

Sistemas Judiciales

Una perspectiva integral sobre la administración de justicia

Litigación y sistema por audiencias

Ileana del Rosario Pérez López Litigación oral con perspectiva de género, la experiencia de Nicaragua en materia procesal civil • **Mauricio Duce** Condena de inocentes y litigación en juicio oral: resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial • **José Luis Castellón Sosa y David Fernández Mena** La litigación de las medidas cautelares en un entorno hostil: la experiencia mexicana • **C. Adèle Kent y Peter Aadoson** La conducción de audiencias con litigantes auto representados: la experiencia de Canadá • **Alexandre Morais Da Rosa y Fernanda E. Nöthen Becker** Audiência de custódia no Brasil: desafios de sua efetiva implementação • **Constanza Gigena** Audiencias cautelares en Bolivia: hallazgos centrales de un estudio empírico • **Reflexiones** • **Temas generales** • **Debates** La litigación oral en los procesos reformados: experiencias de México, Panamá, El Salvador y Uruguay • **Reseñas**

Sistemas Judiciales

Dirección

Leonel González

Gonzalo Rua

Comité Editorial

Christina Biebesheimer

Rafael Blanco

Carlos Cordovez

Alfredo Fuentes

Linn Hammergren

Hernando París

Carlos Peña

Rogelio Pérez Perdomo

Silvina Ramírez

Juan Enrique Vargas

➤	EDITORIAL. Oralidad y litigio en América Latina.....	4
➤	TEMA CENTRAL Experiencias regionales	
▶	Ileana del Rosario Pérez López Litigación oral con perspectiva de género. La experiencia de Nicaragua en materia procesal civil	6
▶	Mauricio Duce J. Condena de inocentes y litigación en juicio oral: resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial.....	16
▶	José Luis Castellón Sosa y David Fernández Mena La Litigación de las Medidas Cautelares en un entorno hostil: la experiencia mexicana	30
▶	C. Adèle Kent y Peter Aadoson La conducción de audiencias con litigantes auto representados. La experiencia de Canadá.....	39
▶	Alexandre Morais Da Rosa y Fernanda E. Nöthen Becker Audiência de custódia no Brasil: desafios de sua efetiva implementação	48
▶	Constanza Gigena Audiencias cautelares en Bolivia: hallazgos centrales de un estudio empírico.....	58
➤	REFLEXIONES	
▶	Agustín Carrara Litigación de delitos económicos. Algunos desafíos para la persecución penal.....	70
▶	Gonzalo Rua y Leonel González El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias.....	80
▶	Fernando Carbajal La paradoja 8.1. El “derecho a ser oído” en los procesos civiles reformados.....	104
➤	TEMAS GENERALES	
▶	Andrés Harfuch y Cristian Penna. El juicio por jurados en el continente de América	112
▶	Ariel Mantecón Ramos. La organización de la abogacía en Cuba	121
▶	Luis Enrique Maljik Flores. Aspectos de la Cosa Juzgada en el proceso civil Hondureño	129
▶	Eva Rocío Herrera Ramírez. Caso Sepur Zarco y el uso del testimonio como prueba fundamental	135
➤	DEBATE. La litigación oral en los procesos reformados	146
➤	RESEÑAS	
▶	Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil	158
▶	Colección Sistema Adversarial Civil del Centro de Estudios de Justicia de las Américas	161

[Las opiniones vertidas en la revista son de responsabilidad de sus autores y no de las instituciones que la editan.]

Dirección

Leonel González
Gonzalo Rua

Coordinación

Constanza Gigena

Equipo Editorial

Francisco Godínez Galay
Inés Binder
Laura Pérez Portela

Diseño Gráfico

Patricia Peralta

CEJA

Rodo 1950, Providencia,
Santiago de Chile,
Tel: +56 (2) 2742933
Fax: +56 (2) 3415769

E mail: info@cejamericas.org

Página web: www.cejamericas.org

INECIP

Talcahuano 256, 1° piso (C1013AAF)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina,
Tel/Fax: (00-54) 1143720570,
E-mail: inecip@inecip.org
Página web: www.inecip.org

En este nuevo número de la revista *Sistemas Judiciales* abordaremos un tema sobre el cual se ha trabajado y discutido extensamente en el transcurso de los últimos años: la dinámica oral de las audiencias y la litigación como su herramienta central.

Pese a que la necesidad de introducir la oralidad se ha consolidado en todos los ámbitos (académico, judicial, jurisprudencial, entre otros), su principal debate se da en el terreno de las prácticas. Su extensión en la mayoría de los sistemas procesales latinoamericanos ha generado una acumulación de experiencias, buenas prácticas y reflexiones que nos interpelan para continuar la discusión.

Como veremos, la oralidad se encuentra en el centro de los nuevos procesos que se han implementado en la justicia civil y penal de la región. Por un lado, es el instrumento que permite la concreción de los principios políticos que gobiernan los nuevos sistemas (inmediación, contradicción y humanización de los conflictos). Por otro lado, se constituye en un espacio para formalizar (recordemos, tal como lo hace Alberto Binder, que todo litigio es un conflicto formalizado) y resolver pacíficamente las controversias que se dan en nuestras sociedades.

Por lo mismo, el esfuerzo de este número está dado por profundizar el debate acerca de las implicancias y alcances de la oralidad sobre la base del universo de prácticas que se están desarrollando en nuestros países. Para ello, hemos procurado que el lector tenga a su disposición un conjunto de trabajos que intentan cubrir las discusiones que se dan actualmente.

En relación a las experiencias concretas que se están produciendo en la región, el lector se encontrará con un trabajo explicativo del proceso de capacitación en oralidad que condujo la Corte Suprema de Nicaragua en miras a la implementación de la reforma procesal civil que se concretó en el 2017; también podrá hallar los resultados de la investigación empírica realizada en Chile sobre las condenas erróneas producto de reconocimientos oculares y prueba pericial; un análisis crítico de la prisión preventiva oficiosa y las audiencias de medidas cautelares en México; una descripción y estudio propositivo sobre los desafíos de las audiencias de custodia en el estado de Santa Catarina en Brasil; los hallazgos de un estudio realizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) sobre la dinámica de las audiencias de medidas cautelares en Bolivia; y una mirada desde el sistema anglosajón con la experiencia de Canadá en la conducción de las audiencias civiles en casos de auto representación.

Junto con ello, se ha destinado un capítulo específico “Debates” para abordar la situación actual y principales desafíos que supone la litigación civil y penal en la región, mediante entrevistas con representantes de México, El Salvador, Panamá y Uruguay.

Por otra parte, en este número se ha procurado incluir un abordaje reflexivo general, en tanto se incluye un análisis sobre los desafíos para la persecución penal que supone la litigación en criminalidad económica; el rol del juez penal en la conducción y decisión de las audiencias; y las implicancias del derecho a ser oído en los nuevos procesos civiles orales.

A su vez, esta edición cuenta con trabajos que dan cuenta de otras temáticas relativas a la oralidad. Se encontrarán artículos sobre la actualidad del juicio por jurados en América Latina; el modelo de abogacía colectiva en Cuba a través de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos; el debate sobre la cosa juzgada en el proceso civil de Honduras; y la litigación estratégica en materia de género a partir de las lecciones del caso Sepur Zarco durante el conflicto armado interno en Guatemala.

Como se puede observar, con este número se pretende socializar las experiencias que se están dando en nuestra región y plantear una serie de

debates que permanecen abiertos y que podrían ayudar a robustecer los procesos de implementación de la oralidad en nuestros países.

Invitamos a los lectores a continuar la discusión y practicar la oralidad como el recurso más eficaz para superar y dejar atrás de manera definitiva las prácticas de los sistemas escritos que no hacen más que despersonalizar el proceso y soslayar los conflictos de los usuarios de la Justicia. ■

Gonzalo Rúa

Integrante de la Junta Directiva de INECIP y
Director del Área de Reforma Procesal Penal

Leonel González

Director Área de Capacitación del CEJA

Ileana del Rosario Pérez López

Magistrada. Presidenta Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Coordinadora General de la Comisión Técnica de Implementación, Capacitación y Seguimiento de la Ley 902 del Código Procesal Civil.

Correo: iperez@poderjudicial.gob.ni; ileanapelo@yahoo.es

Litigación oral con perspectiva de género

La experiencia de Nicaragua en materia procesal civil

Resumen

La perspectiva de género debe ser objeto de estudio y aplicación para lograr desarrollar audiencias orales civiles en un marco de respeto al ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y la disputa de un derecho civil en particular, debe estar desprovista de conductas sexistas, prejuiciosas y estereotipadas. A partir de la implementación de la reforma procesal civil nicaragüense, se describe la experiencia formativa y de capacitación en litigación oral con perspectiva de género, centrada en la persona: autoridad judicial, personas litigantes, en el ideal de lograr el desarrollo de competencias y destrezas, que le permitan dirigir, comparecer y juzgar los asuntos judiciales con una renovada mirada en la interpretación y aplicación del derecho.

I. Introducción

El Código Procesal Civil (Ley 902, 2015) es el instrumento normativo que regula los procesos civiles contenciosos y de jurisdicción voluntaria en Nicaragua. Es el resultado de un extenso proceso de trabajo que duró aproximadamente 10 años, liderado por la Corte Suprema de Justicia mediante la creación de un equipo de trabajo denominado Comisión Técnica Redactora, integrado por personas funcionarias del Poder Judicial con amplia experiencia teórica y práctica en la materia.

En la primera fase de consulta y elaboración de la estructura de ley, se contó con el apoyo de una comisión nacional ampliada, integrada por académicos, abogados litigantes, universidades y otras instituciones ligadas a la justicia civil. En la segunda fase, redacción y elaboración del anteproyecto, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) facilitó recursos económicos y asistencia técnica de personas expertas en la temática procesal civil de nacionalidad española.

El Código entró en vigencia a partir del 10 de abril de 2017, después que se ampliara el período para su entrada en vigencia (Ley 933, 2016) y se reformaran un total de ocho artículos mediante la Ley 946, 2017. En el año 2014, al más alto nivel, se creó una Comisión Técnica de Implementación, Capacitación y Seguimiento del Código Procesal Civil (CTICS), encargada de planear, organizar y ejecutar todas las acciones de trabajo concernientes a garantizar la más óptima implementación y aplicación de dicha ley.

II. La política de género en el Poder Judicial de Nicaragua

El Poder Judicial, a través de la Política de Igualdad de Género (2016 p. 69), tiene como objetivo general o finalidad (largo plazo): “contribuir a la protección efectiva de la tutela, goce y disfrute de los derechos humanos de la población nicaragüense en todas las actuaciones del Poder Judicial, aplicando el marco normativo y jurídico nacional e internacional en el servicio que se brinda, con perspectiva de género”.

Como objetivos específicos establece, en primer lugar: mejorar la seguridad jurídica en la actuación judicial, garantizado el acceso a la justicia de la población nicaragüense, en especial a mujeres, niñez y adolescencia en estado de vulnerabilidad, por su condición económica, social, étnica, edad, diversidad sexual y discapacidad; y asumir un papel activo en las transformaciones necesarias, para la consecución de una sociedad en donde todas las personas estén en condiciones de desarrollar una vida digna en igualdad de oportunidades y no discriminación.

Concretamente este documento institucional contempla dentro de sus lineamientos generales el mandato de diseñar planes y programas de capacitación, formación inicial, continua y especializada con perspectiva de género e interculturalidad, derechos humanos, en materia constitucional, penal, civil,

laboral, familia, niñez adolescencia, personas adultas mayores, personas con discapacidad, diversidad sexual, derechos de los pueblos indígenas y afro-descendiente, violencia, buen trato, comunicación y relaciones interpersonales a fin de fortalecer el acceso a la justicia y las capacidades institucionales.

Este marco de acción se dirige a todo el personal del Poder Judicial, especializados y no especializados, asistentes de los despachos judiciales, facilitadores(as) judiciales (persona líder en la comunidad, que realiza mediaciones y orienta sobre trámites legales), equipos interdisciplinarios de violencia y familia, niñez y adolescencia, wihtas, (en lengua misquita designación de la autoridad que ejerce las funciones de juez o jueza), autoridades de pueblos originarios y líderes religiosos (as) comunales y personal administrativo y auxiliar, para el fortalecimiento de sus capacidades y la mejora del servicio de justicia con calidad, calidez, y sin discriminación alguna en sus actuaciones, de conformidad en lo establecido en la legislación.

III. El proceso de capacitación del Código Procesal Civil

En el contexto de la puesta en marcha de la reforma procesal civil, la CTICS, en conjunto con el órgano de capacitación del Poder Judicial, Instituto de Altos Estudios Judiciales, han desarrollado un proceso de formación especializada en materia Procesal Civil, que tiene por objetivo elevar las competencias profesionales, técnicas y formativas de las personas funcionarias de la carrera judicial, que se fundamenta en el enfoque curricular basado en el Modelo de Formación por Competencias.

El Modelo de Formación por Competencias, que ha sido adoptado por los órganos de capacitación y las Escuelas Judiciales en casi todos los países de Iberoamérica, desarrolla y aplica estos nuevos enfoques de la formación judicial para procurar que las personas destinatarias estén

en capacidad de comprender la naturaleza de los cambios que se producen en el contexto de las transformaciones institucionales y se incida favorablemente en su desempeño judicial.

En la reforma procesal civil este Modelo de Formación por Competencias ha coadyuvado a cimentar las bases del cambio según el nuevo modelo procesal adoptado y la aspiración es obtener resultados concretos que evidencien la adquisición de competencias del aprender cognitivamente, aplicado al hacer procedimental, siendo asumidas oportunamente por las y los actores claves que participan dentro de la jurisdicción civil.

Hay que recordar que la formación por competencias se centra en la persona discente, quien es la constructora de su propio proceso de aprendizaje, a partir de sus particulares conocimientos y experiencias laborales en los que debe distinguir, adoptar y aplicar todas las capacidades y herramientas necesarias para enfrentar los cambios de la forma más apta y eficiente posible en su ejercicio funcional futuro.

IV. La litigación oral con perspectiva de género en materia civil

1. ¿Por qué enfrentar el desafío?

En Nicaragua con carácter general las iniciativas de trabajo en torno a la aplicación de la perspectiva de género se han desarrollado en las áreas del derecho penal y procesal penal, justicia adolescente, familia, laboral y por supuesto en la jurisdicción especializada de violencia hacia la mujer.

A cinco meses de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil (Ley 902, 2015), aún es muy incipiente vaticinar acerca de las conductas y comportamientos que puedan desempeñar de forma mayoritaria las y los actores y operadores de la justicia civil. Por ello, se

estima altamente estratégico impulsar y continuar afianzando la capacitación judicial con perspectiva de género.

El máximo esfuerzo debe concentrarse para que en las audiencias orales civiles no se manifiesten ningún tipo de comportamientos y expresiones que puedan constituir abiertas transgresiones a los derechos humanos de las mujeres y niñas, y de cualquier otra persona que pertenezca a un grupo vulnerable (entendido en el alcance definido en las reglas de Brasilia), que exista re victimización, que se use el lenguaje no inclusivo, que se evidencien sexismos y surjan estereotipos que pueden afectar el juicio de la autoridad judicial al momento que emita su resolución en la misma audiencia o en atención a la complejidad del asunto, dentro del plazo que consigna la ley.

El tránsito del proceso civil escrito al proceso civil oral por audiencias implica un cambio de paradigma donde la necesidad de implantar y desarrollar una nueva cultura jurídica integral, entre los diversos actores y operadores de la justicia civil, constituye el primer eslabón a conquistar y la perspectiva de género debe irradiar de forma transversal en todos los componentes de trabajo.

Si el nuevo proceso civil oral nicaragüense declara y reclama la edificación de una justicia civil que se caracterice por el absoluto respeto de las garantías procesales constitucionales, entre las que destacan los principios de igualdad y no discriminación, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, así como la aplicación directa de todas las convenciones, pactos, declaraciones e instrumentos protectores de los derechos humanos de las personas, nada más delimitador que estos expresos mandatos para exigir la adopción de nuevos patrones de conducta forense al momento de comparecer y participar en las audiencias orales civiles.

De manera que se ha considerado relevante introducir la aplicación de la perspectiva

de género en su más alto alcance, puesto que como método de trabajo facilita desarrollar el escrutinio en los asuntos judiciales, analizar a profundidad los hechos sometidos a contienda, advertir y determinar condiciones de desigualdades estructurales, tratos diferenciados aplicados, asimetrías y ejercicios concentrados de poder, transgresión y restricciones de las capacidades y potencialidades humanas, sexismos y estereotipos.

Todas estas variables colocan a las personas que participan como sujetos procesales dentro del proceso civil, en condiciones para comparecer y actuar en un marco de respeto a los derechos humanos y con una visión integrada de lo que es y significa la perspectiva de género y los criterios para juzgar un asunto en específico, de ahí la trascendencia e importancia de impulsar la plena aplicación de la perspectiva de género junto al modelo procesal civil que se está impulsando.

2. La perspectiva de género en la práctica del derecho procesal civil: principios, normas y bases conceptuales

Nicaragua como país es suscriptor de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y de la Convención Belem Do Pará, ambos instrumentos son la máxima expresión formal y material para hacer que la Justicia en sus diferentes especialidades sea administrada con perspectiva de género y, en palabras de la Corte Internacional de Derechos Humanos, son un elemento integrante del *corpus iuris* (reunión de cuerpos legales) internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres.

El art. 27 de la Constitución Política de Nicaragua regula la garantía de la igualdad, mandato supra, que aplicando el debido control de convencionalidad y la perspectiva de género, debe obligar a toda persona juzgadora a evitar interpretaciones que transgredan la igualdad

real en las personas e instarles siempre que sea necesario y así lo exijan los hechos, a brindar tratos favorables hacia la mujer o la niña dentro de una contienda judicial.

Para los poderes judiciales de Iberoamérica, introducir la perspectiva de género en los distintos espacios que componen la ruta de la administración de justicia es también resultado de una expresa recomendación de la Cumbre Judicial de Iberoamérica (*Reunión de Tribunales, Cortes Supremas y Consejos de la Judicatura de 23 países*), que ha servido como un efectivo catalizador para continuar cimentando la aplicación de la perspectiva de género en todos los procesos judiciales.

Las normas por lo general tienen un contenido muy abstracto e históricamente en su elaboración y aprobación han sido nutridas por el sistema patriarcal y androcéntrico. Aunque la tendencia institucionalizada en la región sea abandonar y revertir esa forma tradicional de formulación de las leyes, aún persisten en el imaginario social, cultural, religioso y jurídico vastas fundamentaciones del dominio avasallador de los hombres hacia las mujeres, y algunas expresiones patriarcales incluso aún al día de hoy son inadvertidas o bien consentidas como naturales.

La teoría de género en tanto tiene sobrada base científica y técnica, se ha venido consolidando a través de los años de lucha por parte de las mujeres, con Pérez Duarte (2011), se entiende que permite: “leer e interpretar una norma tomando en cuenta los principios ideológicos que la sustentan y, al mismo tiempo, la forma en que éstos afectan de manera diferenciada a quienes acuden a demandar justicia porque su metodología permite reconocer los símbolos y arquetipos que se encuentran en la trama del caso concreto que se pretende evaluar, y reconocerlos en la escala de valores de las personas encargadas de procurar y administrar justicia”.

Se reafirma por su completa vigencia la observación general de la Organización de las Naciones Unidas ONU (2007), que señala que en el plano de las decisiones judiciales de los casos de violencia de género, integrar la perspectiva de género supone: “el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley”.

3. ¿Qué hacer para pautar el cambio?

Es comprensible que la primera acción a emprender es la de reeducar, invitar a la reflexión personal y profesional, deconstruir lo aprendido y recorrido de forma patriarcal, conocer y compartir desde el adentro íntimo personal y colectivo qué significa género, cuál es su teoría, para qué sirve y como puede la persona juzgadora, sea juez, jueza, magistrado o magistrada, aplicarlo a su propia vida, a un caso concreto.

En la experiencia nicaragüense se ha estimado útil y necesario desarrollar un intenso programa de capacitación para todas las personas que integran la justicia civil en las diversas instituciones, niveles y jerarquías, que parta del estudio de los conceptos básicos y generales de la teoría de género, que integre el estudio de los principales instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos de las mujeres y que posicione un eje de interpretación y aplicación de las normas procesales y sustantivas acorde al respeto de los derechos de las personas en contienda en la que se haga prevalecer el principio de igualdad y no discriminación.

Haciendo uso del acervo jurídico cultural común en nuestros países, se elaboró como material de estudio base un Manual Teórico Práctico “*Oralidad con perspectiva de género en el proceso civil nicaragüense*”, compuesto

por siete módulos, entre estos: La perspectiva de género en el proceso civil nicaragüense; Tendencias de la reforma procesal civil en el sistema de audiencias: género y derechos humanos; Teoría del caso con perspectiva de género como estrategia de la litigación oral; Mediación con perspectiva de género en el proceso civil; Manifestación de la teoría del caso en la demanda y contestación; Técnica con perspectiva de género en el sistema de audiencias y Práctica de las técnicas de litigación oral en el sistema de audiencias.

4. ¿Cómo integrar la litigación oral con perspectiva de género en los procesos civiles?

4.1. El diseño de la teoría del caso desde una visión congruente con la perspectiva de género

Adoptado el modelo procesal oral por audiencias y desde el ejercicio de las contendas civiles, uno de los mayores cambios que deben experimentarse desde el escenario de la litigación consiste en preparar el caso de forma estratégica, previendo que la producción de prueba se realizará de manera activa y en directo, frente a la autoridad judicial que dirigirá y conducirá con equilibrio e igualdad procesal a las personas en contienda.

Atrás debe quedar la formulación de demandas, desprovistas de estrategias sustentadas en los hechos y el derecho de forma temeraria. Al contrario, la experiencia en litigios orales demuestra que las pretensiones de las personas en contienda, además de tener un coherente y congruente sustento jurídico, parten de la selección de los hechos que son especialmente relevantes, que identifican los medios de prueba pertinentes y útiles para la decisión del caso, y anuncian con sólidos argumentos la base esencial de lo que será el futuro fallo judicial.

Por su esencia, la teoría del caso nos indica que no importa el modelo procesal que se aplique,

siempre exigirá planear a profundidad y después replicar en el escenario judicial, la estrategia que más convenga para obtener la tutela del derecho que se pide. Lo cierto es que para garantizar una participación en las audiencias con éxito, elaborar una eficaz teoría del caso es condición indispensable para debatir la petición o defensa del derecho que se discute.

Resulta estratégico que al momento que se determinan y seleccionan los hechos base para estructurar la teoría del caso, se realice de previo un análisis de las condicionantes de género que pudieron haber afectado el nacimiento del derecho, su modificación o extinción, los elementos que giraron en torno a la persona, en relación a su capacidad, forma en que expresó el consentimiento, cuándo y cómo se formalizó, a los fines de detectar, aislar y evidenciar los hallazgos que tienen impacto para la perspectiva de género.

Lo ideal es desarrollar una defensa técnica con una visión garantista, participar en audiencias orales sin ser señalado de litigar cometiendo abusos en el ejercicio del derecho por participar de conductas patriarcales, sexistas y estereotipadas. Por ello, es clave diseñar la teoría del caso, en sus tres componentes (fáctico, jurídico y probatorio), respetando e integrando en la versión de los hechos las diferentes realidades, sin incurrir en violaciones a los derechos fundamentales y derechos humanos de las personas en la contienda.

Con justificadas razones, se ha explicado que el planteamiento estratégico y técnico de nuestro caso debe estructurarse en forma positiva para evitar hacer valoraciones que sean subjetivas, negativas, fundadas en prejuicios y estereotipos, acerca de las personas que intervienen, por lo que se insiste en la idea de que una buena defensa técnica no debe perder de vista la perspectiva de los derechos humanos y de género.

Se advierte como una buena práctica cada vez que se pueda y sea útil, hacer uso del anticipo de prueba como una sana medida para evitar la revictimización de las personas una vez que se trabe la litis, nada mejor que evitar al máximo la repetición de episodios que en atención al relato de los hechos vividos puedan significar graves afectaciones a la persona declarante.

Hay que recordar que en la mayoría de los códigos procesales civiles de la región, se regula la práctica anticipada de la prueba, sin que sea necesario escenificar nuevamente su evacuación, ya que con su previo ejercicio se retrotrae en el tiempo una fase de la audiencia probatoria o donde deba practicarse prueba, y es en presencia de la autoridad judicial que se desarrolla con todas las garantías y en audiencia específica. Luego dentro del proceso, en la etapa correspondiente de prueba o juicio, será incorporada por la lectura del acta o por la reproducción del audio si tuviese que ser necesario, con las previsiones del caso, es decir evitando siempre la revictimización.

4.2. Incorporar en la demanda y en la contestación la teoría del caso con perspectiva de género

Si se ha elaborado una teoría del caso congruente y respetuosa con el género y los derechos humanos, con claridad absoluta se elaborará una demanda y en su caso la contestación sin vestigio alguno de reproducir alguna conducta o comportamiento tachable por ser patriarcal y androcéntrico.

De forma concreta, el aplicar la perspectiva de género a un escrito de demanda o contestación, implica examinar en su contenido el uso del lenguaje (la ley advierte y sanciona de forma expresa las palabras calumniosas, injuriosas, indecorosas y lesivas a la dignidad de la persona) para eliminar cualquier relación o descripción que implique uso de sexismos o estereotipos denigrantes hacia la mujer o

niña y evitar aquellos que incorporen aspectos discriminatorios y desiguales por la simple condición femenina de las personas que participen de la contienda judicial.

Asimismo aporta como resultado concreto del análisis exhaustivo y agudo de los hechos, manifestar en la demanda o en la contestación la visión propia de cómo se transgredieron normas jurídicas protectoras de los derechos humanos de las mujeres, o bien, solicitar que por la misma existencia de relaciones asimétricas de poder, tratos desiguales, discriminación, lesión a las autonomías y desarrollo de las capacidades y potencialidades de la mujer, se argumente en torno a la probanza de un derecho específico.

La mayoría de los códigos civiles de Iberoamérica de forma concreta regulan la intimidación y la violencia, como vicios concretos de la voluntad o consentimiento de las personas al momento de contratar o contraer alguna obligación civil, con lo que se abre un mundo argumentativo de enorme utilidad para usar la perspectiva de género en la discusión y decisión de los derechos civiles, mismo que actualmente continúa siendo poco explorado y explotado en la mayoría de nuestros países.

4.3. La dirección y comparecencia de las partes en las audiencias orales con perspectiva de género

Detectar transgresiones en el ejercicio del derecho que muestren sexismos, estereotipos o tratos discriminatorios puede resultar fácil cuando se trata de estudiar escritos que han sido presentados por las partes enfrentadas en una contienda civil; no obstante, advertirlos, señalarlos y hacer el correspondiente llamado de atención para que se aparten de estas conductas y comportamientos de forma oral, no siempre será con facilidad detectable, por cuanto las expresiones orales fluyen con mayor rapidez y no todo lo escuchado es plenamente procesado e interiorizado con la claridad requerida para identificar y pedir que

se abstengan de verter versiones u opiniones abiertamente discriminatorias o sexistas.

En el proceso civil mixto por audiencias la autoridad judicial está condicionada por la exigencia de la mayor sencillez y rapidez con que se deben realizar las diferentes actuaciones procesales orales, y por regla general las audiencias deben ser además públicas, consecuentemente están sometidas de forma permanente al escrutinio social.

De ahí, es altamente oportuno poder desarrollar en las autoridades judiciales destrezas (advertir de previo sobre el uso del lenguaje, mantener una escucha activa, solicitar la supresión de ciertas frases o darse por enterado de las mismas), que le permitan detectar cuando se está frente a expresiones que delatan uso del lenguaje sexista, metáforas machistas o denigrantes hacia las mujeres, estereotipos y prejuicios, en el afán de que pueda reconducir la audiencia dentro de un ambiente de decoro, respeto y armonía hacia todas las personas.

En este sentido, resultará clave que la autoridad judicial sea capaz de llamar la atención a la persona litigante en el momento inmediato que haga uso de cualquier expresión tachable, o bien de eliminar cualquier relación o descripción oral futura que implique uso de sexismos o estereotipos denigrantes, menos aceptar aquellos que incorporen aspectos discriminatorios y de trato desigualitario en los escritos que le sean presentados.

La Ley 902, 2015 del Código Procesal Civil, en los artículos 95 y 173 incorpora expresos mandatos que delimitan la actuación de las y los litigantes, bajo apercibimiento de tener las palabras escritas por no puestas, corregir en el acto las faltas que cometan e incluso previa advertencia si no acatan los señalamientos hechos, retirarles el uso de la palabra.

4.4. El contexto de la declaración de la persona "testigo": los límites a los exámenes y contra exámenes

La Corte Interamericana de derechos humanos, Informe CIDH (2007, pág. 58) dice: “ (...) la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente persistentes puede llegar a reflejarse implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades. Así, la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.

A como se ha manifestado, lo ideal es prevenir que las audiencias se conviertan en un escenario de repetición de típicas conductas sexistas y estereotipadas, que por sí mismas sean expresiones de violencia hacia la mujer. Por ello, la declaración de toda persona debiera hacerse, ya sea sobre cuestiones de contexto o respecto al hecho vinculante, en un marco de respeto del principio de integridad de lo acontecido, absteniéndose de calificar, exponer o repetir toda connotación que denote roce con la perspectiva de género.

Las y los abogados litigantes, tanto en sus exámenes y contra exámenes de la persona declarante, de igual manera deben estar regidos por estos parámetros. La reflexión nos debe llevar a advertir que bajo ningún punto de vista es admisible en la intención de desacreditar la credibilidad de quien declara, penetrar en el campo de la descalificación o desaprobación basada en prejuicios y estereotipos, por ejemplo al poner la atención a su condición de vida.

4.5 La emisión del juicio con perspectiva de género

Un proceso oral reclama la continua emisión de resoluciones judiciales en las audiencias, desde una simple providencia, pasando por un auto fundado y motivado, hasta el

pronunciamiento de una sentencia judicial que ponga fin a la contienda.

El interés en desarrollar conductas forenses enmarcadas dentro de la llamada perspectiva de género no es otro que lograr que la autoridad judicial se encuentre en plena capacidad de emitir una sentencia en la que se incorporen de forma expresa criterios de juzgamiento con perspectiva de género. Todo esto, luego de evacuar las diferentes fases del proceso mixto por audiencias, en el que las mismas partes en contienda hayan mostrado un comportamiento acorde con la teoría de género y los derechos humanos.

Así, se entiende que la autoridad judicial estará en mejores condiciones, habiendo ampliado su mirada más allá de la discusión formal en el caso concreto, para aplicar su pensamiento crítico y abrir un espacio de reflexión con conciencia de género, en la que ante todo se tenga presente que en el centro del conflicto están las personas, la condición humana, y dentro de ese estado social, la mujer continuamente sometida y desprovista de privilegio alguno.

El modelo para juzgar con perspectiva de género de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2014), señala que juzgamos con perspectiva de género cuando, entre otros parámetros: utilizamos un lenguaje no sexista; incorporamos convenciones internacionales sobre derechos humanos de las mujeres; evitamos el sexismo en todas sus formas; tomamos en cuenta el principio de igualdad y no discriminación; se valoran las diferencias e inequidades; se excluye de los hechos los patrones y roles sexistas; se traslada la responsabilidad en la carga de la prueba y se emite una sentencia comprensible para quienes no son profesionales del derecho.

5. La necesidad de desarrollar instrumentos de seguimiento y medición

En la experiencia nicaragüense se ha impulsado un seguimiento y monitoreo a la aplicación del Código Procesal Civil (Ley 902, 2015), que implica desarrollar reuniones de trabajo por circunscripción judicial, en el afán de lograr que la transición de lo escrito hacia lo oral sea lo menos traumática posible, se respete el modelo procesal adoptado, se haga uso de la infraestructura jurídica desarrollada (formularios de providencias, autos y sentencias), se generen espacios de consultas y orientaciones técnicas, se realicen acompañamientos en la fase de planeación de una audiencia y se procure la aplicación de criterios jurídicos homogéneos, tratando de brindar siempre respuestas en tiempos reales.

Se considera una buena práctica el uso de la tecnología que no genera costo alguno, para ello, se han conformado 10 grupos de whatsapp a nivel nacional, (servicio de llamadas y mensajerías gratuita) en los que participan funcionarios judiciales por circunscripción (autoridades judiciales, secretarios/as, asesores/as, personal auxiliar), espacio desde el que se comparten criterios jurídicos, se responde a consultas en torno a un tema específico, se distribuye información relevante, se orienta sobre el más adecuado uso de la infraestructura jurídica y se coordinan reuniones de trabajo.

Es altamente relevante desarrollar un instrumento de medición u observación para monitorear y evaluar las audiencias orales al momento de su ejecución; ello permitirá identificar y planear los ajustes a los programas de capacitación judicial, favoreciendo el aprendizaje, reforzamiento y desarrollo de aquellas competencias que sean más urgentes y necesarias para todas las personas intervinientes en las audiencias.

V. Consideraciones conclusivas

En concreto, este proceso se orientó a procurar el espacio para profundizar la aplicación del enfoque de género en los procesos judiciales civiles, desde la fase previa a la litigación en sede judicial. Esto implica incidir en la capacitación de las y los abogados litigantes, para que integren en sus teorías del caso, demanda, contestación de demanda y demás comparecencias, una visión compatible con el respeto a los derechos humanos de las mujeres y a la teoría de género.

Incentivar conductas forenses para comparecer y participar de manera activa en las audiencias orales, que estén totalmente desprovistas de transgresiones por el uso de sexismos, prejuicios y estereotipos de género, de forma que las intervenciones se realicen dentro de un plano de absoluto respeto a los principios de igualdad y no discriminación, y que las personas dueñas materiales de los derechos en disputa, no sean objeto de revictimización o queden expuestas al señalamiento público por patrones puramente patriarcales.

Comprender que la perspectiva de género nos ofrece examinar el entorno en cada caso presentado y valorar la participación y rol ocupado por la mujer en los hechos sometidos a discusión. La persona, en su calidad de sujeto procesal, bien informada y educada, está en capacidad de propiciar un estado de crítica permanente ante la desigualdad estructural que se manifiesta en la Sociedad entre mujeres y hombres, potenciando la aptitud y actitud de cambio primero en su vida y entorno familiar, luego en lo social y laboral.

Se trata de ponerse a tono con las nuevas miradas de derechos humanos, comprensivas de los derechos fundamentales, para lo cual es menester apoyarse en criterios de interpretación de la norma jurídica en el contexto social, con un verdadero escrutinio del asunto en su componente fáctico, conocer los principios

lógicos que antecedieron a la creación de la norma y acudir al uso de herramientas de argumentación jurídica, que los y las lleve a una decisión justa, luego de un razonamiento jurídico práctico y demostrativo con una secuencia coherente en el examen y revisión de los hechos, es decir, pautar la posibilidad real de juzgar con perspectiva de género.

