativas para llevar a cabo los actos procesales que no admitan demora o medidas que de no practicarse pudieren causar un perjuicio irreparable”* (ap. I del anexo referido), y advierte a los *“Tribunales orales y en su caso, las Cámaras de apelación y las Cámaras de Casación, que deberán informar a esta Corte Suprema la forma “en que continuaran con los juicios orales que tengan en trámite, con procedimientos a distancia”* (ap. IV, pto. 4). A su vez y en la misma línea, frente a la situación excepcional, la Cámara Federal de Casación Penal dictó la ya citada Acordada 10/2020

(27/4/2020) en la que dispuso que los tribunales bajo su Superintendencia, “prioricen el trámite integral de los casos con personas privadas de libertad y, además, den tratamiento a aquellas cuestiones que no admitan demora” , a cuyo fin dispuso “ampliar gradualmente las funciones que se vienen llevando a cabo para garantizar un servicio de justicia eficaz con mayor cobertura de la conflictividad”, estableciendo que “los tribunales se integren en su totalidad y que avancen en las diversas etapas procesales previa celebración virtual de las audiencias previstas por la normativa procesal, siempre que los medios tecnológicos lo permitan, y cuando no exista oposición fundada y razonable de parte”.

Por su parte muchas Cortes o Tribunales Superiores provinciales dictaron “protocolos” a tal efecto en uso de sus atribuciones de superintendencia (vgr TSJ Córdoba 2020).

De ese modo la modalidad de juicios penales digitales a distancia, convalidada en el marco de la emergencia sanitaria por el máximo tribunal de la Nación como una forma justificada por necesaria para realizar los actos procesales cuya demora pudiera acarrear perjuicios irreparables, se derramó como “en cascada” hacia los diferentes estamentos judiciales penales, aprovechando el “paraguas” jurídico a la ausencia de autorización legislativa.

De todas formas frente a un cuestionamiento extremo por la ausencia de respaldo legislativo al juicio digital, seguramente se invocaría el precedente Rozsa en el que la Corte Suprema, no obstante declarar la inconstitucionalidad de la norma que regulaba las subrogancias judiciales, preservó la validez de los innumerables fallos dictados por estos jueces (inconstitucionales) fundándose en “razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia”. señalando que “[...] decisiones

con las repercusiones de la presente, no pueden dictarse desatendiendo las graves consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella” lo que exige “adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del servicio de justicia”, medidas que en el caso consistieron en la validación de los fallos ya dictados y los a dictarse por un plazo determinado, por los mismos jueces subrogantes que en ese precedente se declaraban inconstitucionales (Fallos:330:2361).

Cabe agregar que todas estas soluciones parten de la base de que la utilización de medios telemáticos para la celebración de actos procedimentales en el marco de las nuevas tecnologías de información y comunicación (TIC), asegurará el debido proceso y la defensa en juicio, en tanto el desarrollo tecnológico aplicable permita una comunicación directa e inviolable entre todas las partes que participan del debate, con voz e imagen, e interacción instantánea y simultánea, que garantice las funciones estatales de acusación y juzgamiento permitiendo el debido control y discusión de las pruebas por los sujetos procesales públicos y privados intervinientes.

VII.-Exigencias constitucionales de la regulación legal

Como ya se dijo la regulación legal del juicio penal digital debe ser acorde con la regulación constitucional de juicio previo, la que no se satisface con cualquier procedimiento judicial. Ella exige la plena vigencia en su desarrollo de todas las garantías procesales acordadas al acusado (v.gr., juez natural e imparcial, presunción de inocencia, *nemo tenetur, non bis in idem*, excepcionalidad de la prisión preventiva, etcétera) que son consecuencia o derivación del **derecho de defensa** del que forman parte,

que se despliegan en un desarrollo *expreso* y detallado en virtud de la incorporación de la normativa supranacional sobre derechos humanos a nuestra Carta Magna (art. 75, inc. 22, CN) (art. 8.1 y 2, CADH; art. 14.1, PIDCP; art. XXVI, DADDH; art. 10, DUDH) si bien la sintética formulación general de la Constitución Nacional parece insuperable: "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos", como reza el art. 18.

