

LA JUSTICIA PENAL EN CUARENTENA

HACIA UN SISTEMA BASADO EN LA VIRTUALIDAD

Alfredo Araya Vega¹

I.- INTRODUCCIÓN

El SARS-Co-V-2, han conllevado el aislamiento social y preventivo de las personas. En ese contexto, la realización de audiencias y juicios virtuales se presenta como una solución alternativa para la continuidad del servicio público, que por su naturaleza, no puede dejar de prestarse. Por ello, conviene recapitular cuáles son las principales justificaciones y oposiciones formuladas a esta nueva modalidad de administrar justicia penal, y sobre esa base, establecer el estado actual de la cuestión.

Las decisiones de los diversos poderes ejecutivos latinoamericanos han dispuesto la cuarentena obligatoria de todas las personas, con la llamada “quédate en casa” como mecanismo óptimo para lograr erradicar la pandemia, sin embargo, a la fecha, los diversos países llevamos más de cien días desde el inicio de la pandemia y el pronóstico es que ,al menos por el año 2020, la vacuna al CoVid19 no se encuentra cercana, y se estima que la socialización de esta solución llegará hasta mediados del año 2021.

Ante esto, de forma artesada e inventiva, los sistemas de justicia han utilizado la virtualidad para resolver los problemas jurídicos existentes, muchas veces, sobreponiendo la necesidad de respuesta judicial a las garantías judiciales mínimas.

En aquellos países donde existe cuarentena plena, producto de la gran cantidad de muertes y contagios, la práctica judicial penal es totalmente remota, donde jueces, fiscales, defensores y auxiliares se encuentran desde sus casas de habitación, sitio desde el cual se llevan a cabo las conexiones.

En el caso costarricense, la Corte Suprema de Justicia creó un protocolo para la realización de audiencias y juicios virtuales, que ha sido poco utilizado en virtud que la pandemia no ha impactado fuertemente en nuestro país, pasando una primera ola muy corta y una segunda con una reapertura general de todos los servicios, de modo tal que los procesos judiciales se realizan con total presencialidad pero resguardando las normas sanitarias de distanciamiento físico, correcto estornudo, toma de temperatura previa y uso de mascarillas, caretas; además de la creación de barreras o pantallas transparentes en los despachos y algunas salas de juicio.

¹ Juez del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José-Costa Rica. Profesor universitario.

II.- BASES MÍNIMAS

En los diferentes sistemas de justicia latinoamericanos se ha partido de un protocolo institucional del Poder Judicial que ha dado inicio a la atención de audiencias previas y de juicio de forma virtual, primordialmente para personas en prisión preventiva por vencer, sin embargo, lentamente se ha naturalizado este nuevo juzgamiento al resto de causas penales existentes, incorporándose las personas en libertad.

La justificación institucional se basa en que, ante la crisis sanitaria existente, debe lograrse una “nueva normalidad”, de modo que, han señalado las diferentes autoridades judiciales que “este sistema virtual ha llegado para quedarse”, incluso, pospandemia.

III. CRÍTICAS:

Los principales reclamos a esta nueva administración de justicia virtual podemos resumirlos de la siguiente forma:

1. Violación a garantías judiciales: Quienes adversan esta forma de administrar justicia exponen que se violenta las garantías judiciales mínimas expuestas en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre ellos el derecho a la defensa, acceso a la justicia, sentencia justa y formalidad del juicio.

a. Al derecho de defensa: Este es quizá la mayor crítica formulada.

- i. *Presencialidad:* Se cuestiona que este modelo de juzgamiento violenta el derecho de defensa del imputado, en tanto, no existe presencialidad, base de una justicia democrática con rostro humano (no virtual). *Respuesta:* A esta crítica se ha dado como respuesta que la presencialidad no es un requisito necesario sino una práctica judicial de cómo hasta este momento de la historia se ha realizado los procesos, sin embargo, ante la vorágine de la tecnología, un juzgamiento virtual sería una respuesta válida en tanto se respeten las garantías mínimas judiciales, ya que se ha analizado a nivel de eficientismo como se ha logrado reducir los costes de la justicia en el uso de papelería, servicios públicos de agua, luz, teléfono, contratación de personal de servicio (limpieza, seguridad), reduciéndose el gasto público, en tanto, los funcionarios judiciales han terminado asumiendo cada uno de esos gastos (justificación económica altamente cuestionable).
- ii. *Comunicación privada:* Se menciona que el acusado no tiene un acceso inmediato a su defensor y al juez, convirtiéndose el

