

XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

1,2 y 3 de septiembre de 2022

DERECHO PROCESAL PENAL

COMISION 1: EL USO DE LOS MEDIOS TELEMATICOS Y LAS AUDIENCIAS VIRTUALES

TEMA:1.1. EFECTIVO RESGUARDO DE LAS GARANTÍAS PARA TODAS LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL. I. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS AUDIENCIAS VIRTUALES Y AFECTACION DE PRINCIPIOS PROCESALES

AUTOR: GRACIELA ELIZABETH GOMEZ

JUUJUY 1126.CORRIENTES

CEL 3794270310

MAIL: gracielaegomez@hotmail.com

SUMARIO: I. LA IRRUPCIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL ÁMBITO JUDICIAL.-II. ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITAN LAS ACTUACIONES JUDICIALES TELEMÁTICAS MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES.- III CONSIDERACIONES FINALES.

BREVE SINTESIS DE LA PROPUESTA:

Introducción: El uso de las plataformas digitales como un servicio que procura la realización de juicios telemáticos o de parte de ellos-, se ha convertido en uno de los logros recientes implementados por la pandemia que azota al mundo, No es que antes de esta situación de emergencia no estuvieran previstos los actos procesales telemáticos. Sí que lo estaban, y se llevaban a cabo, en distintos tipos de procesos. Sin embargo, como adelantábamos, la situación de pandemia ha hecho resurgir vigorosamente la necesidad de practicar actuaciones de modo telemático en aras de evitar el contacto personal que conlleva el riesgo de propagación de la enfermedad, ineludible en los juicios presenciales. Así, se comenzó a

apostar por este modo de proceder para hacer frente al covid-19, en el ámbito de la administración de justicia, para el uso de estas actuaciones telemáticas, se exigen unos requisitos técnicos mínimos para poder utilizar las plataformas de videoconferencia en los juicios con garantías. A este respecto cabe distinguir entre las tecnologías aplicables, la seguridad, la organización y la verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos ya que en ellas es donde pueden producirse el mayor número de violaciones de los principios del proceso y procedimiento, de sus derechos fundamentales, así como de la calidad exigible a la prueba.

I.- La irrupción de plataformas digitales: La pandemia del coronavirus y el aislamiento social obligatorio, decretado para evitar la rápida expansión del virus y el consecuente colapso del sistema sanitario, paralizó muchas actividades estatales de manera abrupta. Una de ellas fue el servicio de justicia en todo el territorio de nuestro país. Es por ello que muchas innovaciones se tuvieron que planificar en tiempo récord con normativas de emergencia y los jueces, funcionarios y agentes de la administración de la justicia se vieron obligados a implementarlas. Así, la situación de pandemia ha hecho resurgir vigorosamente la necesidad de practicar actuaciones de modo telemático en aras de evitar el contacto personal que conlleva el riesgo de propagación de la enfermedad, ineludible en los juicios presenciales. La irrupción masiva del Covid19 ha provocado un fuerte aceleramiento del incipiente proceso de coexistencia entre los “estrados tribunales” y los “estrados cibernéticos” cuyo futuro, nos parece, va a generar un paulatino pero sostenido avance del último sobre el primero. La pandemia que afecta al mundo ha tenido efectos sanitarios, sociales, económicos, de convivencia y genera una enorme cantidad de desafíos que es necesario enfrentar. En el ámbito de la justicia, se ha debido aplazar y reagendar audiencias y juicios completos y otras de carácter urgente se han debido realizar con fuertes restricciones, desarrollando interpretaciones jurídicas y adaptando aplicaciones tecnológicas para ello, implementándose las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos que garanticen los derechos de todas las partes del proceso. En especial, deberá garantizarse en todo caso el derecho de defensa de los acusados e