A estar a esta verdadera "constelación" de normas de máximo nivel, la defensa del imputado consiste en el derecho de *intervenir* en el proceso ("hallarse presente", art. 14.3.d, PIDCP) y en la posibilidad que se le debe acordar de *conocer* y de *contradecir* la imputación (v. gr., art. 8.2.g, CADH) proporcionando libremente, si lo prefiere, su versión sobre el hecho delictivo que se le atribuye y permitiéndole participar activamente en la actividad probatorio sobre el mismo (hecho que, tiene que ser objeto de prueba por el acusador y de consideración y aceptación o rechazo expreso por parte de los jueces). Desde luego la regulación legal del juicio penal digital debe también garantizar la tutela judicial efectiva" de la víctima del delito (arts 25 CADH y 75 inc 22 CN).

VIII.- Algunos aspectos dirimentes de la defensa del imputado ante el juicio digital

Por los límites de espacio -propios de la modalidad que elegimos para este trabajo- ya anticipamos haber elegido algunos pocos aspectos del derecho de defensa del imputado que, a las controversias anteriores sobre su naturaleza y alcances, se agregan las propias del juicio digital, situaciones que son convenientes de considerar para intentar presentar así un "bloque de *derecho vivo*".

A.- DEFENSA TECNICA OBLIGATORIA

Un aspecto dirimente del derecho de defensa es la obligatoriedad de que el imputado cuente con un abogado defensor, que se impone en pro de una igualdad de armas con el acusador (arts 8.2 , d y e CADH, 14.3 PIDCP) para tratar de nivelar sus conocimientos jurídicos sobre el tema con los del primero: es la *defensa técnica* de éste a través de la asistencia profesional, asesoramiento y consejo personal libre y confidencial (art 8.2 , d CADH) de un letrado, que no le podrá ser retaceado en ningún momento del proceso, sobre todo antes de y durante la tramitación de cualquier acto que requiera la intervención personal del imputado.

En todo caso se asegurará la libre actuación del abogado como representante y vocero de aquel ante los órganos judiciales, pudiendo reclamar por cualquiera de sus derechos, ofrecer pruebas y representar a éste en la actividad probatoria, alegar en su nombre para contrarrestar y discutir los fundamentos fácticos y jurídicos de la acusación, y recurrir las resoluciones que lo perjudiquen.

B. PROVISION POR EL ESTADO

La señalada exigencia de igualdad de armas requiere que la defensa técnica le sea proporcionada *por el Estado* en caso de que por desinterés o indigencia (y aun en contra de su voluntad, v. gr., renuncia expresa a designar abogado) aquél no proponga un defensor particular (art. 8.2.e, CADH; art. 14.3.d, PIDCP).

Lo dicho permite sostener que el imputado goza del derecho *irrenunciable* (art. 8. 2. d, y e C.A.D.H.) de hacerse defender por un abogado

de su confianza y elección (o designado de oficio, si no ejerce ese derecho), que a modo de "guardián parcial del Estado de Derecho" (Gelsi Bidart,) es decir del Estado *no arbitrario*, actúe como un protector de sus intereses, integrando su personalidad jurídica "*mediante el ejercicio de poderes independientes de su voluntad*" (Velez Mariconde, 1982).

Y de modo inescindible con el derecho de todo inculpado a ser asistido por un defensor de su elección se encuentra el de *comunicarse libre y privadamente con su defensor* (art 8.2, d.y e. CADH; , *art 14.3 incs.b y d PIDCP*).