procedimiento en un sistema injusto. Dentro de los ejemplos enumerados se encuentran que el imputado no puede comunicarse de forma inmediata con el defensor de forma privada, además, dificultades del justiciable de poder adversar la prueba y tener contacto con la persona juzgadora. En cuanto a la comunicación del acusado con el defensor, se ha señalado como respuesta que los diversos sistemas de conexión utilizados (plataformas tecnológicas externas como zoom, google meets, Microsoft teams, hangouts, etc), permiten generar esas comunicaciones entre ellos. Valga aclarar desde ya que no existe tal confidencialidad en la comunicación entre justiciable y defensor, ya que el sistema virtual es operado por un auxiliar judicial quien debe enlazar al defensor con el imputado, de modo tal que este puede escuchar la comunicación. Adicionalmente, si la persona acusada se encuentra privada de libertad, se halla en el centro penal en compañía otro funcionario a cargo del sistema de comunicación, de modo tal que también escucha la conversación entre defensor y acusado. Sobre este particular, se enuncia como justificación que hay un principio de buena fe, lealtad procesal y ética judicial; sin embargo, como se enunciará más adelante, la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones entre defensor e imputado debe ser inviolable, evidenciándose en el mecanismo actual de conexión contiene una violación flagrante al derecho de defensa, que puede corregirse mediante conexiones privadas donde participe únicamente imputado y defensor, entendiéndose con el uso de un celular inteligente y conectividad plena, donde el imputado pueda realizar una llamada telefónica o videollamada con su defensor; o como se dirá más adelante, con una sala virtual dentro de una plataforma institucional oficial que permita reuniones privadas donde participe imputado y defensa de forma exclusiva.

iii. *Estrategia defensiva*: Finalmente, que de acuerdo con la estrategia que la defensa formule, en la práctica presencial el imputado puede salir de la audiencia o la necesidad que la víctima no observe al justiciable, sin embargo, esto no es viable en el sistema virtual. *Respuestas*: No necesariamente resultaría imposible, bastaría con apagar la cámara del imputado a efecto que el testigo declare sin observarlo, lo que garantizaría que el acusado continúe observando el juicio sin ser visto, esto podría ser una herramienta que puede crearse en esta nueva plataforma judicial.

b. Acceso a la justicia: Esta crítica está relacionada parcialmente con la violación al principio acusatorio de publicidad, en tanto, no todas las

personas tienen acceso a los juicios, los que por naturaleza deben ser públicos.

- i. Acceso al sistema: Adicionalmente, las brechas tecnológicas afectan la posibilidad de acceso a sistemas virtuales por parte de víctimas, acusados, testigos, en tanto, no puede exigirse que todas las personas conozcan los manejos tecnológicos, en especial, cuando la justicia penal tradicionalmente es selectiva, y la mayoría de usuarios del sistema son personas con altas limitaciones económicas, sociales y de acceso a la educación. Adicionalmente, en la práctica, el sistema virtual no se está utilizando de forma estandarizada, de modo tal que son los operadores de justicia quienes eligen que sí y que no se realiza. En algunos casos y países, los juicios virtuales sólo se realiza a personas privadas de libertad y no para la totalidad de los casos, realizándose un desequilibrio en el principio de igualdad y acceso a la justicia. Misma circunstancia ocurre cuando en algunos países, hay quienes se oponen a su funcionamiento, de modo tal que hay una respuesta diferenciada según el lugar y sitio donde se realice el evento delictivo, a efecto de tener una respuesta diversa del sistema de justicia. Esto puede corregirse con conectividad libre para todas las personas, decisión política que debe tomar el Poder Ejecutivo y los diversos municipios. Respecto a la capacitación, se pueden realizar capacitaciones gratuitas, donde en la plataforma se cuelgue un curso grabado que permita al usuario enterarse del funcionamiento.
- ii. Brechas tecnológicas: como ya se adelantó hay limitaciones tecnológicas de acceso en los usuarios del sistema, sin embargo en este acápite se resaltan otras dificultades también existentes:
 1. Conectividad: Uno de las principales dificultades es la conectividad, como mecanismo de acceso a la justicia.
 - a. Plataformas con problemas de definición: Ante la ausencia de plataformas oficiales del Poder Judicial y utilización de redes privadas, se muestran dificultades de pulcritud de las audiencias, con serios problemas de definición y comunicación entre todas las partes, limitándose con ello el debido proceso legal. La solución a este grave problema, como ya se adelantó es un sistema oficial del Poder Judicial para el desarrollo de audiencias virtuales. Ahora bien, respecto al resto de intervinientes, debe garantizarse un acceso libre e irrestricto al internet, lo cual puede lograrse a través de espacios libres de conectividad del Estado, garantizando con ello la democratización