El desafío inmediato y consecuencia de este proceso es elevar cuantitativa y cualitativamente el número de capacitación dirigido a las y los abogados litigantes, dado que a la fecha, el mayor número de personas capacitadas en litigación oral con perspectiva de género (1200 personas) pertenece al Poder Judicial (80%). Para ello, se iniciará la oferta de cursos especializados a las diferentes asociaciones, barras y organizaciones de profesionales del derecho. ■

Política de Igualdad de Género (2016). Poder Judicial de la República de Nicaragua. Imprenta Poder Judicial.

Observación general N° 32, art. 14, “Derecho a la igualdad ante las Cortes y los Tribunales y a un juicio justo”. DOC ONU CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007. ONU.

Pérez Duarte, Alicia E. (2011). “La interpretación jurisdiccional en materia de alimentos”, en Revista de Derecho Privado. Recuperado el 20 de mayo de 2011, en http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100651.pdf

Referencias

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Cumbre Judicial de Iberoamérica. Recuperado de: http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124

Propuesta modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias (2014). Cumbre Judicial de Iberoamérica, Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. Recuperado de: http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=16908&folderId=1391406&name=DLFE-6959.pdf

Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (abril de 2007). CIDH.

Ley N° 902, Código Procesal Civil. La Gaceta Diario Oficial del 9 de octubre de 2015. Nicaragua.

Ley 933, Ley de Reforma a la Ley N° 902, Código Procesal Civil. La Gaceta Diario Oficial del 20 de septiembre de 2016. Nicaragua.

Ley 946, Ley de Reforma a la Ley N° 946, Código Procesal Civil. La Gaceta Diario Oficial del 7 de abril de 2017. Nicaragua.

Mauricio Duce J.

Profesor Titular, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales
 Correo electrónico: mauricio.duce@udp.cl

Condena de inocentes y litigación en juicio oral:

Resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial

Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1150073 “Errores de la justicia penal: investigación empírica y dogmática sobre sus causas en nuestro país y recomendaciones para evitarlos”; Investigador Responsable: Mauricio Duce. El autor agradece el valioso apoyo realizado en la edición final de este texto por el ayudante del proyecto Ricardo Lillo.

Resumen

La investigación sobre factores que explican la condena de inocentes muestra que los reconocimientos oculares erróneos y el uso de prueba pericial de baja calidad tienen una incidencia importante en los mismos. Una estrategia para prevenir y disminuir esos riesgos es mejorar la calidad de litigación en juicio sobre dicha prueba de manera que el tribunal pueda resolver con más y mejor información. El trabajo presenta los resultados de una investigación empírica exploratoria sobre las prácticas en los juicios orales en la región metropolitana de Santiago de Chile, que muestran que aún estamos lejos de un óptimo y sugiriendo la necesidad de reforzar procesos de capacitación en la materia.

Introducción

Es probable que no haya ningún sistema de justicia criminal en el mundo que pueda impedir que en algunos casos se cometan errores o se condenen a personas inocentes. Pretender lo contrario sería ilusorio. La justicia criminal forma parte de un sistema muy complejo, en el que los factores que podrían explicar problemas de funcionamiento son diversos. Además, todos los sistemas judiciales suelen presentar limitaciones estructurales para el esclarecimiento de la verdad. Por lo mismo, la posibilidad de equivocarse es una variable con la que se debe convivir.

Hoy sabemos que estos errores son más frecuentes que lo que intuitivamente se cree. Esto ha hecho que el estudio del problema de un tipo de error, tal vez el más grave como es el de la condenas de inocentes, haya adquirido una enorme relevancia en el ámbito comparado. En efecto, tanto en el mundo anglosajón como en el europeo continental el tema es objeto de creciente investigación académica¹. Uno de

¹ La literatura que da cuenta acerca de la investigación académica en la materia es muy extensa. Cito a modo ejemplar dos libros recientes que contienen capítulos con

los aspectos que ha generado un mayor número de estudios ha sido la identificación de los factores que aumentan la probabilidad de generar condenas de personas inocentes². En la literatura más tradicional, construida sobre el análisis de casos de condenas erróneas acreditadas, parece haber un acuerdo importante en que los principales factores que incidirían en su producción serían seis. Estos incluirían: (1) problemas con la identificación ocular de imputados por parte de víctimas y testigos; (2) uso de prueba pericial de baja confiabilidad y calidad; (3) uso de confesiones falsas; (4) uso de testigos mentirosos o poco confiables; (5) mal trabajo de las agencias de persecución penal; (6) inadecuada representación legal de la persona condenada.

La literatura más reciente en los Estados Unidos plantea como un problema de esta investigación tradicional un potencial sesgo al establecer vínculos de causalidad a partir de estudios de casos en que hubo exoneración. Con todo, nuevas metodologías de análisis ratifican que los seis factores mencionados aumentan la probabilidad de error del sistema³,

.....
 investigación y análisis comparado del problema, incluyendo países como Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Holanda, Inglaterra, Italia, Israel, Polonia y Suiza. Véase: Huff, R., Killias, M. (Ed.) (2010). *Wrongful conviction: international perspectives on miscarriages of justice*. Philadelphia: Temple University Press; Huff, R., Killias, M. (Ed.) (2013). *Wrongful convictions and miscarriages of justice: causes and remedies in North American and European criminal justice systems*. New York: Routledge. Esta preocupación ha llegado a latitudes lejanas como es el caso de China. Véase: Jiahong, H. (2016). *Back from the dead: Criminal justice and wrongful convictions in China*. Honolulu: University of Hawai'i Press. Como se puede apreciar, estos trabajos muestran que se trata de una preocupación que va mucho más allá de los sistemas de la tradición anglosajona.

- 2 La literatura con investigación empírica en la materia es muy extensa. Uno de los textos que más recomiendo para quienes quieran iniciar el estudio de este tema y que realiza un estudio detallado de casos, incluyendo el estudio de los antecedentes y transcripciones de los primeros 250 casos exonerados por el *Innocence Project* de los Estados Unidos, es: Garret, B. (2011). *Convicting the innocent*. Cambridge: Harvard University Press.
- 3 A partir de esta crítica se ha desarrollado una interesante línea de investigación empírica en la que se ha trabajado en forma paralela con casos de condenas erróneas y casos denominados "near misses" (que podrían ser traducidos como casos cerca de errores o en los que casi se produce un error). La

pero han agregado nuevos elementos a considerar que también tendrían un peso relevante tales como: la cultura punitiva del Estado respecto en donde se condena al inocente o la existencia de antecedentes penales previos del condenado, entre otros.⁴

Más allá de estos matices, pareciera existir un acuerdo importante que en los casos de condenas erróneas se da la concurrencia de varios factores al mismo tiempo y no sólo uno. En esta dirección, Simon (2012) sostiene que las condenas de inocentes se explicarían como consecuencia o conjunción de problemas que se presentan de manera simultánea. Además, dentro de los factores, todas las investigaciones destacan la enorme incidencia que tendrían los reconocimientos oculares y el uso inadecuado de prueba pericial en la condena de inocentes.

Conocer mejor la dinámica y los factores que llevan a la condena de inocentes es importante para diseñar estrategias de prevención y minimización de los errores, lo que sí parece un objetivo razonable de alcanzar para cualquier sistema de justicia penal. En este contexto, el trabajo se propone identificar las prácticas de litigación en juicio oral en materia de reconocimientos oculares y prueba pericial para

.....
 particularidad de estos últimos es que el sistema fue capaz de discriminar, antes de la condena, la inocencia del imputado. La idea de estas investigaciones es verificar qué ocurre en casos donde los sistemas de justicia criminal tuvieron la posibilidad de darse cuenta de los errores antes de una condena y compararlos con aquellos en que eso no ocurrió.

- 4 La investigación principal en esta nueva línea de trabajo es un estudio financiado con fondos del National Institute of Justice de los Estados Unidos cuyos resultados fueron publicados en marzo de 2013. El estudio involucró el análisis de 460 casos (260 de condena de inocentes y 200 de cerca de error) producidos entre los años 1980 y 2012. Los resultados pueden verse en: Gould, J., Carrano, J., Leo, R., Young, J. (2013). *Predicting erroneous convictions: a social science approach to miscarriages of justice*. Recuperado el día 22 de junio de 2017, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/241389.pdf>. Una versión reducida producida como un texto académico en: Gould, J., Carrano, J., Leo, R., Hail-Jares, K. (2014). *Innocent defendants: divergent cases outcomes and what they teach us*. En: Zalman, M., Carrano, J. (Ed.), *Wrongful Conviction and Criminal Justice Reform* (pp. 73-89). New York: Routledge.

determinar la influencia que ellas podrían tener en favorecer decisiones erradas de los tribunales. Para estos efectos, presento brevemente la evidencia que existe en el ámbito comparado sobre estos factores y luego los resultados de una investigación empírica que he realizado en Chile destinada a indagar si las prácticas de litigación en juicio oral en ambas materias permiten hacer un control de calidad intenso de esa prueba que minimice los riesgos de decisiones equivocadas de parte de los tribunales.

Esta última se trata de una investigación de corte empírico cualitativo basado centralmente en la opinión de un número importante de informantes expertos del sistema procesal penal chileno. Estas opiniones fueron obtenidas por medio de entrevistas semi-estructuradas efectuadas a un total de 62 actores del sistema de justicia penal de la región metropolitana de Santiago realizadas entre los meses de mayo de 2015 y noviembre de 2016, incluyendo a abogados privados (6), defensores penales públicos (8), fiscales del Ministerio Público (13), jueces de garantía (9), jueces de tribunales orales en lo penal (9), policías (10) y peritos (7). Además, esa información ha sido complementada al recurrir a otros estudios empíricos exploratorios realizados por estudiantes de magíster cuyas tesis han sido dirigidas por mí precisamente en apoyo a mi investigación central y que citaré en su oportunidad. Como el lector podrá apreciar, los resultados de estas investigaciones dan cuenta de importantes problemas y defectos de litigación que muestran que en Chile nos exponemos más de lo que creemos a la posibilidad de condenas erróneas.

Para el logro de los objetivos planteados, divido el presente trabajo en dos capítulos además de esta introducción y unas breves conclusiones. En el capítulo primero analizo la información referida a la prueba de reconocimientos oculares. En el segundo incluyo el análisis de la prueba pericial. Finalizo con breves reflexiones orientadas a proponer soluciones al problema identificado.

1. Los reconocimientos oculares y su litigación en juicio oral⁵

1.1. La investigación comparada

Los estudios científicos comparados dan cuenta de un importante consenso en que la confiabilidad y precisión de los reconocimientos es mucho más limitado que lo que intuitivamente se pudiera pensar, tanto en ruedas de personas, fotografías, como en exhibiciones⁶. Así, la investigación empírica disponible da cuenta de que un porcentaje importante de identificaciones que se realizan son erróneas y, por lo mismo, eso lleva tanto a los órganos de persecución penal como a los tribunales a tomar decisiones equivocadas. Por ejemplo, un análisis de estudios realizados en Estados Unidos e Inglaterra sobre la base de la revisión de una cantidad significativa de procedimientos de reconocimiento en rueda, da cuenta de resultados muy consistentes donde, en promedio, en un 21% de los casos se escoge a una persona que integra la rueda en calidad de “cebo” o “relleno”, es decir, que se sabe es inocente (lo que se denomina como un “falso positivo”)⁷. De acuerdo a Simon (2012), similares datos arrojan estudios que incluyen no

5 Un análisis detallado y en extenso sobre esta materia con los resultados de mi investigación en otras etapas de desarrollo de funcionamiento del sistema de justicia penal puede verse en: Duce, M. (2017). Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. *Revista Política Criminal*, vol. 12 (23), pp. 291-379.

6 Un resumen excelente de la investigación científica en la materia puede ver se en: National Research Council (2014), *Identifying the culprit: assessing eyewitness identification*. Washington D.C.: The National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine.

7 De acuerdo a Wells, Greathouse y Smalarz (2012), en estas mismas investigaciones un promedio de 33% no escoge a un sospechoso de la rueda. Dicho comportamiento no puede estimarse como error ya que no es posible determinar si no se escogió a alguien porque el verdadero autor no estaba en la rueda o simplemente debido a que estando ahí no fue reconocido. Eliminados estos de la muestra, el porcentaje de elección de personas inocentes (cebos o rellenos) se eleva a 33%, es decir, uno de cada tres casos. El porcentaje promedio de elección de la persona sospechosa en estos mismos estudios es de 47%, aún cuando eso no significa que la persona identificada sea necesariamente el verdadero autor.

sólo reconocimientos reales sino que también meta análisis de estudios experimentales. En este último contexto se ha podido ensayar la composición de ruedas donde el autor no se encuentra presente, de manera de simular lo que ocurre con muchos procedimientos reales del sistema de justicia criminal. Según Simon (2012), los resultados en este escenario arrojan que en un 48% de los casos las víctimas o testigos igualmente escogen a alguien que por definición se sabe es una persona inocente. En consecuencia, considerando que en la práctica un porcentaje de las ruedas se estructuran sin los verdaderos autores del delito, el margen de falsos positivos (escoger a un inocente) es aún superior a dicha proporción.

Esta falta de confiabilidad se traduce en un alto impacto en el uso de esta prueba en la condena de inocentes. Estados Unidos es por lejos el país que cuenta con mayor información empírica en esta materia. Registros elaborados por diferentes instituciones en dicho país dan cuenta consistentemente que la errada identificación ocular de los acusados es el principal o, al menos, uno de los principales factores que explican las condenas de inocentes. Así, en la base de datos que dispone el Innocence Project al mes de junio de 2017, de un total de 350 exoneraciones obtenidas por la institución, en un 71% de los casos hubo un problema con el reconocimiento del condenado, siendo por lejos el factor de mayor incidencia⁸. Por su parte, en la base de datos del National Registry of Exonerations (NRE), el cual –a diferencia del *Innocence Project*– registra todos los casos en los que se ha producido una exoneración en los Estados Unidos desde 1989 (2048 a junio de 2017), en el 29% de ellos hubo un problema con la identificación, constituyendo la tercera causal en importancia⁹.

8 Recuperado el día 22 de junio de 2017, <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>

9 Recuperado el día 22 de junio de 2017, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>. Las diferencias porcentuales con la base del *Innocent Project* se explica por los distintos tipos

Una consecuencia natural que surge de la investigación es que el examen que se debiera realizar en juicio oral de la evidencia, a través de la cual se introducen los reconocimientos oculares, debiera estar sometida a un cuidadoso proceso de presentación y escrutinio. En esta dirección, el correcto examen y contraexamen de la misma es un elemento indispensable para ayudar al tribunal a identificar cuándo se está en presencia de reconocimientos de calidad y cuando, en cambio, de otros de baja confiabilidad que no debieran ser considerados para formar convicción.

1.2. La realidad nacional

Mi investigación empírica da cuenta de que los procedimientos de reconocimiento son frecuentemente utilizados en el proceso penal chileno y de que su ejecución presenta deficiencias serias para asegurar la confiabilidad de sus resultados. Así, pude detectar que aquél más utilizado es la exhibición individual que las policías llevan a cabo del sospechoso en contextos normalmente sugestivos y con bajos niveles de control de calidad. También, pude establecer que los reconocimientos en set fotográficos son realizados frecuentemente y con problemas importantes en relación a la cantidad y calidad de las fotografías usadas, la rigurosidad de los métodos empleados (incluyendo los sistemas de registros), entre otros inconvenientes. En definitiva, se identificaron prácticas que de acuerdo a la literatura científica disponible darían cuenta de procedimientos de baja confiabilidad¹⁰.

de casos cubiertos por ellas. Dado a que esta última contabiliza los casos de exoneración fundamentalmente obtenida gracias al uso de evidencia de ADN exculpatoria, tiende a presentar una mayor concentración de delitos sexuales en donde es posible encontrar esa evidencia y en los que aparentemente es más frecuente el error de identificación ocular. Si en la base de datos del NRE se estudian los factores sólo en los delitos de asalto sexual los problemas de identificación ocular están presentes en el 69% de los casos.

10 El análisis detallado de esto puede verse en: Duce, M. (2017). Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. *Revista Política Criminal*, vol. 12 (23), pp. 291-379.

En un contexto de este tipo, sería esperable que en juicio hubiese un debate intenso respecto de los reconocimientos. Por lo mismo indagué sobre las prácticas de litigación en juicio oral de estas pruebas, intentando identificar el nivel de debate o contradicción que genera su uso en juicio. Se investigó preferentemente sobre el comportamiento de las y los defensores y su capacidad de cuestionar en juicio diligencias de reconocimiento realizadas sin cumplir los parámetros básicos establecidos por la literatura especializada o por el Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados publicado por el Ministerio Público en 2013 (en adelante “el Protocolo”).

Antes de entrar a las prácticas de litigación, debe señalarse que, de acuerdo a las propias personas entrevistadas, el formato tradicional para la incorporación de los reconocimientos en la audiencia de juicio es por medio de la declaración de los funcionarios policiales a cargo de la diligencia, así como de las declaraciones de víctimas y testigos. En consecuencia, la capacidad de cuestionamiento de esas diligencias pasa centralmente por la posibilidad de contraexaminar dichas pruebas y, eventualmente, presentar alguna evidencia autónoma sobre la materia.

Las visiones sobre cuán activas son las defensas en el cuestionamiento de los reconocimientos en juicio varían de manera significativa según el rol que cumplen los entrevistados. Las fiscales y jueces orales tienen una apreciación mixta en la materia. Un grupo sostiene que los defensores y defensoras cuestionan con frecuencia la calidad de los reconocimientos en juicio¹¹, y otro equivalente sostiene que estos no son tan habituales o tienden a concentrarse

11 Entrevista Fiscal N°5, 4 de septiembre de 2015; Entrevista Fiscal N°6, 11 de septiembre de 2015; Entrevista Fiscal N°10, 6 de enero de 2016; Entrevista Fiscal N°13, 29 de enero de 2016; Entrevista Juez TOP N°2, 15 de junio de 2015; Entrevista Juez TOP N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°5, 8 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°7, 5 de octubre de 2015; y, Entrevista Juez TOP N°8.

en algunos casos precisos y particularmente cuestionables¹². Las defensoras, por su parte, manifiestan en forma unánime cuestionar de manera frecuente la calidad de los reconocimientos¹³. Con todo, varias reconocen que es difícil hacerlo y eso mismo los obliga a seleccionar con mucho cuidado en qué casos se podría hacer. De esta forma asumen que efectivamente no cuestionan en todos los casos¹⁴.

Estas impresiones se verían ratificadas por los resultados arrojados por un estudio empírico exploratorio realizado sobre la base de revisión de sentencias dictadas en 2015 por tres Tribunales Orales en lo Penal de la ciudad de Santiago (en adelante “*Estudio sentencias TOP*”) realizado por Catalán (2016)¹⁵, que muestra que en un 53,7% de los casos hubo cuestionamientos de defensores a los reconocimientos en juicio y que, por el contrario, en un 46,3% no fue así.

En este contexto, parece existir coincidencia entre los entrevistados en que los principales temas de cuestionamiento están en la sugestividad de los procedimientos y en los

12 Entrevista Fiscal N°2, 9 de junio de 2015; Entrevista Fiscal N°3, 10 de julio de 2015; Entrevista Fiscal N°4, 28 de julio de 2015; Entrevista Fiscal N°8, 28 de diciembre de 2015; Entrevista Fiscal N°11, 7 de enero de 2016; Entrevista Juez TOP N°1, 9 de junio de 2015; Entrevista Juez TOP N°4, 6 de julio de 2015; y, Entrevista Juez TOP N°6, 14 de julio de 2015. Se suma a esto Entrevista Abogado N°1, 4 de mayo de 2015.

13 Entrevista Defensor N°1, 11 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°4, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°5, 4 de septiembre de 2015; y, Entrevista Defensor N°6.

14 Entrevista Defensor N°2, 17 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°8, 11 de mayo de 2016.

15 Como señalé en la introducción se trata de una investigación de magíster dirigida por mí con el apoyo del proyecto de investigación. Se trata de un trabajo concluido y que ya se encuentra aprobado (nota final 6,2). Este trabajo no se encuentra publicado pero su versión electrónica está en poder del autor. Este estudio revisó las primeras 200 sentencias dictadas por cada uno los TOP N°1, N°2 y N°3 de Santiago durante el año 2015. Estas representan el 47% del total de sentencias dictadas el año 2015 en dichos tribunales (600 de 1.275). Las sentencias seleccionadas para el análisis, ya que en ellas se constató que en el juicio hubo algún tipo de reconocimiento ocular, fueron finalmente 67 (20 del TOP N°1, 23 del TOP N°2 y 24 del TOP N°3).

apartamentos del Protocolo. Por ejemplo, en la falta de una descripción física previa del sospechoso o la similitud de las fotografías empleadas en los set fotográficos. Tratándose de las exhibiciones, los cuestionamientos más comunes tienden a apuntar a la falta de espontaneidad de dichos procedimientos. La investigación empírica sobre sentencias TOP también arroja información interesante acerca de los argumentos que son utilizados con mayor frecuencia por la defensa para cuestionar a los reconocimientos en juicio oral. Dentro de estos se señalan: el set fotográfico o rueda de imputados está mal confeccionada (25%); existen inconsistencias en el relato de testigos (25%); existen diferencias entre descripción previa y el imputado (22%); transcurso del tiempo entre hecho y el reconocimiento (19%); el estrés que tenía la víctima al momento de los hechos (19%); la falta de una descripción previa de la persona reconocida (19%); la caracterización muy general del imputado (19%); el no uso de doble ciego (16%); las malas condiciones de percepción (14%); y, la inexistencia de datos sobre cómo fue llevado el reconocimiento en la carpeta investigativa (11%) (Catalán, 2016)¹⁶.

Aquellos entrevistados y entrevistadas pertenecientes a las policías tienen una visión diferente a la revisada respecto al trabajo de las y los defensores. La mayoría de funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile (en adelante PDI) afirman que “nunca” han sido cuestionados en juicio por la defensa a propósito de declarar sobre las diligencias de reconocimiento que han practicado¹⁷. A ellos se suma una entrevistada que señala que han intentado cuestionarla, pero que el nivel de

preparación de la defensa era de muy mala calidad¹⁸. Sólo dos de las y los funcionarios reconocen un cierto nivel de cuestionamiento de parte de la defensa¹⁹.

En todas las categorías de entrevistados hay acuerdo que cuando se producen cuestionamientos, éstos son fundamentalmente realizados a través de preguntas de contraexamen o como parte de alegatos de clausura. No es en cambio una práctica instalada el uso de otra evidencia, especialmente la prueba pericial, para atacar la credibilidad y confiabilidad de los reconocimientos.

Las entrevistas a las y los funcionarios policiales también arrojaron información interesante sobre cómo perciben la calidad del litigio de las y los fiscales en la materia. Su punto de vista es bastante crítico. Varios señalan que el problema central sería que estos llegan mal preparados a juicio y no conocen adecuadamente la investigación de manera que eso les impide sacar completo provecho a la información que las y los policías podrían aportar sobre estas diligencias. Un funcionario relata de la siguiente forma su experiencia en la materia e intenta explicar sus causas al señalar: “El fiscal pregunta qué hicimos y nosotros contamos que participamos en el reconocimiento y cómo fue, qué pasó, etc. A veces no hacen buenas preguntas, de hecho el fiscal nos dice ‘cuente lo que hizo’, no dirigen las preguntas. Además, generalmente no están preparados, los que más saben son los que vienen y participan de manera conjunta con nosotros en la investigación, pero eso es excepcional. Creo que los fiscales tienen muy mala capacitación”²⁰. Sobre este mismo tema,

¹⁶ La base se construye sobre las 36 sentencias en las que se identificó que los defensores presentaron cuestionamientos a la confiabilidad de los reconocimientos, que corresponde a un 53,7% del total de la muestra.

¹⁷ Entrevista PDI N°2, 20 de enero de 2016; Entrevista PDI N°3, 20 de enero de 2016; Entrevista PDI N°4, 4 de febrero de 2016; Entrevista PDI N°5, 4 de febrero de 2016; y, Entrevista PDI N°7, 4 de febrero de 2016.

¹⁸ Entrevista PDI N° 8, 4 de febrero de 2016.

¹⁹ Entrevista PDI N° 6, 4 de febrero de 2016. También relata haber sido objeto de cuestionamientos. Entrevista PDI N°1, 20 de enero de 2016.

²⁰ Entrevista PDI N°6, 4 de febrero de 2016. Otro matiza esto señalando que hay diferencias importantes entre los fiscales en donde “(...) hay algunos muy bien preparados y otros que no”. Entrevista PDI N°4, 4 de febrero de 2016.

se encuentra una explicación algo distinta al sostener: “Yo no tengo dudas en la capacitación de los fiscales, sino del tiempo con que cuentan para prepararse y tener un conocimiento acabado de una carpeta o de la forma en que se plantea en juicio”²¹. A su vez, otro entrevistado pone acento en la falta de trabajo conjunto previo como forma de preparar el juicio, lo que se traduciría en el desaprovechamiento de la información disponible. Así, indica que “Hay preparación pero es a medias....Te preguntan cuánto lleva en el área, si sabe por qué está aquí, ‘cuénteme qué fue lo que hizo’ y sería todo. Ahí sigo yo. No hay preparación, de todos los juicios que he ido, solamente en un juicio la preparación fue buena ya que me reuní con el fiscal”²². Estas opiniones entregan una imagen bastante fuerte de cómo perciben el trabajo de las y los fiscales, que debiera ser objeto de una reflexión importante, especialmente considerando los hallazgos que analizaré en la sección siguiente.

Los datos del estudio empírico sobre sentencias TOP tienden a ratificar en parte el cuadro descrito por las y los funcionarios policiales en materia del trabajo de fiscales. Así, en el trabajo de Catalán (2016) se muestra que quienes pertenecen a la fiscalía justificaban la confiabilidad del reconocimiento en juicio usando argumentos de diversa especie en un 55,2% de los casos, en tanto que no realizaron tal labor en un 44,7%. Como se puede apreciar, este dato efectivamente reflejaría que en cerca de la mitad de los casos los miembros de la fiscalía no harían ejercicios de litigación o argumentación destinados a sustentar la confiabilidad de las diligencias de reconocimiento.

Evaluados en su conjunto, los datos muestran que en la práctica existen algunos problemas importantes tanto en la presentación de los reconocimientos en juicio como luego en su

contraexamen. A pesar de que se trata de un área en donde se presentan cuestionamientos de parte de las y los defensores en temas que parecen adecuados, lo que sorprende es que no sean tan frecuentes como se podría esperar. Esto sugiere que un porcentaje importante de evidencia asociada a reconocimientos que es presentada a juicio oral no es objeto de escrutinio fuerte y podría influir indebidamente en la decisión del tribunal.

2. Los peritos y su litigación en el juicio oral

2.1. La evidencia comparada

Los estudios disponibles en el ámbito comparado sobre condena de inocentes suelen enfatizar que el uso inadecuado de prueba pericial constituye uno de los principales factores que explican los errores del sistema. El país donde más se ha investigado este tema desde una perspectiva empírica nuevamente es Estados Unidos. De acuerdo a los datos provenientes del Innocence Project a junio de 2017, se trataba de un factor presente en el 46% de los casos, tan solo por debajo de los reconocimientos oculares errados²³. Por su parte, los datos del NRE a la misma fecha muestran que se trataría del cuarto factor en términos de frecuencia estadística, estando presente en un 24% de los casos²⁴. Más allá de la evidencia disponible en los Estados Unidos, el debate en regiones y tradiciones jurídicas diversas da cuenta que se trata de un fenómeno bastante general en la justicia criminal contemporánea, por ejemplo, en países tan diversos como Inglaterra y

²¹ Entrevista PDI N°1, 20 de enero de 2016.

²² Entrevista PDI N°8, 4 de febrero de 2016.

²³ Recuperado el día 22 de junio de 2017, <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>

²⁴ Recuperado el día 22 de junio de 2017, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>

Gales²⁵, Canadá²⁶, Alemania²⁷ y China²⁸. La evidencia comparada también ha permitido identificar una serie de problemas en el uso de la prueba pericial que explicarían los riesgos de producir condenas a inocentes, tales como una tendencia de los sistemas a ocupar prueba pericial de baja confiabilidad o de las y los peritos a declarar en juicio por fuera de lo que su disciplina permite. Además, hoy día también existe una literatura importante que da cuenta de algunas dificultades específicas que presenta la evaluación de esta prueba que aumenta sus riesgos. Me detengo muy brevemente en este último punto ya que luego esto permitirá comprender los alcances de los hallazgos de la investigación empírica de la realidad nacional.

En la actualidad existe una preocupación relevante en la doctrina y jurisprudencia

.....

25 Aún cuando en estos países no se cuenta con iniciativas que hayan sistematizado casos de manera similar a los Estados Unidos, que permitan dimensionar la escala probable o magnitud estadística del problema, se trata de un tema que ha sido fuertemente discutido por la doctrina e incluso ha generado diversas investigaciones y propuestas de reforma legal por organismos oficiales. Una visión general puede verse en: Naughton, M. (2013). *The innocent and the criminal justice system. A sociological analysis of miscarriages of justice*. United Kingdom: Palgrave Macmillan.

26 El impacto de la prueba pericial en la producción de condenas erróneas en Canadá ha sido tan alto que desde las propias agencias de persecución penal se ha abordado como uno de los problemas más relevantes, en dos informes realizados por grupos de trabajo de fiscales que han elaborado sendos reportes (2004 y 2011) con el objetivo de prevenirlas. Véase: FPT Heads of Prosecutions Committee Working Group (2004). *Report on the prevention of miscarriages of justice*. Canadá: Department of Justice, pp. 115-132; FPT Heads of Prosecutions Committee (2011). *The path to justice: Preventing wrongful convictions*, Canadá: FPT Heads Of Prosecutions Committee, pp. 133-159.

27 La preocupación por este tema ha sido recogida en la doctrina hace más de cincuenta años en este país. En esta dirección, Hirschberg analiza varios casos de condenas erróneas producidos en Alemania que ubica bajo el concepto de “valoración no crítica de los dictámenes periciales” señalando que numerosas sentencias erróneas tienen su principal causa en “...esa fe ciega de los tribunales en el perito, sobretodo en el dictaminador oficial, y en la deficiente instrucción de la mayoría de los jueces y defensores...” Véase: Hirschberg, M. (1969). *La sentencia errónea en el proceso penal*. Trad.: Banzhaf, T.A. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pp. 69-92.

28 Jiahong (2012) ha llamado recientemente la atención acerca de cómo el incorrecto uso e interpretación de la evidencia científica en dicho país ha sido la causa de condenas erróneas en una serie de casos que analiza en su texto.

comparada, que cuenta además con respaldo empírico, acerca del riesgo de que jueces y jurados sobrevaloren a la prueba pericial²⁹. Esta consistiría, entonces, en que se otorgue un peso más decisivo en la práctica a la prueba pericial sobre el resto de la evidencia, aún cuando no lo merezca. Eso se produciría, entre otros factores, por el aura especial que tiene las opiniones al provenir de expertos o por las dificultades que en ciertas materias se pueden producir para comprender adecuadamente los alcances de esta evidencia³⁰. Por lo mismo, el riesgo es que ella pueda influir indebidamente en decisiones de condenas más allá del valor real que debiera otorgársele³¹.

A ello se suma otro hallazgo en el que pareciera existir consenso en la literatura comparada. De acuerdo a ella, las y los abogados litigantes tienen baja capacidad para someter a un control intenso de la calidad del trabajo de los peritos y sus declaraciones por vía de la ejecución de contraexámenes³². Por ejemplo, un estudio de Garret y Naulfeld (2009) concluye que las y los defensores raramente cuestionan

.....

29 Para Schauer y Spellman (2013), el riesgo de sobre evaluación de la prueba pericial sería una de las bases que explicaría, según algunos, el tratamiento especial que tiene la admisibilidad de esta prueba en países como los Estados Unidos.

30 En esta dirección Appazov (2016) da cuenta que las preocupaciones por este problema pueden incluso encontrarse en la literatura especializada desde mediados del siglo XIX y se traducen en una delegación de facto de las facultades de establecimiento de los hechos en los expertos.

31 Así, por ejemplo, un estudio empírico reciente sobre el comportamiento de los jurados muestra que la credibilidad de un peritaje se construye tanto considerando el contenido de la pericia como en las características del experto. Además, que en la ponderación de ambas cuestiones existe mucho margen para considerar elementos que no son los más confiables y relevantes, lo que abre riesgos importantes de llegar a decisiones equivocadas basadas en una incorrecta valoración de esta prueba (Freckelton, Goodman-Delahunty, Horan, McKimmie, 2016). Por otra parte, existe también evidencia que muestra que los jueces profesionales no presentan diferencias significativas de comprensión de la evidencia que los jurados y, por lo mismo, que lo hacen tan bien o mal como ellos (Saks, Spellman, 2016).

32 Citando diversos estudios sobre la capacidad real de cuestionar prueba pericial por medio de contraexámenes, Edmond (2011, p. 184) concluye: “Más que un vehículo o motor capaz de exponer las debilidades y descubrir la verdad, los efectos de los contraexámenes son inconsistentes y a menudo mundanos.”

el testimonio inválido presentado por peritos en juicio y en muy pocas ocasiones realizan contraexámenes exitosos a esos expertos. También encuentran que la defensa presenta fallas al momento de hacerse cargo de esa prueba en los alegatos de apertura y, además, que sólo en un porcentaje menor (19 de 137 casos) se incorporan expertos que pudieran cuestionar a los de la fiscalía, lo que hace que en la práctica la presentación de prueba pericial sea solamente de una parte³³.

Por otra parte, también existe bastante información que muestra los límites que tiene la presentación de peritajes de refutación como mecanismo de control de la prueba pericial de incriminación³⁴.

La suma de los fenómenos descritos: mayor peso en la práctica de este tipo de prueba y menor capacidad de control de su calidad por parte de abogados y actores del sistema legal, genera un riesgo de resolver erróneamente si se ha presentado prueba pericial poco confiable,

.....

³³ En el estudio de Garret (2011) se repiten hallazgos similares. Por ejemplo, en un 50% del total de casos en donde se prestó un testimonio inválido de parte del perito, los defensores ni siquiera realizaron una pregunta en el área en donde hubo testimonio erróneo. Esto lo lleva a concluir que no se puede depender exclusivamente del proceso adversarial como forma de impedir los errores generados por el uso de la prueba pericial. En una dirección similar el reporte del National Research Council (2009) de los Estados Unidos ha concluido que debido a las serias falencias que presentan jueces y abogados para lidiar con la presentación y evaluación de evidencia forense, los controles del sistema legal no son suficientes para corregir todos los problemas. En Australia, una reciente investigación empírica sobre juicios orales llevados ante jurados (Freckelton, Goodman-Delahunty, Horan, McKimmie, 2016, p. 198) concluye, respecto a las prácticas de los abogados en casos de presentación de evidencia de ADN, que: “El hecho que expertos de la fiscalía presentando perfiles de ADN sean raramente cuestionados con éxito por defensores hábiles en los contraexámenes sirve para reforzar la percepción que este tipo de expertizaje es inviolable.” (Traducción del autor).