C. CONSULTA Y PRIVACIDAD

El punto de la privacidad de la entrevista ha merecido especial atención de organismos protectores de DDHH. Así por ejemplo el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, aprobado por la Asamblea General de la ONU, (res 413, del 9-12 -1988) , reconoció el derecho de la persona detenida o presa "a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y *en régimen de absoluta confidencialidad*. Antes y en la misma dirección los "*Principios básicos sobre la función de los abogados*", aprobados por el 8 Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, del 27-9-1990 reconocen el" derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y *en régimen de absoluta confidencialidad..*"

Sin perjuicio del mayor desarrollo que se formula a continuación de este punto, puede adelantarse que consulta, comunicación y privacidad son aspectos esenciales de la defensa técnica, que se exteriorizan

especialmente en el *momento previo* aún si estuviere incomunicado, (para “asegurar los resultados de una investigación”,- Corte IDH, 1997-) de la llamada "declaración del imputado" (o indagatoria) donde recibirá su asesoramiento y consejo; y *durante su desarrollo* para que el abogado pueda controlar (y cooperar con) el respeto y el libre ejercicio de sus derechos en el acto (denunciando si fuera el caso cualquier irregularidad) pues esa declaración es expresión principal de su atribución de ser oído: si aquel “no pudo contar en su declaración indagatoria con la presencia de su abogado, no se garantizó el derecho establecido en el artículo 8.2.d CADH” (Corte IDH, 2006).

D. CONSEJO PREVIO A LA DECLARACIÓN INDAGATORIA

Entre los mas destacados (junto a la contiguidad física de ambos en el debate- Ver infra F) (iv)-) merece citarse algun momento previo a la indagatoria, en el que el letrado, prestando su asesoramiento y consejo, tendrá la posibilidad de elaborar junto a su cliente la “estrategia de la defensa” que seguramente influirá en la posterior formulación de la moderna “teoría del caso”. Hará conocer al imputado que es parte integrante de ese derecho, decidir libremente si prefiere ejercer su defensa material guardando *silencio* (art. 18 C.N.; art. 8. 2. g, C.A.D.H.) o a través de manifestaciones verbales (que no podrá ser obligado a formular) en *descargo* o *aclaración* del hecho que se le atribuye y que se le ha hecho conocer junto con las pruebas existentes en su contra, en forma previa y detallada (art 8 2.b, CADH) y con el encuadramiento legal recaído (art. 14.3.a PIDCP), porque *sólo* así podrá defenderse *integralmente*.

Le enfatizará a su asistido que si ejerce su defensa guardando silencio, esta actitud no podrá ser utilizada como presunción en su contra

(manifestación del derecho al comportamiento procesal pasivo) aspecto del que también deberá ser informado debidamente por la autoridad judicial responsable del acto: de allí que sea absolutamente inaceptable sostener que “una vez que concurre prueba de cargo “suficiente” para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un *argumento a mayores*, la falta de explicaciones por parte del imputado” “*como dato corroborador de su culpabilidad*” (Supremo Tribunal Español, 2020).

El consejo del defensor, previo a la declaración del imputado, versará, principalmente, sobre el modo de encarar su defensa material y jurídica. El abogado puede "discutir con el acusado sobre si es oportuno en su caso hacer uso del derecho a permanecer callado o aconsejarle declarar"(Comisión EDH, Can, Informe del 12/VII/84) .La entrevista del abogado con su cliente puede consistir en la exposición de los hechos en que se basa la queja (imputación), pero se pueden también abordar cuestiones que se refieren, por ejemplo, a la táctica que se proyecta seguir en la continuación del caso, y que el cliente puede, con pleno derecho, desear que se mantengan secretas"(Comisión EDH, Campbell, Informe del 12/V/82). Legítimamente el letrado podrá sugerir al imputado que resalte determinadas circunstancias que le serian favorables u omite otras que le serian perjudiciales.