investigados en los procedimientos penales, en particular, el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los legajos fiscales. En el fuero penal estas dilaciones se presentan aún más graves, pues se enfrentan a casos donde existen personas privadas de libertad, a la espera de decisiones sobre sus causas, imputados en libertad que esperan una decisión definitiva sobre sus situaciones particulares, víctimas que poseen legítimas demandas de resolución y justicia en sus casos, etc. La pandemia llegó a América Latina en medio de una coyuntura de modernización en los poderes judiciales. Por un lado, el uso cada vez mayor de juicios orales ha traído ganancias importantísimas en cuanto a eficiencia y celeridad., la introducción de la tecnología, no solo con expedientes digitales para los juicios sino también para la gestión administrativa, ha traído gran eficiencia y mayor acceso remoto a la justicia. Acudir a la utilización de herramientas tecnológicas o informáticas con el irrefutable argumento de no entorpecer el sagrado ministerio de impartir justicia y precaver los graves riesgos que para la vida representa el contagio de un virus ignoto, agresivo y letal; conectar a través de mecanismos como la videoconferencia a un número variable de interlocutores, donde todos puedan verse y hablar entre sí, gracias a la comunicación verbal, visual y auditiva que cada uno tiene; flexibilizar el tema de las notificaciones y admitir el empleo de WhatsApp, correos electrónicos, documentos escaneados y firmas digitales constituyen alternativas legítimas por parte de la judicatura, máxime en las actuales circunstancias cuando la humanidad enfrenta una emergencia sanitaria, global e impredecible.

II. ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITAN LAS ACTUACIONES JUDICIALES TELEMÁTICAS MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES.-

.Empero, más allá de las nuevas tecnologías de comunicación e información, en el proceso penal resulta arbitrario alterar la realidad presencial del juicio oral y romper con la proximidad física de emisores y receptores para incursionar en el mundo de la virtualidad, básicamente porque en el código vigente el juez de conocimiento no tiene facultades discrecionales para hacerlo. Si bien el legislador permitió que “la audiencia preparatoria u otra anterior al juicio se realizara a través de audio-video”, jamás autorizó el uso

de esta herramienta para llevar a cabo el juicio oral, y si ordenó registrarlo de manera íntegra, fue únicamente con la finalidad de “probar lo allí ocurrido para efectos del recurso de apelación” .Instalar una audiencia sin la presencia real y tangible de jueces, procesados, litigantes, testigos, peritos, investigadores etc., a más de configurar una osada transgresión constitucional, implica desestimar la trascendencia intrínseca del juicio, desdeñar sus formas propias, soslayar el debido proceso y profanar las garantías inalienables del inculpado.

Del plexo de derechos conculcados con una inesperada tramitación virtual del juicio, hiere de muerte al principio de inmediación, conforme al cual el juez sentenciador debe practicar “personal y directamente las pruebas”; evaluar solo las que hayan sido “producidas e incorporadas en forma pública, oral, concentrada y sujeta a contradicción y confrontación en su presencia” y fundar el fallo “únicamente” en lo alegado y probado por las partes. La exigencia suprema de vinculación directa y proximidad física entre el juzgador, las partes y las fuentes de prueba debe darse sin el tamiz de cosas o personas, es decir, con total ausencia de “intermediarios”.

Para que haya proceso, del tipo que sea, es imprescindible que existan dos posiciones contrapuestas, a las que se concedan los mismos derechos, cargas y obligaciones y que se respete el derecho de ambas a defenderse. En definitiva, no hay proceso si no concurren tres principios: 1. Principio de dualidad de posiciones. 2. Principio de igualdad de partes. 3. Principio de contradicción o audiencia. A estos tres principios se los denomina principios estructurales o consustanciales al proceso. De los tres principios enumerados, el de contradicción y el de igualdad son los que pueden verse más directamente afectados por la celebración de actuaciones judiciales telemáticas. El principio de contradicción se identifica con la expresión: “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”, tras ese enunciado aparentemente sencillo se esconde un contenido más amplio de lo que a simple vista podría pensarse. Ese contenido complejo puede a su vez desglosarse en dos puntos: a) Las partes han de poder conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial. Ningún material que pueda llegar a incidir en la resolución judicial