del internet, lo cual elimina en parte las brechas sociales de acceso de todas las personas. Desde ya debe enfatizarse que esta liberalización de redes públicas de acceso a internet potenciaría que las nuevas generaciones (niños y jóvenes) pudiesen contar con una educación virtual, problemática también vigente. A nivel estatal los municipios pueden garantizar esa efectividad de accesos.

- b. Ausencia de garantía de continuidad. Otro de los problemas de la conectividad es la ausencia de continuidad de la audiencia (principio procesal), lo cual puede lograrse con accesos libres de internet para todas las personas, decisión política que debe provenir del ejecutivo y los municipios, como una forma de democratización de accesos a todas las personas.
 - c. Sistema no es banda ancha y no hay definición HD. Si bien este es todo un reto tecnológico y es pensado en las condiciones óptimas, al menos un acceso libre e irrestricto de todas las personas al internet, lograría superar inicialmente el problema presentado de conectividad.
2. No es segura porque no es una plataforma institucional sino que los servidores son privados. Este problema es latente y vigente. La sola creación de salas virtuales para la comunicación, debe generar el cuestionamiento de dónde se respalda y quienes tienen acceso a la misma. Si se trata de empresas privadas como google, se potencia un riesgo de inseguridad de la información trascendida, lo que sin duda alguna afecta la seguridad que la justicia debe garantizar. Este problema se corrige con un sistema único judicial, sea una plataforma lo suficientemente adecuada que permita contar con expediente electrónico, sistema de gestión judicial y salas virtuales para la realización de audiencias orales.
3. Carencia de expedientes electrónicos que permitan el acceso y gestión judicial. Otro de los desafíos(práctica artesanal de escaneo de expedientes)
- c. Sentencia justa: La obtención de una sentencia justa, debe conllevar un acceso del juez a la prueba y las partes, así como de las pruebas y partes al juez, ya que eso potencia la contradicción como principio acusatorio. Como se dirá más adelante, en la práctica hay pocas posibilidades de lograr la eficacia de ese principio, en tanto, en el contrainterrogatorio se

ven limitados la posibilidad de careo, croquis, incorporación de prueba material entre otros.

- d. Formalidad del juicio: Algunos han considerado que el juicio requiere de toda una solemnidad, la cual se pierde ante un sistema virtual, empero, esta visión la estimamos ritualista y formalizada, la cual poco aporta a una discusión democrática de la justicia.

2. **Violación a garantías acusatorias:** De igual modo, se ha expuesto que esta modalidad de juzgamiento violenta las garantías propias del sistema acusatorio, propiamente los principios de publicidad, contradicción e inmediatez.

a. Publicidad

- i. En los juicios telemáticos solo las partes pueden acceder, lo que constituye una afrenta a la publicidad y acceso irrestricto de la sociedad, como garante del control estatal del castigo. Otra mala práctica que se ha utilizado es que, aun contando con un canal judicial, se ha escogido qué casos “relevantes” se transmiten, categoría que es escogida según la “relevancia social” o trascendencia por la prensa del asunto. Este problema se resuelve con un único canal judicial con diversas conexiones, de modo que ante una publicación diaria de cuáles son los juicios, cualquier persona pueda acceder a ese link.
- ii. Selectividad judicial. Los procesos penales se convierten en un asunto de clase, donde la mayoría de los ciudadanos no tienen la posibilidad de acceder a los accesos y conectividad, por las carencias económicas o manejo informático mínimo.
- iii. ¿Debe ser irrestricto? Conocemos que los procesos penales tienen limitaciones de publicidad, mismas que pueden alcanzarse con controles virtuales de acceso limitado, sea para visualizar la imagen de una víctima, suspensión de transmisión etc.
 1. Acceso impropio. Otra de las críticas formuladas es que ante la transmisión libre de las audiencias los testigos del juicio podrían tener acceso irrestricto a la prueba de previo a su declaración, sin embargo, esto incluso es un riesgo de la práctica judicial presencial, de modo que el control de la valoración judicial es la misma, conforme a los criterios racionales basados en la sana crítica racional.
 2. Terceras personas tendrían acceso a la imagen del imputado y ofendidos (condición de vulnerabilidad). Si se contara con una plataforma institucional oficial, este tema puede limitarse desde el operador del mismo (auxiliar judicial), quien ante la orden judicial de limitación de acceso a imagen pública, podría limitarse quienes sí y quienes no acceden a determinada imagen.