Inclusive le puede informar que no tiene obligación de decir la verdad. Es que si el imputado no tiene ninguna obligación de colaborar con el descubrimiento de la verdad y menos de declarar en tal sentido, no puede prohibirse que el defensor lo ilustre sobre tales circunstancias, determinando con su consejo que aquél se niegue a declarar, o si opta por hacerlo, prefiera no confesar su participación en el delito” (Nuñez, 1979), lo que en buen romance importará señalarle (cuando no aconsejarle) que

puede mentir porque ello tampoco será (no debería ser) considerado un indicio de cargo en su contra, ya que por imperio de los principios constitucionales de “nemo tenetur” y presunción de inocencia, la mentira del imputado vertida al declarar en esa condición, como expresión defensiva frente a la atribución delictiva que se le formula, no puede ser utilizada como prueba de culpabilidad en su contra, ni en forma directa (prueba de su participación en el hecho que se le atribuye: indicio de falsa justificación), ni indirecta (prueba negativa sobre su personalidad: indicio de aptitud criminal), ni tampoco como circunstancia agravante en la mensuración concreta de la pena que se le imponga (arts 40 y 41 C.Penal)”. (Cafferata Nores, 2016).

Como el imputado tiene la facultad “*de faltar a la verdad en sus respuestas*”, (Ferrajoli, 1995) la acreditación de que la disculpa del imputado es mentirosa, tendrá como único efecto facilitar el progreso de la acusación, ya que, si cada vez que las expresiones de aquél negando su culpabilidad o los hechos fundantes de la imputación en su contra no fueran admitidas como verdaderas y se pudieran transformar -por su presunta mendacidad- en prueba de cargo en su contra, el derecho de defensa quedaría reducido a decir cosas verdaderas, cuya veracidad además el acusado debería probar, so pena de que, en caso contrario, se las considere mentirosas y por ende prueba de culpabilidad en su contra, carga probatoria que vulneraría el principio de inocencia constitucionalmente reconocido a su favor: esto descalifica el llamado *indicio de falsa o mala justificación*.

Los órganos judiciales que acepten la validez de este indicio como prueba de cargo, para actuar con lealtad, en el momento de la intimación deberían informar en al imputado del siguiente modo: “*Sr, Ud puede*

*declarar o abstenerse de hacerlo, sin que su abstención pueda ser valorada como un indicio de culpabilidad en su contra. Ahora bien, si opta por declarar, es mi deber advertirle que si al hacerlo miente para justificarse, esta mentira **si** puede ser valorada como un indicio de culpabilidad en su contra”*. De esta forma, el imputado al menos quedaría avisado antes de decidir si declara o se abstiene de hacerlo, incluso en consulta con su defensor, sobre las consecuencias perjudiciales para su situación procesal que podrían derivarse de optar por declarar y hacerlo mendazmente para defenderse de la imputación que se le formula: “fair trial”.

E. CONFIDENCIALIDAD

Todo esta información que suministra el abogado debe producirse -como ya se anticipó en un marco de confidencialidad entre ambos, imprescindible para el desarrollo eficiente de esas posibilidades defensivas. Esto es así puesto que si el imputado temiera de que las manifestaciones que realiza frente a su defensor en el marco del ejercicio profesional, pudieran ser objeto de intervención estatal, difícilmente podría expresarse libremente y proveer a las circunstancias que favorezcan a su posición estratégica o defensiva, por lo que este derecho constitucionalmente consagrado tendría solo un carácter simbólico o de proclama, pero vacío de contenido real (Tribunal Supremo Español, 2012), lo que reconocen normas legales y fallos del máximo rango que justifican el ya señalado derecho del imputado de recibir **consejo previo** al acto y de contar con la **presencia** del defensor en su desarrollo (art 8.2, d.y e. de la CADH).

F.- OBJECIONES

Las principales objeciones -muchas veces razonables- a la conexión meramente digital entre el imputado y su defensor durante el desarrollo

del proceso, en orden a las notas expuestas en el precedente punto n° VIII - se relacionan con las posibles violaciones a la confidencialidad de las comunicaciones entre ambos, con las limitaciones que impone al consejo del abogado a su cliente -previo o durante la declaración de este, o en el curso del debate oral- y con las restricciones al control defensivo en tales actos que facilita la ausencia de presencialidad conjunta en el mismo.