³⁴ De acuerdo a Edmond (2011), estos límites tienen que ver con las dificultades que normalmente enfrentan las defensas para conseguir en ciertas áreas expertos de calidad dispuestos a dar testimonios que contradigan a los de la contraparte; con sesgos en los jueces al valorar esta prueba; y, finalmente, con las dificultades que tiene cuestionar efectivamente evidencia experta de dudosa calidad cuando ella se inserta a una narrativa coherente y más compleja como la que suelen presentar los fiscales en juicio.

si las y los peritos prestan testimonio inválido, o si se comportan derechamente mal. Teniendo presente estos aportes provenientes de la literatura y experiencia comparada propongo que revisemos a continuación la realidad nacional.

2.2. La práctica nacional

Un punto central a indagar en la investigación fueron las prácticas de los intervinientes. Ello, con el objeto de examinar si en el contexto de la audiencia de juicio hacían un esfuerzo por presentar la información que aportan los peritos de manera clara y, especialmente, si desarrollaban una práctica de confrontación intensa de manera de presentar cuestionamientos acerca de su calidad al tribunal de juicio oral.

Sobre la presentación de la prueba, las entrevistas entregaron alguna información de interés. Lo que se aprecia es una visión crítica a la forma en que se rinde esta prueba en el juicio. Así, pudo percibirse que las y los jueces de juicio oral entrevistados manifestaban un cierto nivel de insatisfacción acerca del trabajo realizado por los litigantes en la materia. Un entrevistado señaló:

“ (...) muchos fiscales y defensores se quedan con la palabra del perito y no son capaces de explicarle al tribunal cuál es la importancia de la información. Ahora, yo creo que en esto influye también cómo se ha interpretado la norma de rendición de la prueba pericial. Esto ya que en general los tribunales lo que hacen es cumplirla a raja tabla y dejar que el perito hable. Entonces el perito se aprende un discurso de memoria antes de entrar a la sala de audiencias, da un largo discurso, y luego así no te queda un espacio para preguntas. Lo que nos impide saber de acreditación, metodología, y si las conclusiones se apegan al método.”³⁵

.....

³⁵ Entrevista Juez TOP n° 6, 14 de junio de 2015.

Otra opinión dada en la misma dirección describía lo siguiente: “De partida, cuando llega el perito parte exponiendo el peritaje de la página uno hasta el pie de firma final, o sea, se trata de un relato súper estructurado. Como aporte, la forma de incorporarlo, da una soberana lata. Uno no los logra seguir, se pierde en el bosque, porque empiezan a hablar de una cantidad de información...y uno termina mareado.”³⁶.

Estas opiniones darían cuenta de un muy bajo aporte de las y los litigantes en la producción de la prueba pericial y ello tendría impacto en la calidad de la información que recibirían las y los jueces para resolver sobre la misma. Peritos entrevistados también comparten que el trabajo de los litigantes en esta materia es pobre. Así, por ejemplo una señala que “ (...) en el 90% de los casos me piden que relate el informe completo, que repita todo.”³⁷ Otro describe su declaración de la siguiente forma: “Mi experiencia es la siguiente: uno expone todo lo que fue su autopsia, la causa de la muerte, los detalles y luego el fiscal muestra las fotos y me hace preguntas. La mayor parte de las veces me hacen una o dos preguntas.”³⁸ Todavía, un entrevistado pone acento en el trabajo de los defensores públicos dando cuenta de que: “Tienen un conocimiento pobre del peritaje... llegan a la audiencia preguntando cosas que yo tendría que validar, pero que se las tengo que negar, lo que indica que hay mala preparación, no saben lo que va a decir uno como perito.”³⁹.

Este hallazgo se complementa con información recabada en un estudio empírico exploratorio de revisión de todas las sentencias dictadas en el 2015 por tres TOP de la ciudad de Santiago en materia de delitos sexuales (en adelante “estudio sentencias TOP delitos

sexuales”) (Santibáñez, 2016)⁴⁰. Dicha investigación arroja algunos datos preocupantes en relación a la calidad de la información que se aporta en el juicio. Así, la investigación de Santibáñez (2016) da cuenta de que sólo en un 13% de los casos los peritos son interrogados o mencionan su formación o experiencia en juicio, lo que implicaría que la acreditación del perito es entendida en la práctica como una cuestión sin mucha relevancia o, en el mejor de los casos, formal. A ello se suma que en un 32% de los casos no se presentó o explicó la metodología utilizada en el peritaje sino que sólo se expusieron las conclusiones del mismo⁴¹. A lo anterior, se debe sumar que si bien en todos los casos analizados los peritos expusieron sus conclusiones, en un 63,2% ello fue realizado de manera incompleta. Como se podrá apreciar, elementos esenciales para la valoración de la prueba pericial no serían aportados con la intensidad requerida, lo que daría cuenta de un trabajo de baja calidad de los litigantes.

Respecto a la capacidad de las partes para confrontar la información aportada por peritos presentados por la contraparte, las opiniones de todos los actores entrevistados son bastantes coincidentes: el control de la calidad de la información que se realiza en los contraexámenes es bajo o incluso prácticamente nulo⁴².

³⁶ Entrevista Juez TOP n° 7, 5 de octubre de 2015.

³⁷ Entrevista Perito N°7, 18 de noviembre de 2016.

³⁸ Entrevista Perito N°6, 8 de noviembre de 2016.

³⁹ Entrevista Perito N°1, 18 de julio de 2016.

⁴⁰ Se trató nuevamente de una investigación de magíster dirigida por mí como apoyo a mi investigación principal. La investigación consistió en el análisis de 53 sentencias dictadas por el primer, tercer y séptimo tribunales orales en lo penal de Santiago. Ellas corresponden al total de juicios orales por delitos sexuales conocidos por dichos tribunales en el 2015. Como forma de control de la información, el estudio también implicó la revisión de los registros de audios correspondientes a cinco de esos juicios. Este trabajo no ha sido publicado pero fue aprobado en septiembre de 2016 con nota final 6,3 (documento electrónico en poder del autor).

⁴¹ La investigación realiza también un análisis de corte cualitativo en los casos en donde hubo exposición de la metodología, concluyendo que 73% de ese universo fue incompleta (Santibáñez, 2016).

⁴² Entrevista Fiscal N°1, 7 de mayo de 2015; Entrevista Fiscal N°2, 9 de junio de 2015; Entrevista Fiscal N°3, 10 de julio de 2015; Entrevista Fiscal N°4, 28 de julio de 2015; Entrevista Fiscal N°7, 2 de octubre de 2015; Entrevista Fiscal N°9, 4 de enero de 2016; Entrevista Fiscal N°10, 6 de enero de 2016;

Esto quiere decir que las partes regularmente no cuestionan la prueba pericial presentada o si lo intentan hacer, normalmente ello no la controvierte mínimamente. Se trata de uno de los hallazgos más problemáticos de esta investigación, ya que daría cuenta de que los controles de calidad que el sistema ha diseñado no se cumplen en la práctica y ello nos expone a la posibilidad de que errores importantes sean cometidos al momento de evaluar esta prueba. Se trata, además, de un hallazgo coincidente con lo que el estudio sobre sentencias en delitos sexuales encontró en la materia. Según dicho estudio, sólo en un 23% de los casos analizados hubo algún tipo de cuestionamiento de los intervinientes a la calidad de la metodología, las conclusiones u otros elementos de la prueba pericial presentada por la contraparte (Santibáñez, 2016) ⁴³.

.....

Entrevista Fiscal N°12, 12 de enero de 2016; Entrevista Juez TOP N°1, 9 de junio de 2015; Entrevista Juez TOP N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°4, 6 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°5, 8 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°6, 14 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°7, 5 de octubre de 2015; Entrevista Juez TOP N°8, 22 de diciembre de 2015; Entrevista Juez TOP N°9, 19 de agosto de 2016; Entrevista Juez de Garantía N°1, 7 de mayo de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°2, 25 de junio de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°3, 26 de junio de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°7, 14 de septiembre de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°8, 4 de enero de 2016; Entrevista Juez de Garantía N°9, 28 de julio de 2016; Entrevista Defensor N°1, 11 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°2, 17 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°4, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°5, 4 de septiembre de 2015; Entrevista Defensor N°6, 1 de abril de 2016; Entrevista Defensor N°7, 19 de abril de 2016; Entrevista Defensor N°8, 11 de mayo de 2016; Entrevista Abogado N°1, 4 de mayo de 2015; Entrevista Abogado N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Abogado N°5, 25 de agosto de 2016; Entrevista Abogado N°6, 25 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°1, 18 de julio 2016; Entrevista Perito N°2, 19 de julio de 2016; Entrevista Perito N°3, 20 de julio de 2016; Entrevista Perito N°4, 4 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°5, 15 de septiembre de 2016; Entrevista Perito N°6, 8 de noviembre de 2016; y, Entrevista Perito N°7, 18 de noviembre de 2016.

43 A este dato debiera sumarse otro adicional. Alguien podría sostener que una estrategia diferente de controvertir la prueba pericial es por vía de presentar a otro perito del área que contradiga al presentado por el otro interviniente, de manera tal que la falta de contraexamen no sería tan grave. El mismo estudio identifica que la defensa presenta prueba pericial sólo en un 22,6% de los casos y que de ellos 2/3 son metapericias, es decir, peritajes que analizan a otros peritajes presentados en juicio. Esto mostraría que tampoco esta vía parece ser una estrategia frecuente para el control de la calidad de la información (Santibáñez, 2016).

En las entrevistas realizadas se ofrecen algunas razones que explicarían el escenario descrito. Una de las que más reiteradas tiene que ver con la falta de formación y destrezas específicas de las y los litigantes para lidiar con los expertos⁴⁴, lo que en palabras de un juez de garantía hace que las y los peritos se les “vayan en collera” a los litigantes⁴⁵. Una segunda explicación es la poca preparación con la que llegan a litigar los casos a las audiencias de juicio, lo cual estaría vinculado a la falta de tiempo o, desde otro punto de vista, con la excesiva carga de trabajo que estarían teniendo fiscales y defensores⁴⁶. Una tercera y última causa que aparece mencionada en las entrevistas, aún cuando con menos frecuencia, es que varios actores identifican un proceso de deterioro en el funcionamiento del sistema o derechamente de “pérdida de calidad” en el trabajo de litigantes, en la medida que los años han pasado desde la puesta en marcha inicial del sistema⁴⁷.

.....

Esto es también coincidente con las opiniones obtenidas en las entrevistas en donde por regla general se señaló que la presentación de metapericias de parte de defensores sólo era común en delitos sexuales.

44 Entrevista Fiscal N° 2, 9 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°1, 11 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°2, 17 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°6, 1 de abril de 2016; Entrevista Defensor N°8, 11 de mayo de 2016; Entrevista Juez de Garantía N°2, 25 de junio de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°7, 14 de septiembre de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°9, 28 de julio de 2016; Entrevista Juez TOP N°4, 6 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°5, 8 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°7, 5 de octubre de 2015; Entrevista Juez TOP N°8, 22 de diciembre de 2015; Entrevista Abogado N°5, 25 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°3, 20 de julio de 2016; Entrevista Perito N°4, 4 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°5, 15 de septiembre de 2016; y, Entrevista Perito N°6, 8 de noviembre de 2016.

45 Entrevista Juez de Garantía N°7, 14 de septiembre de 2015.

46 Entrevista Defensor N°7, 19 de abril de 2016; Entrevista Juez TOP N°2, 15 de junio de 2015 (quien pone énfasis en el análisis señalando que “*los fiscales están colapsados*”), Entrevista Juez TOP N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°5, 8 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°9, 19 de agosto de 2016; Entrevista Abogado n° 1, 4 de mayo de 2015; Entrevista Abogado N°5, 25 de agosto de 2016; Entrevista Abogado N°6, 25 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°4, 4 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°5, 15 de septiembre de 2016; y, Entrevista Perito N°7, 18 de noviembre de 2016 (quien señala se da cuenta que los litigantes “no logran un estudio del peritaje con profundidad”).

47 En esta dirección un juez de garantía describe el escenario señalando que los litigantes “se han achanchado”. Entrevista Juez de Garantía N°3, 26 de junio de 2015. Un abogado,

La excepción a este escenario general negativo se daría en dos hipótesis. La primera es que varias entrevistas coinciden en que en la medida que el o la litigante tengan una mayor especialidad en un tema específico (por ejemplo lleve casos preferentemente de una categoría de delitos), eso se traduce en una mayor capacidad de cuestionamientos a la prueba pericial⁴⁸. Vinculado a esta misma lógica estaría la segunda hipótesis, ya que en algunas se sostiene que los casos en que habría mayor cuestionamiento a la prueba pericial en juicio sería tratándose de los peritajes presentados en materia de delitos sexuales. En este sentido, ambos se relacionan ya que, en parte, esta mayor capacidad estaría asociada en algunos casos a que se trata de un tipo de delitos en donde ha existido mayor especialización en el sistema⁴⁹. Con todo, esta última opinión podría morigerarse a la luz de los resultados del estudio empírico de sentencias TOP en delitos sexuales, según el cual sólo en un 23% de los casos de esos delitos incluidos en la muestra habría cuestionamiento de la prueba pericial (Santibáñez, 2016).

Más allá de estas excepciones, el cuadro general que muestra la investigación es preocupante. En definitiva, la investigación permite identificar varios riesgos que podrían aumentar

la probabilidad de decisiones erróneas. El primero está en la presentación de la prueba que dificultaría a las y los jueces captar toda la información relevante aportada por peritos. En segundo lugar, se produciría luego un bajo cuestionamiento que no permitiría depurar la calidad de la información producida. Finalmente, habría un cierto nivel de laxitud en el control de la información que aportan las y los peritos al juicio.

3. A modo de cierre

Solucionar los problemas identificados en la investigación pasa por el desarrollo de políticas en muy diversos niveles. Me enfoco en una de ellas que pareciera ser especialmente relevante respecto a los problemas de litigación. Los resultados de la investigación sugieren que las capacidades y destrezas de litigación en juicio oral de fiscales y defensores, tratándose de las pruebas de reconocimiento ocular y pericial, están todavía lejos de un óptimo que permita minimizar el impacto que estas evidencias podrían tener en la producción de condenas erróneas. Un factor que explicaría esto se encuentra en la falta de capacitación de las y los actores legales en la materia. En las entrevistas específicamente se les preguntó sobre la materia. La gran mayoría de entrevistados que trabajan en instituciones del sistema (fiscales, defensores, y jueces) reconocieron que en el área de los reconocimientos oculares y peritajes no han recibido del todo o sólo han recibido muy poca capacitación específica y que, por lo mismo, tienen la percepción de no contar con todas las herramientas necesarias para lidiar con estas pruebas en las distintas etapas procesales que les corresponde. Las excepciones estarían focalizadas en algunas capacitaciones en delitos específicos o en unidades especializadas⁵⁰.

.....

en cambio, atribuye este fenómeno derechamente a la "falta de interés" por hacer bien el trabajo. Entrevista Abogado N°6, 25 de agosto de 2016. En una línea similar un perito considera que este fenómeno se explica por la "desidia" y la "lata" que tendrían algunos actores en realizar bien su trabajo. Entrevista Perito N°5, 15 de septiembre de 2016. En cambio otro considera que este deterioro podría estar vinculado al recambio que ha habido con el transcurso del tiempo al constatar que fiscales más nuevos tendrían peor calidad que los originales. Entrevista Perito N°6, 8 de noviembre de 2016. Sin pronunciarse sobre una razón específica pero constatando el mismo fenómeno, Entrevista Perito N°1, 18 de julio de 2016.

⁴⁸ Entrevista Fiscal N°2, 9 de junio de 2015; Entrevista Fiscal N°5, 4 de septiembre de 2015; Entrevista Defensor N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°4, 2 de julio de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°8, 4 de enero de 2016; y, Entrevista Perito N°7, 18 de noviembre de 2016.

⁴⁹ Entrevista Fiscal N°6, 11 de septiembre de 2015; Entrevista Fiscal N°7, 2 de octubre de 2015; Entrevista Fiscal N°11, 7 de enero de 2016; Entrevista Fiscal N°12, 12 de enero de 2016; y, Entrevista Juez de Garantía N°7, 14 de septiembre de 2015.

.....

⁵⁰ Por ejemplo una fiscal señala que hay buena capacitación en materia de peritajes para los fiscales especializados en delitos sexuales, aun cuando no para el resto. Entrevista Fiscal n° 10,

Se trata de un espacio de trabajo del sistema en donde es necesario realizar cambios profundos. Me parece que el desarrollo de programas de capacitación y perfeccionamiento debiera cubrir en estas materias al menos tres áreas para tener impacto en la mejora del sistema y así disminuir los riesgos de condenas erróneas.

Una primera tiene que ver con entregar conocimientos sobre los principales hallazgos y consensos que existen desde la ciencia acerca de cómo funciona la memoria y cuáles son las prácticas que favorecen o perjudican la confiabilidad de los reconocimientos y también sobre los principios básicos de cómo opera la ciencia y las disciplinas forenses. Sin esto es difícil pensar que las y los actores del sistema legal estén en condiciones de comprender adecuadamente la prueba sobre la cual deben trabajar.

Una segunda área a incorporar en la capacitación sería el conocimiento de las distintas reglas que rigen a los reconocimientos oculares en nuestro país, incluyendo una revisión crítica de las mismas a la luz de la evidencia científica y la experiencia comparada disponible. En materia pericial este ámbito debiera considerar el conocimiento general de las principales disciplinas que producen evidencia experta en el país⁵¹.

6 de enero de 2016. Por otra parte, algunos defensores han recibido alguna capacitación sobre reconocimientos oculares. Estos programas se han efectuado a partir del desarrollo del Proyecto Inocentes por la propia institución que ha permitido sensibilizar la existencia de un problema con el uso de reconocimientos. De esta forma, varias defensorías regionales han organizado cursos en la materia utilizando los fondos regionales de capacitación disponibles, como por ejemplo de la IV, V, VI, VII, X y XII regiones. También a nivel central se han organizado cursos especializados de litigación que incluyen la temática de los reconocimientos. Esta información ha sido obtenida por la experiencia personal del autor de este trabajo quien ha participado en dichas experiencias de capacitación.

⁵¹ En esta dirección se pronuncia también la recomendación número 9 del NAS Report del National Research Council (2009, pp. 26-27), el cual explícitamente señala: "Adicionalmente, abogados y jueces usualmente tienen insuficiente entrenamiento y conocimiento en metodología científica y frecuentemente fallan en comprender a cabalidad las aproximaciones empleadas por las diferentes disciplinas forenses y la fiabilidad de la evidencia científica forense que es ofrecida a juicio. Esta capacitación es esencial..." (la traducción es del autor).

Finalmente, los programas debieran incorporar el desarrollo de destrezas y habilidades propias de la función que cumple cada actor del sistema. Por ejemplo, tratándose de fiscales y defensores debiera fortalecerse su capacidad de litigar en sede de admisibilidad y juicio a estas pruebas, en el caso de las y los jueces la valoración y toma de decisiones basadas en la información proveniente de estos medios probatorios, etc.

Por otra parte, estos programas de capacitación debieran también desarrollarse en dos niveles. En un primer término, algunos componentes de ellos debieran formar parte del "paquete de formación básica" que se recibe al ingresar a las respectivas instituciones. Además, debiera luego formar parte de programas especializados de perfeccionamiento continuo que permitan acceder a un conocimiento que en la materia se ha ido incrementando y evolucionando.

Espero que este trabajo ayude visibilizar mejor un problema que no hemos discutido en profundidad en Chile y permita que las instituciones adopten algunas políticas orientados a superarlos. ■

Referencias

- Appazov, A. (2016). *Expert evidence and international criminal justice*. Suiza: Springer.
- Catalán, M. (2016). *Aproximación Empírica sobre la Realización y Valoración de la Prueba del Reconocimiento Ocular en Chile*, Santiago: Trabajo final para titulación del Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales.
- Duce, M. (2017). Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. *Revista Política Criminal*, vol. 12 (23), pp. 291-379.
- Edmond, G. (2011). Actual innocents? Legal limitations and their implications for forensic science and medicine". *Australian Journal of Forensic Sciences* (43, n° 2-3), pp. 177-212.

- FPT Heads of Prosecutions Committee Working Group (2004). *Report on the prevention of miscarriages of justice*. Canadá: Department of Justice.
- FPT Heads of Prosecutions Committee (2011). *The path to justice: Preventing wrongful convictions*. Canadá: FPT Heads Of Prosecutions Committee.
- Freckelton, I., Goodman-Delahunty, J., Horan, J., McKimmie, B. (2016). *Expert evidence and criminal jury trials*. Oxford: Oxford University Press.
- Garret, B., Naufeld, P. (2009). Invalid forensic testimony and wrongful convictions. *Virginia Law Review* (95, n° 1), pp. 1-97.
- Garret, B. (2011). *Convicting the innocent*. Cambridge: Harvard University Press.
- Gould, J., Carrano, J., Leo, R., Hail-Jares, K. (2014). *Innocent defendants: divergent cases outcomes and what they teach us*. En: Zalman, M., Carrano, J. (Ed.), *Wrongful Conviction and Criminal Justice Reform* (pp. 73-89). New York. Routledge.
- Gould, J., Carrano, J., Leo, R., Young, J. (2013). *Predicting erroneous convictions: a social science approach to miscarriages of justice*. Recuperado el día 22 de junio de 2017, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/241389.pdf>
- Hirschberg, M. (1969). La sentencia errónea en el proceso penal. Trad.: Banzhaf, T.A. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Huff, R., Killias, M. (Ed.) (2010). *Wrongful conviction: international perspectives on miscarriages of justice*. Philadelphia: Temple University Press.
- Huff, R., Killias, M. (Ed.) (2013). *Wrongful convictions and miscarriages of justice: causes and remedies in North American and European criminal justice systems*. New York: Routledge.
- Jiahong, H. (2016). *Back from the dead: Criminal justice and wrongful convictions in China*. Honolulu: University of Hawai'i Press.
- National Research Council (2009). *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Recuperado el día 22 de junio de 2017, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>
- National Research Council (2014), *Identifying the culprit: assessing eyewitness identification*. Washington D.C.: The National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine.
- Naughton, M. (2013). *The innocent and the criminal justice system. A sociological analysis of miscarriages of justice*. United Kingdom: Palgrave Macmillan.
- Saks, M., Spellman, B. (2016). *The Psychological Foundations of Evidence Law*. New York: New York University Press.
- Santibáñez, M. (2016). *Uso de la prueba pericial en juicio oral de connotación sexual*, Santiago: Trabajo final para titulación del Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales.
- Schauer, F., Spellman, B. (2013). Is expert evidence really different? *Notre Dame Law Review*, (89), pp. 1-26.
- Simon, D. (2012). *In Doubt: The Psychology of the Criminal Justice Process*. United States: Harvard University Press.
- Wells, G.L., Greathouse, S.M., Smalarz, L. (2012). *Why do motions to suppress suggestive eyewitness identifications fail?* Washington D.C.: American Psychological Association.

José Luis Castellón Sosa y David Fernández Mena

Iniciativa para el Estado de Derecho de la Barra Americana Abogados (ABA ROLI México).
Correos: david.fernandez@abaroli.org y joseluis.castellon@abaroli.org

La Litigación de las medidas cautelares en un entorno hostil: la experiencia mexicana

Resumen

Desde la reforma del sistema penal mexicano de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, uno de sus aspectos nucleares ha sido y continúa siendo dar plena vigencia a la presunción de inocencia y revertir el uso extendido de la prisión preventiva, que ha venido funcionando como regla general. Este artículo revisa algunas de las problemáticas actuales que presenta su aplicación, como la relativa a la generación de información, contemplando tanto el trabajo de las Unidades de Medidas Cautelares (UMECAs) como el desempeño de fiscales y defensores; y revisa la regulación de la prisión preventiva oficiosa, para considerar en conjunto qué efectos tienen estos tres aspectos en la litigación de medidas cautelares en el país.

Las medidas cautelares en el marco normativo mexicano

Tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como el Código Nacional de Procedimientos Penales –legislación procesal única en la materia–, conciben el empleo de medidas cautelares como instrumento para garantizar la efectividad del proceso penal. Esto es, que el proceso pueda desarrollarse adecuadamente y que la decisión que eventualmente se adopte pueda reflejarse materialmente, administrándose justicia.

Este es uno de los aspectos nucleares que se persiguió con la reforma constitucional de 2008 que empezó la transformación del sistema penal de uno inquisitivo a uno acusatorio, en el cual no existían constitucionalmente, no solo la presunción de inocencia, sino medida alguna posterior a la detención que no fuera la prisión preventiva como regla general.

Con la reforma se establece que estas herramientas pueden ser personales o reales en razón del objeto que se ve jurídicamente afectado ante su imposición: la persona o los bienes. Además, son determinadas por el juez de

control (operador judicial garante de la legalidad del procedimiento), teniendo como base la audiencia de debate –ejercicio contradictorio– llevado a cabo por el fiscal y el defensor.

Ahora bien, tal y como reflejan los parámetros internacionales (Comentario General N°27, Comité de Derechos Humanos, ONU), la imposición de medidas cautelares debe atender a la realización de objetivos constitucionalmente válidos; a su vez, la proporcionalidad entre el fin perseguido y la afectación que se genera a la persona a quien se imponen, determina su validez.

En este sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé la realización de una audiencia *ex professo* para dirimir la situación. En esta audiencia, tanto fiscalía como defensa tendrán la posibilidad de debatir el *riesgo procesal* que el imputado representa, así como cuáles son las medidas cautelares que deberían aplicarse, debiendo justificar sus respectivas posturas (Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 154 y 157); con base en dicha información, el juez resuelve lo conducente.

En este ejercicio, hay que aclarar que no se debe resolver con un análisis de la peligrosidad potencial del delito, ni de la pena en abstracto o incluso sobre la alarma social, sino únicamente sobre el riesgo existente sobre el proceso, las personas o las cosas. Es por tanto necesario que el litigante deba centrar sus pretensiones únicamente sobre estos riesgos y, en consecuencia, proporcionar información al juez de control sobre posibles riesgos o su carencia, no teniendo importancia procesal en esta audiencia *ex professo* temas como la inocencia, culpabilidad o incluso existencia o no del hecho penal.

Debe apuntarse que el concepto de *riesgo procesal* se prevé y califica tanto en la Constitución (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 19) como en la legislación secundaria (Código Nacional de

Procedimientos Penales, Artículo 153). A partir de este marco, se conciben las siguientes aristas para evaluarlo: (1) sustracción del imputado, (2) obstaculización del proceso, (3) seguridad de la(s) víctima(s), ofendido(s) o testigo(s). El punto central del litigio es entonces la medición del *riesgo procesal* y la búsqueda de la medida cautelar que más eficientemente pueda evitarlo, y no genere afectaciones desproporcionales a sus Derechos Fundamentales. Naturalmente, será necesario contar con información que, una vez suministrada al juez, justifique la aplicación de determinada(s) medida(s).

Ahora bien, la calidad de la información debe ser tal que permita al juez arribar a una decisión prudente y objetiva. Pretender abordar el debate en torno a las medidas cautelares que se impondrán a una persona imputada, sin contar con información de calidad, redundaría en un ejercicio ocioso, en cuanto los argumentos de las partes se encontrarían basados en sus apreciaciones subjetivas, lo que en definitiva se reflejaría en la resolución judicial.

Así, el que se prevea la celebración de una audiencia en que se realiza un ejercicio contradictorio –en tanto, control de calidad de la información– de las posturas de la fiscalía y la defensa, implica reconocer la imposibilidad (o indeseabilidad) de prejuzgar normativamente los casos y las medidas a aplicar. Se reconoce la importancia de analizar singularidades del caso sometido a escrutinio judicial para adoptar una decisión acorde.

Asimismo la legislación procesal prevé amplias posibilidades para allegar información de calidad al juez del caso, admite que la misma pueda tratarse de la generada durante la investigación o mediante prueba desahogada en la propia audiencia de debate de medidas cautelares.

Naturalmente, se pretende privilegiar el acceso a información de calidad, de manera que el

juez de control pueda emitir una resolución de calidad, en lugar de crear obstáculos a los litigantes para presentar sus respectivas posturas. Debe recordarse que toda imposición de medidas cautelares implicará la afectación a los derechos fundamentales de la persona imputada, mientras pretende salvaguardarse también el interés social.

En la lógica de búsqueda de información confiable para adoptar una decisión al respecto, el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé la creación de unidades cuyo objetivo es obtener información de alta calidad que permita al juez adoptar una decisión razonable y que pondere adecuadamente entre los distintos intereses enfrentados en el marco del proceso penal.

Esa información de calidad debe ser obtenida por una fuente independiente de las dos partes para que goce de imparcialidad suficiente, así como de análisis lo más científico posible. Adicionalmente, debe ser recolectada de una manera veloz, puesto que estamos en etapas muy tempranas del proceso donde los plazos son cortos y no existe posibilidad real de que sea obtenida y con esfuerzo ofrecida por los litigantes en la mayoría de las ocasiones. Máxime en un entorno como el mexicano, donde las estadísticas muestran que en delitos federales, el 99% de los imputados que llegan a esta audiencia lo son por detenciones en flagrancia (CIDAC, 2017).

Así, se dio vida a las Unidades de Medidas Cautelares (UMECA), que son las encargadas de la delicada tarea de obtener información exclusivamente relacionada con los aspectos de *riesgo procesal* que presenta la persona imputada.

De aquí que, acorde con lo dispuesto por el Código Nacional de Procedimientos Penales y su artículo 64, actualmente deberían existir 33 UMECAs –una por cada entidad federativa y la del orden federal–. Lo cierto es que -hasta el

momento– *el Informe de Acciones de Consolidación del Sistema de Justicia Penal Octubre 2016 – Junio 2017*, indica que existen 29 unidades operando en el país, 2 más que cuentan con oficina pero no operan y 1 cuyas labores son asumidas por el área de reinserción social. Es de notar que no existe a fecha de hoy Unidad de Medidas Cautelares a nivel federal.

Ahora bien, entendiendo que estas unidades generan información que a la postre será utilizada por los fiscales y defensores para sostener sus respectivos argumentos en torno a que medida cautelar debiera ser aplicada por el juez, existe la posibilidad de que la calidad (o propiamente efectividad) de la sentencia varíe en función de la calidad de la información generada por las UMECAs.

Lo anterior es también aplicable a los argumentos expuestos por las partes que se encuentren basados en los informes de análisis riesgo emitidos por las UMECAs. De ahí que resulte importante consolidar estas unidades, no sólo para operar en todo el país, sino para que lo hagan con calidad.

La prisión preventiva oficiosa

Al margen de lo anteriormente expuesto, la Constitución también prevé la existencia de la prisión preventiva oficiosa, esto es el establecimiento de categorías *a priori* que de ser actualizadas tendrían como consecuencia ineludible la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva.

Esto implica la supresión del debate y el ejercicio valorativo del juez, limitándose entonces la actuación de las partes a seguir un trámite normativamente previsto que traerá aparejada siempre la misma consecuencia, sin importar la naturaleza del caso en concreto.

No se realiza análisis alguno de la situación particular, ni tampoco se ponderan los

argumentos vertidos por las partes en torno a la proporcionalidad de la medida. El juez se limita a ordenar la realización de lo que la norma la dispone.

Los casos previstos para dicho efecto son los siguientes: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. La legislación procesal aclara enunciativamente los casos en que se aplica (Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 168). Este rezago del sistema anterior tiene como génesis la situación de seguridad del país, azotado por el crimen organizado, así como la inexistencia de una clara política criminal que se centre en la investigación y persecución de los delitos que más impactan en la sociedad. Ante este panorama, la solución cortoplacista de detener para luego investigar se impone como decisión, alcanzando, debido a lo crítico de la situación, incluso rango constitucional.

La dicotomía planteada implica una contradicción en cuanto al objetivo que se persigue con la instauración de un proceso que impone medidas cautelares en razón del *riesgo procesal* del imputado. Esto es, por un lado se regula una audiencia de debate que pretende garantizar la existencia de información de calidad, mientras por el otro se releva al juez de su función natural (valorar), indicándosele en abstracto lo que debe decidir. La autoridad judicial se convierte en una oficina de trámite.

En este escenario, resultará irrelevante la existencia o no de debate en torno a la proporcionalidad (estricta y amplia) de la prisión preventiva como medida cautelar a aplicar al imputado. Bastará con que el caso en litigio encuadre en alguno de los supuestos previstos por el Código Nacional de Procedimientos

Penales y la Constitución mexicana para relevar al juez de su función.

Sin embargo, esta fórmula imperativa existente en el código, en la que directamente se alude a que el juez impondrá la prisión preventiva, no debería llevar necesariamente a la supresión del debate de riesgo por parte del juzgador. El propio código establece diversas excepciones a este mandato legal, tales como la situación de embarazo, una edad superior a 70 años o incluso, una hipotética y nunca vista renuncia por parte del fiscal a su solicitud¹.

Es por lo tanto que un litigante podría forzar mediante solicitud la apertura de este debate aún en los supuestos de prisión preventiva oficiosa, para que pueda ser escuchado. La información que se proporcione en esa audiencia, aunque tenga escaso efecto en ese momento debido al mandato legal, puede llegar a tener efecto en posteriores etapas o en medios de impugnación posteriores, tanto regulares, como constitucionales o convencionales.

Sin embargo, la tendencia al uso de la prisión preventiva como medida favorita del legislador y de los operadores no parece disminuir al ritmo deseado. De acuerdo con CIDAC (2017), casi el 60 % de la población reclusa del país no está sentenciada, tendencia que no se ha reducido en los últimos años. Un entorno hostil a la litigación de medidas cautelares distintas a la prisión.

1 En diversos estudios existentes se ha podido constatar que no ha existido renuncia conocida a la prisión preventiva oficiosa por parte de fiscal alguno. Aunque no existen estadísticas que abarquen a todo el universo de casos existentes, la tendencia hacia seguir considerando la prisión preventiva como un éxito en lugar de la eficaz persecución hace que aun en casos de riesgo extremadamente reducido (pongamos casos de discapacidad motora o incluso casos de discapacidad psicosocial) los fiscales y procuradores no quieran dejar de considerar la prisión como un triunfo, aunque todavía no se haya juzgado el caso.



Fuente: CIDAC (2017). *Hallazgos 2016*.

Sin embargo, hay voces en los poderes ejecutivos y legislativos que consideran que esto no es suficiente, y empleando el discurso de la puerta giratoria (Maltos, 2017), se pretende agrandar todavía más el marco de la prisión preventiva oficiosa, ampliando los delitos por los que se deba imponer, lo cual sin duda alguna implicará más decisiones impuestas a los jueces y más dificultades para los litigantes. La baraja está trucada para que la fiscalía “gane”, aunque la fiscalía no tenga premio alguno en sus manos.

Relación con la formulación de imputación y vinculación a proceso

Si con base en la oficiosidad la prisión preventiva se impondrá en función de una categoría jurídica, es importante mencionar en qué momento se realiza dicha clasificación de los hechos. A su vez, esto permitirá exponer un primer punto en cuanto a la problemática que implica el diseño.