puede mantenerse secreto para una o las dos partes, y si ello llegara a ocurrir estaríamos claramente ante un supuesto de indefensión. b) Además el contenido fundamental del derecho, expresado en máximas como la de la necesidad de ser oído, se cumple cuando se ofrece a las partes la posibilidad real de ser oídas, en el sentido de poder alegar, probar y argumentar para influir en la decisión judicial. siendo el principio de inmediación presupuesto del principio de contradicción, esta segunda garantía se respetaría si se permite que puedan participar activamente en la práctica de las pruebas siempre que no exista problema técnico alguno, el uso de las plataformas que permiten las videoconferencias en los juicios, es respetuoso con el principio de contradicción siempre que se disponga de los medios adecuados y se garantice la comunicación bidireccional o simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes. En relación a la Igualdad, se impone conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Si ponemos en relación este principio con el uso de medios telemáticos en el proceso, habrá que concluir que para respetar su contenido será preciso que la utilización de los mismos esté a disposición de todas y cada una de las partes procesales. De este modo, si una de las partes hace uso de, por ejemplo, la videoconferencia para declarar, la otra parte debe poder hacerlo igualmente. De forma análoga sucederá, si se hace uso del acto presencial.

La videoconferencia, erróneamente utilizada por algunos jueces para el juzgamiento de complicadas conductas penales, impide percibir con minuciosidad a través de las pantallas los lenguajes corporales del testigo, el movimiento de las manos, las expresiones faciales, los microgestos, la dilatación de la pupila, el rubor, la sudoración o la palidez del rostro, por lo que en tales condiciones decae la utilidad de los interrogatorios cruzados y de las confrontaciones, cara a cara. En efecto, conforme se puede apreciar en el nuevo sistema procesal penal acusatorio adversarial, el avance, desarrollo y resolución de los conflictos judiciales, se desarrollan en el marco de las audiencias públicas. Cualquiera sea el desarrollo de las audiencias, el

juzgador se encuentra cara a cara con las partes procesales, en donde el principal protagonista, indudablemente es el procesado y su audiencia cualquiera que esta sea, debe desarrollarse conforme a las garantías procesales y enmarcadas dentro de la tutela jurisdiccional efectiva, el irrestricto derecho a la defensa y la garantía constitucional del debido proceso. Los principios primordiales en toda audiencia pública, se encuentra enmarcado, dentro de los principios de oralidad, contradicción, publicidad, concentración y desde luego de inmediación.

Es a partir de allí que se ha generado una discusión jurídica, no respecto de las audiencias preparatorias del juicio, sino de la audiencia crucial de juicio penal, para conocer si es legal y no afecta la garantía constitucional del debido proceso la realización de los juicios orales por internet, adelantando desde ya que la doctrina se encuentra totalmente dividida.

No cabe duda, que de aquí hacia adelante la justicia no será la misma, toda vez que las plataformas tecnológicas constituirán parte del trabajo, la digitalización del expediente, la justicia virtual, el expediente judicial electrónico y las notificaciones electrónicas ya no serán cosas del pasado, sino una realidad en el Poder Judicial, que debe urgentemente implementarse a plenitud. Sin embargo tampoco podemos dejar de mencionar que a través de la audiencia por internet o probables juicios telemáticos, cada una de las partes procesales debidamente legitimadas, se encuentran en sus respectivos domicilios, lo que no permite al Juzgador apreciar la inmediatez de su entorno.

Es importante precisar, que con el avance de la tecnología, el Poder Judicial no puede estar ajeno a ello, debiendo para tal efecto la justicia penal, estar a la vanguardia de estos avances, por lo que se debe adecuar e implementar las audiencias judiciales de manera temporal durante el aislamiento social obligatorio, mediante el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, hasta mientras tanto se evalúe una guía metodológica del juicio oral o tengamos un nuevo marco normativo, en donde se preserven todos los derechos constitucionales de las partes procesales, es por ello que urge que el Poder Legislativo se avoque a la solución de esta problemática.

Ese silencio clamoroso del poder legislativo nos da una idea elocuente de cuál es la importancia real que los distintos gobiernos de la nación prestan a la Administración de Justicia. En fin, como reza el dicho popular, las cosas de palacio van despacio...

Ciertamente, se deberá contar con un adecuado sistema electrónico que contemple el efectivo desarrollo del proceso y garantice un adecuado derecho de defensa en juicio. La tutela judicial efectiva nos incita a promover un rápido servicio jurisdiccional que, con ayuda de la tecnología, permita la solución de los conflictos que surjan durante el Aislamiento, no sólo de aquellos urgentes. En este contexto, la firma electrónica, juicios abreviados de manera virtual y nuevos protocolos de actuación son parte del nuevo escenario que transita por estos días la justicia.