A continuación precisamos suscintamente las críticas más destacables, su magnificación por virtud de ciertas prácticas, (no todas con el asidero legal que pretextan), y las posibles medidas de remediación de estos excesos, algunas de origen legal y otras de orden tecnológico.

(i) En el asesoramiento previo a la declaración del imputado.

Como ya se anticipó, las objeciones al juicio digital se relacionan esencialmente con las dificultades (que razonadamente algunos consideran insalvables) que este procedimiento con contacto solo en el ciberespacio presenta, para el pleno ejercicio de estos derechos que suponen en muchos casos la “presencialidad” de la comunicación **mutua** entre ambos.

Con agudeza se señala que este aspecto sustancial del derecho de defensa (el consejo del abogado) es dificultado en el juicio digital por la ausencia de contacto presencial con el imputado, que trae aparejado no solo el interrogante, de “cómo ganar la confianza de un cliente con comunicaciones a distancia, cómo lograr la empatía necesaria”, sino que además se le atribuye con mucha seriedad argumental que “no garantiza ni la privacidad ni la libertad, ni permite un correcto asesoramiento por parte del defensor” en la necesaria “asistencia técnica como requisito previo a la declaración del imputado” cuando se lleva a cabo “por medios tecnológicos

desde los lugares de detención”(Salt, 2020), confidencialidad que puede ser “violada, atendido a que el uso ya sea de un celular o una conexión virtual impide al imputado tener el mínimo grado de privacidad requerido para ser atendido por su defensor, afectándose de esa manera la capacidad técnica y del mismo modo la capacidad material de su defensa”(Tribunal Constitucional de Chile, 2020).

No cabe duda de que mucha de la información que se transmite entre el profesional y su cliente puede ser suplida mediante la comunicación virtual de cualquier especie. “No obstante, ello no es aplicable en determinadas situaciones en donde es necesario tomar decisiones estratégicas y/o en donde el resguardo de la privacidad del cliente resulta indispensable”. En “estas situaciones particulares la reunión virtual no ha podido suplir a la presencial:” en la medida en que *la virtualidad no permita* ese ámbito privado que hace, de manera sustancial al derecho de defensa del imputado, *carecerá de legitimidad*” (Sergi 2021).

(ii) *En el acto de la declaración indagatoria.*

También las dificultades propias del acto de la declaración crecen en el juicio digital, que no parece garantizar ni la tranquila confidencialidad del consejo previo, ni el control y cooperación del abogado en el desarrollo de la indagatoria. Esto ocurre por lo general a pesar que hoy teóricamente se considera, contrariando lo que fue en su origen histórico (y a lo que más o menos íntimamente todavía muchos piensan) que la declaración del imputado es un *medio de defensa* y no un medio de prueba, que no existe *para* que aquél confiese, ni para buscar elementos de convicción en su contra, sino *para* que (finalidad totalmente opuesta) pueda ejercitar su defensa material. De allí que en la práctica sea frecuente observar que se intenta lograr por medio de este acto la confesión del imputado, o por lo

menos, contradicciones o incoherencias que desvirtúen la defensa material que esté efectuando.

Hay que reconocer que esta deformada consideración implícita sobre la naturaleza de la “indagatoria” se ve facilitada por la imposición de la participación personal del imputado en el acto. El ponerlo obligatoriamente "cara a cara" con el órgano judicial que recibe la declaración, parece más un gesto de "sometimiento" a la autoridad (que, por cierto, le resta tranquilidad para declarar, sobre todo cuando aquel estuviera privado de su libertad, y solo con contacto virtual con su abogado) que una necesidad de su defensa. Es que si en verdad sólo se tratara de que se defienda, puede perfectamente autorizarse a que lo haga por escrito- como por ejemplo lo regula ahora – marcando tendencia- el art 70 del nuevo CPP Federal, para la investigación preparatoria (leyes 24.826 y 27063) lo que “ permitirá al imputado enfrentar el hecho objeto del proceso con la calma necesaria para negar, aclarar, aportar pruebas y refutar las que se le han hecho previamente conocer, todo sin dudas, sin prisa, sin la presión moral que puede significarle el hacerlo de inmediato y ante la presencia de la autoridad judicial, sin el temor o la inseguridad de creer que lo que declara lo puede incriminar o perjudicar, pues contará de este modo con el inestimable y confiable asesoramiento de su defensor “ (Frascaroli, 2000).