Existen dos momentos importantes previos a la audiencia de debate de medidas cautelares en el sistema acusatorio mexicano: (1) formulación de la imputación y (2) vinculación a proceso. En el primero se fijan los hechos en razón de los cuales se realiza la investigación; y en el segundo –que algunos describen como la nueva versión del auto de formal prisión (De la Garza, 2017)– se determina si existe información suficiente para sujetar a proceso a la persona investigada.

De la *formulación de la imputación* es menester aclarar que se realiza previo a la audiencia de vinculación a proceso; la base fáctica expuesta en dicha oportunidad no puede ser variada para las etapas subsecuentes (la calificación jurídica sí); procura garantizar el derecho de defensa del imputado; y se formula a personas que hubieran sido detenidas en flagrancia, mediando orden de aprehensión o citadas a audiencia.

Por otro lado, la *vinculación a proceso* pretende valorar la información que ha arrojado la investigación (en una etapa temprana) para definir si existen suficientes datos para considerar que: (1) existen hechos que la ley señala como delito y (2) es probable que el imputado los haya cometido o participado en su comisión. En lo subsecuente, el proceso se seguirá por el hecho o hechos por los que se haya vinculado a proceso al imputado.

Cabe destacar que el estándar de prueba exigido para que el juez vincule a proceso a un imputado es mínimo, esto es: “(...) que existan indicios razonables que así permitan suponerlo” (Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 316); lo que contrasta con el estándar de más allá de toda duda razonable del juicio oral (Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 402).

Lo anterior atiende no sólo a la temprana etapa en que se encuentra el proceso en sede judicial, sino también a la de investigación ministerial; debido al casi inmediato control judicial de los actos, resultaría desproporcionado exigir certezas.

Vinculación a proceso

Ya agotadas las etapas anteriormente mencionadas se definirá si el imputado queda sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa o habrá oportunidad de abrir debate respecto a cuáles son las que deberían imponerse. Se implica que para evitar el pase automático a un centro penitenciario, los esfuerzos de la defensa se concentran en la etapa de vinculación a proceso.

Lo anterior claramente desvirtúa la naturaleza y objetivos de esta etapa del procedimiento, que pasa de ser un análisis preliminar con un estándar de prueba mínimo a un juicio fuera de la etapa de juicio oral.

Atentos a la apertura del código para desahogar pruebas con el objetivo de lograr que no se vincule a proceso al imputado, pueden observarse desfiles de peritos y testigos cuyos testimonios pretenden desvirtuar lo expuesto por la fiscalía, como si de evitar la condena se tratase.

Asimismo, atentos a la configuración del Juicio de Amparo mexicano (garantía de los Derechos Fundamentales), se permite que se entablen procesos de control constitucionales de las actuaciones, así como el dictado de suspensiones –provisionales y definitivas– del procedimiento penal ordinario.

Todo lo anterior deriva en perjuicio de la celeridad y flexibilidad que debería regir en las primeras etapas del proceso, entorpeciendo el funcionamiento del sistema de justicia penal acusatorio.

Relegación del análisis casuístico

Como se había comentado, uno de los efectos del establecimiento de la prisión preventiva oficiosa es la imposibilidad de dictar medidas cautelares distintas de esta, sin importar las características del caso concreto².

Lo anterior, sumado a una lógica de controles estrictos sobre las actuaciones ministeriales, supone que en la operación se generen escenarios proclives a la afectación desproporcional al derecho fundamental a la libertad.

² No se considera aquí el supuesto previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales: *Artículo 166. Excepciones.* Si bien en dicho supuesto el juez puede ordenar que la prisión preventiva se cumpla en el domicilio de la persona imputada o un centro médico o geriátrico, en tanto ambas figuras suponen la limitación de la libertad mediante el establecimiento de categorías normativas que desdénan el análisis casuístico, sólo varía el lugar de ejecución, tal como ha sido hecho notar en la Recomendación 29/2017 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Esto pues no obstante el principio de mínima intervención y el parámetro de proporcionalidad que deben orientar la imposición de medidas cautelares impuestas, en aquellos casos en que (en el marco de la oficiosidad) la prisión preventiva resulte claramente desproporcional, existe un obstáculo para no imponerla al preverse que: “ (...) el juez no impondrá la medida cautelar cuando así lo solicite el fiscal, siempre que este último cuente con autorización del titular de la Procuraduría o la persona en quien se delegue la facultad” (Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 167).

Existe aquí una afectación doble: primero se prejuzga normativamente, relegándose la importancia de la valoración casuística y después se establecen obstáculos que entorpecen la posibilidad de acudir a la excepción frente al trámite oficioso.

Falta de incentivos para la profesionalización

Ahora bien, desde un enfoque distinto, inscritos en el marco de un sistema que depende de un estándar mínimo de acreditación y quedando a disposición del fiscal la clasificación jurídica de los hechos, no existen incentivos que fortalezcan la investigación que realizan la policía o las UMECAs; como tampoco lo hay para el desarrollo de las técnicas, habilidades y destrezas de litigación de los fiscales.

Es decir, en un escenario donde es más sencillo calificar jurídicamente el acontecimiento de determinados hechos a un supuesto jurídico que releve del deber de acreditar el riesgo procesal, no existen alicientes para identificar las áreas de oportunidad, evaluar las fortalezas y definir el camino que debe seguirse para profesionalizar a los operadores del sistema.

Prisión preventiva como indicador de eficiencia

Lo anterior se torna especialmente perverso cuando uno de los principales indicadores de efectividad de las fiscalías es el número de personas imputadas a quienes se ha dictado la medida cautelar de prisión preventiva, así como cuando el mismo es el centro del discurso criminológico de los servidores públicos.

Existe un aliciente perverso en dos aristas: los fiscales procuran obtener resoluciones que impongan prisión preventiva a como dé lugar (fuera de los parámetros de objetividad y lealtad); se privilegia la obtención de dicha medida frente a la conducción de una investigación profesional que procure obtener información y esclarecer los hechos.

Asímismo, como populismo criminológico, permite desviar la atención de la ineficiencia (o ausencia) de políticas públicas encaminadas a la prevención del delito, así como la falta de coordinación y capacitación para su combate, atribuyendo la responsabilidad a un ente etéreo como lo es el ‘sistema’ [de Justicia Penal Acusatorio].

Litigación efectiva de las medidas cautelares

Sin embargo, existen varios mecanismos que pueden ser hechos valer por las partes en un entorno tan hostil y tan proclive a la prisión, por lo que partiremos de una premisa: el juez de control necesita información que le garantice que, ante este entorno y las presiones sociales que se deducen de él, el imputado no es un riesgo y no generara ninguna situación de la que tenga que lamentarse posteriormente. Adicionalmente, los y las litigantes deberán tener en cuenta que la información de las UMECAs no es accesible para el juzgador, sino que

es un instrumento más que les proporcionará la capacidad de hacer valer la existencia o inexistencia de los citados riesgos.

En primer lugar, habrá que tener en cuenta la existencia de los riesgos y la necesidad de acreditarlos. Un riesgo procesal es una realidad que debe de ser probada mediante los mecanismos habituales de un sistema acusatorio y de manera convincente al estar en audiencia oral. Sin embargo, debido al momento procesal en el que estamos, no es necesario ni pertinente el desahogo de las pruebas en el sentido tradicional (interrogatorios e incorporaciones) sino que la mención a nivel de existencia de estas pruebas es suficiente (nivel de dato de prueba). Pero la inexistencia de la acreditación del riesgo debería generar la falta de necesidad y por lo tanto la impertinencia y la no imposición de la medida. Este es un primer debate que debe de ser propiciado por las partes, fundamentalmente por la parte defensora que es quien naturalmente debe atacar la inexistencia de un riesgo probado, evitando que el juzgador pueda caer en la tentación de soluciones automatizadas.

En segundo lugar, el debate de la proporcionalidad de la medida puede reeditar a ambos litigantes en una solución más idónea para sus intereses y los de sus representados. Aceptando que la fiscalía tiene una carga de representación de las víctimas además de el Estado, la medida más gravosa no es necesariamente la que mejor sirva a sus intereses. El Código Nacional tiene 14 medidas cautelares posibles que pueden satisfacer mejor a los implicados. Desde una perspectiva victimal, en gran número de ocasiones la proporcionalidad de la medida y el riesgo es filtrada por el interés de la víctima, la cual no se ve satisfecha con el imputado en prisión, tal como ocurre en los casos de violencia de género donde el imputado tiene obligaciones hacia los hijos de ambos que no va a poder satisfacer privado de su libertad. La identificación de estos intereses con

la proporcionalidad de la medida solo puede dar lugar a imposiciones más justas por parte del juez de control, si es que las partes las hacen valer debidamente. El uso de diagramas, esquemas y técnicas que gráficamente apoyen al juzgador a entender la proporcionalidad o desproporcionalidad de la medida puede ayudar al éxito de los litigantes.

En tercer lugar, existe una falta notoria de costumbre en la práctica mexicana de poder negociar de manera previa con la contraparte una solución más idónea. La mencionada carencia de investigación y el hecho de que prácticamente la totalidad de las detenciones son en flagrancia hacen que exista poco espacio temporal en el que poder negociar este tipo de medidas. Negociar en un entorno fuera de la sala de audiencia, sin la prisa y presión que una audiencia imponen, puede llegar a generar un suavizamiento en las posiciones encontradas que se suelen dar en estas situaciones. El litigio no se da en la sala únicamente, sino que debe darse y se prepara a lo largo de todo el caso.

Por último, ante la ausencia de UMECAS o de información exterior y de calidad, eso no debe implicar que no se deba obtener información sobre el riesgo propio o ajeno por parte de los litigantes. Las entrevistas con el entorno, con los familiares o la obtención de información pública o en entornos digitales nos pueden proporcionar datos sobre el riesgo real que haya sobre el imputado, ampliando o disminuyendo la percepción del mismo por el juzgador y por lo tanto, pudiendo solicitar una medida cautelar más idónea y más satisfactoria para todos los implicados.

En el caso de México, hay un largo camino que recorrer para que los distintos operadores del sistema puedan centrarse en un debate más amplio que la prisión preventiva como mecanismo de cumplimiento del proceso. La preferencia es clara, pero una nueva

generación de abogados formados en lógica y técnicas de litigación sin las taras del sistema anterior. Siempre y cuando México continúe con una apuesta decidida hacia una transición a un sistema verdaderamente acusatorio, sin prisión preventiva obligatoria y que respete la presunción de inocencia. ■

Referencias

ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario general N.º 27* de 2 de noviembre de 1999 párr 14 y 15. Nueva York.

CIDAC *Hallazgos 2016*. Publicado en mayo de 2017. Ciudad de México.

Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Consolidación del sistema de justicia penal*. Publicado en septiembre de 2017. Ciudad de México

De la Garza, I. *Razones a favor de la desaparición de la vinculación a proceso*. Publicado el 18 de marzo de 2017. Revista Nexos. Ciudad de México

Maltos, M.A. *El cuento de terror de Mancera*. Publicado el 17 de julio de 2017. Revista Nexos. Ciudad de México.

C. Adèle Kent y Peter Aadoson

Directora General del Instituto Nacional de la Judicatura (NIJ).
Mail: nji@nji-inm.ca // Escritor Jurídico del Instituto Nacional de la Judicatura (NIJ)

La conducción de audiencias con litigantes auto representados

La experiencia de Canadá

Introducción

En abril de 2017, en el caso *Pintea v. Johns* (2017 SCC 23), la Corte Suprema de Canadá adhirió a la *Declaración de Principios para Litigantes Auto Representados y Personas Acusadas* (2006) (*Declaración de Principios*), un documento creado por el Consejo Canadiense de la Judicatura (CJC)¹. La adopción se hizo en un juicio oral de la Corte, por lo que no hay razones que lo respalden. Representa una marca significativa en el camino que el sistema judicial canadiense en general y el Poder Judicial en particular han realizado durante los últimos veinte años.

Hace veinte años, los litigantes auto representados (LARs) eran la excepción y no la regla en los tribunales canadienses. Los honorarios legales

eran más bajos y los programas de asistencia jurídica más amplios, cubriendo una variedad de temas penales, civiles y de familia. Los jueces de jurisdicción general como yo, que actuábamos en todo tipo de casos, raramente lo hacíamos en los que en una o ambas partes no estuvieran representadas por un abogado. Cuando ello sucedía, el enfoque operativo consistía en encontrar un abogado para el LAR, ya fuera enviando a la persona a la oficina de asistencia legal, remitiéndola al servicio de referencia a abogados o, en casos muy raros, designando un abogado y ordenando al gobierno que pagara por sus servicios, generalmente a través del sistema de asistencia legal.

En los veinte años transcurridos entre entonces y ahora, los programas de asistencia jurídica se han reducido como resultado de las restricciones presupuestarias y los honorarios de abogados han aumentado. En general, se reconoce que una persona de clase media que participa en un litigio no puede pagar un abogado sin agotar sustancialmente sus activos como la

¹ El Consejo Canadiense de la Judicatura (CJC) es un organismo creado de conformidad con la Ley de Jueces (RSC 1985, J-1), conforme enmiendas. El CJC, dirigido por el presidente de la Corte Suprema de Canadá, está compuesto por los jueces presidentes y vice-presidentes de los tribunales federales de Canadá.

casa, el auto y los ahorros para la jubilación. Ante esa alternativa, las personas eligen representarse a sí mismas. El ámbito más común en el que aparecen los LARs es el derecho de familia. Podría argumentarse que tener LARs en el tribunal de familia no es un gran problema porque el derecho de familia no es particularmente complicado desde una perspectiva legal. Sin embargo, es un ámbito muy complejo porque los problemas legales y fácticos existentes se superponen a las consecuencias emocionales de la ruptura de una relación, particularmente cuando hay hijos de la relación.

Este artículo explora la respuesta al aumento en el número de LARs que se presentan en los tribunales y luego analiza específicamente los desafíos que enfrentan los jueces y cómo se abordan.

I. La respuesta de la comunidad jurídica al creciente número de LARs

1. El Consejo Canadiense de la Judicatura

A medida que el sistema legal experimentó el camino descrito anteriormente, se hizo evidente que el viejo paradigma ya no funcionaba. Muchas personas simplemente no podían pagar un abogado para resolver asuntos familiares y civiles y denuncias penales menos serias. Tristemente, alentarlos y ayudarlos a encontrar un abogado no era una opción. Como resultado, el CJC adoptó, en 2006, la *Declaración de Principios* mencionada anteriormente.²

El documento está dividido en cuatro secciones. El *Preámbulo* establece que los objetivos subyacentes de nuestro sistema de justicia son: que sea justo y esté disponible para todos. Le siguen tres Declaraciones, cada una acompañada de Principios y Comentarios. El documento en forma se parece mucho a los

*Principios Éticos para Jueces*³, pero es distinto ya que establece responsabilidades positivas para los diversos actores del sistema de justicia, mientras que los *Principios Éticos* solo son exhortatorios.

El Preámbulo de la *Declaración de Principios* identifica la igualdad de acceso a los sistemas de justicia y la igualdad de trato ante la ley conforme la expectativa de los canadienses. Luego afirma que, si bien lo ideal es que cada persona esté representada por un abogado, esa no es la realidad; y continúa aseverando que todos los actores del sistema tienen la responsabilidad de garantizar que los LARs tengan un acceso justo y un trato equitativo.

La primera Declaración, *Promoviendo los Derechos de Acceso*, define un sistema de justicia accesible para los LARs, que sea abierto, transparente, claramente definido, simple, conveniente y solícito. También exhorta a los jueces y administradores judiciales a advertir a los LARs sobre las consecuencias de proceder sin un abogado y a direccionarlos a organismos que puedan ayudarles, instruirles y tal vez representarles.

La segunda Declaración, *Promoviendo Justicia Igualitaria*, indica de qué manera los jueces, los tribunales y todos los actores pueden garantizar que los LARs tengan un acceso igualitario al sistema de justicia. Los Principios incluidos en esta Declaración identifican el difícil equilibrio que los jueces y los administradores judiciales deben mantener. Ellos deben seguir siendo imparciales y justos, y al mismo tiempo proteger los derechos de los LARs a la igualdad de acceso explicando procesos y procedimientos, proporcionando información sobre la ley y requisitos probatorios, ajustando el orden tradicional del juicio y ayudando a interrogar a los testigos. Esta Declaración identifica los desafíos éticos que se les presentan a

² Disponible en línea en: https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_other/PrinciplesStatement_2006_en.pdf.

³ Un documento que fue creado para proporcionar una guía ética para los jueces federales. También está disponible en línea.

los jueces ya que los LARs no tienen el mismo conocimiento del proceso y de la ley. Esto posiblemente redefine la forma en que los jueces deben actuar para mantenerse imparciales y justos. Como se verá más adelante, la educación de los jueces es clave para garantizar que se mantenga el equilibrio al que se hace referencia en esta Declaración.

La tercera Declaración, *Responsabilidad de los Participantes en el Sistema de Justicia*, hace que todos los participantes sean responsables de garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato. Requiere que el poder judicial y los administradores judiciales desarrollen herramientas para los LARs y que el Poder Judicial se asegure de que tengan la información necesaria sobre el proceso legal, la ley y la prueba. También alienta a los jueces a hablar públicamente en un esfuerzo por promover instituciones que puedan establecer programas para ayudar a los LARs. La Declaración proporciona una larga lista de consejos específicos para administradores judiciales, LARs, el Colegio de Abogados, agencias gubernamentales, asistencia jurídica, proveedores de educación judicial, etc.

En 2009, el CJC dio el siguiente paso para garantizar que los jueces cumplieran con las responsabilidades establecidas en la *Declaración de Principios*, al publicar un manual de apoyo a los jueces respecto a los LARs. Tras su publicación, el manual fue entregado al Instituto Nacional de la Judicatura (NJI, por sus siglas en inglés) para su uso en la educación judicial. El NJI es responsable de actualizar el libro y garantizar su acceso a los jueces. Como se describirá más detalladamente a continuación, el manual contiene consejos generales para los jueces sobre la conducción de casos en los que haya LARs, la jurisprudencia canadiense y alguna jurisprudencia inglesa sobre LARs y modelos en lenguaje llano para una multitud de situaciones con el fin de garantizar que los LARs comprendan los procedimientos.

2. El Proyecto Nacional de Litigantes Auto Representados

En mayo de 2013, el Proyecto Nacional de Litigantes Auto Representados (PNLAR) dirigido por la Dra. Julie Macfarlane emitió su informe final.⁴ Como se indica en su Resumen Ejecutivo, el objetivo del estudio fue “desarrollar datos sobre la experiencia de LARs” en tres provincias canadienses. El PNLAR realizó entrevistas personales y/o entrevistas a grupos específicos con 259 LARs. También se llevaron a cabo entrevistas con proveedores de servicios tales como funcionarios de los tribunales, asesores legales y similares. Las personas entrevistadas incluyeron litigantes en asuntos de familia, civiles y administrativos. Ninguno estuvo involucrado en el sistema criminal. La encuesta confirmó lo que se dijo anteriormente: la mayoría de los LARs no tenían abogado porque no podían pagarlo.

El informe hizo recomendaciones en ocho áreas: (1) formularios judiciales; (2) recursos en línea; (3) acceso a información legal; (4) otros apoyos y recursos (programas de educación, coaching o mediaciones, por ejemplo); (5) la entrega de servicios legales; (6) el rol de los jueces; (7) impacto social y consecuencias; y (8) cambio de cultura. Para este artículo, desarrollamos algunas de estas áreas.

La primera está contenida en las recomendaciones 4 y 5, tituladas *Otros Apoyos y Recursos para LARs* y *La Entrega de Servicios Legales a LARs*. Las recomendaciones en estas dos categorías hablan de iniciativas que pueden ayudar a los LARs a proceder en el proceso legal. Estas recomendaciones reconocen que el sistema tal como existe en la actualidad está diseñado para

⁴ Disponible en línea en: <https://representingyourselfcanada.com/wp-content/uploads/2016/09/srlreportfinal.pdf>. El PNLAR ha seguido recopilando información de LARs y ahora produce informes anuales. La información recopilada por el PNLAR generalmente se mantiene de año en año, con algunas diferencias menores. El informe más reciente, del 13 de febrero de 2017, está disponible en línea en: https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_publicjudicialconduct_Principles_en.pdf.

aquellos con capacitación legal y se basa en un modelo muy tradicional de prestación de servicios legales. También sufre de tensiones, cuyas fuentes son demasiado complejas para este artículo, pero que incluyen una reducción en los recursos disponibles para el sistema de justicia en general. Esas tensiones, a su vez, han dado lugar a una cultura reconocida de retraso y una inflexibilidad hacia la búsqueda de nuevas formas de resolver problemas legales. Hay varias iniciativas sugeridas en el informe, incluidos servicios de mediación y la permisión para que abogados y otros presten servicios legales de maneras nuevas y posiblemente más flexibles.

La segunda recomendación que es relevante aquí reconoce la función del juez en cambio. La encuesta reveló sentimientos encontrados sobre los jueces ante los cuales los LARs se presentaron. Hubo experiencias positivas, pero también expresiones de frustración y negatividad por la rudeza de algunos jueces. Además, los LARs se frustraron porque se les exigió comparecer ante varios jueces diferentes en lugar de tener un solo juez que manejara su caso. Como resultado de esos hallazgos, las recomendaciones incluyeron educación judicial para trabajar con LARs. Esto podría incluir capacitación para mejora en la comunicación, habilidades de facilitación y de reducción de estrés, pero también tener en cuenta los LARs al realizar nombramientos de jueces, crear un Código de Conducta para la gestión de LARs y algunos cambios específicos de procedimientos acerca de cómo los jueces hacen su trabajo, como la gestión de casos por jueces singulares.

La tercera recomendación que comentaré es la última del informe. Recomienda un cambio cultural a grandes rasgos en la manera como se prestan los servicios legales, la forma en que los jueces y los abogados piensan y la base misma del sistema legal canadiense: el sistema adversarial.

3. Otros Informes

Siguiendo el informe del PNLAR, se publicó en octubre de 2013 un informe del Comité de Acción sobre Acceso a la Justicia en Materia Civil y Familiar. El informe, titulado *Acceso a la Justicia Civil y Familiar: una Hoja de Ruta para el Cambio*, define qué significa acceso a la Justicia, promueve un cambio cultural al pensar sobre el acceso a la Justicia y establece una hoja de ruta para una mejora real. El cambio cultural involucra seis principios rectores: (1) poner al público en primer lugar; (2) colaborar y coordinar; (3) prevenir y educar; (4) simplificar, hacer coherente, proporcional y sostenible; (5) tomar medidas; y (6) enfocarse en los resultados. Además, la hoja de ruta establece una serie de iniciativas locales y nacionales que incluyen algunos objetivos innovadores, objetivos estructurales y objetivos de investigación y financiación.

Más recientemente, en 2016, el Foro Canadiense sobre Justicia Civil publicó *Everyday Legal Problems and the Cost of Justice in Canada: Overview Report (Problemas Jurídicos Cotidianos y el Costo de la Justicia en Canadá: Reporte General)*. Este estudio investigó la frecuencia con que los canadienses experimentan problemas jurídicos cotidianos y los costos de resolver estos problemas legales, física, mental y económicamente. Aunque este informe no aborde directamente los LARs, ayuda a aclarar los tipos de gastos que enfrentan los posibles litigantes y explica por qué tantos se ven obligados a auto representarse. El litigio moderno es financieramente agotador en formas que la mayoría de las personas y familias simplemente no pueden manejar.

II. La respuesta de la judicatura al aumento de LARs

Además del papel de liderazgo asumido por el CJC en la creación de la *Declaración de Principios* y el *Manual para Jueces*, hubo iniciativas tanto educativas como administrativas de los jueces, a nivel individual y colectivo, a través

de sus procesos judiciales, para aplicar la *Declaración de Principios* y las recomendaciones establecidas en el estudio de la Dra. Macfarlane acerca de los LARs.

1. El Manual para jueces

Como se señaló anteriormente, se le dio al NJI el manual para jueces del CJC sobre LARs para ponerlo a disposición de los jueces en su sitio web y para proporcionar actualizaciones cuando fuese apropiado. El manual fue elaborado por jueces, funcionarios de tribunales, académicos y abogados que trabajan en la reforma de la Justicia civil y representantes de agencias de asistencia legal. El manual aborda los LARs en procedimientos civiles, familiares, penales y de segunda instancia. Presenta un resumen de la legislación canadiense, consejos para cada tipo de procedimiento y el lenguaje sugerido para situaciones específicas. Si bien el resumen de la ley en sí está disponible para los jueces a través de otros servicios legales, el manual incluye consejos de jueces experimentados, académicos y otras personas que trabajan con LARs, así como modelos sugeridos. Estos recursos adicionales son inestimables en el cambio que los jueces deben tener al conducir juicios, solicitudes y conferencias de conciliación en los que una o ambas partes son litigantes auto representados.

El mismo período de 20 años que experimentó el crecimiento de LARs en los tribunales vio la consolidación dentro de la comunidad legal de una cultura de lenguaje llano en documentos legales, procedimientos judiciales y sentencias. Como resultado, los modelos exhibidos en el manual no requieren que los jueces hagan un cambio significativo en su idioma. Sin embargo, como en todas las profesiones, los capacitados en el sistema tienden a utilizar siglas y códigos. Los modelos ayudan a los jueces a evitar ese tipo de comunicación. Por ejemplo, el manual sugiere el siguiente lenguaje en la sección que aborda las opciones de resolución de disputas:

Las demandas pueden ser costosas y tardar mucho tiempo en concluir. Sin embargo, ir a la corte y estar en juicio no es la única forma de resolver los reclamos presentados en un proceso judicial. A veces, pueden resolverse sin un juicio e incluso sin continuar con la demanda.

2. Entrenamiento del NJI

Además de proporcionar acceso al manual, los jueces canadienses se han esforzado por abordar el aumento de LARs a través de capacitación presencial. El NJI ha organizado un programa titulado *Gestión de Casos con Litigantes Auto Representados* varias veces en los últimos años. Los objetivos del curso son

- Explorar las reglas éticas y legales que se aplican cuando se trata de litigantes auto representados;
- Proporcionar herramientas prácticas y recursos que estén disponibles para los litigantes auto representados;
- Ayudar a los jueces a identificar los factores que impulsan el comportamiento de algunos litigantes y a practicar estrategias para gestionarlos;
- Considerar lo que significa el liderazgo de la judicatura al adaptar el proceso judicial y garantizar el acceso a la Justicia.

Esos objetivos se traducen en varias sesiones donde los jueces aprenden sobre las frustraciones que los LARs pueden experimentar debido a las diferencias culturales, el estrés o los problemas de salud mental, por ejemplo. Estos programas les permiten a los jueces aprender estrategias para comunicarse con los LARs. Los jueces también trabajan con situaciones hipotéticas que exploran los problemas éticos que pueden surgir cuando se ven obligados a equilibrar su obligación de ser imparcial con la obligación de ayudar a los LARs, tal como se establece en la Declaración de Principios.

Un aspecto importante del curso es proporcionar a los jueces información sobre los recursos disponibles para ayudar a los LARs en sus jurisdicciones y alentarlos a asumir un rol de liderazgo, individualmente y a través de su comité de la judicatura, para mejorar los servicios disponibles para los LARs. Lo que no queda evidente de la exposición de las iniciativas formales expuestas anteriormente es que los jueces están trabajando en una variedad de proyectos para ayudar a los LARs. Se ha hecho de tribunal por tribunal y desarrollado bajo las necesidades específicas de la población local. Durante años los jueces han entendido la necesidad de modificar el sistema judicial para que se ajuste a los LARs. La pregunta ha sido cómo hacerlo. Algunos proyectos han sido exitosos, algunos han sido abandonados.

III. Conclusión

Los últimos 20 años han mostrado un cambio significativo en la forma en que operan los tribunales civiles y de familia. En gran parte, es debido a la cantidad de litigantes que acuden a la corte sin un abogado. El sistema adversarial de common law del siglo XX suponía que habría defensores legalmente capacitados para representar a los litigantes. Como resultado, se han desarrollado reglas de derecho sustantivo, procedimentales y de prueba que eran comprensibles para abogados pero complejas para los que no son abogados. Dependía de los abogados defender su caso, llegar a acuerdos con la otra parte y proporcionar el asesoramiento necesario a su cliente. El reto que se ha creado con el aumento de los LARs es ajustar el sistema para garantizar que las complejas reglas no alejen a los litigantes de los tribunales. Además, a diferencia de los abogados que pueden apartarse del elemento emocional, los LARs tienen una capacidad más limitada para considerar la solución en razón de la inversión emocional que se le atribuye a su caso. Como resultado, los jueces y los administradores judiciales deben establecer un proceso que alienate la consideración de acuerdos. No hacer estos ajustes sería un gran golpe contra la confianza

del público en el sistema judicial y el estado de derecho, ya que no verán al Poder Judicial como un lugar razonable para resolver sus disputas, ya sea por juicio o acuerdo. La investigación y el pensamiento expuestos anteriormente son solo un comienzo. Los actores del sistema tienen una mejor idea de cuáles son los problemas, pero el trabajo continuo del PNLAR muestra que no hemos encontrado todas las soluciones. ■

Referencias

Canadian Forum on Civil Justice [*Foro Canadiense sobre Justicia Civil*] (2013). Access to Civil and Family Justice: A Roadmap for Change [*Acceso a la Justicia Civil y Familiar: Una Hoja de Ruta para el Cambio*] http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/AC_Report_English_Final.pdf

Canadian Forum on Civil Justice [*Foro Canadiense sobre Justicia Civil*] (2016). *Everyday Legal Problems and the Cost of Justice in Canada: Overview Report* [*Problemas Jurídicos Cotidianos y el Costo de la Justicia en Canadá: Reporte General*] <http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/Everyday%20Legal%20Problems%20and%20the%20Cost%20of%20Justice%20in%20Canada%20-%20Overview%20Report.pdf>

Canadian Judicial Council [Consejo Canadiense de la Judicatura] (2004). *The Ethical Principles for Judges* [*El Principio Ético para Jueces*] https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_en.pdf

Canadian Judicial Council [Consejo Canadiense de la Judicatura] (2006). *Statement of Principles on Self-represented Litigants and Accused Persons* [*Declaración de Principios para Litigantes Auto Representados y Personas Acusadas*] http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_other_PrinciplesStatement_2006_en.pdf

Judges Act [Ley de Jueces] (RSC 1985, J-1). <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/J-1/>

National Self-Represented Litigants Project [*Proyecto Nacional de Litigantes Auto Representados*] (PNLAR) (2013). Informe final <https://representingyourselfcanada.com/wp-content/uploads/2016/09/SRLreportfinal.pdf>

NSRLP [PNLAR], Informe final del 13 de febrero de 2017. https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_en.pdf

Pintea v. Johns, 2017 SCC 23, Corte Suprema de Canadá. <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2017/2017scc23/2017scc23.html>

Alexandre Morais Da Rosa y
Fernanda E. Nöthen Becker

Doutor em Direito (UFPR). Professor da UFSC e UNIVALI. Juiz de Direito (TJSC). // Mestranda em Direito (UFSC). Analista jurídico (TJSC)

Audiência de custódia no Brasil: desafios de sua efetiva implementação

Introdução

Sem dúvidas, a dimensão em que a audiência de custódia se localiza é a da vida real; do estado de coisas que acabou por conformar ou deformar a previsão em abstrato da lei. A realidade em termos de recursos finitos com que o Estado conta, mais finitos ainda quando se trate do sistema prisional e de persecução penal, recomenda e dá razão de ser à medida da audiência de custódia. A repelência que casos de injustiça provoca para aqueles que tratam do problema do delito e sua gestão legítima o esforço e os custos da medida, bem assim sua imediatidade no ordenamento jurídico brasileiro pela via rápida da edição de resolução administrativa. Essa repelência diante da possibilidade de injustiças e erros, ademais, deveria existir. E para isso a audiência de custódia. Porém, como em outras searas, a generalização é uma atitude que despreza a complexidade do real e representa um modo confortável de viver, em que não se é confrontado pela possibilidade maior de errar. Afinal, para aqueles que judicam no crime, quanto não custará tomar

consciência de que, da grande parcela de culpados, existem os azares da existência, as injustiças, o jogo sujo, que resultam nos casos dramáticos de prisões malconduzidas, de prisões desnecessárias, de prisões desproporcionais. Viver fundamentando a existência numa dicotomia facilitada e pronta para usar das generalizações denota um conforto monárquico daqueles que detêm o poder e com ele identificam-se. Assim, as generalizações em desfavor dos que estão expostos ao sistema prisional medieval em vigor são a raiz cínica que resiste à efetivação real da audiência de custódia.

No entanto, para aqueles que partem de matriz cognitiva que leva a presunção de inocência a sério, a ideia da “audiência de custódia” é solução intuitiva de modelo possível para se coibir os conhecidos abusos da prisão em flagrante e seu mau uso. A louvável iniciativa do Conselho Nacional de Justiça apenas regulamentou a previsão legal já existente no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica),

reforçada diante do reconhecido *status* supralegal desses documentos. Abusos, ilegalidades, torturas ou maus-tratos que até então eram (deveriam ser) verificados apenas após o decurso de longos dias, meses (em alguns casos até anos) até quando da audiência de instrução e julgamento – e se nela pudessem ser verificados. Assim como a prisão em flagrante exige o calor da evidência do delito ainda, da mesma forma a audiência de custódia se fundamenta nessa premissa, pois o contato imediato do juiz com o conduzido e testemunhas pode representar aproximação mais fiel dos fatos, do suposto autor do delito e de suas circunstâncias e risco à garantia da instrução.

Em ambiente em que a racionalização em desfavor do acusado é premente, quantas prisões já não foram mantidas “já que o acusado ficou preso até agora”, dentre outros argumentos confessos ou inconfessos de natureza pouco republicana. Tudo isso para que se mantivessem coerência procedimental e racional, diante de erros que a falta de uma iniciativa tal qual a da audiência de custódia poderia conduzir o juiz. Da análise das prisões em flagrante, um contato imediato juiz-conduzido sempre figurou como alternativa à narração padronizada dos Autos de Prisão. Os mecanismos práticos que se instauram em qualquer profissão compreendem a narrativa e instrução pasteurizada dos autos, em que cada um é mais um, e perfeitamente aptos a diluir abusos, inclusive de ordem física. O auto de flagrante se torna, assim, incapaz de coar as peculiaridades de cada caso, e a decisão que se seguirá tendo em vista apenas a narrativa é angustiada. Ou deveria ser, diante da gravidade da prisão preventiva e seus impactos no sujeito. Daí a importância das regras do jogo, da legalidade, serem respeitadas.

A perspectiva da audiência de custódia que ora se propõe apresentar considera a interação da normativa, dos agentes e da realidade tal como acontece, e que foi desenvolvida em sentido amplo no livro “Guia do Processo Penal

conforme a Teoria dos Jogos”¹. E essa perspectiva se dá com base na metáfora do Jogo², aproximada à disputa no processo, em que a matriz formal teórica encaixa-se como dispositivo possível para que se possa analisar de forma mais aproximada ao que efetivamente acontece, dada a relevância do fator da interação em sua abordagem.