El Covid- 19, llevó a que el Poder Judicial se ponga a la altura del siglo XXI. Así, tras años de planear la “digitalización”, pero en la práctica seguir en plena era de papeles y engorrosos expedientes cosidos a mano, la justicia puso en vigencia herramientas como la firma digital y extendió el hasta ahora restringido mundo de las videoconferencias, para poder acelerar procesos y responder con mayor premura a los hechos que acontecen en tribunales.

Pero no debemos olvidar que la justicia penal siempre exigió una proximidad física y al aparecer el juicio digital éste se desarrolla sin la presencialidad, lo que constituye una verdadera revolución judicial, por ejemplo, en Córdoba se realizaron 362 juicios abreviados en dos meses, apareciendo el cambio más abrupto en las prácticas procesales. El meollo de esta cuestión se plantea con la *regulación* de esta novedad procesal, cualquier proceso debe ser regulado por *Ley* y en Argentina no hay leyes que reglamenten este juicio, sólo Acordadas, por lo que el Poder Legislativo debe dar una respuesta inmediata ya sea dictando una ley que regule este juicio, como adecuar las disposiciones procesales a la tecnología, esto es para unificar procesos porque cada provincia dentro de su jurisdicción, están dictando sus propias reglas.

Ahora bien, si nuestros juicios según la CN deben ser orales, públicos, continuos, contradictorios, concentrados, la pregunta es: estos juicios telemáticos logran mantener incólume estos principios?

En primer lugar se está discutiendo mucho sobre la inmediación, está reconocida? SI, CSJN fallo Casal. El principio de inmediación debe entenderse como la posición de ventaja en la que se encuentra el juez, en la que tiene la posibilidad de controlar y advertir la expresión verbal, no verbal y para verbal, (risas, nerviosismo, tartamudez, sudor, mirada, etc.), se entiende entonces que se trata de una técnica mediante la cual el juez puede regular y dirigir el desarrollo de la audiencia, incluso manejar los silencios que se presenten en esta, ya que se encuentran en una posición de ventaja, al encontrarse este evaluando y dirigiendo la audiencia, posición en la que tiene el pleno dominio de su sala de audiencias, lo que no ocurrirá de igual forma en las audiencias a través de medios virtuales, en tanto que, existe el peligro de puntos ciegos y puntos sordos, más un si estas conductas o acciones se realizan de forma voluntaria por las partes procesales.

Qué ventajas tienen la inmediación? genera el lenguaje verbal y no verbal o sea lo que se dice y el modo en que se lo dice , esto interesa porque de esta percepción no verbal surge creer o no al testigo o al imputado, esta requiere el contacto directo con la prueba.

Existe inmediación en el ciber juicio?

- 1- algunos dicen que no, los españoles dicen que sí, pero recientemente el Tribunal Superior Español anuló las audiencias virtuales y juicios por considerarlos contrarios a la ley, consideró que es necesaria la presencia física del imputado y su comunicación con su abogado y éstas no garantizan , tampoco la inmediatez de las pruebas , por lo que se vulneró la tutela judicial efectiva y defensa como el principio de legalidad, audiencia pública, inmediación y contradicción

- 2- En igual sentido Colombia el 9/7/20, la Corte declaró inconstitucional las audiencias virtuales (art. 12 del Dcto. 491 del 28/3/20 que permitía a los poderes públicos a ejercer de manera virtual sus competencias durante la pandemia.

En relación a la publicidad que es la imagen de la justicia y la esencia de los actos procesales en una República también se ve afectada ya que no es lo mismo, al juicio normal asiste quien desea, pero si se transmite por internet adquiere otra dimensión sin perder de vista la situación de acusado, quien goza aun de la presunción de inocencia, que lo sentamos en la “banquillo de la pena” pena de la cual no se vuelve.

Respecto a la contradicción, lo más importante es confrontar sobre los medios de prueba mediante preguntas, esta actividad es muy activo, lo que se asegura mejor con la presencia, no tiene los mismos efectos que el cara a cara, este es el punto más difícil a resolver, el interrogatorio y conainterrogatorio, se vería violentado en una confrontación virtual.