Proceder de este modo (declarar por escrito) seguramente atemperará las deficiencias de garantías atribuidas al acto de la declaración, cuando se la recibe por la vía digital. Porque en realidad quienes critican esta modalidad lo hacen pensando que la presencialidad facilita a los órganos judiciales intervinientes apreciar mejor la sinceridad o insinceridad del imputado declarante, mediante la percepción directa del “idioma de sus

gestos”, mirándolo “a los ojos”, mientras que la intermediación de la tecnología digital lo dificulta. La acusación podrá considerar, en cambio, que la virtualidad entorpece la posibilidad de descubrir la insinceridad del imputado.

(iii) En los actos preliminares del juicio.

Ya en los actos preliminares del debate oral, se afirma que la no presencialidad puede poner en riesgo el acierto defensivo de algunos supuestos de proposición de pruebas, que requieren una evaluación conjunta previa entre el defensor y su cliente sobre la conveniencia de su ofrecimiento, en un marco de absoluta confidencialidad. El mismo riesgo puede correr la decisión sobre la estrategia defensiva en el debate o la presentación de la “teoría del caso”. Aquí se repiten las objeciones que hemos recordado precedentemente.

(iv). Contigüidad durante el debate

También se argumenta críticamente que el modo digital puede influir negativamente en la simple comunicación mutua entre imputado y su abogado que, en general, aceptan y regulan los Códigos procesales durante el curso de la audiencia del debate, disponiendo que el acusado podrá, durante su desarrollo, hablar libremente con su defensor, sin que por ello aquella se suspenda; pero no podrá hacerlo durante su declaración o antes de responder a preguntas que le sean formuladas, momentos en que tampoco se admitirá “sugestión” alguna. Pero fuera de este último supuesto, admiten como legítimas ciertas conversaciones (vgr art 387 CPP Cba) entre ambos (o con los consultores técnicos del art 127 bis, CPP Cba.), que por lo general sólo se hacen con provecho “al oído” y sobre la marcha,

referidas a preguntas por formular o manifestaciones que realizar (“en caliente”) sobre la prueba que se está recibiendo, aspectos incompatibles por su propio dinamismo con una interrupción del debate digital para organizarlas. Se pone así en tela de juicio el respeto del juicio digital sobre este importante costado de la defensa del imputado, pues solo la presencia conjunta y contigua entre este y su defensor en la audiencia de debate puede habilitar la posibilidad de aquél de llamar – confidencialmente- la atención a su abogado en plena audiencia sobre particularidades de alguna prueba que se está recibiendo en ese momento (vgr, un testimonio) que entiende lo perjudican por falsas o descontextualizadas, a efectos de que el letrado formule sin solución de continuidad alguna pregunta (vgr para desacreditar la veracidad del testimonio) o proponga alguna medida enderezada a ello (vgr, un careo, art 257 CPP Cba). O inversamente, que el defensor solicite a su cliente, aclaraciones sobre los hechos a que el testigo se refiere o entienda conveniente proponer alguna medida de control de esa prueba (vgr. una inspección judicial, art 399 CPP.Cba). Como tal accionar deberá manifestarse en un oportuno, y rápido intercambio de palabras en un marco de confidencialidad, no parece compatible con un pedido formal de suspensión de la audiencia a fin de permitir esta interacción entre ambos en una comunicación privada, lo que puede quitar a la conversación que de ese modo se desarrolle, del efecto “correctivo-convictivo” buscado, por funcionar en los hechos como “un aviso” pues, para pedir la suspensión, tanto el abogado defensor como el imputado deben advertir al tribunal que les es necesario ese intercambio de opiniones. Abundando se ha expresado que “si el abogado defensor o el acusado tienen que solicitar al tribunal que suspenda el desarrollo de un debate, para luego pasar a un canal de comunicación privado para cada

observación o comentario que quiere realizarle a su abogado, claramente se desvirtúa la defensa”; lo que lleva a concluir “que aún cuando se admitan los juicios virtuales, la presencia del abogado junto a su cliente debe estar garantizada, aunque sea en un ámbito separado; o la tecnología deberá permitir una comunicación fluida y segura que no requiera como paso previo un pedido al tribunal”, (Salt, 2020)