A capacidade de se desenhar a interação possível e seus resultados, antecipando consequências em vista de se estar diante de jogadores distintos, com mapas mentais e convicções que não são homogêneas apesar da homogeneidade das posições que ocupam no processo, e a capacidade de lhe reconhecer as peculiaridades ganha relevância maior: pode ser a diferença entre vitória e derrota. Isso porque a partir da matriz do jogo pode-se estar preparado para atuar diante da multifacetada realidade, cuja intromissão violenta no mundo das prescrições abstratas é impactante. Assim é que a relevância e importância que se deve dar à leitura dos contextos, bem como à interação humana no âmbito da audiência de custódia, implica compreender que, dada a largada, isto é, aberta a audiência, esta passa a se situar no campo do acontecimento, deixando de ser um sistema estável e linear, transmudando-se em instável e dinâmico – daí que o seu objetivo pode ser descaracterizado, em espécie de protesto contra a medida, em demonstração de que a matriz inquisitória pode continuar operando apesar de se realizar a audiência de custódia.

1 MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

2 MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 40: “Daí a Teoria dos Jogos para compreender o comportamento dos jogadores (internos e externos), capazes de, a partir deles, indicar as regras do jogo, mapeando as recompensas e estabelecendo as táticas e estratégias (dominantes e dominadas) em face de jogadores processuais reais. Explicar depois – retrospectivamente – os acontecimentos é tarefa mais fácil do que prever. O desafio será antecipar os movimentos de cada um dos jogadores, monitorando as recompensas e, assim, as táticas e estratégias dominantes/dominadas, o que fornecerá maior amplitude de visão e movimentação.”

1. Audiência de custódia e legalidade³: sua implementação

O julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 declarou “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional brasileiro; ainda, definiu que todos os estados deveriam adotar a audiência de custódia dentro de 90 (noventa) dias da publicação do acórdão. Essa medida possibilitou a edição da Resolução n. 213/2015 pelo Conselho Nacional de Justiça.

A implementação da audiência de custódia no Brasil surge no contexto da nova Política Nacional de Alternativas Penais do Departamento Penitenciário Nacional (Depen). As diretrizes gerais do Projeto Audiências de Custódia foram sedimentadas como finalidades dessa política, consagrada pela Portaria n. 495, de 28 de abril de 2016, do Ministério da Justiça (MJ), em que constam cinco eixos de atuação: I– promoção do desencarceramento e da intervenção penal mínima; II– enfrentamento à cultura do encarceramento e desenvolvimento de ações de sensibilização da sociedade e do sistema de justiça criminal sobre a agenda de alternativas penais e o custo social do aprisionamento em massa; III– ampliação e qualificação da rede de serviços de acompanhamento das alternativas penais, com promoção do enfoque restaurativo das medidas; IV– fomento ao controle e à participação social nos processos de formulação, implementação, monitoramento e avaliação da política de alternativas penais; e V– qualificação da gestão da informação⁴.

Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal tem determinado ao juiz local que este

cumpra a audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. A título de exemplo, a Medida Cautelar na Reclamação n. 27757/SC segue a linha de decisão que determinou a realização de audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas em caso de descumprimento, que normalmente ocorre pela falta de estrutura do Poder Executivo em apresentar o preso para a audiência, providenciando o aparato de condução, conforme Rcl n. 27.393, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, Dje 19.6.2017; Rcl n. 25.717-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, Dje 8.5.2017, dentre outras.

Apesar de prevista internamente em Resolução do Conselho Nacional de Justiça, é o artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que determina: “Toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. Diante do já reconhecido caráter supralegal das normas internacionais incorporadas em nosso ordenamento, não se pode falar de ausência de lei para a consolidação da audiência de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça⁵.

Quanto ao que seja a “condução sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei”, é interessante trazer o paralelo de legislações estrangeiras, quanto ao prazo de apresentação do preso⁶. No Reino Unido: 24 horas sem comunicação e depois dois dias

³ Extraído de compilação por mim elaborada no artigo <http://emporiiododireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/>

⁴ www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf/@download/file. Pág. 5-6. Acesso em 17.11.2017.

⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça e os pactos internacionais de direitos humanos. Revista Jurídica, Porto Alegre, v.63, n.454, p. 81-86, ago./2015. P. 83.

⁶ LIMA, Marcellus Polastri. Questões que envolvem a denominada “audiência de custódia”. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n.60, p. 205-222, abr./jun. 2016. P. 221.

para a apresentação ao juiz; França: crimes leves 24 horas, mas em crimes com pena maior de um ano 48 horas, e, em casos especiais, 76 horas. Crimes de gravidade especial de 96 a 120 horas (ex. terrorismo); Espanha: prazo de 72 horas; Alemanha: “no dia seguinte”, o que é entendido como um máximo de 47 horas e 59 minutos; Portugal: após 48 horas; Suécia: 72 horas; Colômbia: 36 horas; Chile e México: apresentação ao promotor em 12 horas e ao juiz em 24 horas; África do Sul: 48 horas.

Em 20.08.2015, na ADI 5.240/2015, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o Provimento-Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que criou a audiência de custódia. Também julgou a ADPF 347 MC/DF, que estabeleceu a obrigatoriedade de comparecimento em 24 horas perante a autoridade judiciária com base na normativa internacional⁷.

Por fim, mediante regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia transformou-se em política pública. Trata-se da Resolução CNJ 213, de 15 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Os fundamentos da normativa se encontram em diversos documentos: o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, dispondo a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; a letra

“a” do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, que defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos; a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente; uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos; a previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), que consigna ser a prisão medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas; as inovações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, que impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito, somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão; o fato de que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

⁷ VILELA, Hugo Otávio Tavares. Audiência de custódia - A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.105, n.970, p. 195-208, ago./2016. P. 196.

Assim, toda pessoa presa em flagrante delito deverá ser obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou condução. Nesta audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades. A não realização da custódia torna ilegal a prisão.

Veja-se que a previsão constante do art. 9º, “3”, do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político das Nações Unidas e art. 7º, “5”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ganhou caráter obrigatório e vinculante após as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (Adin 5240 e ADPF 347), nas quais se reconheceu a eficácia normativa da determinação em território brasileiro. Assim é que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou as Resoluções ns. 213 e 214 dispondo sobre a forma como a Audiência de Custódia deve ser realizada, bem assim os Protocolos I (Procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia) e II (Procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

O CNJ apenas conferiu densidade à normativa internacional, a ser substituída por lei assim que o Congresso Nacional deliberar sobre o tema. Mas diante da mora do Congresso Nacional a atitude do CNJ está em consonância com as decisões do STF. A sistemática do art. 306 do CPP, pois, com a incidência da normativa internacional, não será mais suficiente (CNJ, Res. 213, art. 1º, § 1º), devendo acontecer o contato direto do conduzido com

a autoridade judiciária, em audiência (que poderá ser no estabelecimento prisional – parágrafo único do art. 2º), salvo as hipóteses do § 4º, do art. 1º, da Resolução n. 213.

Excepcionalmente, segundo a Corte Interamericana, pode-se realizar por videoconferência, desde que justificada a situação fática, não podendo advir da mera comodidade dos sujeitos (Juiz, Ministério Público, Defensor, etc.). Se o defensor do custodiado estiver noutra comarca é viável sua participação por videoconferência.

A audiência será conduzida pelo Juiz, com a participação do Ministério Público e Defensor (particular ou público). No caso de defensor ter acompanhado o flagrante, deverá ser notificado para comparecer à audiência de custódia (CNJ, art. 213, art. 5º); nas demais hipóteses o conduzido será atendido pela Defensoria Pública (CNJ, art. 213, art. 5º, parágrafo único). Onde não houver Defensoria instalada, o Juiz deve previamente nomear defensores dativos para a audiência de custódia.

É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia (CNJ, art. 213, art. 4º, parágrafo único), justamente para evitar qualquer modalidade de pressão, dadas as finalidades do ato. A audiência de custódia tem por objetivos precípuos verificar a regularidade da prisão (CPP, art. 302 e 303) e eventual prática de tortura; e analisar a necessidade de medidas cautelares diversas da prisão cautelar (CPP, art. 319 e Lei da Violência Doméstica, art. 22) e os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 312), bem assim promover o encaminhamento de providências sociais.

O acusado deve ter assegurado o direito de atendimento prévio e reservado com o defensor, sem a presença dos agentes policiais ou de segurança, mas possível outro servidor público neutro, tendo em vista a garantia da

confidencialidade (CNJ, art. 213, art. 6º). Se for estrangeiro a assistência consultar e de tradutor, caso necessário, bem assim de LIBRAS. Registre-se que o uso de algemas é exceção, diante da Súmula Vinculante 11, do STF, o uso e manutenção de algemas deve ser modificado, não bastando a conveniência ou práticas já consolidadas, uma vez que a justificação deve ser idônea e analisada em cada caso, sob pena de nulidade do ato⁸.

No ato da audiência, as perguntas devem se vincular às finalidades. Não serve para confissão preliminar da conduta. O objeto da audiência é o de verificar a regularidade da prisão (em flagrante ou do mandado), a existência dos requisitos legais para decretação ou manutenção (no caso de cumprimento de mandado de prisão), sempre à requerimento do acusador, vedado de ofício, salvo nos casos de leniência com a tortura por parte do Ministério Público e da função de garante do Juiz que pode ser responsabilizado pela omissão (Lei da Tortura n. 9.455/07, art. 1º, § 2º). Isso porque a finalidade é a de averiguar a prática de tortura pelo Estado em face da contenção cautelar do agente. Os Protocolos I e II, anunciados pelo CNJ, auxiliam na orientação das perguntas e formas de atuação do Juiz Garante.

Ainda, é relevante a criação do Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), mediante o qual o CNJ criou um sistema de registro das informações referentes à audiência de custódia como um todo – tipo de delito flagrante, tipo e quantidades de medidas cautelares concedidas, partes, denúncias de tortura, etc. Assim, cada preso no Brasil terá uma autoridade judicial responsável pelo ato, com as consequências daí advindas (CNJ, art. 213, art. 7º). Por este mecanismo, a cadeia de custódia do

conduzido será monitorada, facilitando a obtenção de dados e apontando quem poderá ser responsabilizado pelas violações de Direitos Humanos.

Ainda, a fim de concretizar a monitorar a aplicação da audiência de custódia, bem como da prisão de adultos e adolescentes, a Resolução CNJ 214, de 15 de dezembro de 2015 criou o Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e nos Tribunais Regionais Federais. O projeto prevê também a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório. O objetivo é dar transparência às prisões e conduções realizadas. Cabe ao GMF a estipulação dos procedimentos à efetivação da normativa do CNJ, bem assim articular com a rede e as Centrais de Penas Alternativas e de Monitoramento, ações conjuntas de efetivação de controle das cautelares e encaminhamentos sociais.

Embora se saiba da falta de estrutura do sistema penal em geral, não se pode tolerar a não implementação sob justificativas dessa natureza. O grave problema é manter-se um regime de prisão cautelar em que não há controle efetivo sobre as práticas da força policial, em que as reiterações de violações não são exceção. O Juiz precisa assumir seu lugar de garante e responder por sua atuação. O CNJ ao dar efetividade à normativa internacional, no fundo, promove a transparência e *accountability* do Poder Judiciário em face de qualquer pessoa segregada do seu direito de ir, vir e ficar. A qualidade da prisão e da decisão judicial restam potencializadas. Daí a importância da normativa complementar editada pelo Conselho Nacional de Justiça que torna homogênea a prática das audiências de custódia.

8 CANI, Luiz Eduardo. Não realização de audiência de custódia gera defeito processual insanável, sendo necessário revogar medida(s) cautelar(es) sem possibilidade de exercício do contraditório. Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v.18, n.71, p. 141-158, nov./dez. 2015. P. 154.

2. Fatores que limitam a cognição na audiência de custódia

O processo de tomada de decisão deve ser transparente e a maneira de abordá-lo deve necessariamente passar pelo diálogo necessário sobre impacto humano e emoções⁹. O objetivo é discutir os processos mentais subjacentes de tomada de decisão no momento da audiência de custódia¹⁰. A bifurcação que atravessa o caminho entre a prisão e a soltura na audiência de custódia é povoada por critérios individuais no tocante à gravidade, probabilidade de ação futura do conduzido e o impacto emocional que a conduta, o acusado e eventual vítima promovem no sujeito juiz. Há um juízo de utilidade da prisão, com postura de assunção ou aversão ao risco da liberdade, enfim, da utilidade esperada da decisão no contexto da recompensa individual (do juiz) e dos efeitos coletivos da decisão, como será desenvolvido a seguir.

Discutir-se-á, assim, os possíveis comportamentos do julgador. Como abordar a tomada de decisões? Do ponto de vista abstrato e normativo o caminho deveria ser: 1) Há prisão em flagrante, nos termos dos arts. 302 e 303 do CPP? 2) O conduzido é presumivelmente inocente a partir do art. 5º, LVII, da CR; 3) A prisão cautelar deve se fundamentar na garantia do processo, em geral, pela garantia da ordem pública, instrução criminal e aplicação da lei penal, na diretriz do art. 312 do CPP, de caráter instrumental; 4) Devem existir elementos palpáveis e concretos do preenchimento dos requisitos legais, não bastando a gravidade abstrata do crime ou a opinião do julgador.

Mas a questão ganha contornos trágicos porque não se trata de discussão teórica. Há um caso a ser construído e uma decisão a ser tomada, em face da verificação do risco e da incerteza. A distinção entre risco e incerteza, todavia, pode se mostrar ambígua do ponto de vista fático. Daí que o comportamento judicial encontra no mapa mental do julgador questões emocionais, não tratadas normativamente, que podem roubar a cena decisória. É sob esse fluxo que a atitude do julgador pode modificar a diretriz da solução, devendo-se inventariar o contexto e os critérios pessoais que incidirão no momento de tomada de decisão.

A função que o julgador atribui ao processo penal (segurança pública, garantia individual ou a mescla das duas funções) altera os destinos do texto normativo. Assim, arrisco dizer que, diante dos aspectos fáticos e do impacto emocional decorrente do contato com as narrativas e com o conduzido, as motivações individuais podem ser tomadas por diversas heurísticas e vieses. Embora se pretenda – imaginariamente – uma decisão isenta de fatores emocionais, a realidade da decisão (basta perguntar privadamente aos julgadores) desliza para razões subjetivas omitidas na motivação. Há um modo ornamental de apresentar a decisão, subtraindo aspectos que não poderiam compor o mecanismo da decisão. Mas o problema é que operam. Dar-se conta desse oceano subjetivo é um ganho para quem pretende atuar em jogos processuais de custódia, porque do contrário, será incapaz de entender os desafios reais do caso penal.

A questão será a do enquadramento dos riscos e da responsabilidade pessoal, inserida em um contexto de decisão. Isso porque a depender da “sensação de violência” construída (pessoal e midiaticamente) na comunidade em que a decisão será tomada, bem assim dos efeitos (positivos e negativos, em síntese: externalidades decisórias), o julgador pode adotar uma postura de aversão ou não ao risco da liberdade.

⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

¹⁰ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2017; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e Processo Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; MAIS, Carlos Velho. A audiência de custódia e cultura do encarceramento no Brasil. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

A postura *standard* será a da manutenção da prisão para evitar a responsabilidade da liberdade. De certo modo, uma “aversão ao risco decisório” que o impele a tomar medidas de contenção que servem de mecanismo de proteção pessoal (reputação, responsabilidade, etc.). Ainda que do ponto de vista normativo a racionalidade indique a liberdade, os deslizamentos imaginários negativos sobre os possíveis efeitos da decisão de liberdade servem de freio e de constrangimento à decisão. Pode-se arriscar, deste modo, afirmar que tal motivação subjacente do comportamento vai figurar como razão maior para uma prisão, ainda que não dita.

A decisão de prisão cautelar incide, também, no viés invertido: em vez de se focar nas evidências da necessidade, adequação e proporcionalidade da prisão (CPP, art. 282), enquadra-se na ausência de informações adequadas do “direito à liberdade” que é transferido à defesa que, diante do exíguo prazo da audiência, tem dificuldades probatórias, já que não consegue, em geral, amearhar documentação hábil a demonstrar os vínculos (pessoais e de trabalho) do conduzido.

O dilema se posta nos critérios para tomada de decisão na bifurcação: manter ou não o conduzido preso? O trajeto mental/narrativo do comportamento decisório, então, faz diferença. Se o julgador reconhece que a carga probatória é da acusação –como deveria ser– comporta-se de modo diverso do que o padrão; fortemente influenciado pela mentalidade inquisitória, indica, a saber, o da necessidade de contenção até prova em contrário das garantias de liberdade. O modo prevalente de pensar, então, inverte a lógica democrática. Não se dar conta do viés cognitivo incidente na ampla maioria da magistratura é um erro tático comum. Essa explicação parece plausível no contexto brasileiro, embora de tão evidente, pareça novidade para alguns.

O fator decisivo será o nível de aversão ao risco associado ao baixo nível de informação

aderido ao contexto da decisão que posterga a análise para momento posterior, especialmente depois de citado o acusado. Aliás, a garantia de citação do acusado é um fator de gerenciamento de processos criminais que deveria ter maior preocupação. A não localização gera o efeito de suspender o processo (CPP, art. 366) e a cobrança do representante do Ministério Público sobre o possível erro de avaliação que, embora se dê em um processo singular, gera efeitos nas decisões posteriores. O julgador tem memória e as experiências negativas com acusados não localizados pode ser um dos critérios para o comportamento futuro. A apresentação do acusado e as garantias de comparecimento, sem caráter postergatório, podem auxiliar na argumentação pró-soltura.

A audiência de custódia acaba com o conforto da decisão imaginada pelo flagrante¹¹, exige contato humano, com o impacto que proporciona, fazendo com que se possa prender melhor, a partir das razões que forem apresentadas. Nos estados em que já está sendo implementada, muitos opositores se renderam à qualidade do ato, até porque sustenta o lugar de garante do Juiz, tanto pelos flagrantes, prendendo quando for o caso, bem assim evitando que pessoas fiquem presas para além do necessário. Controla-se, por fim, os casos de tortura reais ou inventadas, e os casos bizarros de prisões insignificantes que duram meses até anos.

Você pode estar pensando que não deveria ser assim. Concordo com você. Entretanto, em um processo penal como ele é, no estilo Nelson Rodrigues, pode ser muito mais inteligente e estratégico considerar esses fatores do que viver no mundo da lua, sem considerar que emoções podem predominar. A embalagem de racionalidade das decisões é violada reiteradamente, embora a cegueira deliberada,

11 Extraído do artigo publicado no Conjur com Aury Lopes Júnior, <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>

em nome da absoluta razão, seja o semblante do que se passa. Mas você escolhe como proceder. Se você ficou indignado com essas considerações, pode compreender como a emoção participa do processo de decisão.

Tome-se como exemplo o chamado efeito *priming*¹², que é o efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que nossos sentidos acabaram de captar, mesmo ausentes informações do caso. É o que ocorre quando se depara com a narrativa de uma peça de flagrante, que dê conta de um crime bárbaro, por exemplo – a antecipação do sentido vai operar.

O efeito priming, aliás, é um grande justificador da razão de ser da audiência de custódia. Isso porque não se terá à frente de si o papel e sua narrativa que muitas vezes pinta de forma pior (ou melhor) o conduzido. Tere-mos defronte um sujeito de carne e osso, idade, contexto, história, razões que o levaram a estar nessa situação. O impacto humano proporcionado pela imediatidade da apresentação poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos, e as decisões poderão partir de outras premissas, e considerarem maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação. Nesse contexto é que a substituição da apresentação por videoconferência é preocupante, uma vez que garante o cumprimento apenas formal da normativa, esvaziando o instituto¹³, especialmente diante dos objetivos de humanização que representa.

Um dos aspectos não contabilizados pelo modo de pensar inquisitório é que o recrutamento nas prisões preventivas gera a situação clássica da Tragédia dos Comuns;

isso porque o Estado, quanto mais prende (e prende mal) tem de arcar com mais recursos para prender gente. Pode-se dizer que sofrem da deformação do especialista, pois como são agentes vinculados ao sistema penal, respondem, quase sempre, com pena. E essa atitude está levando à falência. Portanto, ainda que não se adote a linha constitucional da presunção de inocência, pode-se pensar a partir da teoria dos custos – a prisão não é grátis, e, apesar de sua gritante aberração estrutural, continua sendo muito cara.

3. Artíficos da narrativa: quando o juiz manipula a audiência de custódia

O relatório do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) “Implementação das Audiências de Custódia no Brasil – análise de experiências e recomendações de aprimoramento”, publicado em 2016 menciona que o acompanhamento presencial das audiências efetuados pela consultoria confirmou “o relato de que as audiências de custódia ocorrem muito mais voltadas ao cumprimento do ritual que lhes foi imposto do que para averiguar a real necessidade de manutenção da prisão e as reais circunstâncias da prisão”¹⁴.

A potencialização do caráter antropológico do ritual judiciário¹⁵ é um valor inestimável da audiência de custódia, pois fortalece o contato pessoal, o olho no olho, a responsabilidade pela palavra dada, seja por parte do imputado (que ali assume um compromisso com o juiz pela liberdade concedida), seja por parte do juiz. É ainda um ato ético, alinhado com a ética da alteridade. Na dimensão processual,

12 Extraído do artigo publicado no Conjur com Aury Lopes Junior. <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>

13 Extraído do artigo publicado no Conjur com Aury Lopes Junior. <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>

14 <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf/view>. Pág. 43.

15 Extraído do artigo publicado no Conjur com Aury Lopes Júnior, <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>

fortalecemos a estrutura dialética, pela presença do Ministério Público (que pedirá ou não a prisão preventiva, acabando com a absurda ‘conversão do flagrante em preventiva sem pedido’), e também da defesa (permitindo o real contraditório neste ato tão importante). Tudo em contraditório, com oralidade e contato direto e pessoal com o juiz.

Claro que não se olvida a periclitante situação que os policiais militares, agentes públicos, estão expostos. Fatores desde carência de recursos humanos e materiais, contato intenso e violento com a criminalidade em todos os níveis, a necessidade do embrutecimento para “aguentar” trabalhar nas ruas, são causas complexas que envolvem esses agentes na violência policial¹⁶. Portanto, com mais razão a audiência de custódia tem o condão de estabelecer espécie de contraditório necessário com essa realidade das ruas, uma vez que o contato direto com o magistrado pode deflagrar diferentes conclusões a partir de detalhes, os quais não se imagina assumirem relevância.

O objetivo é o de reduzir os custos do encarceramento. Afinal, a prisão deveria ser o último recurso, em face de o condenado retornar ao convívio social¹⁷. Ainda, a ideia fundamental do ato da audiência de custódia é a possibilidade de garantia da celeridade, de modo que a prisão seja examinada por diferentes perspectivas¹⁸, ainda sob o calor da imediatidade dos acontecimentos. Na verdade, trata-se de triagem mais consistente do trabalho da

polícia militar nas ruas, que pode ser vista como um importante coador dos fatos graves que realmente ensejem prisão dos não graves, mas que, pela simples narrativa e burocracia, talvez se revertissem em preventiva.

Não somente isso: o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski escreveu¹⁹ que “o prematuro ingresso no sistema prisional de pessoas não comprometidas com o crime organizado fortalece as facções criminosas”, aduzindo ainda que além da economia aos cofres públicos, a medida pode diminuir os impactos sociais da prisão preventiva, impostos às famílias e comunidades. Portanto, aqueles que manipulam a audiência de custódia, cinicamente, podem compreender que estão agindo como parte da estrutura que apenas retroalimenta mais violência. Do mesmo artigo extrai-se relevante dado: cerca de cinquenta por cento dos presos em flagrante apresentados face a face com um juiz são soltos, representando economia de R\$ 4,3 bilhões ao poder público nos próximos doze meses.

Entretanto, para movimentação pela desnaturação da audiência de custódia em suas premissas. Atos coletivos, videoconferência, dentre outras posturas revelam a assepsia que se quer instaurar, a fim de que não possa haver contato sensível entre magistrado e conduzido. Quer-se cada vez mais distância, sem sentir nem o cheiro daquela pessoa que se está destinando à morte social, na prática²⁰. É mais fácil virtualizar, distanciar, dessensibilizar. Quando os acusados se tornam meras presenças no cotidiano de trabalho do juiz, existe algo muito errado. Esse deslocamento, a retirada do caráter humano e da realidade

16 ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.13, n.73, p. 106-129, ago./set. 2016. P. 114.

17 OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MESSIAS, Wellinton Jacó. Audiência de custódia como garantia dos direitos fundamentais do acusado e concretização de política pública eficiente na área de segurança. *Revista jurídica Porto Alegre*, v.63, n.456, (out./2015), p. 77-97.

18 LEAL, César Barros. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a audiência de custódia. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, Porto Alegre, v.5, n.20, p. 5-19, jan./mar. 2017. P. 17.

19 LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiência de custódia e o direito de defesa. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.12, n.67, p. 114-115, ago./set. 2015. P. 115.

20 LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.10, n.60, p. 5-17, jun./jul. 2014. P. 16.

da vida (injustiça, azares, estar no lugar errado na hora errada) do espectro de decisão do juiz pode ser uma forma de defesa diante do sofrimento²¹ e diante da possibilidade de erro – como uma linha de montagem de um abatedouro, feita para que o trabalhador isolado não entre em contato com a realidade da morte. Se erro, não importa, é mais um nome, como muitos tão parecidos, que figuram nos autos de condução. É nesse contexto que a audiência de custódia se erige como garantia basilar da concretização da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Do mesmo modo, atitudes como a insistência na permanência de acusados algemados, algumas vezes uns aos outros, todos assistindo a audiências coletivas, viola a Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal e podem ser anuladas por força de reclamação junto ao STF. Mas outros problemas são advindos das tentativas de descaracterização. A primeira é a transformação do crime de ação pública incondicionada de tortura (Lei 9.455/97) em simples lesões corporais, indagando-se sobre o interesse do conduzido em representar contra o agente. Quando realizam tal conduta, magistrados e membros do Ministério Público podem estar incidindo na conduta criminal do parágrafo 2º, do artigo 1º, da Lei 9.455/97, por não exercerem a função de garante. A omissão pode ser criminosa.

A segunda é a manipulação da finalidade da audiência, transmutada em verdadeiro interrogatório, sem acusação formalizada. Confundem o ato de audiência de custódia com a produção antecipada de provas, em que se busca, não raras vezes, a confissão do conduzido. É a inversão da lógica do devido processo legal. Munidos de mentalidade inquisitória, buscam facilitar a instrução e eventual condenação, mediante perguntas sobre a conduta e com

sorriso nos lábios. Nesse caso, o material da audiência viola diversas garantias constitucionais e deveria ser declarado nulo, com a exclusão do ato, inclusive física. Trata-se, assim, de uma economia mental perniciosa, custosa ao Estado e apenas mais geradora de violência.

Conclusões

A audiência de custódia se constitui de mecanismo democrático de garantia da apresentação física do conduzido à autoridade judiciária para fins de verificação da legalidade da prisão, ocorrência de abusos pela autoridade policial, análise da custódia cautelar e/ou aplicação das medidas cautelares. Entretanto, como configura inovação à rotina previamente estabelecida dos juízes, acaba por se sujeitar à má compreensão de certa parcela da magistratura²². Alguns de má-vontade, e outros por má-fé, muito em decorrência da mentalidade inquisitória, assim, a audiência de custódia acaba por ser instrumentalizada para finalidades desconformes a seus objetivos de criação.

A audiência de custódia é ato individual, feito para aferir, em cada condução, os requisitos de validade e, também, diante da intervenção do Ministério Público e do defensor/advogado, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade de sua manutenção. Proporciona melhor qualidade e quantidade de informação capaz de tornar, tanto a decisão que decreta a preventiva, como a decisão que solta o agente, mais próxima da realidade e do impacto humano proporcionado pelo contato pessoal do conduzido. Logo, audiências coletivas, com diversos acusados em conjunto, violam a individualização do caso penal e devem ser anuladas.

21 <http://emporiiododireito.com.br/impressoes-sobre-direito-e-literatura/>, Alexandre Morais da Rosa e Fernanda Becker, em 25/02/2017.

22 MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

Cabe aos operadores do Direito lutar pela implementação da audiência de custódia em patamares democráticos, convencendo parcela da magistratura da relevância do ato. A postura autoritária do magistrado implicará, em breve (assim se espera), decretações de nulidade e, por via de consequência, maior ineficiência do sistema penal. A ausência de cultura democrática servirá, paradoxalmente, para nulificar atos judiciais por ausência de conformidade legal, colocando muitos conduzidos que poderiam ficar presos — já que não defendemos soltar todos — liberados pela má-vontade de parcela da magistratura que se nega a cumprir regras.

As regras do jogo mudaram. Não se pode ficar como adolescentes revoltados negando-se a cumprir normas jurídicas declaradas constitucionais pelo STF. Podemos ou não concordar. Deixar de cumprir não é algo que se espera de agentes públicos que fizeram o juramento de cumprir a Constituição e as leis em vigor. A arrogância e a má-vontade corroboraram o quadro do paroxismo do sistema penal, em que a pena real é aumentada muitas vezes por condutas como esta. ■

Referências

ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.13, n.73, p. 106-129, ago./set. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Autora: Paula R. Ballesteros. Coordenação: Victor Martins Pimenta (Coordenador-Geral de Alternativas Penais) e Diogo Machado de Carvalho (Coordenador de Promoção da Política de Alternativas Penais). Documento resultado do produto “Relatório sobre a implementação das audiências de custódia” no âmbito de consultoria técnica especializada para produção de subsídios com vistas ao fortalecimento da política de alternativas penais, sob supervisão de Diogo Machado de Carvalho, projeto BRA/011/2014 – Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional Brasileiro, parceria entre Departamento Penitenciário Nacional e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>.

CANI, Luiz Eduardo. Não realização de audiência de custódia gera defeito processual insanável, sendo necessário revogar medida(s) cautelar(es) sem possibilidade de exercício do contraditório. *Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v.18, n.71, p. 141-158, nov./dez. 2015.

LEAL, César Barros. O Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e a audiência de custódia. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, Porto Alegre, v.5, n.20, p. 5-19, jan./mar. 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiência de custódia e o direito de defesa. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.12, n.67, p. 114-115, ago./set. 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. Questões que envolvem a denominada “audiência de custódia”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.60, p. 205-222, abr./jun. 2016.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.10, n.60, p. 5-17, jun./jul. 2014.

MAIS, Carlos Velho. A audiência de custódia e cultura do encarceramento no Brasil. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JR., Aury. Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JR., Aury. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1) Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JR., Aury. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 2) Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O que você precisa saber sobre audiência de custódia. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; NÖTHEN BECKER Fernanda E. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/impressoes-sobre-direito-e-literatura>.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça e os pactos internacionais de direitos humanos. Revista Jurídica, Porto Alegre, v.63, n.454, p. 81-86, ago./2015. P. 83.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MESSIAS, Wellinton Jacó. Audiência de custódia como garantia dos direitos fundamentais do acusado e concretização de política pública eficiente na área de segurança. Revista jurídica Porto Alegre, v.63, n.456, (out./2015), p. 77-97.

PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e Processo Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. Audiência de custódia - A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.105, n.970, p. 195-208, ago./2016.

Constanza Gigena

Abogada, investigadora del Centro de Estudios de Justicia de las Américas e integrante del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.

Audiencias cautelares en Bolivia: hallazgos centrales de un estudio empírico

Resumen

La prisión preventiva, una de los aspectos medulares a considerar en la implementación de las reformas procesales penales en la región, continúa siendo al día de hoy un desafío constante en la implementación de los sistemas adversariales en la justicia penal. La situación en Bolivia no ha sido la excepción, y el artículo reseña una de las últimas iniciativas emprendidas en ese país en la materia, en las cuales el Centro de Justicia de las Américas (CEJA) tuvo la oportunidad de participar.

El artículo considera algunas cuestiones de contexto: en qué medida tomamos a la prisión preventiva una deuda pendiente de la reforma y las dificultades de revertir su aplicación casi automática; para luego reflexionar sobre uno de los factores que inciden en el objeto de estudio, en este caso la dinámica que adquieren las audiencias de medidas cautelares en Bolivia; y finalmente reseñar una de las propuestas elaboradas por el CEJA.

Introducción

Uno de los objetivos de las reformas a los sistemas penales latinoamericanos iniciadas en 1990 para la implementación de sistemas de corte acusatorio, fue la racionalización de la detención preventiva, con el objetivo de revertir una situación preocupante: como consecuencia de su aplicación casi automática en las investigaciones preparatorias, un desproporcionado número de personas se encontraban privadas de libertad preventivamente. Por tomar unos ejemplos y según fuentes consultadas (CEJA, 2013, p 45) con anterioridad a la entrada en vigencia de sus respectivas reformas, el porcentaje de detenidos/as preventivos/as ascendía a 84.2% en Buenos Aires (1997), 72% en El Salvador (1998) y 95% Paraguay (1996).

El Estado Plurinacional de Bolivia no ha sido la excepción y, como veremos en este artículo, ha emprendido grandes esfuerzos a los fines de ajustar su sistema de justicia a los estándares internacionales de respeto de las garantías en

el proceso penal¹. El propósito de este artículo es abordar una de esas iniciativas más recientes, en las que desde el CEJA hemos tenido la posibilidad de participar².

Reconociendo que se trata de un fenómeno multicausal, en el que entre otros confluyen aspectos de política criminal, normativos, institucionales, académicos, de organización y gestión y prácticos, nos hemos centrado en esta última dimensión por creer que es una de las más relacionadas con la efectividad de las audiencias orales –eje central del sistema adversarial–. Tomando la experiencia de estudios y trabajos que abordaban la temática (CEJA, 2009, 2013 y Fundación Construir, 2012 y 2014, Defensoría del Pueblo, 2016) realizamos entre fines de 2016 y la primer mitad del 2017 una investigación que concluyó en el Estudio Diagnóstico de la Detención Preventiva en Bolivia (2017) (en adelante el Estudio), enfocado en la dinámica de las audiencias y en el desempeño de los actores en la litigación y conducción de audiencias y del cual surge la información que aquí se presenta.

La detención preventiva, una deuda pendiente de la reforma

El Estado Plurinacional de Bolivia es uno de los países de América Latina que presenta mayor tasa de detenidos preventivos en la actualidad³ y en los últimos años este ha sido

uno de los temas instalados en su agenda política.

Desde los tres órganos del Estado se han tomado medidas para paliar esta situación, de forma tal que en un repaso rápido encontramos la Ley de Descongestionamiento y Efectivización del Sistema Procesal Penal (Ley N° 586/2014), dos planes de Descongestionamiento diseñados y ejecutados por el Órgano Judicial (2015a y 2015b) y, de la mano del Ejecutivo, diversas leyes de indulto y amnistía dictadas desde el año 2012 a la fecha (Decretos Presidenciales 1145/2012, 1723/13, 2131/2014, 2437/2015 y 3030/2016); todo lo cual tuvo una fuerte influencia junto a otros factores para que el porcentaje de detenidos descendiera de 71,17 % en el período del 2015 (Instituto Nacional de Estadísticas, 2017, tabla 3090405) a 69% en el 2016 (Defensor del Pueblo, 2016, p. 21).