La concentración en la virtualidad cansa muchísimo, fatiga y agota a todos los intervinientes. Si en la presencialidad muchos jueces pierden la atención, mucho más en juicios telemáticos.

A todo esto debe sumarse los problemas que se presentan es la conectividad, resguardar la seguridad contra el hakeo, corte de luz etc., todo ello implica una inversión de millones de pesos, al tiempo que genera una discriminación por la selectividad misma del sistema penal por cuanto la mayoría de los imputados son personas de escasos recurso económico que difícilmente puedan contar con una PC con red de wifi.

En definitiva, cuáles son los escenarios de un juicio virtual?

Se puede decir en palabras del Dr Cafferata Nores que en una charla del 15/07/20 en el marco de un curso virtual ha dicho que “los juicios telemáticos o virtuales son absolutamente contrarios a la CN. No es igual a un juicio

presencial. No obstante ello, aún no podemos dar una respuesta definitiva a estos interrogantes, “quizás lo que se tiene que hacer es reperfilar estos conceptos propios del juicio oral para que sean acordes a la CN.”

III CONSIDERACIONES FINALES:

Llegados a este punto, creo que la pregunta que debemos hacernos es si el uso más extendido de las actuaciones judiciales telemáticas, es meramente coyuntural o si, por el contrario, se convertirá en un futuro próximo en estructural, esto último se debe supeditar la celebración telemática de los actos, a la condición de que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello y una adecuada inversión en Justicia. Ello permitiría una relación fluida y segura entre el justiciable y el órgano jurisdiccional. Dicho lo cual, queda abierta una ventana al optimismo. La transformación digital de la Administración de Justicia está cada día más cerca y va tomando forma poco a poco. Aprovecha coyunturas inopinadas, como la propia pandemia, para avanzar imparable. La pregunta ahora no sería si va o no a tener lugar, sino cuánto tardará nuestra querida Cenicienta en subirse definitivamente a ese tren. Porque finalmente lo hará, aunque no viaje en preferente. El avance tecnológico es ajeno a las decisiones jurídicas, pero todo lo que se está haciendo tiene que servir para tener una justicia más ágil, eficiente, equitativa y más justa respetando los derechos del imputado y de las víctimas.

Se puede tolerar estas audiencias virtuales en la etapa preparatoria del juicio y en donde se resuelvan sólo cuestiones técnico jurídicas, juicios sencillos, con acuerdo de la partes, en particular de la defensa y el imputado quien debe renunciar a un juicio oral y público amparado constitucionalmente y primordialmente que se asegure la comunicación fluida y eficaz entre abogado e imputado: pero el límite de estos juicios virtuales es la audiencia del juicio oral, por otra parte tampoco se podrá realizar todos los juicios penales en forma virtual, una vez que por ley se establezca este modo de juzgamiento, juicios de alta complejidad probatoria, transnacionales, terrorismo etc. Incluyendo juicio por jurados es prácticamente imposible de

realización por este medio, de modo tal que deberá evaluarse cada caso en concreto.

En definitiva el juicio virtual rompe con la lógica del juicio adversarial, en el cual hay un retroceso de las garantías constitucionales, vulnerándose sin dudas el art. 8 del Pacto de san José de Costa Rica y el art. 14 del PIDCP que exige la presencialidad de los testigos, todo ello implica una deshumanización de la justicia. La audiencia de juicio necesita de su espacio físico, es ritual, simbólico, hay formalidades que se exigen que hacen a la transparencia de la justicia, como lo llama Binder el juicio “es un ritual de pacificación”.

BIBLIOGRAFIA:

- Arellano, Jaime; Blanco, Rafael; Cora, Laura; Decap, Mauricio; Gallardo, Eduardo; Guzmán, Fernando; Moreno, Leonardo; Quilichini, Manuel (2020) Tecnología, Proceso Penal, Audiencias y Juicio Oral, CEJA: Chile.
- Arellano, Jaime; Cora, Laura, García, Cristina; Sucunza, Matías (2020). Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19 Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales, CEJA: Chile.
- Cafferata Nores, José I. “De los estrados tribunalicios a los estrados cibernéticos”. Covid 19 y el cyberjuicio, publicación on line en Asociación Pensamiento Penal del 19/06/20.