- b. Contradicción: Otra crítica muy sólida a los juicios telemáticos versan con la potencialización de la contradicción en el contrainterrogatorio, referido a la incorporación material de la prueba o producción de la prueba en juicio (careos, croquis etc.). Una plataforma exclusiva, pensada para la necesidad institucional, bien podría lograr superar estas deficiencias, ya que a través de las imágenes proyectadas.
 - i. Inmediación: Otra de las críticas enunciadas, versan acerca de la limitación de las partes y juez de valorar desde la kinésica el comportamiento de las partes, jueces y testigos durante el relato, referido al lenguaje corporal, captación de la voz y el cuestionamiento de cómo controla el juez el ingreso de la prueba y su fiabilidad para poder formar el criterio suficiente al momento de valorar la prueba. Sobre este particular, conviene enfatizar que el análisis de un testimonio debe pasar por controles sólidos y sustentables, basados en la ciencia de la psicología del testimonio y sus factores de ponderación (credibilidad subjetiva, persistencia de la incriminación y verosimilitud –corroboración interna y externa del relato-), abandonando criterios de psicología conductista. La intermediación no es un método de valoración de la prueba, sino un mecanismo que permite al juez controlar la rigurosidad del interrogatorio y comprender el haz de problemas que contempla esa prueba. La intermediación de la prueba personal es un mito, ya que se basa en conductas de los sujetos en sus declaraciones. La psicología conductista considera que el testimonio contiene una doble visión: el lenguaje verbal y no verbal y se pretende argumentar que el lenguaje no verbal contiene una especial preponderancia, incluso mayor, del lenguaje explicativo (narración del relato) y que permite a las personas identificar si este alguien está mintiendo o no. Para ello, se observa sus gestos y/o comportamientos fisiológicos como lo son: sudoración, manera de mirar o no observar a quienes lo interrogan, rito de sus manos o pies, tartamudea entre otros. Estos factores son anfibológicos, ya que varían de sujeto a sujeto según sus características particulares (problemas médicos que generan sudoración por ejemplo) o factores externos que los influencia (sencillez ante una sala de juicio o presencia de terceras personas desconocidas con lenguaje técnico entre otros). Por ello, no es posible acudir a un razonamiento de credibilidad o formación de verdad partiendo del lenguaje gestual, ya que no es un criterio certero objetivo ni racional controlable, sino que se basa en el empirismo individual que además resulta incontrolable por las partes y otros observadores objetivos (juzgadores de alzada). Ante esto, lo recomendable es cumplir un análisis judicial desde el relato del

declarante y verificar su contenido para determinar su fiabilidad y verosimilitud, por ejemplo, que sea completo, circunstanciado, preciso, coherente, compatible con otros testimonios o pruebas entre otros, ya que eso permite un análisis distinto y además, verificable en alzada a través de las reglas lógicas objetivas que sirva derrotero de la evaluación del testimonio.

- c. Continuidad: La utilización de plataformas privadas no resuelven con efectividad los problemas institucionales, ya que no son creados exclusivamente para la realización de audiencias orales, por ello, es recomendable que desde el Poder Judicial se proceda a crear una plataforma exclusiva y que resuelva todas las particularidades de las audiencias virtuales.