No obstante estas iniciativas, la realidad muestra altos índices de aplicación de detención preventiva, lo que quiere decir que aún no se ha logrado llegar a una aplicación racional y acorde con lo que exigen los estándares internacionales⁴. Se observó también que aunque ha habido una leve tendencia decreciente, los porcentajes de presos sin condena continúan siendo altos, como se expresa en el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Evolución de la tasa de personas detenidas preventivamente sobre el total de privadas de libertad en Bolivia

2000	2005	2010	2015	2016
66.4 %	74.0 %	77.2 %	71.17 %	69.0 %

Fuente: elaboración propia en base a los datos publicados por World Prison Brief (Institute for Criminal Policy Research, 2017) y el Instituto Nacional de Estadísticas (2017).

- 1 Respeto por las garantías de juicio previo y presunción de inocencia, los principios de contradicción, excepcionalidad, proporcionalidad y provisionalidad.
- 2 Surgió de en una consultoría encomendada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el marco de un proyecto suscripto entre esta institución y el Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia (PNUD, 2016), culminando con tres productos: un Estudio diagnóstico de la detención preventiva en Bolivia (2017), un Protocolo de dirección de audiencias de Medidas Cautelares (2017), en adelante “el Procoló” y un curso de capacitación para jueces y juezas de los Juzgados de Instrucción Penal de los distintos distritos del Estado boliviano.
- 3 Se encuentra tercero en el ranking de países de sudamérica con mayor porcentaje de personas detenidas sin condena, según el World Prison Breaif del Instituto para la investigación

- 4 Ver nota 1.

Retomando lo señalado en el Estudio (2017), indicábamos que las principales problemáticas en la región, asociadas al uso desmedido de la privación preventiva, se relacionan en mayor medida con las dificultades para consolidar la lógica cautelar que tuvieron las reformas en América Latina (Riego & Duce, 2013). En términos breves esa lógica consistía en racionalizar la aplicación de prisiones preventivas y tenía como principal consecuencia esperada el abandono de su uso como pena anticipada o situación extorsiva tendiente a obtener una confesión. Se trataba de consolidar una exigencia según la cual la privación de libertad de la persona sujeta a proceso se justificara sólo cuando fuera indispensable para neutralizar los riesgos de que el juicio o sus consecuencias se vieran frustradas.

En Bolivia, esta lógica cautelar se vio plasmada primero en la dimensión normativa cuando con la Reforma Procesal Penal de 1999 se regularon los supuestos material y procesal como condiciones de procedencia, a la vez que se receptaron los principios que regirían –sin excepción– su aplicación, y estableciendo límites temporales para su duración. Adicionalmente, se incluyó un catálogo de medidas de coerción de menor intensidad⁵, lo que vino a reforzar al menos en la ley los principios de proporcionalidad y excepcionalidad.

En el ámbito práctico, el nuevo paradigma trajo exigencias y desafíos a los y las actores/as del sistema de justicia, en tanto el trabajo en el marco de proceso acusatorio es

diametralmente opuesto a uno inquisitivo. El principal cambio fue el trabajo en y para la oralidad y la necesidad de estar preparados para la toma de decisión en audiencias orales que lleva implícito el abandono del trabajo bajo la lógica del expediente. Asimismo, exigió del sistema la capacidad de hacerse cargo del monitoreo de las medidas distintas a la detención, lo cual, como pudimos ver en relevamientos posteriores, continúa siendo una tarea pendiente.

En lo académico, la lógica cautelar se hizo eco con más facilidad que en las otras dimensiones. Similar recepción encontramos en el Sistema Interamericano, en el que tanto la Corte IDH como la Comisión tuvieron oportunidad de pronunciarse, en distintas instancias⁶, de manera de ir reforzando los principios y el paradigma de lógica cautelar.

En resumidas cuentas, fue tanto en la primer dimensión –con el fenómeno de las contrarreformas– como en la segunda –donde no fue posible desterrar las prácticas inquisitivas–, donde más costó y cuesta al día de hoy que la lógica cautelar se instale de forma completa.

Con este panorama y como mencionábamos en el Estudio (2017), se acordó una agenda de trabajo con la intención de: 1) consolidar el trabajo en audiencia en clave de oralidad; 2) institucionalizar la producción de información y la

5 Previstas en el art. 240 como “sustitutivas”, encontramos: 1) detención domiciliaria; 2) obligación de presentarse periódicamente ante el juez, tribunal o autoridad designada; 3) prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal, sin su autorización (orden de arraigo a las autoridades); prohibición de concurrir a determinados lugares; prohibición de comunicarse con personas, determinadas, siempre que no se afecte su derecho de defensa; y 6) fianza juratoria, personal o económica. Creemos de todas formas que tanto el nombre como su ubicación en el texto normativo – luego de todo el desarrollo de la detención preventiva –, indican que desde lo simbólico, ésta aún tiene preeminencia como medida de coerción frente a las de menor intensidad.

6 Para mayor información, recomendamos ver el tratamiento de la dimensión institucional que se hace en el Estudio (2017, pp 26 - 27). Por razones de brevedad, destacamos por parte de la Corte IDH: Gangaram Panday v. Surinam (1994); Suárez Rosero v. Ecuador (1997); Velázquez Rodríguez vs. Honduras (1998); Tibi vs. Ecuador (2004). En cuanto a la CIDH: Demanda de la CIDH Venezuela - Ramírez, 2008; Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay (2009) y el Informe No. 77/02, caso 11.506, Fondo, Waldermar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos, Paraguay, 2000. Asimismo, destacamos: Barreto Leiva Vs. Venezuela (2009); Acosta Calderón v. Ecuador (2005); Palamara Iribarne vs. Chile, 2005; Bulacio vs. Argentina (2003); Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004); García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (2005); “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay (2004); Servellón García y otros vs. Honduras (2006); Yvon Neptune vs. Haití (2008); y Bayarri vs. Argentina (2008).

instancia de supervisión de las medidas cautelares; 3) repensar los sistemas de respaldo a las decisiones judiciales y 4) atender las expectativas y demandas sociales.

Detención como regla, medidas alternativas como excepción

El Nuevo Código Procesal Penal (NCP) ha sido objeto de varias reformas desde su sanción a la fecha, muchas de las cuales tuvieron impactos directos en la regulación de las medidas cautelares (Estudio, 2017, pp. 32 – 34). Respecto a éstas y a la detención preventiva en particular, en su diseño actual encontramos la adopción del criterio procesalista (INECIP, 2012) a partir del artículo 221, que enuncia que la libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos en el marco regulatorio nacional e internacional de DDHH sólo pueden ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley. El mismo artículo recepta a su vez la provisionalidad, que exige una duración de la medida acotada al tiempo en que subsista su necesidad.

Lo anterior se complementa con los principios de excepcionalidad e interpretación restrictiva (artículos 7 y 222) y la exclusión expresa de ciertos casos en los que no procede la detención preventiva (art. 232), lo que genera una protección adicional para mujeres embarazadas o en el primer período de lactancia⁷.

El código menciona la procedencia de la detención preventiva -y de cualquier cautelar- y lo supedita a que exista pedido de la acusación (fiscalía o víctima) y a la acreditación de la existencia del supuesto material, junto con la concurrencia de los riesgos procesales (art. 233). Lo que parecería claro en la norma –el principio acusatorio– se desdibuja en el actuar cotidiano

de los y las operadores/as, donde en ocasiones los/as representantes de fiscalía no acuden a la audiencia remitiendo la carpeta de investigación para que el juez o jueza la analice; o aun estando presentes, su actividad es mínima ya que se remiten a los memoriales y escritos presentados, para dar lugar a que la defensa pruebe la no concurrencia de cualquier peligro invocado en forma genérica (Estudio, 2017).

La aplicación de las cautelares requiere además acreditar la existencia de peligro de fuga (art. 234) o de obstaculización (art. 235), para los cuales se han regulado situaciones particulares que los configurarían. Sin perjuicio de un análisis más completo de cada uno de estos supuestos que se puede encontrar en el diagnóstico realizado por CEJA (2017), lo que aquí nos interesa es destacar que en las audiencias observadas durante febrero de ese año, en la práctica, la discusión sobre estos supuestos fue en muchos casos inexistente o se ha dado en términos nominales. Como ocurrió cuando la acusación se limitó a expresar “concorre peligro de fuga porque el imputado no tiene domicilio”, sin explicitar en ese caso concreto en qué consistía ese no tener domicilio, en qué medida la persona estaba en reales condiciones de evadir el proceso y con qué información contaba para sostenerlo.

En primer lugar, se pudo constatar que en muchos casos la acusación no aportó elementos serios para respaldar su pedido, sino que se mantuvo en el plano de las presunciones o generalidades. Esto es, se expresaban en abstracto los riesgos procesales. Sobre el peligro de fuga se indicó que el inculpado no había aportado documentación sobre su domicilio (como si la carga recayera sobre él), que no había colaborado con la víctima, que había cometido el mismo delito en otra oportunidad, que se había ocultado “maliciosamente” de la policía, que no tenía trabajo o tenía facilidad para cambiarlo. Sin embargo, en ninguno de los casos la representación de la acusación amplió sus dichos ni usó elementos de apoyo.

⁷ “(...) la detención preventiva sólo procederá cuando no exista ninguna posibilidad de aplicar otra medida alternativa” (art. 232).

Por otro lado, en lo referido al entorpecimiento de la investigación, se afirmó genéricamente la posibilidad de que influyera en testigos, en la víctima, en otros coimputados o la existencia de prueba pendiente por recolectar. En ningún caso se lo circunscribió a la situación en particular.

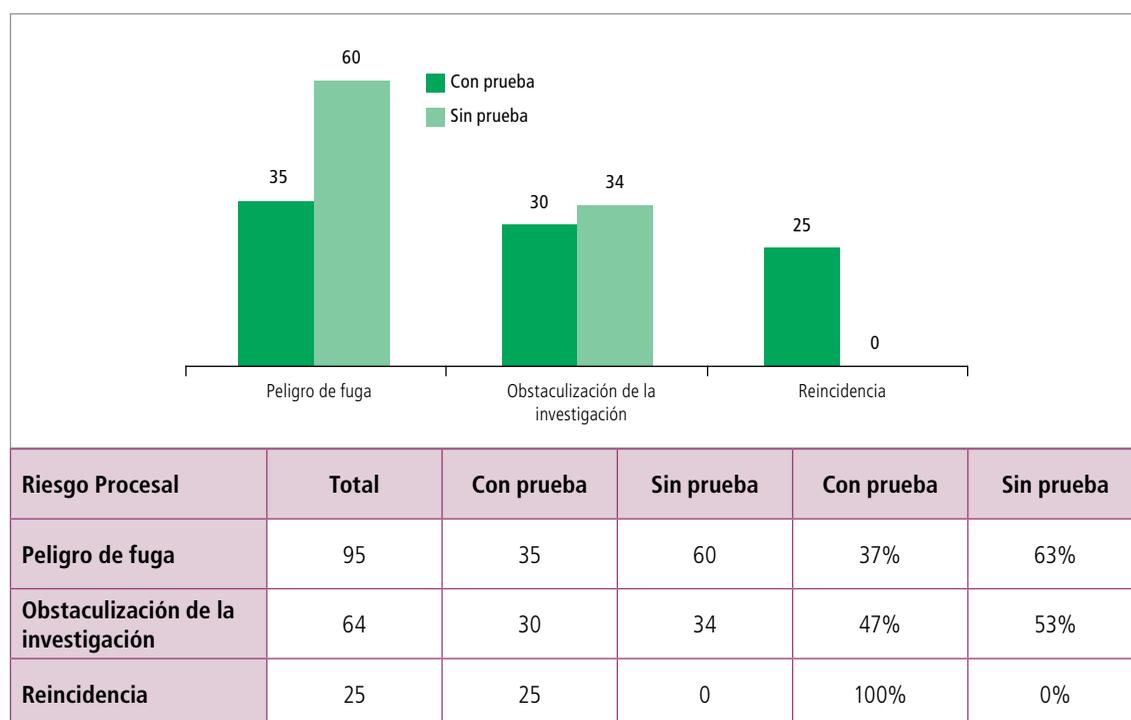
En algunos casos incluso la acusación invocó ambos peligros de forma conjunta, sin que la defensa advirtiera la contradicción que esto implicaba.

Una situación similar se notó respecto de aquellos supuestos sustantivistas que la norma procesal trae para configurar el peligro de fuga. Específicamente respecto del peligro para la sociedad y la víctima, los acusadores señalaron para justificarlo: el delito investigado, la presencia de niños en el lugar, la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima o que en el marco del hecho existieron amenazas. En ningún caso se habló de cuál era el peligro concreto que representaba que la persona

imputada permaneciera en libertad durante el proceso. Similar ocurrió respecto de la actividad delictiva anterior donde se mencionaron sólo los delitos imputados sin indicar si existió o no una condena, se desestimó o en qué estado se encontrarían tales procesos.

Lo observado se complementa con un estudio reciente que señala: “(...) al menos en más del 50% de las veces que la imputación precisa los riesgos procesales, no aporta elementos probatorios que sustenten la medida cautelar solicitada” (Fundación Construir, 2017, p 67). Por el contrario, es la defensa la que debe probar, funcionando en algunos casos una especie de prueba tasada: por trabajo se entiende actividad lícita y se requiere contratos de trabajo inscriptos en el Ministerio de Trabajo, constancias de pagos, etc.; por familia, familia nuclear y exigen actas de nacimiento, certificados, etc.; para domicilio se piden contratos, y la dinámica siempre es exigir que la defensa presente al juez esa documentación en la audiencia.

Cuadro N° 2. Riesgos procesales en discusión y elementos probatorio 2016



Fuente: Fundación Construir (2017, p 67).

Cabe aclarar aquí que cuando señalamos como una mala práctica que la acusación no fundamente el pedido de peligro procesal no nos referimos a que efectivamente deba producirse prueba, lo cual sería contrario a la finalidad y características de esta audiencia que se da en la investigación preliminar. Lo que sí debería ocurrir es una discusión de las partes en base a la información de la que disponen, es decir exigir que brinden argumentos sobre su posición en base a los antecedentes concretos del caso (oralidad argumentativa).

Por otro lado, si bien se cuenta con un catálogo de medidas distintas a la detención, para todos los casos en que aquella no proceda (art. 240), no se ha observado que en las audiencias se fundamente en términos concretos la razón por la cual no procede una medida alternativa.

Por el contrario, la detención preventiva se invocó y dictó en la mayoría de los casos sin ese análisis previo. En parte porque existe un fuerte desincentivo para dictar una medida alternativa, dada la falta de mecanismos para controlar su cumplimiento. Esto, sumado a la presión social percibida por los actores respecto a la necesidad de una respuesta y a la

incapacidad del sistema de situar a las medidas sustitutivas como respuestas de calidad, crea un escenario adverso para su solicitud y aplicación. Pero también sucede por la falta de una discusión escalonada en la audiencia, que permitiría ordenar la discusión para que una vez admitida la existencia de un peligro procesal se dé lugar a la consideración sobre aquella medida que, siendo menos perjudicial para la libertad de el o la imputado/a, permita desarticular el peligro de manera de hacer efectivo no sólo los principios de excepcionalidad y proporcionalidad, sino también la garantía de presunción de inocencia.

En el siguiente cuadro sobre un universo de 150 imputados de las ciudades de La Paz, El Alto, Sucre, Cochabamba y Santa Cruz es posible apreciar que son muy bajos (15%) los pedidos de medidas sustitutivas en relación al total de cautelares solicitadas por la acusación, lo cual en cierta medida se ve compensado por la decisiones judiciales a partir de las cuales el número asciende a 44%, quedando sólo el 39% de las medidas en detenciones preventivas, que cual parece una cifra más razonable.

Cuadro N° 3. Comparativo medidas cautelares solicitadas y aplicadas por la cantidad de imputados, gestión 2016

Medidas solicitadas por la fiscalía					Medidas cautelares aplicadas por los/as jueces/zas				
Prisión preventiva	Medidas sustitutivas	Salida alternativa	LIBERTAD pura y simple	Sin determinar	Prisión preventiva	Medidas sustitutivas	Salida alternativa	LIBERTAD pura y simple	Sin determinar
109	23	10	7	1	59	66	10	10	5
73%	15%	7%	5%	1%	39%	44%	7%	7%	3%

Fuente: Fundación Construir (2017, p 65).

A su vez, si tomamos los datos a nivel nacional para el mismo año publicados por el Consejo de la Magistratura (2017, p 549), encontramos también una tendencia a aplicar menos detenciones preventivas (4749 de casos) en relación a las medidas cautelares sustitutivas –personales y reales– (5533 y 640) para ese período. Consideramos de todas formas que el nivel de presos sin condena ingresados en ese período continúa siendo alto, en tanto representa el 43,48% del total de personas sujetas a una medida cautelar contra 56,52% que corresponde a las sustitutivas.

Lamentablemente no se cuenta con una desagregación de estos datos por sexo, lo que no nos permite aproximarnos a la medida en que la privación preventiva de libertad afecta a hombres y mujeres, pese a que el Estado Plurinacional de Bolivia considera a éstas uno de los grupos vulnerables susceptibles de protección especial. La información disponible por parte del Instituto Nacional de Estadística (2017, tabla 3090401) es que al año 2015 el 8,13% de la población penitenciaria estaba compuesta por mujeres (1112 personas), sin distinguir cuántas de ellas contaban con una condena firme o no, porcentaje que bajó en 2016 a 7,9% (Fundación Construir y otros, s.f., p 37) nuevamente sin la aclaración de su situación procesal.

Lo que sí ha sido identificado es que, hacia el 2016, las principales causas de prisión en el caso de las mujeres bolivianas estaban dadas por delitos relacionados al régimen de sustancias controladas (primer causa con el 38,6% de los casos, mientras que para el total de la población penitenciaria de hombres y mujeres estos delitos son la tercer causa de prisión). Esto seguido en menor medida por delitos contra la propiedad, en el 28 % de los casos (Fundación Construir y otros, s.f., p 39). Esta realidad debe ser tenida en cuenta y profundizar su estudio, a los fines de identificar en qué medida la política de persecución penal, enmarcada en la política criminal del Estado Plurinacional de Bolivia, estaría o no afectando de manera

desigual a las y los ciudadanas y ciudadanos bolivianos. Contar con datos desagregados por género para detenidas y detenidos con y sin condena y por tipo de delito es indispensable si se quieren tomar medidas en la materia que propendan a una igualdad de género real.

Por el momento, llama la atención uno de los hallazgos del estudio de Fundación Construir (2017, p 66), donde se registró que pese a la previsión del artículo 232 de la excepcionalidad de detención preventiva para la situación de mujeres imputadas embarazadas, en tres de los cuatro casos observados de imputadas en esa condición se optó por la privación de libertad.

Problemáticas en las audiencias de medidas cautelares

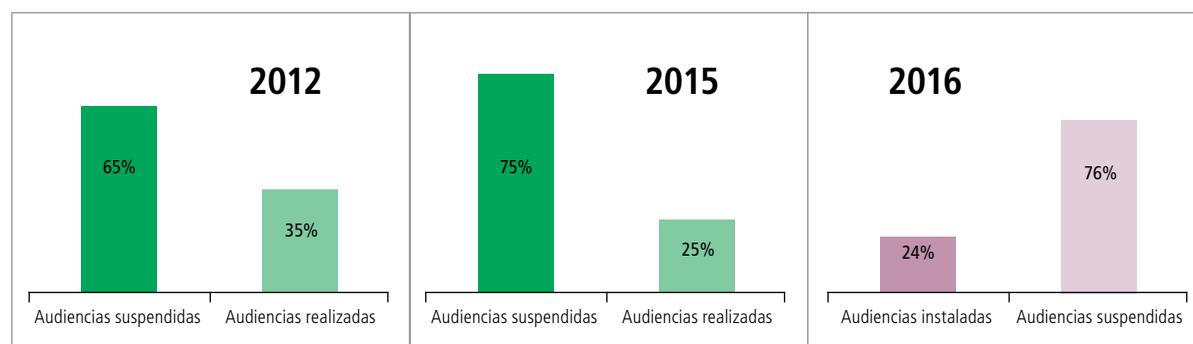
Si pasamos a la dinámica de las audiencias y a lo que ocurre en Bolivia para que proceda la aplicación de una medida cautelar, un primer aspecto problemático que observamos tuvo que ver con la realización de la audiencia, ligada a una condición esencial del sistema oral que es la presencia de las partes en el día y hora fijados. Cuando esto no ocurría, podían suceder dos cosas: que se diera la suspensión o –lo que es más grave– que igual se realizara y alguien asumiera la actividad de la parte que no había asistido, generalmente el juez o jueza. Ambas situaciones son parte de las problemáticas que atraviesan a los sistemas reformados, de los cuales Bolivia no es la excepción, cuando no son capaces de asumir los cambios necesarios de organización y gestión de las instituciones del sistema penal, pero también cuando no se consolida el compromiso de trabajar para y en clave de un sistema oral.

Sucede entonces que se dan “falsas audiencias” donde las partes no concurren, o lo hacen pero no expresan su petición porque se remiten al escrito de solicitud, o expresan su petición de una forma desordenada y sin aportar a la

autoridad judicial la información concreta sobre el caso para decidir. Detectado esto, se hace necesario trabajar con las y los operadores en destrezas de litigación, para modificar las prácticas diarias y revertir esta situación, porque de lo contrario se generan serios problemas en términos de eficiencia y legitimidad del sistema, en el caso de las suspensiones, y serios incumplimientos de los principios de inmediatez, contradicción, congruencia e imparcialidad que hacen al resguardo de las garantías del/a imputado/a cuando una parte suple la actividad de la otra.

El relevamiento realizado por CEJA arrojó que de 37 audiencias monitoreadas en las ciudades de La Paz, El Alto, Sucre y Cochabamba, 18 se suspendieron (48,65%) y en sólo tres se re-agendó inmediatamente una nueva audiencia (Estudio, 2017, p 67). Si cotejamos esto con una muestra más amplia, como es el estudio de Fundación Construir (464 audiencias de las cuales se instalaron sólo 112), observamos que esta tendencia de suspensión no sólo es generalizada sino que ha aumentado un 10% en el período monitoreado entre 2012 y 2016 (Fundación Construir, 2017):

Cuadro N° 4. Índice comparativo de los niveles de suspensión de audiencias en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz



Fuente: Fundación Construir (2017, p. 30).

El mismo estudio señala entre las principales causas de suspensión detectadas: la ausencia de alguna de las partes por errónea o inexistente notificación, por falta de traslado del imputado detenido, la superposición de audiencias, la ausencia injustificada del juez y un alto porcentaje de causas que no pudieron identificarse, dado a que no se brindó esa información por parte del juzgado (Fundación Construir, 2017). Creemos que varias de ellas tienen relación con la falta de una reorganización institucional que acompañe las necesidades del sistema reformado.

El relevamiento de CEJA por su parte arrojó que pese a existir legalmente consecuencias para la parte que no asiste, rara vez se notifica

a la autoridad del Ministerio Público la ausencia del fiscal y cuando existe una persona detenida la audiencia se realiza igual. En este caso, el juez o jueza, ante la inasistencia, resuelve en base a lo expresado en el requerimiento de formalización y a la carpeta de investigación. Lo esperable en estos casos, en tanto la existencia de pedido fundamentado es requisito ineludible para la aplicación de la medida (art. 233), es que se dé por desistida la solicitud. Quizás aquí sea necesaria una aclaración: el requerimiento de presentar la formalización por escrito hace a la necesidad del imputado de tomar conocimiento a los fines de preparar su defensa, pero en ningún caso suple la exigencia de que la formulación de cargos y el pedido de medida cautelar se soliciten y fundamenten en audiencia

oral, pública y contradictoria. El escrito fija las bases del debate, pero no suple ni condiciona a la audiencia que es el mejor momento para obtener y controlar la información necesaria para tomar una decisión al respecto.

Como se observa, la cantidad de audiencias celebradas es baja, pese a que la percepción de las y los operadoras/es sobre la carga de trabajo era de muy alta. Esto encuentra su razón en que las juezas y jueces realizan a diario un sinnúmero de funciones administrativas que no tienen que ver con su función jurisdiccional y pese al esfuerzo que puedan realizar, no se prevé algún canal de comunicación entre los juzgados sobre la organización de la carga de trabajo. En la mayoría de los casos las agendas no están a disposición de los demás ni para los usuarios; los juzgados no tienen salas de audiencia propia, o comparten (Cochabamba) o utilizan el despacho del juez reacondicionado (La Paz, El Alto⁸ y Sucre); deben también encargarse del sistema de registro, que en algunos casos se hace con un grabador y en otros incluso con un celular de alguno de los empleados; se transcribe completamente lo sucedido en la audiencia, entre otras actividades que recargan a los funcionarios y los alejan de sus funciones de dirigir y decidir en audiencia.

Pero aún en los supuestos en que efectivamente se instala la audiencia con la presencia de las partes, se observaron algunas prácticas que tienen que ver con repetir lógicas propias del sistema escrito y que influyen en una aplicación casi automática de la detención preventiva en desmedro de un análisis serio y fundamentado sobre la necesidad de su procedencia.

Uno de los pilares de la reforma procesal penal, que incorporó la oralidad, consiste en entender a las audiencias como una metodología para tomar decisiones: es el momento en que

las partes deben transmitir información a la autoridad judicial – y controlar la de la contraria – para las decisiones estén bien basadas. Entendiendo esto como norte, es posible y preciso identificar en qué medida las prácticas actuales hacen a un sistema oral y cuándo no, para proceder a modificarlas.

Entre los inconvenientes encontrados se destacó una discusión desordenada sobre los aspectos relevantes del caso; la realización de audiencias prolongadas más tiempo del necesario o de “mini juicios” dada la producción de prueba sobre la que sin embargo no se producía otra valoración que la del/a magistrado/a; la ausencia de un debate concreto basado en información respecto a la materialidad y la concurrencia de los peligros procesales suplida por una invocación genérica a los textos legales; con la consecuente escasa valoración en concreto para fundamentar una decisión y una especie de presunción de hecho sobre la concurrencia de peligros procesales que invierte la carga de la prueba en desmedro de la defensa.

Todo esto favorecido en parte porque los y las litigantes continúan trabajando en la lógica de crear un expediente: presentación de memoriales, construcción del cuaderno del juzgado, transcripción completa de la audiencia, cumplimiento formal de las notificaciones sin verificación del logro de su finalidad, lectura de la carpeta de investigación e incorporación de documentos de respaldo como si fuera prueba.

En cuanto a la dinámica de las audiencias, cabe retomar lo que se decía en un principio: se observó por parte de las autoridades judiciales una dificultad para ejercer efectivamente el rol de dirección de la audiencia, tanto para ordenar y conducir el debate como en lo que hace al control del tiempo de las invenciones. En la práctica que se ha instaurado, la acusación (fiscalía y en caso de estar presente luego la víctima) realiza una presentación única sobre el supuesto material, la existencia

8 Al momento de hacer el relevamiento en febrero de 2017 esta era la situación, pese a que unos meses después se inauguraron en El Alto nuevas salas de audiencias.

de riesgos procesales y el pedido de una cautelar –en algunos casos incluso genérica–, para dar pie a la respuesta de la defensa sobre los tres aspectos acompañada del ofrecimiento de prueba para desvirtuar los riesgos invocados por el órgano acusador. Esta forma de proceder genera varios problemas para hacer efectivo el principio de contradicción y tiene como resultado que la información que obtiene el magistrado para decidir no sea completa o sea de mala calidad. Lo deseable es una discusión escalonada por momentos, cada uno de los cuales debe ser superado para pasar al siguiente punto de discusión una vez que se agotó el debate al respecto (Protocolo, 2017) de manera que si no se ha resuelto sobre el supuesto material no corresponda pasar a discutir la existencia de peligros procesales.

Desafíos: el protocolo de conducción de audiencias y la necesidad de revisar las prácticas de los y las operadores y operadoras

El panorama descripto permitió identificar múltiples aristas que pueden llevar a racionalizar la aplicación de medidas cautelares, de las cuales pudimos identificar, entre otras: la organización y distribución del trabajo dentro de las instituciones (fiscalía, defensa y judicatura), la coordinación interinstitucional, la organización de las audiencias y la capacitación en técnicas y habilidades para desenvolverse en ellas.

Como se adelantó, en el marco del proyecto mencionado y que estuvo orientado al Poder Judicial (PNUD, 2016), a partir del diagnóstico de situación (Estudio, 2017) y como parte de las propuestas de cambio aplicables en el corto plazo se elaboró el protocolo de conducción de audiencias para jueces y juezas (2017), concebido como una guía práctica que pudiera brindar herramientas para cambiar el modo

de trabajo, redefiniendo cuestiones operativas y fundado en la información recogida de la observación y del intercambio con los propios actores del sistema.

Esta publicación partió de una problemática puntual: un porcentaje elevado de personas se encuentran privadas de libertad sin condena, para luego identificar las causas que concurren a la manifestación de ese fenómeno que consideramos complejo y, sin desconocer los aspectos normativos, institucionales y externos, centrarse en las prácticas que entran en juego al momento de la aplicación de las medidas cautelares para fortalecer aquellas que pueden incidir en aumentar la calidad del sistema oral. Desde luego, si bien se convocó a otros actores para las instancias de validación de los documentos, sería relevante considerar un proceso similar con otras instituciones y operadores (por ejemplo defensores, fiscales, servicio penitenciario, abogados y abogadas de matrícula), así como trabajar sobre los otros desafíos que indicábamos al principio de este apartado.

El enfoque del Protocolo se suscribió al ordenamiento regido por el NCPP, por ser el vigente, advirtiendo que no queda descartada su utilidad ante una eventual modificación del sistema penal boliviano. En primer lugar, porque el enfoque se encuadró –además del actual Código Procesal Penal (CPP)– en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Pero también, y lo más importante, porque se trata de formas de realizar las tareas que rara vez están reguladas en los códigos con tanto detalle, pues constituyen buenas prácticas que surgen de la aplicación de los principios rectores de las medidas cautelares y del debido proceso, favoreciendo su plena vigencia en el marco de una lógica de trabajo fundada en la oralidad.

La realización de una capacitación orientada en esa clave permitió, en junio de 2017, trabajar con jueces y juezas de los distintos distritos del Estado de forma teórica y práctica sobre las propuestas del protocolo, conectado

a su vez con las conclusiones a las que había arribado El Estudio de manera que estuviera directamente ligado a la realidad boliviana. Allí se trabajaron las principales destrezas de dirección y conducción de audiencias de medidas cautelares, se trataron los reparos a las nuevas prácticas que fueron surgiendo como parte de la resistencia natural que se da al cambio, se retomaron los compromisos de su aplicación, se trabajó sobre la necesidad de que los y las magistrados y magistradas se asumieran como actores del cambio y se fortalecieran como tales, como así también la de fortalecer al Órgano Judicial como institución clave para la consolidación de la lógica cautelar en la práctica diaria de las y los operadores.

De forma de complementar este trabajo sobre la manera de desempeñarse en las audiencias, es importante destacar que el Órgano Judicial de Bolivia presentó recientemente un Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género (Tribunal Supremo de Justicia, 2017), que busca hacerse cargo del gran desafío de transversalizar la perspectiva de género en la administración de justicia.

Esta publicación entiende la potencialidad de la perspectiva de género en el marco de los derechos humanos, como elemento que nos interpela a reconocer las relaciones desiguales y opresivas que se dan entre los géneros y al interior de ellos, para tomar medidas y acciones que tiendan a construir condiciones igualitarias. Para quienes estamos a su vez en el ámbito de aplicación de la Justicia, nos obliga a salir de la neutralidad y a cuestionar las situaciones en las que los prejuicios basados en estereotipos de masculinidad y femineidad generan situaciones de desigualdad y discriminación encubiertas. Para los y las operadores/as en concreto significa contemplar una protección especial para aquellas personas cuya identidad y/o expresión de género, orientación sexual y diversidad corporal se aleja del ideal de heteronormatividad (Sánchez, 2012) impuesto por el paradigma tradicional sexo – género.

La publicación mencionada (Comité de Género, Órgano Judicial de Bolivia, 2017) es un importante aporte en tanto además de brindar un marco teórico, ofrece lineamientos prácticos mínimos para el juzgamiento al destacar quiénes deben hacerlo con perspectiva de género, quiénes son los y las destinatarios/as y de qué forma debe materializarse. A su vez, propone herramientas de argumentación que se encuadran en el enfoque de género al plantear una metodología argumentativa centrada en los derechos humanos antes que en la literalidad de las normas.

Por último, desarrolla cuáles son las herramientas para aplicar la perspectiva en sentencias sobre violencia en razón de género, intentando de esta forma zanjar una de las deudas que tiene el Estado en términos de reconocimiento y protección de derechos en esta materia.