Pero para centrar conceptualmente mejor esta discusión también se debe reparar en la existencia de varias disposiciones en los Codigos Procesales Penales para el juicio penal presencial, que autorizan- (vgr art 375 CPP Cba) o imponen al imputado (vgr arts 377,386, 387 CPP Cba) no estar personalmente presente en la sala de audiencias (ausentarse de ella), donde será representado por su defensor, lo que demuestra que este aspecto del derecho de defensa (la presencia conjunta y contigua entre ambos) no es de inexorable cumplimiento, pudiendo ser renunciado por su titular o despojado de su ejercicio por el tribunal.

Pareciera entonces que no es posible predicar la violación de la defensa en juicio de todo supuesto en que esta presencia conjunta y contigua no se logre plenamente por via remota, debiendo analizarse en cada caso concreto en que se presente la posible vulneración de aquella garantía, incluyendo las exageraciones del tribunal de juicio en la validación de la ausencia física del imputado (TSJCba, 2014).

Citas

*TSJ de Córdoba, Acuerdo Reglamentario 1281, serie A, 7/5/2015.

*Calderon Meynier, Manuel, Conversatorio en el Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2020.

* Resolución n° 515 del 2022 del Ministerio Publico de la Defensa).

*Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 5 de San Martín, Acordada n° 6/2020 del 19/5/2020.

*Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Capital, Acordada 5/2020 del 6/5/2020.

*CSJN Fallos; 257:134

*TSJ Córdoba, “Baima”, A. n° 247, 7/6/2016

*TSJ Córdoba, Acuerdo Reglamentario n° 1622, Serie “A”, del 12/4/2020).

*Gelsi Bidart, Adolfo, *Proposiciones acerca del abogado hoy*, en *Hacia una justicia más efectiva*, Ponencia al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal Argentino.

*Velez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner Córdoba, 1982, t. II, pag 394.

“*Corte IDH, Suárez Rosero, del 12/XI/97.

*Corte IDH, sentencia del 1/02/2006.

*Cafferata Nores, Jose y otros, *Procesal Penal y Constitución*, Advocatus Cba 2016, p463 y ss.

*Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995 p. 608

*Nuñez, Ricardo, *Semanario Jurídico* (Publicación de Comercio y Justicia de Córdoba), Nro 92 del 31-7-79.

*Tribunal Supremo Español in re “Recurso de Casación n 3487/2018, fallo del 11 /6/ 2020.

* Cita del *Código Procesal Penal de Córdoba* que tomamos como fuente de algunos comentarios, en varios lugares de este artículo.

*Salt, Marcos, *Las denominadas ciber entrevistas, audiencias virtuales y los ciber juicios*, Alveroni 2020.

*Tribunal Constitucional de la República de Chile, Sentencia Rol N° 8892-2020, del 10 de diciembre de 2020

*Sergi, Natalia, “*Los nuevos desafíos de la defensa técnica*”, edición especial del Diario La Ley del 31/08/2020.

*Frascaroli, Maria Susana, *Indagatoria por escrito (¿Qué diría Torquemada i)* en “Justicia Penal y Seguridad Ciudadana”, Mediterranea 2000, pag 78,79.

*Tribunal Supremo Español, Sent.79/2012, in re “Baltazar Garzón Real”,
causa 20716/2009 de fecha 17/01/2012

*TSJCba, Sterin”, sent nº39 del 14-III-2014.-