III.- JUSTIFICACIONES

Quienes abogan por el sistema de audiencias virtual como mecanismo eficiente y eficaz para la justicia, han señalado lo siguiente:

1. La continuidad del servicio público conlleva el respeto de las garantías judiciales, en especial el principio de humanidad (proscripción de tratos inhumanos y degradantes)
2. El proceso acusatorio es basado en un sistema por audiencias, de modo tal que la virtualidad no estaría excluida.
3. La justicia democrática exige el cumplimiento de la tutela judicial efectiva
4. Las videoconferencias de testigos ya existían de previo a la pandemia
5. Hay sistema virtual de seguimiento y control de personas a través de monitoreo electrónico, de modo tal que incorporar un sistema de audiencias virtuales es una posibilidad latente.
6. En algunos ordenamientos ya existe sistema de gestión en línea para el acceso y diligenciamiento en expedientes, así como expediente electrónico, remedio que ha resultado útil y compatible con las necesidades tecnológicas actuales
7. La valoración probatoria es libre y lógica no basada en la íntima convicción. El valoración de la prueba personal debe basarse en la credibilidad del testimonio (superación criterios empíricos y conductistas e iniciar con una sentencia más justa basada en la psicología del testimonio, sobre el particular consúltese el fallo de la Corte IDH Casal vs Argentina).
8. Las altas jefaturas del Poder Judicial han realizado mediciones que justificarían su vigencia, como lo son la reducción de gastos operativos referidos a papelería, teléfono, luz, agua, seguridad, limpieza, alquileres, nuevas construcciones. Así como también que desde las viviendas, los funcionarios judiciales han mantenido un mayor rendimiento, aumentando las cuotas laborales asignadas. Estas consideraciones son criticables desde el

funcionariado judicial, en tanto, no existe compensación económica por los gastos operativos que conlleva la prestación del servicio, donde los funcionarios debieron adquirir equipo (escritorios, sillas, lapiceros, papelería, impresoras), así como también asumir los costes de agua, luz, teléfono etc. Sobre este particular, se recomienda generar una compensación salarial para mantener el teletrabajo de los funcionarios.

IV.- PREGUNTAS NECESARIAS

Hay que efectuar una serie de preguntas oportunas para la utilización de la tecnojusticia.

¿Es compatible el uso de la tecnología con los principios acusatorios de publicidad, inmediación y concentración?

¿Se cuenta con salas y plataformas virtuales oficiales?

¿La publicidad debe ser irrestricta? ¿hasta dónde llega la publicidad? ¿Se puede oponer el imputado? La justicia debe democratizarse, ¿cómo se ejerce la garantía control?

Finalmente, ante la crisis sanitaria por una pandemia mundial como el SARS-Co-V2, es una ¿Oportunidad o distorsión para el servicio de justicia?

¿Se pierde la humanización de la justicia con un sistema penal virtual? ¿Qué consecuencias conlleva? ¿Somos un mero avatar o sujeto de Derecho?

V.- RETOS:

Los principales retos de la reforma judicial hacia la virtualidad es el respecto a las garantías judiciales. Por ello se recomienda:

- a) Reforzamiento de la oralidad como herramienta tecnológica en todas las etapas
- b) Ejercicio judicial basado en la buena fe, lealtad y solidaridad
- c) Incorporación de la tecnología digital, seguirá siendo un desafío.
- d) Justicia por control remoto, tiene riesgos que deben limitarse
- e) ¿Qué colocamos adelante? la carreta o los bueyes, frase que pretende visualizar que primero debemos crear la plataforma virtual oficial y luego realizar los juicios virtuales, ya que la justicia tiene como principio constitucional la tutela judicial **efectiva**, lo que conlleva en sí mismo que las sentencias judiciales no sean anuladas por ser realizadas en violación de las garantías judiciales de las personas acusadas.

Es por lo anterior, que concluimos que las audiencias y juicios virtuales deben ser una realidad, primero, para no detener el servicio público de la Justicia, que como tal no puede detenerse, segundo, como una respuesta más cercana y oportuna a la ciudadanía, quienes no tendrían que acercarse a un tribunal de justicia a rendir su relato, sino que lo pueden cumplir de cualquier lugar donde se encuentren y tercero, porque como herramienta tecnológica, no debe pensarse únicamente en periodos de pandemia, sino ante una nueva normalidad en periodos de pospandemia.

Para el caso costarricense, se tiene claro que la plataforma Microsoft teams no resulta compatible con el sistema judicial utilizado para el escritorio virtual y expediente electrónico, de modo tal que se recomienda la creación de una plataforma oficial que permita potenciar cada uno de los requerimientos mínimos de garantías judiciales y se superen las críticas antes expuestas.