Desde luego será necesario profundizar en los instrumentos de medición y monitoreo del funcionamiento de la Justicia, para determinar en qué medida la aplicación de estas herramientas, tanto el Protocolo de Dirección de Audiencias como el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, están produciendo o no un cambio en la forma en que jueces y juezas realizan la tarea de administrar justicia, de manera que esta sea más ajustada a las exigencias de un proceso justo y respetuoso de los Derechos Humanos. ■

Referencias

- CEJA (2013) *Prisión Preventiva en América Latina. Enfoques para profundizar el debate*. Santiago de Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Organización de Estados Americanos.
- Consejo de la Magistratura, Dirección Nacional de Políticas de Gestión. Jefatura Nacional de estudios técnicos y estadísticos (2017). *Anuario estadístico*

- Judicial 2016*. Sucre. Obtenido el 30 de agosto de 2017 en <http://magistratura.organojudicial.gob.bo/index.php/institucion/2013-05-07-16-03-21/finish/19-anuarios-estadisticos/5193-anuario-estadistico-judicial-2016>
- Cumbre Nacional Plural de Justicia para vivir bien (s.f.). Obtenido el 24 de enero de 2017 en <http://cumbrejusticia.bo/que-es-la-cumbre/>
- Defensoría del Pueblo, Estado Plurinacional de Bolivia (2016). *Presos sin sentencia*. La Paz. Obtenido el 19 de enero de 2017 en <http://www.defensoria.gob.bo/archivos/PRESOSSINSENTENCIA.pdf>
- Estudio diagnóstico de la Detención Preventiva en Bolivia* (2017). Sucre: Tribunal Supremo de Justicia. Obtenido el 2 de septiembre de 2017: <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5596/Estudio%20diagn%C3%B3stico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Fundación Construir (2014). *Prisión Preventiva y Derechos Humanos "Estudio de caso en cárceles de La Paz"*. La Paz. Obtenido el 11 de enero de 2016, en <http://www.fundacionconstruir.org/index.php/documento/online/id/114>
- Fundación Construir (2015). *Buenas Prácticas y Acceso a la Justicia de la Población Privada de Libertad en Bolivia*. Obtenido el 24 de enero de 2017 en <https://es.scribd.com/document/323092427/Buenas-practicas-y-acceso-a-la-justicia-de-la-Poblacion-Privada-de-Libertad-en-Bolivia>
- Fundación Construir (2017). *La Prisión Preventiva en Bolivia: Avances y Desafíos en el Marco de la Reforma Penal y el Proceso de Transición Constitucional*. La Paz.
- Fundación Construir et al. (2012). *Reforma Procesal Penal y Detención Preventiva en Bolivia*. La Paz.
- Fundación Construir y otros (s.f.). *Situación de los Derechos Humanos y acceso a la justicia de población vulnerable privada de libertad en Bolivia*. La Paz.
- Instituto Nacional de Estadística (n.d.). *Casos resueltos por el Poder Judicial, según departamento*. Obtenida el 30 de agosto de 2017, de <http://www.ine.gob.bo/index.php/seguridad-ciudadana/introduccion-5>
- Instituto Nacional de Estadística (n.d.). *Población penal, según departamento y sexo*. Obtenida el 30 de agosto de 2017, de <http://www.ine.gob.bo/index.php/seguridad-ciudadana/introduccion-5>
- Lorenzo, L. (2009) El impacto de las Reformas Procesales en la prisión preventiva. Bolivia. En Riego, C. y Duce, M. (Ed.), *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas* (pp. 73 - 150). Chile: CEJA.
- PNUD (2016). *Carta Acuerdo entre el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, para la Implementación del Proyecto BOL88177 "Fortalecimiento de Capacidades de Diálogo y Coordinación para la Transformación de la Justicia"*. La Paz.
- Protocolo de Dirección de Audiencias de Medidas Cautelares* (2017) Sucre: Tribunal Supremo de Justicia. Obtenido el 2 de septiembre de 2017, en <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Protocolo-de-Direccio%CC%81n-de-Audiencias-EDITADO.pdf>
- Sánchez, L. J. (2012). De los discursos y los cuerpos sexuales en el campo criminológico y las instituciones penales. En Vaggione, J. C. (Coord.), *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*. Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad.
- Tribunal Supremo de Justicia (2015a). Boletines 1: Plan Nacional de Descongestionamiento del Sistema Penal. Obtenido el 19 de enero de 2017 en <http://tsj.bo/publicaciones-tsj/>
- Tribunal Supremo de Justicia (2015b). Boletines 2: Plan Nacional de Descongestionamiento del Sistema Penal. Obtenido el 19 de enero de 2017 en <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Publicaci%C3%B3n-BC.pdf>
- Tribunal Supremo de Justicia. (2017). *Obtenido de* <http://tsj.bo/el-organo-judicial-de-bolivia-presenta-protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-genero-acto-programado-en-el-marco-del-dia-internacional-de-la-mujer/>
- World Prison Brief (2016). Highest to lowest. Obtenido el 3 de abril de 2017, de <http://www.prisonstudies.org>

Agustín Carrara

Director Ejecutivo del CIPCE (Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica, Argentina).
Correo: carraraagustin@gmail.com

Litigación de delitos económicos. Algunos desafíos para la persecución penal

Resumen

El texto señala un problema que se observa en Argentina y en la región: la escasez de programas de capacitación judicial en materia de litigación oral de delitos económicos. Por eso, se desarrollan brevemente algunos de los desafíos que puede presentar la persecución penal de estos fenómenos criminales. Se trabajan algunas ideas en torno a la construcción de la teoría del caso, el alegato de apertura y el trabajo con los testigos y peritos. Por último, en las reflexiones finales, se menciona la experiencia argentina de la Red de Unidades Fiscales Especializadas en Delitos Económicos. El texto pretende ser una pequeña contribución para que la formación en materia de persecución de delitos económicos incluya destrezas de litigación, y que a su vez la capacitación en litigación oral comience a abarcar también a estas formas de criminalidad.

I. Introducción

Durante las últimas décadas, los sucesivos procesos de reforma de los sistemas de justicia penal en América Latina han generado un cambio en la dinámica y en los contenidos de los programas de formación profesional. Una gran parte de la capacitación en este sentido se ha orientado a fortalecer las destrezas de litigación oral, fundamentalmente pensadas a partir del juicio. Ahora bien, si observamos cómo se estructuran las capacitaciones en la materia en la actualidad, veremos que el foco suele ponerse casi exclusivamente en cierto tipo de delitos. Así, generalmente se trabaja sobre casos de homicidios, robos, lesiones y delitos sexuales, entre otros. Esto puede responder al flujo de casos que maneje el sistema de justicia, a las conflictividades que por distintas razones se decida priorizar y a la base de capacitación ya existente que se retroalimenta, entre otros factores.

Por su parte, la capacitación en materia de delitos económicos se ha incrementado en los últimos años paralelamente con el crecimiento de la bibliografía disponible sobre el tema. Sin embargo, tanto esta última como la oferta de capacitación se centran fuertemente

en aspectos dogmáticos. No hablamos aquí de formación “teórica”, no solo porque desconfiemos de la engañosa distinción entre teoría y práctica, sino porque son infrecuentes los espacios donde se enseñe a los/as abogados/as –actuales o futuros– a teorizar sobre diversos problemas. Como sostiene Inés Marensi: “memorizar teoría no es aprender teoría y mucho menos implica aprender a teorizar. Trabajar con teorías requiere procesos cognitivos mucho más complejos que la simple memoria” (Marensi, 2002, p. 39).

En adición a esto, la bibliografía y -sobre toda- la capacitación que han comenzado a enfocarse en cuestiones “prácticas” suelen centrarse en la investigación de estos delitos. Esto abarca tanto la clásica investigación orientada a demostrar la responsabilidad penal de una persona (física o jurídica) como aquella que persigue el recupero de los activos ilícitos.

Así, tanto en la producción literaria como en el desarrollo de programas de capacitación en Argentina –y posiblemente también en América Latina–, la litigación oral y la persecución de la delincuencia económica prácticamente no han tenido punto de convergencia. Este artículo pretende ser una pequeña contribución al proceso que revierta esta situación. En Argentina, la mayoría de las provincias ya han legislado sistemas penales acusatorios; y a nivel federal, la implementación del nuevo Código Procesal Penal –postergada injustificadamente– debería iniciar en breve. Mientras tanto, la delincuencia económica y los mercados criminales vinculados a ella continúan creciendo y se complejizan cada vez más. En este contexto, nos urge pensar qué problemas específicos puede presentar la litigación oral de delitos económicos en el marco de sistemas acusatorios. A continuación, esbozaremos unas ideas al respecto, siempre con el objetivo último de fortalecer la persecución de estos fenómenos criminales.

II. Algunos ejes de desafíos

a) La teoría del caso

Lejos de reducirse a “nuestra versión de los hechos”, aquí tomaremos a la teoría del caso como una metodología de trabajo que debe guiar a la o el litigante durante toda su labor en el proceso penal. Moreno Holman la define como el “conjunto de actividades que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarlo ante un tribunal para ser conocido en un real o hipotético juicio oral” (Moreno Holman, 2013, p. 28). La teoría del caso deviene así una condición indispensable para la acción estratégica y brinda “un esquema de trabajo que nos permita manejar hechos, derecho y prueba en un formato amigable con la litigación oral” (Lorenzo, 2014, p. 132). Asimismo, como veremos más adelante, es imprescindible aplicar esta metodología durante la investigación, para conducirla con miras a un eventual juicio oral –con los estándares probatorios que éste exige–.

La investigación y el litigio serios y responsables requieren la elaboración meticulosa de una teoría del caso. En la realidad actual de la justicia criminal federal argentina, incluso los/as mejores operadores/as del sistema no suelen recibir una capacitación adecuada en este sentido. Por esta razón, su trabajo tiene una fuerte impronta intuitiva: la investigación y litigación del caso se conducen por ciertos rumbos que se asumen apropiados en base a la experiencia de los funcionarios y empleados. Sin desmerecer la importancia de la intuición, la planificación minuciosa de una teoría del caso implica adoptar una dinámica de trabajo estructurada y sistematizada (lo cual no equivale a un funcionamiento rígido). Esto a su vez requiere un manejo preciso de la relación entre hechos, derecho y prueba. Lamentablemente, esto último es una deuda pendiente para la gran mayoría de los y las profesionales del derecho.

La teoría del caso suele pensarse vinculada a la litigación, sea en el juicio oral o en las audiencias previas. Sin embargo, como adelantábamos, esta guía analítica debe ser también la herramienta en base a la cual conduzcamos la investigación preparatoria. Hasta ahora, en la persecución de la criminalidad económica, los principales avances que se han dado vinculados a la etapa de investigación consisten en la formación de equipos interdisciplinarios. Sin embargo, si la idea es arrojarle la investigación a un/a contador/a bajo la consigna de “encontrar el delito”, la interdisciplinariedad no sería bien utilizada. Es el o la fiscal quien debe conducir la investigación en base a su teoría del caso. Esto será lo que le permita definir qué es relevante y qué no lo es. Los/as contadores/as pueden tener conocimientos fundamentales y una experiencia envidiable, pero aun así es el abogado o la abogada quien maneja la teoría del caso. Esa metodología de trabajo es lo único que nos permite pasar de la búsqueda intuitiva de evidencias a una investigación orientada a recolectar determinadas evidencias para sustentar ciertas proposiciones fácticas en particular, vinculadas a determinados elementos de la teoría jurídica. En el momento del juicio oral, las posibilidades del litigio dependerán completamente de lo que se haya logrado en la investigación, por lo que el o la litigante no puede desentenderse de esto.

Con respecto a los componentes de la teoría del caso, tal vez en la teoría jurídica los problemas sean menores que en el resto de los ejes de trabajo, pero aun así existen algunos supuestos que vale la pena analizar. Por un lado, es frecuente encontrar casos en los cuales concursan entre sí distintas figuras penales, al margen de que la fiscalía decida acusar por todos los delitos o no. En hechos de corrupción, las figuras de “incumplimiento de deberes de funcionarios públicos” y el “abuso de autoridad” parecen ser dos comodines utilizados permanentemente en las denuncias que se difunden en los medios de comunicación, sumados a otros tipos penales según el caso. Por

otra parte, si alguna vez se emprende una persecución penal estratégica y decidida contra el mercado de servicios offshore, ahí nos encontraremos con una complicada interrelación entre evasión de impuestos, lavado de activos y fuga ilícita de capitales, entre otros delitos.

A su vez, en materia de delitos económicos se presentan discusiones dogmáticas que es raro ver en delitos “comunes”. Un caso paradigmático se da con la interpretación de la ley en la elusión fiscal, una conducta que respeta la norma en su literalidad pero viola claramente su espíritu. El resultado logrado con la elusión es el mismo que se logra con la evasión fiscal; sin embargo, muchos/as afirman que la elusión no es un delito. Algo similar ocurre con el “contado con liqui” y los delitos cambiarios.

En cuanto a la teoría fáctica y la narración de los hechos, el primer problema evidente es la gran cantidad de hechos que suelen verse en los casos de delincuencia económica. Es común detectar numerosas operaciones realizadas por diversas personas físicas y jurídicas a lo largo de un período considerable de tiempo. Por ejemplo, en la causa iniciada a partir de la confesión de Hernán Arbizu se investigan las presuntas maniobras del JP Morgan entre 2006 y 2008 para facilitar la evasión de impuestos, lavado de activos y fuga de capitales en beneficio de 469 clientes, entre personas físicas y jurídicas, por un monto estimado de 5 mil millones de dólares¹. Pensemos en la extrema complejidad que demanda la identificación precisa de todos los hechos investigados y la construcción de las proposiciones fácticas.

Desde luego, la dificultad no es casual, sino que responde a la esencia de estos fenómenos criminales, en los cuales se pretende esconder la ilicitud de los hechos y obstaculizar una eventual investigación penal y/o administrativa.

¹ Causa N° 9232/08, caratulada “N.N. s/delito de acción pública”, Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 12, Secretaría N° 23.

Esto último resulta por demás evidente en los casos de lavado de activos, donde justamente lo que se busca es introducir en el sistema económico legal bienes que tienen un origen ilícito, dándoles apariencia de licitud. Es difícil imaginar cómo podría aparentarse la licitud de un disparo en el pecho o de una cuchillada. Sin embargo, no ocurre lo mismo con una transferencia bancaria, la constitución de un fideicomiso o la adquisición de acciones de una sociedad.

Finalmente, con respecto a la teoría probatoria, un punto usualmente destacado por la doctrina y la jurisprudencia es la frecuente utilización de prueba indiciaria. En este sentido, el Tribunal Supremo Español sostiene, desde hace casi dos décadas, que en los casos de lavado de activos para demostrar el aspecto subjetivo de la acción típica “lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias”, y que la prueba directa “prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de ‘lavado’ del dinero procedente de aquella”².

En adición a la dificultad de manejar adecuadamente un gran volumen de prueba indiciaria, existe un problema generado por una confusión conceptual ampliamente extendida. Es común escuchar que los indicios no permiten alcanzar la certeza que exige una condena (más allá de toda duda razonable), sino tan solo un determinado grado de probabilidad. En la misma línea, se sostiene -por ejemplo- la importancia de que en casos de delincuencia económica los indicios se complementen con el descubrimiento del “*paper trail*” (rastros documentales); con esto, la idea implícita es que la prueba documental constituye prueba directa.

Por estas cuestiones, creemos importante remarcar la diferencia entre tres series de distinciones: prueba directa vs. indicios, certeza vs. probabilidad y los diferentes medios de prueba existentes. Es erróneo sostener que determinados medios de prueba siempre van a implicar una prueba directa o indirecta de los hechos, y que a su vez la prueba indirecta es sinónimo de probabilidad (es decir, que no permite demostrar un hecho con la certeza requerida para arribar a una condena).

Con respecto al primero de los tres ejes de discusión señalados, será directa aquella prueba que baste por sí sola para acreditar una proposición fáctica, en tanto el juzgador crea en su autenticidad (Baytelman y Duce, 2004, p. 366). A su vez, la prueba indiciaria o indirecta será aquella que acredite una proposición fáctica circunstancial. En este caso, se exige un razonamiento lógico por parte del juzgador para dar por acreditada otra proposición fáctica, que se vincula directamente con un elemento de la teoría jurídica. “La fuerza de la prueba indiciaria no sólo depende de la credibilidad de la prueba, sino de la calidad de la inferencia” (Baytelman y Duce, 2004, p. 367).

En cuanto a la distinción entre certeza y probabilidad, partimos de una base según la cual una sentencia condenatoria solo puede fundarse en una certeza más allá de toda duda razonable. Sin embargo, esta certeza puede ser alcanzada a través de pruebas directas, de indicios o de una combinación de ambas (que será lo más común). La importancia de este punto en casos de delincuencia organizada ha llevado incluso a que instrumentos internacionales estipulen expresamente la posibilidad de probar un elemento de la teoría jurídica a partir de prueba indiciaria³. En la misma línea, en casos por

2 Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, de fecha 10/1/2000. Roj: STS 16/2000. N° de Resolución: 1637/1999. Aquí referimos al Tribunal Supremo Español ya que sus precedentes en materia de lavado de activos son citados permanentemente en nuestro país.

3 Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, art. 3, apartado 3°: “El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo (que incluyen el lavado de activos) podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.

lavado de activos en España se ha aplicado la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual: “el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria (...) siempre que existan varios indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, el que tiene que aparecer como razonable (...) por lo que es exigible un plus de motivación en tales casos”⁴.

En lo relativo a los distintos medios de prueba existentes, cada uno de ellos puede encuadrar tanto en la categoría de prueba directa como indiciaria. La declaración de un testigo puede constituir prueba directa o indirecta, según cuál sea la proposición fáctica de que se trate. En definitiva, al abordar la teoría probatoria en la planificación del caso, debe tenerse especial cuidado de no caer en estas confusiones comunes. Posiblemente, el mayor desafío consistirá en comprender con cuánta prueba directa e indiciaria contamos y cómo fortalecer a esta última, si es la que abunda. Desde luego, esto es algo que debe ser abordado ya desde la investigación.

b) El alegato de apertura

La presentación inicial del caso en juicio oral es un momento crucial. El alegato de apertura es la primera oportunidad que tendrá el juzgador (juez o jurado) para escuchar de qué se trata el caso y qué es lo que está en juego. Por eso, es de suma importancia que el litigante desarrolle la destreza que le permita explicar esto de manera simple, completa y persuasiva.

La literatura especializada suele recomendar en líneas generales la narración cronológica de una historia. La razón es que ésta es la forma

en que las personas comprendemos mejor lo que ha ocurrido. Aquí se observa una primera particularidad crucial en materia de delitos económicos. Como mencionáramos previamente, la intención de dar apariencia de licitud a las operaciones y/o dificultar la detección por parte del Estado lleva a que dichas operaciones sean estructuradas de determinadas formas. Eso suele implicar un gran número de transacciones comerciales y financieras, varias de ellas realizadas simultáneamente. Por eso, especialistas en investigación económica hablan de seguir la “red” del dinero antes que la “ruta”, ya que los activos suelen ramificarse en lugar de seguir un camino estrictamente lineal (König y Telias, 2010).

En los casos de lavado de activos, no es inusual observar cómo las maniobras se dividen en varias suboperatorias. Así, en el caso del clan Ale se identificaron tres suboperatorias distintas a través de las cuales se habría lavado el dinero proveniente de la trata y explotación sexual: utilización de locales de juegos de azar; uso de una empresa de remises y canalización de activos ilícitos a través de un club de fútbol⁵.

Del mismo modo que los/as investigadores/as deben trabajar con esta distinción para comprender adecuadamente los hechos, así debe ser explicado el caso al tribunal o jurado. Por eso, sostenemos que en los alegatos de apertura en casos de delitos económicos será necesario optar, en numerosas ocasiones, por una narración temática antes que enteramente cronológica. Dentro de cada suboperatoria sí puede adoptarse un orden cronológico para explicar los hechos, pero el relato general deberá estructurarse por suboperatoria.

En la misma línea, con el objetivo de lograr que los/as juzgadores/as comprendan el caso, resultan esenciales los apoyos en la

4 Sentencias del Tribunal Constitucional Español N° 174/85 y 175/85 del 17 de diciembre, así como las de fecha 1 y 21 de Diciembre de 1988”, citadas en la Sentencia del Tribunal Supremo 16/2000, Resolución n° 1637/1999.

5 Causa N° 32191/2013, caratulada “Ale Rubén Eduardo y otros s/ Infracción arts. 303 y 210 del Código Penal”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán.

presentación de la información. Nos referimos fundamentalmente a presentaciones audiovisuales, gráficos, pizarras, entre otros. Baytelman y Duce señalan que en los casos de delitos económicos “la litigación se hace simplemente ilusoria sin apoyo gráfico” (Baytelman y Duce, 2004, p. 281). En la utilización de estos recursos durante la declaración de un/a testigo o un/a perito, el apoyo no debe incorporar información, dado que en ese caso constituiría una prueba en sí misma. Su única finalidad debe ser mejorar la calidad de declaración del testigo (Lorenzo, 2014, p. 200). En los alegatos de apertura ocurre lo mismo. Se discute la posibilidad de utilizar también prueba material en este momento del juicio, aunque el debate en nuestro país es incipiente. De cualquier manera, lo importante es encontrar la forma de transmitir cada mensaje con la mayor claridad posible, sin creer que el problema estará salvado simplemente por haber colocado una pizarra y algunos marcadores.

El último punto que destacaremos aquí es la dificultad de identificar y transmitir con claridad cuáles son los valores en juego. Como explica Alberto Binder, una de las dimensiones sobre las cuales siempre litigamos en un juicio son los valores que, “formal o informalmente, se utilizan para considerar el caso” (en Moreno Holman, 2013, p. 15). Esto se vincula con la naturaleza particular de los delitos económicos. Como señalan la doctrina y jurisprudencia, en este tipo de hechos se suelen afectar bienes jurídicos colectivos o supraindividuales (a diferencia de lo que ocurre con los delitos patrimoniales, si se los toma como una categoría distinta). Esto conlleva la dificultad de identificar con claridad quién o quiénes son las víctimas del delito en cuestión. Pensemos en la condena por enriquecimiento ilícito de María Julia Alsogaray⁶ o en la causa por evasión de impuestos del grupo Pérez Compan

y su empresa Molinos Río de la Plata⁷. El o la litigante deberá tomar una decisión estratégica: ¿cuáles serán los valores sobre los que presentará el caso? ¿Mostrará como víctima a la sociedad en su conjunto y/o hará énfasis en algún sector o grupo en particular?

La dificultad de identificar una víctima en particular (a diferencia de lo que ocurre por excelencia en los delitos “de sangre”) es uno de los factores que repercuten en las técnicas de neutralización que pueden aplicar inconscientemente los juzgadores. Nos referimos en grandes rasgos a aquellas explicaciones y justificaciones que una persona adopta en su fuero interno, las cuales le facilitan la comisión de un delito. Sykes y Matza las clasificaron en la negación de la responsabilidad, la negación del daño, la negación de la víctima, la condena a quien condena y la apelación a lealtades superiores (Sykes y Matza, 1957).

La aplicación de estas técnicas a la delincuencia económica no se da solamente por quien comete el hecho sino también por otros actores de la sociedad. Esto último genera un resultado claro: en muchas oportunidades, estos delitos no generan el mismo rechazo que un homicidio, un robo o una violación. Si tomamos el ejemplo del lavado de activos y vemos cuáles son los verbos que contiene el Código Penal argentino, esto resulta evidente: acciones como “convertir”, “transferir”, “administrar” y “vender” bienes no generan en principio la misma reacción que “matar” o “abusar”. Seguramente también influya en esta connotación social la distinción entre los delitos “mala in se” y “mala prohibita”.

En definitiva, en estos casos el o la litigante debe prever que posiblemente se topará con algunas dificultades a la hora de trabajar adecuadamente los valores detrás del caso. Si bien

6 Causa n° 648, caratulada “Alsogaray, María Julia s/enriquecimiento ilícito”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 4, sentencia de fecha 21/5/2004.

7 Causa N° FSM 33000161/2009/10/1/CFC1, caratulada “PEREZ COMPANC, Luis y otros s/ recurso de casación”, Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal.

esto repercute sobre todo el juicio en general, uno de los momentos donde se observa con mayor claridad es en el alegato de apertura. De ahí lo fundamental que resulta la planificación concienzuda del caso, como remarca Gonzalo Rua. En este punto, se deberá planificar un alegato de apertura que nos permita comenzar a persuadir al juzgador.

Esto último no implica arrojarle a los/as juzgadores/as todos los hechos, derecho y prueba de nuestro caso. Debemos encontrar la forma de presentar tan solo un anuncio de lo que verán y hacerlo de manera interesante, superando todas las complejidades del caso que luego se presentarán a lo largo del juicio.

Desde luego, una cuestión fundamental para lograr una verdadera persuasión es el uso del tiempo. Ningún caso puede justificar un alegato de apertura que se extienda durante horas, por más que los hechos y las pruebas sean abundantes. Elegir qué decir y cómo decirlo son desafíos propios de un mundo distinto al del expediente.

c) El trabajo con testigos y peritos

En la etapa del juicio oral dedicada a la producción de prueba, el trabajo con testigos y peritos ocupa un lugar de indiscutible preponderancia. Usualmente, en un caso cualquiera, la mayoría de las proposiciones fácticas de la teoría del caso serán acreditadas con prueba testimonial. La participación de peritos será más reducida, si bien es cierto que en los últimos tiempos el uso de la prueba pericial se ha incrementado considerablemente a nivel mundial (Mauet, 2007, pp. 20-21). En casos de delitos económicos, podemos identificar una serie de particularidades distintivas.

Por un lado, puede ocurrir que existan pocos/as testigos de cargo que aporten información relevante. En un robo o en unas lesiones, no sería extraño contar con uno/a o varios/as

testigos presenciales del hecho (aunque es cierto que cuando esto ocurra el caso normalmente debería resolverse sin llegar al juicio oral). En casos de delincuencia empresarial organizada, es difícil imaginar un/a testigo presencial de todo el hecho, fundamentalmente porque cuesta identificar con claridad una “escena del crimen” en los mismos términos que en los delitos comunes.

Podemos pensar que en estos casos existen dos figuras similares –aunque con diferencias sustanciales– a aquellos/as testigos presenciales: los/as arrepentidos/as y los *whistleblowers* o informantes internos. Como el lector sabrá, ambos resultan poco frecuentes. Por esa razón es que cuando en una investigación se cuenta con alguno de estos testigos, se genera un fuerte impacto mediático: no es común que alguien sea capaz de aportar tanta información sobre cómo se han cometido estos delitos⁸. Arrepentidos como Hernán Arbizu o *whistleblowers* como Hervé Falciani han permitido conocer las prácticas criminales del JP Morgan y el HSBC, respectivamente. A su vez, estas figuras generan problemas particulares en términos de litigación, tales como el trabajo sobre la credibilidad de la persona, fundamentalmente en el caso de los arrepentidos.

Sin embargo, también podemos encontrarnos con una situación sumamente diferente: el exceso de testigos. En la causa donde se investigaron las “Coimas en el Senado”, el juicio oral vio desfilar a más de 300 testigos⁹. En el juicio por el “Contrabando de armas a Ecuador y Croacia” declararon casi 400 personas¹⁰. Aun así, ambas causas concluyeron con

⁸ Técnicamente, para la legislación federal argentina el arrepentido no es un testigo sino un imputado. Véase a la ley 27.304.

⁹ Causa N° 857/07, caratulada “Cantarero, Emilio Marcelo y otros s/ cohecho”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°3, sentencia de fecha 23/12/2013.

¹⁰ Causa N° 326, caratulada “Sarlunga, Luis E. A. y otros s/ contrabando de armas y material bélico”, Tribunal Oral en lo Penal Económico N°3, sentencia de fecha 7/11/2011.

absoluciones¹¹. Claramente, la justicia federal adolece de una verdadera etapa intermedia. En un sistema acusatorio con un buen funcionamiento, sería realmente extraño que fueran necesarios –y admitidos– varios centenares de testigos para un juicio oral.

Steven Lubet señala que “los casos se ganan como consecuencia del examen directo” (Lubet, 2004, p. 45). Desde la perspectiva de la acusación, esto implica una importancia crucial en el interrogatorio que el fiscal hace de los testigos de cargo. En casos de delincuencia económica, son varios los factores que inciden negativamente en este punto. Uno de ellos es el paso del tiempo. Así, por ejemplo, en la ya mencionada causa de las Coimas en el Senado, cuando la fiscal interrogaba a Joaquín Morales Solá (el periodista que había reportado el hecho), el testigo respondió lo siguiente: “(...) han pasado 13 años en un país que no ha sido precisamente Suiza en todos estos años ni lo es tampoco ahora, y donde tengo que escribir a veces tres y cuatro notas por semana. Así que usted se imagina que de una nota de hace trece años no me acuerdo mucho (...)”.

Otro punto distintivo en este tipo de procesos es la gran utilización de pericias, fundamentalmente de tipo contables. De por sí, el trabajo en audiencia con peritos resulta exigente en cualquier caso, dado que siempre es necesario lograr que el experto o experta explique con claridad y sencillez un tema que es ajeno a los/as juzgadores/as y a los/as propios/as litigantes. En casos de delincuencia económica, debe sumarse el hecho de que suelen presentarse instrumentos comerciales, entramados societarios y vehículos financieros de inusitada complejidad. Esto, como ya hemos visto, no es casual. El o la litigante deberá trabajar con el o la perito para lograr explicar de manera llana dónde se esconde el carácter criminal de las operaciones.

Vinculado con este punto, el trabajo con prueba documental e informativa también deviene esencial. Hoy en día, la forma de abordar esta prueba es lamentable: los papeles quedan tirados en un depósito, mientras el fiscal pide que sean incorporados como prueba y asume que los jueces y juezas (o sus secretarios/as) los leerán y entenderán exactamente de la manera que la fiscalía pretende. En un sistema acusatorio, esta prueba solo puede producirse en un juicio a través de un/a testigo o perito que la explique y le dé sentido dentro de la historia del caso. Esto nos demandará una serie de desafíos, tales como el recorte que el o la litigante debe hacer para la presentación de la información en el juicio, sobre todo si contamos con una gran cantidad de documentación. También deberá analizarse qué formato se utilizará para presentar esta información de manera comprensible y amena.

Dentro de este último tema, un supuesto específico a tener en cuenta es cómo abordar los informes que la Unidad de Información Financiera argentina (UIF) elabora sobre los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) de lavado de activos. A mi criterio, la particular estructura del sistema antilavado genera la necesidad de tratar a los analistas de la UIF como testigos expertos, con todo lo que ello implica. Sin embargo, en los últimos tiempos la UIF ha comenzado a enviar a la Justicia una cantidad y calidad de información considerablemente menor, bajo la infundada afirmación de que el organismo realiza tareas de inteligencia y que la información que produce no puede ser utilizada como prueba en un juicio oral. Esto, al margen de ser un serio obstáculo para la investigación, también afecta enteramente la dinámica de la litigación de estos casos de lavado de activos.

¹¹ En la causa por el “Contrabando de armas a Ecuador y Croacia”, posteriormente la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal condenó a la mayoría de los imputados.

III. Algunas reflexiones finales

En Argentina conviven sistemas penales acusatorios que están dando sus primeros pasos con otros que aún no han podido nacer. De cualquier modo, en todas las jurisdicciones existe experiencia sobre los problemas y las dificultades que acarrea la persecución penal de la delincuencia económica. En este estado de situación, los desafíos que pueden presentar en un sistema acusatorio la investigación y el enjuiciamiento de estos delitos deben ser objeto de análisis.

En este sentido, ésta es una de las cuestiones que han sido tratadas en el marco de la Red Nacional de Unidades Fiscales Especializadas en Delitos Económicos (Red UFEDE). Esta Red es coordinada por el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE), una organización no gubernamental. A partir de 2014, hemos realizado encuentros nacionales en diversas provincias, a los que –hasta el momento– han asistido integrantes de 12 Ministerios Públicos y de 12 organismos de control y supervisión de distintas jurisdicciones.

En el último encuentro, realizado en la provincia de Córdoba en noviembre de 2016, una de las actividades de capacitación consistió en un simulacro de litigación. Con base en un caso sobre negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, se organizó una audiencia multipropósito durante la investigación, en la cual la fiscal formuló cargos contra la imputada y solicitó medidas cautelares personales y reales. Finalizado el ejercicio, se fomentó un espacio de comentarios por parte del público para discutir distintos puntos vinculados a la litigación de un caso de corrupción en el marco de un sistema acusatorio. Al finalizar el encuentro, los/as operadores/as judiciales coincidieron en la necesidad de generar mayor formación sobre este tema (CIPCE, 2016).

En este artículo hemos mencionado tan solo algunos de los puntos que deben ser tenidos en cuenta. Existen otras cuestiones de suma importancia que también deben ser abarcadas por la producción académica y la oferta de capacitación, por lo que intentaremos desarrollarlas en futuras oportunidades.

Por el momento, lo principal es comprender la necesidad de encontrar un espacio de convergencia entre dos campos de capacitación: la litigación oral y la persecución de la delincuencia económica. La corrupción y la criminalidad económica representan un fenómeno sumamente dañino, por lo que no podemos darnos el lujo de empezar a pensar el problema cuando se presente en medio de la audiencia. Sería una irresponsabilidad como litigantes. Tanto en las provincias que ya cuentan con un sistema acusatorio en funcionamiento como en aquellas jurisdicciones donde aún rigen sistemas mixtos, la litigación oral de delitos económicos y complejos es una cuestión sobre la que debemos problematizar. ■

Referencias

- Baytelman, A. y Duce, M.J. (2004). *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Carrara, A. y Macchione, N. (2017). Las técnicas de neutralización en el delito económico: ejemplos cotidianos para una teoría no aplicada. *Revista de Derecho Penal y Criminología de La Ley*, año VII (nº 5), 160-172.
- Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (2016). Tercer Encuentro Nacional de la Red de Unidades Fiscales Especializadas en Delitos Económicos (Red UFEDE). Recuperado el 6 de septiembre de 2017, <http://cipce.org.ar/sites/default/files/2016/12/articulos2604.pdf>.
- König, J. y Telias, S. D. (2010). Apuntes sobre las fuentes de información en la investigación de los delitos tributarios y lavado de activos y sobre la auditoría contable forense. *Revista de Derecho Penal Económico de Rubinzal Culzoni*, (Derecho Penal Tributario – IV), 601-630.

Lorenzo, L. (2014). *Manual de litigación*. Buenos Aires: Didot.

Lubet, S. (2004). *Modern Trial Advocacy. Analysis and practice*. Estados Unidos: National Institute for Trial Advocacy.

Marensi, I. (2002). Un nuevo enfoque pedagógico para la Capacitación Judicial en América Latina. *Sistemas Judiciales*, (1), 25-41.

Mauet, T. A. (2007). *Estudios de técnicas de litigación*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Moreno Holman, L. (2013). *Teoría del caso*. Buenos Aires: Didot.

Rúa, M. B., con la supervisión de Gaggero, J. (2014). *Fuga de capitales V. Argentina, 2014. Los 'facilitadores' y sus modos de acción*. Documento de trabajo n° 60 del Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de la Argentina (CEFID-AR).

Sykes, G. M. y Matza, D. (1957). Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia. *American Sociological Review*, Vol. 22, (n° 4), pp. 664-670.

Gonzalo Rúa y Leonel González

Director del Área de Reforma y Democratización de la Justicia del INECIP. //

Director del Área de Capacitación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias

1. El juez y el sistema acusatorio: un modelo por armar

Los jueces han sido los actores protagónicos del proceso penal latinoamericano hasta la década de 1990. Ahora bien, esa posición no era compatible con la razón de ser de un juez penal. Tal como veremos, el juez ha abandonado, en los últimos años, dos grandes rasgos que en términos generales se encontraban presentes en la justicia penal de los países de la región y que no le correspondían.

Por un lado, el sistema escrito-inquisitivo se ocupó de entregarle al juez dos funciones que no le eran propias: la de conducción de la investigación y la gestión administrativa del tribunal. Esto es lo que denominamos como la **degradación funcional**. Es decir, la asignación al juez de funciones ajenas y que al mismo tiempo le absorbían gran parte de su tiempo laboral.

Este rasgo representa una característica central de la mayoría de los procesos penales que rigieron en la región hasta hace muy pocos años. Esto es, un juez que concentraba tres grandes funciones: tomar definiciones sobre el curso de la investigación, controlarse a sí

mismo y tras ello adoptar una decisión sobre el mérito de esa tarea. Por otro lado, al juez también se le encomendó la responsabilidad de gestionar los recursos humanos y materiales del tribunal. Entre otras labores, los jueces tuvieron a su cargo la gestión de las licencias del personal y la compra de equipamiento como hojas de papel o tinta para las impresoras. De allí que ambas tareas (la de conducción de la investigación y la de gestión administrativa) configuran la arquitectura principal de lo que denominamos como la degradación del juez desde el ámbito funcional.

Por otro lado, a ese mismo juez se lo ha condicionado históricamente desde la regulación legal de ciertos institutos procesales. Encontramos tres grandes ejemplos de ello: el régimen de nulidades, el modelo de valoración de la prueba y el sistema de recursos. Desde el régimen de nulidades, los sistemas escritos-inquisitivos regularon una visión unitaria a través de la cual los actos procesales defectuosos sólo tenían una consecuencia: la declaración de su nulidad. De hecho, muchos códigos procesales penales regulaban taxativamente que frente a la defectuosidad de cierto acto debía presumirse su invalidez y en efecto decretar que era nulo. De allí que los jueces, de

apegarse a este criterio legalista de las formas procesales, tuvieran un margen de acción muy limitado para analizar el tipo de perjuicio que cierto acto había causado. Otro ejemplo está dado por el modelo de valoración de prueba tasada. Impregnados de temor a la discrecionalidad judicial, se buscó elaborar normativa y jurisprudencialmente criterios y exigencias positivas para arribar a la convicción sobre la ocurrencia de los hechos. Los jueces del juicio debían asignar un valor probatorio fijo a cierta prueba que se rendía en el debate y su ámbito de valoración se veía restringido. Y, por último, otro caso está dado por el modo de comprensión de los recursos. El sistema inquisitivo sustentaba las impugnaciones en dos ideas centrales: por un lado, en la registración en actas escritas de todas las decisiones adoptadas en el transcurso del proceso judicial y, por el otro, la extrema jerarquización de los órganos que integraban la jurisdicción. Estos elementos posibilitaban la configuración de las vías impugnativas como instrumentos de control de la actividad de los jueces inferiores por parte de quienes se ubicaban en los estratos más elevados de la organización judicial, en tanto la revisión de las actuaciones se efectuaba a través de la lectura del expediente. Esta noción del recurso como medio de control es otro de los elementos que consideramos como limitativos del ejercicio jurisdiccional de los jueces en el proceso penal. Todos estos mecanismos son los que denominamos como la **subordinación a favor de la ley**.

Por ambos motivos es que afirmamos que el sistema acusatorio y adversarial en la región ha tomado la decisión de rescatar al juez de la degradación funcional y la subordinación legal. Esta tarea implicó asumir con toda claridad que el espacio natural de trabajo del juez es la sala de audiencias y que la metodología central de su labor está dada en la comunicación con las partes y -a través de ella- en la búsqueda de la solución del conflicto que originó la controversia entre ellas.

En esta misma línea, según nos recuerda Francesco Carnelutti, es preferible tener buenos jueces y malas leyes antes que malos jueces y buenas leyes¹. En esta frase de la escuela italiana del derecho procesal subyace una profunda visión sobre la función que debe cumplir el juez en un sistema democrático. Esto es, que el debate central sobre la figura del juez radica en precisar cómo dotarlo de instrumentos para que esté en condiciones de identificar el conflicto originario y en efecto resolverlo o descomprimirlo. Por lo tanto, el énfasis no estará colocado en la corrección o defectuosidad de la regulación legal, sino en la capacidad y rol de los jueces en intervenir en ese conflicto a través del litigio y la oralidad².

En lo que sigue de este capítulo abordaremos diversas dimensiones que inciden en la definición del rol del juez penal en un sistema acusatorio. Al respecto, asumimos que se trata de un camino que aún no se ha recorrido con profundidad en tanto contamos con menos de tres décadas de experiencia en el desarrollo de la adversarialidad penal en nuestra región latinoamericana.

En concreto, nos detendremos en tres ideas que a nuestro juicio son dirimientes: (a) la nueva comprensión del delito que impone un modelo adversarial; (b) la influencia y lecciones de la filosofía política y la teoría constitucional en el uso que hace el juez de los principios generales que gobiernan un sistema democrático; y (c) las nuevas tradiciones y corrientes que se comienzan a instalar.

1 Carnelutti, Francesco: Derecho consuetudinario y derecho legal, Revista de Occidente, N° 10, Madrid, España, 1964.

2 La redacción de este apartado tomó como base el siguiente trabajo: González, Leonel: Bases de la reforma procesal penal en Brasil: lecciones a partir de la experiencia en América Latina, en *Desafiando la Inquisición: ideas y propuestas para la Reforma Procesal Penal en Brasil*, CEJA, Santiago, Chile, 2017. Disponible en: www.cejamericas.org

a. El juez y el conflicto: de la infracción a la autoridad al dolor de la víctima

Desde un punto de vista legal, los nuevos códigos procesales penales han establecido que la resolución del conflicto es la finalidad principal del proceso, en reemplazo de la búsqueda de la verdad que era característica de los modelos inquisitoriales. Por ejemplo, el ordenamiento federal argentino ha regulado que: “los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible (...)” (art. 22); mientras que el Código Nacional de Procedimientos Penales de México “tiene por objeto (...) resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte” (art. 2). Estos son tan solo dos casos que grafican la tendencia general de los últimos cambios legales.

Pues bien, ¿cuál es el tipo de conflicto que se busca resolver y el rol que tendrá el juez en esa labor? En primer lugar, tal como nos recuerda Alberto Binder, la justicia penal es un campo social que ha sido configurado históricamente. En ella conviven dos tradiciones muy fuertes que se encuentran en un estado de permanente pugna: por un lado, la visión del delito como una infracción y desobediencia a la autoridad (conflicto secundario), característico de los sistemas inquisitoriales; y por otro lado, la concepción del delito como el daño o dolor generado por el imputado a la víctima (conflicto primario), consistente con los modelos acusatorios³. Tener claridad sobre estas tradiciones nos permitirá comprender los alcances y expectativas en la intervención del juez en el proceso penal.

3 Binder habla de cuatro tradiciones coexistentes. Véase Binder, Alberto: *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Hermenéutica del proceso penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2013, pp. 255-297.

Asumiendo que los nuevos códigos procesales adversariales se inclinan hacia la resolución del conflicto primario, las formas procesales serán las que lo conviertan en un litigio formalizado para evitar que la conflictividad social derive en una mayor cantidad de violencia. Por eso afirmamos que, en estricto rigor, el proceso penal redefine el dolor o daño en tanto lo institucionaliza en el marco del proceso penal.

En consecuencia, una vez que ese conflicto ha sido canalizado a través de la justicia penal, el juez asume una función primordial en tanto se constituye en el **principal custodio de la herramienta para redefinir ese conflicto: la oralidad**. Por esta razón, afirmamos que el juez debe asumir un rol proactivo en las audiencias previas al juicio en tanto su preocupación central reside en la preservación del proceso y el litigio como mecanismos para resolver el conflicto primario.

En esa función, el juez estará principalmente preocupado en comprender las razones por las cuales el conflicto se ha originado y tender a encontrar puntos de acuerdo para evitar su escalamiento. De allí que en ciertos casos tenga la facultad de cuestionar la razonabilidad de los términos de las salidas alternativas (por ejemplo, discutir las condiciones a cumplir por el imputado en el marco de un acuerdo reparatorio o una suspensión condicional del proceso). En esos casos se manifiestan con claridad las tradiciones que hemos expuesto: desde el conflicto secundario, el juez estará enfocado en comprobar el cumplimiento de los requisitos legales y esa será su tarea principal; mientras que, desde el conflicto primario, el juez estará preocupado por hallar una solución que resuelva o coadyuve a la pacificación del problema que aqueja a la víctima y el imputado.

Esta tensión se observa en la discusión de las condiciones de los acuerdos reparatorios: si Juan Pérez tiene una adicción problemática al alcohol que lo convierte en una persona

violenta, la condición de pintar las paredes de una escuela no parece ser un ejercicio que ayude a resolver su problema de origen. En cambio, desde la concepción de un juez de la tradición del conflicto primario, se deberían identificar condiciones o programas de tratamiento que sean eficaces en la resolución del problema real de Juan Pérez: el consumo problemático de alcohol y su conducta violenta posterior.

Por el contrario, el rol del juez será pasivo durante el juicio oral en tanto en esa instancia ya se han agotado todos los mecanismos para resolver el caso. El juez estará mirando solamente a la acusación en tanto responsable de la carga de la prueba para obtener una sentencia en su favor. De todos modos, esto no significa que el juez se despreocupe por la preservación del litigio y la oralidad.

Por último, la concepción del conflicto primario tiene también un impacto en la estructura organizativa del Poder Judicial. Actualmente, las judicaturas se encuentran organizadas en función de materias (civil y comercial; familia; laboral; penal; entre otras). En cambio, una orgánica diseñada desde el conflicto primario significa que un juez atienda el caso de una manera integral, es decir, sin tener que subdividirlo en diversas jurisdicciones y, en efecto, en distintos jueces. Esta corriente se ha ido extendiendo hace muy pocos años entre los sistemas anglosajones, bajo la creación de las llamadas “Cortes Comunitarias” en las cuales se asignan jueces con multi-competencias⁴. Si bien nuestro objetivo no es desarrollar este punto, nos interesa remarcar que la asunción del conflicto primario apareja consecuencias tanto en la función del juez como en la orgánica del Poder Judicial.

b. El juez y los principios: la influencia de la filosofía política y la teoría constitucional

Situado en la audiencia oral, un juez se enfrenta a diversos escenarios en donde la regulación legal no ofrece respuestas específicas. En efecto, se abre el interrogante acerca de la posición que debe adoptar y la manera de resolver la controversia. Esta es la dimensión relativa al modo en que los jueces interpretan el ordenamiento normativo para aplicarlo a un caso concreto.

Al acercarnos a esta materia, encontramos un desarrollo muy extenso desde el ámbito de la filosofía del derecho y la teoría constitucional acerca de la interpretación legal y el rol de la judicatura.

Es sabido el histórico debate entre el positivismo y sus detractores, que ha marcado las discusiones de la teoría legal en los últimos cien años⁵. Desde Kelsen, Fuller, Hart y Raz, la corriente positivista ha planteado una visión descriptiva en la cual el derecho es un conjunto de reglas y los jueces deben ser discrecionales en aquellos supuestos en donde la respuesta correcta no se halle en el ordenamiento legal. En cambio, Dworkin, uno de sus principales detractores, fijó la idea de que los argumentos legales dependen de los principios y que éstos son estándares que deben ser considerados al momento de tomar una decisión judicial. Radbruch, que podría identificarse con esta tradición del derecho natural, afirmaba que hay principios del derecho que son más pesados que cualquier promulgación u ordenamiento legal. De hecho, Dworkin ha llegado a hablar de un “foro de principios” al referirse a la revisión judicial⁶. En esta dirección, el canadiense

⁴ Las Cortes Comunitarias funcionan en Estados Unidos desde 1993. Véase: What is a community court? How the model is being adapted across the United States?, disponible en el sitio del Center for Court Innovation: www.courtinnovation.org

⁵ El famoso contrapunto entre Dworkin y Hart puede encontrarse en: La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin, estudio preliminar de César Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1997.

⁶ Dworkin, Ronald: *Una cuestión de principios*, 1ª edición, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012, pp. 100-102.

Sankoff afirma que: “El enfoque de principios les da a los jueces una gran cantidad de discreción y les pide que tomen decisiones basadas en las necesidades de casos individuales”⁷. Desde esta mirada que propone un sector de la teoría constitucional, un juez cuenta con la posibilidad de acercarse a un caso concreto interpretando el ordenamiento (en nuestro caso, el código procesal penal) desde los principios generales que lo inspiran y que generalmente se encuentran regulados en su inicio.

De hecho, la posición mayoritaria y vigente de la Corte Suprema de Canadá es que el juez debe considerar el contexto entero de la legislación al resolver una disputa de interpretación. Esta es la doctrina de Elmer Driedger, que fue lanzada en 1974, y que la Corte ha tomado como criterio principal desde el fallo *Rizzo & Rizzo Shoes* de 1998⁸. Esta perspectiva es clarificadora en el marco del nuevo rol del juez en los sistemas acusatorios, en donde se enfrenta a instituciones o cláusulas procesales que deben ser reinterpretadas a la luz del nuevo modelo procesal. En muchas ocasiones, algunos pasajes de los códigos procesales penales remiten a la tradición inquisitiva y allí el juez tiene un papel preponderante: aplicarlo sin analizar su contexto o reinterpretarlo en relación a los valores y el sentido que tiene el sistema procesal acusatorio que se está introduciendo⁹. En este ejercicio, el conjunto de principios generales del sistema (como la oralidad, inmediatez, publicidad, imparcialidad o resolución del conflicto) se convierte en

una herramienta muy potente para que el juez pueda reconducir el sistema hacia la consolidación de la adversarialidad.

c. Debates actuales y horizonte de la función judicial

La complejización de la función judicial no se agota con las dimensiones que hemos tratado previamente pues emergen nuevas discusiones y tensiones. En esta sección nos haremos cargo de algunas de ellas, a sabiendas de que no son las únicas.

Un primer debate está relacionado con la **conducta judicial** de los jueces, más allá de sus destrezas o técnicas en la conducción de las audiencias orales. En particular, hacemos referencia a la ética o integridad judicial como un conjunto de valores y principios que rigen la actuación general del juez.

En una mirada comparada, los códigos deontológicos existen en Estados Unidos desde 1973 y en Canadá desde 1998. Manuel Atienza identificó dos razones básicas para su introducción. Por un lado, un factor subjetivo: el mundo judicial ha perdido en los últimos tiempos la homogeneidad (en cuanto a origen social, ideología, etcétera) que le caracterizaba; ello hace que los conflictos (también los de tipo ético) que tiene que encarar la profesión ocupen un papel más destacado, más visible, simplemente porque no hay acuerdo en cuanto a cómo resolverlos. Y el otro factor, de tipo objetivo, tiene que ver con el aumento del Poder Judicial; esto último es una consecuencia del desarrollo de nuestros sistemas jurídicos, que lleva a que los jueces intervengan (controlen) actuaciones que en el pasado pertenecían en exclusiva al mundo de la política en sentido amplio¹⁰. En los últimos años, varios poderes judiciales latinoamericanos (como Paraguay,

7 Sankoff, Peter: *Rewriting the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Four Suggestions Designed to Promote a Fairer Trial and Evidentiary Process*, *The Supreme Court Law Review*, Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference 40, Canadá, 2008, p. 370. La traducción del inglés al español ha sido realizada por los autores.

8 *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27

9 El acercamiento al rol del juez desde los principios también nos muestra su función central como promotor de una amplia deliberación en aquellas cuestiones de interés público. Esta es la corriente que se ha denominado como “justicia dialógica”, que propende superar el tradicional modelo constitucional de frenos y contrapesos. Véase GARGARELLA, Roberto (compilador): *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI Editores, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2014.

10 Atienza, Manuel: *Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?*, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, N°46, Madrid, España, 2003, pp. 43-44.

en el 2006¹¹) aprobaron y comenzaron a utilizar códigos de ética judicial. En el ámbito internacional, la Cumbre Judicial Iberoamericana dictó un Código Iberoamericano de Ética Judicial y la Organización de Naciones Unidas emitió los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial¹², sobre los cuales se continúa trabajando.

Atienza resalta que el argumento principal para resistir esta discusión es que el juez no necesita preocuparse por la ética, pues lo que tiene que hacer, en cuanto juez, es exclusivamente aplicar el derecho¹³. Este planteo desconoce que un código de ética podría servir, tal como dice tal autor, para hacer que los jueces tuviesen que reflexionar sobre su propia práctica; para explicitar ciertos criterios que, de hecho, inspiran su práctica y, en consecuencia, para orientar la misma; y para facilitar (a otros) la crítica justificada de su profesión¹⁴. En esta dirección, Perfecto Ibáñez enfatiza que: “El estado constitucional de derecho incorpora una opción o modelo de jurisdicción y de juez, del que cabe inducir un elenco de pautas o exigencias de principio a las que idealmente tendría que ajustarse el comportamiento de este último en su actuación. En tal sentido, cabe hablar de una ética positiva del juez”¹⁵. Es decir, que existe una discusión pendiente acerca del **modelo de juez** que requiere un sistema democrático y, en efecto, su modelo procesal: el acusatorio y adversarial.

Un segundo debate se vincula con el impacto práctico de la doctrina del control de convencionalidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido desde el

caso *Almonacid Arellano vs. Chile* del 2006¹⁶. Según esta jurisprudencia, que ha ido en evolución, el control de convencionalidad debe ser realizado de oficio¹⁷ y debe ser cumplido por todas las autoridades nacionales (además del propio juez, como tradicionalmente se entendía esta doctrina)¹⁸.

Bajo esta línea se ha llegado a afirmar que los jueces nacionales se han convertido en jueces convencionales en tanto se encuentran obligados a aplicar las disposiciones del sistema interamericano de derechos humanos en los casos concretos en los que intervengan.

Esta noción tiene una implicancia práctica en el proceso penal, en donde el juez se enfrenta a discusiones en las que entran en juego los principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El caso más claro se observa en la audiencia de medidas cautelares, acerca de la cual el Sistema Interamericano ha emitido diversos pronunciamientos acerca de la dinámica que debe seguir esa audiencia y las exigencias que tienen cada uno de los intervinientes.

Un tercer punto relativo al horizonte de la función judicial se vincula con las habilidades concretas del juez en una audiencia oral. Si bien en las últimas décadas se han extendido los espacios de formación y las producciones académicas en materia de litigación oral, se han desarrollado principalmente desde la perspectiva de los litigantes y con un énfasis mayor en la audiencia de juicio.

Sin perjuicio de que todo ello resulta vital para comprender la dinámica de las audiencias orales, se vuelve necesario concentrarse en el rol

11 El Código de Ética Judicial del Paraguay se puede descargar del sitio web del Poder Judicial: <http://www.pj.gov.py>

12 Los comentarios a los Principios de Bangalore pueden encontrarse en el sitio web de la UNODC: www.unodc.org

13 Atienza, Op. Cit., p. 44.

14 Atienza, Op. Cit., p. 45.

15 Ibáñez, Perfecto A.: Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional, Trotta, Madrid, 2015, p. 359.

16 Cfr. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2006.

17 Cfr. Caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguido Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2006, párrafos 89.7 a 89.13.

18 Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2010, párr. 225.

que cumplirá el juez en ellas. De hecho, no es indistinto abordar el alcance de la función judicial entre las audiencias previas. En cada una de ellas podremos observar que existen criterios de actuación diferenciados según el tipo de controversia que se discuta e implicancias desde la desempeño de las partes en el marco de la audiencia.

En este trabajo nos concentraremos en este último punto, para lo cual dividiremos su abordaje en dos grandes capítulos: por un lado, desde el análisis de los principios que inspiran el trabajo del juez; y desde su rol específico en las audiencias contradictorias, homologatorias, intermedia y juicio.

2. Principios generales de actuación del juez en las audiencias

Como venimos sosteniendo, uno de los ejes en el proceso de reforma de los sistemas penales estuvo centrado en el establecimiento de la oralidad como forma de resolver los casos. Si bien la oralidad fue regulándose en forma gradual (los primeros códigos acusatorios en la región sólo la contemplaban para el juicio oral, mientras que los siguientes códigos ya la establecieron para la toma de decisiones durante todo el proceso) siempre fue uno de los basamentos fundamentales para la transformación del sistema de justicia penal latinoamericano.

La determinación de la oralidad como método para la toma de decisiones radica en que, a través de ella, se potencia tanto la eficacia del sistema como las garantías del proceso penal. Así, un sistema oral no solo genera un mayor dinamismo en el proceso, sino que, antes bien, fortalece las garantías constitucionales por tratarse de un diseño que permite un mayor contradictorio entre las partes y, como consecuencia de ello, facilita una mayor calidad en la toma de decisiones.

En síntesis, se ha definido al sistema de audiencias como una metodología para la toma de decisiones que potencia los siguientes principios: a. el contradictorio, ya que la oralidad permite un genuino contradictorio entre las partes, quienes pueden inmediatamente debatir sobre alguno de los puntos presentados por su contraparte; b. imparcialidad, toda vez que a través de un sistema de audiencias no solo se potencia el rol del juez, quien no puede delegar la toma de decisiones en sus subalternos, sino que también evita que éste pueda tomar contacto previo con el caso, provocando que resuelva solo y exclusivamente en base a la información suministrada por las partes en audiencia; c. inmediatez, no solo entre las partes y el juez, sino también con la información que se ventila en audiencia; y d. publicidad, permitiendo la presencia de las partes y del público en toda decisión y potenciando así los valores republicanos del sistema de justicia penal.

A pesar de la enorme importancia que representa para los valores democráticos y republicanos del sistema de justicia contar con una metodología oral para la toma de decisiones, no han sido fijados claramente los estándares para una adecuada calidad en el litigio. Es por ello que con este texto, siguiendo la doctrina más renombrada en la materia y los lineamientos teóricos del sistema adversarial, sumado a los estándares normativos de los códigos acusatorios de segunda generación, intentaremos fijar ciertas guías o reglas prácticas de actuación para los jueces en el litigio, para así potenciar los valores democráticos que todo sistema penal debe tutelar.

Principios generales de actuación

Más allá de las especificidades de cada audiencia es válido afirmar que hay principios generales que guían la actuación del juez y de las partes en aquellas, y que sirven como estándares de la actuación para la etapa previa al juicio.

Dado que desde un punto de vista legal, tal como indicamos, los nuevos códigos adversariales latinoamericanos han fijado la resolución de los conflictos como finalidad principal del proceso, es claro que el juez, durante la investigación penal preparatoria, debe tender con su actuación a verificar la posibilidad de acuerdos entre las partes. Para ello deberá propender a generar un contradictorio genuino, evitando lenguaje jurídico o técnico que dificulte la comprensión y el consentimiento necesario para arribar a acuerdos.

Otro de los factores tenidos en cuenta por la reforma tuvo que ver con fortalecer los valores republicanos del sistema. El anterior modelo inquisitivo, absolutamente secreto y escritural, dio paso al sistema adversarial hoy vigente. Es el juez quien, con su actuación, debe propender a fortalecer la publicidad y comprensión de lo que ocurre en una sala de audiencias.

Por el lado de los litigantes, es fundamental que se comprenda que las audiencias previas al juicio, al no haberse producido aún la prueba, solo cuentan con evidencias o antecedentes de investigación para fundamentar sus peticiones. De allí que se trata de audiencias estrictamente argumentativas donde las partes deben fundamentar sus peticiones en base a la información con la que cuentan en sus carpetas investigativas. Esta circunstancia evidencia que el rol de los litigantes esté centrado en reconocer cuáles son los hechos en controversia entre una postura y la de la contraparte, y allí fijar el contradictorio y el debate; y para el juez, su deber de encausar la audiencia en esos términos.

Como lineamientos principales para todo tipo de audiencia, podemos destacar los siguientes:

a. El juez y los valores del sistema

a.1. Publicidad del sistema

Como primera pauta, y en base a las exigencias de que las decisiones adoptadas por cualquiera de los poderes (en el caso, el Poder Judicial)

sean públicas y expresen sus argumentos, sostendremos que el juez de garantías, cada vez que toma una decisión en audiencia, lo debe hacer de manera inmediata y frente a las partes presentes, ya sea que se trate de cuestiones de libertad o de cualquier otra índole (suspensión del proceso a prueba, juicio abreviado, oposición del auto de elevación a juicio, nulidades, excepciones, incompetencia o cualquier otro planteo que realicen las partes). Para el caso de que –excepcionalmente– se difieran los argumentos, el juez debe explicar los motivos por los cuales adoptó la decisión que acaba de tomar y fijar día y hora para la explicación completa de los fundamentos de su decisión.

Al comenzar cada audiencia, el juez debe verificar la presencia de las partes, que al imputado le hayan hecho saber sus derechos, y otorgarle la palabra al solicitante de la audiencia. Previo a toda petición, el juez debe requerir al representante del Ministerio Público o acusador particular –si lo hubiere– que determine en forma concreta, clara y precisa cuáles son los hechos que se le enrostran al imputado, debiendo aclarar si ya ha formulado cargos anteriormente o si lo hará en esta audiencia. Esta circunstancia resulta vital para fijar el marco de discusión de la audiencia y permitir a los concurrentes comprender los hechos en debate. Siempre el juez debe velar para que no haya tecnicismos ni formulaciones estrictamente jurídicas que imposibiliten o dificulten la comprensión del acto para las partes involucradas y para el público en general.

a.2. El juez y los posibles acuerdos

En todas las audiencias que se realicen durante la investigación penal preparatoria, el juez debe verificar la posibilidad de que las partes puedan arribar a un acuerdo que implique una solución del conflicto.

Todas las audiencias durante la investigación penal preparatoria serán consideradas pluri-objetivos, independientemente del motivo por

el cual hayan sido fijadas. El juez debe evitar posponer temas, dando en la audiencia un pequeño tiempo para que puedan arribar a una solución del caso si fuese necesario.

Los jueces deben dar respuesta a cada petición que le formulen las partes, evitando la fijación de una nueva audiencia, aun cuando su objeto inicial sea distinto. Deben tender con su actuación a resolver en una única audiencia todo planteo que presenten las partes (calificación de flagrancia, control de detención, formulación de cargos, prisión preventiva o salida alternativa al proceso, en su caso), evitando cuartos intermedios, suspensiones o demoras al emitir su decisión, que redunden en una afectación a la celeridad, transparencia y publicidad del sistema.

a.3. El juez y el contradictorio (conducción y decisión)

En las audiencias llevadas a cabo durante la investigación penal preparatoria, el juez de garantías debe tender, con su actuación, a fortalecer el contradictorio para que la información que arrimen las partes a la audiencia esté centrada en los puntos en conflicto y así, su decisión, tenga una mayor calidad.

Para ello, debe generar un espacio temporal razonable para que las partes puedan presentar adecuadamente sus peticiones y argumentaciones y evitar las manifestaciones genéricas, circulares, abstractas y que no se centren en los puntos en controversia. Debe permitir que las partes presenten su punto de vista y la posibilidad de controvertir información nueva.

a.3.1. Conducción

El juez tiene la facultad y el deber de intervenir (conducción) ante argumentaciones redundantes o impertinentes que no se enfocan en los puntos en controversia, asegurándose de que las personas que participan en la audiencia comprendan las acciones que se realizan en ella. Debe velar para que la audiencia se desarrolle en un espacio de tiempo acotado,

actuando con firmeza en su conducción y dirección, fijando con claridad las reglas del litigio para que las partes puedan debatir y ejercer los derechos que representan.

Preservando siempre su imparcialidad, el juez de garantías debe asumir un rol proactivo y pedagógico para que las partes puedan arribar a un acuerdo alternativo de resolución del conflicto, generando espacios genuinos para que las partes puedan dialogar. También deberá resguardar el carácter público de las audiencias y tener un rol activo en su desarrollo, pidiendo aclaraciones a las partes sobre puntos que no hayan sido suficientemente precisados ni clarificados, y fomentando la contradicción exclusivamente sobre los planos de controversia entre las posturas de las partes. Sin embargo, a efectos de no afectar su imparcialidad, no puede introducir nuevas evidencias no requeridas por las partes.

a.3.2. Decisión

El juez debe resolver de inmediato (decisión) sobre las peticiones de las partes, limitándose a los puntos discutidos en la audiencia y a la información generada en ésta. No puede incorporar información que no haya sido procesada en el marco de la audiencia, ni solicitar el legajo de las partes para resolver, salvo el supuesto de que requiera cotejar alguna información concreta (por ejemplo, alguna cuestión de un informe) en que las partes no se pusieran de acuerdo sobre su contenido.

El juez deberá fundamentar verbalmente la decisión adoptada, procurando utilizar un lenguaje llano y no técnico, de modo de facilitar la comprensión del imputado y del público en general que hubiere asistido a presenciar la audiencia. La decisión deberá hacerse cargo tanto de los argumentos favorables como desfavorables a la postura asumida. Deberá explicarle al imputado el alcance de la decisión que hubiere tomado, utilizando un lenguaje llano, verificando si ha sido suficientemente comprendido por aquél.

b. E juez y el rol de las partes en las audiencias

b.1. Las partes y la toma de decisiones tempranas

La toma de decisiones tardía tiene enormes costos para las partes. Esto, que parece evidente, no fue observado de ese modo al inicio en los sistemas adversariales latinoamericanos. Erróneamente se entendía que la celeridad era un beneficio solo para la acusación y no así para la defensa. Al contrario, las decisiones que no se adoptan tempranamente generan costos también para la defensa en dos sentidos. Por un lado, el imputado mantiene el peso de la incertidumbre que genera un estado de indefinición que puede llegar hasta los dos años de investigación desde la formalización de la investigación. Pero por el otro lado, las defensas penales públicas quedan abarrotadas de casos y, por ende, la falta de decisión en los casos repercute en una merma en la calidad de la defensa.

De modo tal que un adecuado estándar de calidad está centrado en verificar desde la primera audiencia, en todos los casos que permiten salidas anticipadas (juicio abreviado, suspensión condicional del proceso y acuerdos reparatorios), si es viable un acuerdo que ponga fin al proceso y que resulte una salida de calidad para los intereses que cada parte defiende. De allí que la adopción de acuerdos en la audiencia de etapa intermedia sea una mala señal para el sistema.

b.2. Las partes y el contradictorio

Todo proceso penal, al final de cuentas, se puede resumir en el debate de dos historias: el relato de la acusación y la historia que presenta la defensa. En la medida que no haya dos relatos en pugna, el caso debiera finalizar indefectiblemente en un acuerdo. Si ello no es así, entonces lo que tendremos serán dos historias en pugna, sobre las cuáles se debatirá si corresponde o no aplicar medidas cautelares, sobre la duración de la investigación, sobre el peso de la acusación para arribar a un juicio oral, sobre las evidencias que se pueden

presentar en juicio y, al final de cuentas, sobre el peso del cuadro probatorio en juicio oral.

Cada relato tendrá planos idénticos con la historia de la contraparte (hechos no controvertidos), y otros planos en franca discrepancia (hechos controvertidos). Es sobre este último plano sobre el que las partes deben identificar y litigar en las audiencias contradictorias durante la investigación penal preparatoria. El juez debe prestar especial atención a reconocer esos hechos controvertidos para dirigir hacia allí el debate.

Para ello, cada parte debe poder precisar una historia construida en base a hechos, evitando en su narración la mención de terminología jurídica, e identificar esas partes que están en controversia. Sólo sobre esos hechos, las partes fijarán el contradictorio para que un juez imparcial pueda dar por cierta (con la probabilidad que se exige en las etapas previas al juicio) una de ellas.

De allí que deben evitarse argumentación estrictamente jurídicas, circulares y abstractas.

b.3. Las partes y sus evidencias

Para sustentar sus argumentaciones durante las audiencias previas al juicio, tanto el fiscal como el defensor deben contar con evidencias sólidas que se encuentren agregadas a sus legajos de investigación respectivos. No se trata de argumentar sobre todas las evidencias reunidas, sino de precisar qué evidencias son sólidas para fundamentar una postura y seleccionar aquéllas para presentarlas en audiencia. Así las partes presentarán en audiencia el apoyo probatorio de su pretensión, compareciendo con las evidencias recolectadas.

Por su lado, el juez debe evitar que las partes procedan a leer la información recolectada. Esa práctica redundante en una merma sobre el contradictorio. Es preciso que las partes se enfoquen exclusivamente en los puntos en controversia y, sobre ellos, argumenten sus peticiones.

3. El rol del juez en las audiencias de un sistema adversarial

a. Audiencia de control de detención

En esta audiencia, previo a formalizar los cargos, el fiscal debe fundamentar la legalidad de la detención, ya sea ordenada por la autoridad judicial o por un caso de flagrancia.

Es importante que el fiscal no confunda lo que es la formulación de los cargos con la justificación de la legalidad de la detención en flagrancia, que es algo bien distinto. Al inicio de la audiencia debe fundamentar la legalidad de la detención flagrante, basándose principalmente en el plano temporal (tiempo transcurrido entre el hecho y la detención, y tiempo entre la detención y el aviso a la autoridad); en el ámbito espacial (distancia entre el lugar del hecho y el lugar de detención); en la existencia de una persecución ininterrumpida; y en los efectos que tenga el imputado si es señalado por la víctima o testigos.

El fiscal no debe limitar su actuación a la lectura de piezas procesales del legajo, ni a detallar la prueba con la que cuenta. Debe justificar en base a los presupuestos legales, por qué la detención es legítima. Para ello deberá explicar los parámetros antes marcados en base a las evidencias recolectadas.

El juez, a los efectos de fortalecer el contradictorio, debe interrumpir al fiscal si no justifica la detención en los parámetros establecidos y solicitarle que explique concretamente cuáles son los datos objetivos o hechos con que cuenta para sostener que la detención ha sido legal. Luego debe interrogar a la defensa si va a controvertir la calificación de flagrancia solicitada por la fiscalía o si no va a discutir el punto. En todo caso verificará que el imputado haya sido informado de sus derechos constitucionales y legales, controlando la legalidad de la detención.

Si la defensa no discute la flagrancia, no será necesaria una argumentación extensa sobre el punto, valorando como un indicio fuerte la falta de discusión sobre aquel.

El juez debe tener especialmente en cuenta, al momento de resolver:

- a. el tiempo transcurrido entre la detención y el aviso dado al Ministerio Público;
- b. el tiempo transcurrido desde la detención al control judicial;
- c. el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho hasta la efectiva detención del imputado;
- d. si el imputado ha sido perseguido ininterrumpidamente;
- e. en caso de no haber sido perseguido ininterrumpidamente, si ha sido señalado por la víctima o un testigo, bajo qué condiciones y características, si se le secuestraron o no rastros, si éstos estaban a la vista y qué indicios son los que habrían hecho presumir al personal policial que el detenido había participado en un hecho anterior.

El juez debe evitar que la discusión se limite a apreciaciones genéricas, debiendo constatar que los datos afirmados por la fiscalía y que se desprenden de su legajo, hayan sido cotejados por la defensa. A tal efecto, debe interrogar a la defensa respecto de si lo afirmado por la fiscalía es cierto y si surge del legajo.

En el caso en que la defensa haya debatido la flagrancia, el juez debe considerar con razonabilidad las circunstancias del caso, utilizando en forma precisa y sin caer en argumentaciones normativas y genéricas, cuáles son los hechos por los que considera que la detención fue (o no) legal y flagrante conforme a las previsiones normativas. El juez debe rebatir cada uno de los argumentos traídos por la parte que postulaba la decisión contraria a lo resuelto (pautas genéricas de decisión).

Si no se hace lugar a la calificación de flagrancia, el juez debe considerar la detención como ilegítima, disponer la libertad del imputado e interrogar a las partes si tienen algún otro planteo que formular en audiencia y si hay oposición de la defensa para su tratamiento, debiendo resolver según los fundamentos dados por las partes.

La defensa, en caso de controvertir la legalidad de la detención debe evitar realizar alocuciones genéricas y escoger sobre qué punto va a fijar el contradictorio (tiempo, falta de elementos secuestrados, distancia, etc). Tanto el planteo de la fiscalía (sobre la legalidad de la detención), como el de la defensa (ilegalidad) deben estar fundamentando en las evidencias con que cuentan en ambos legajos. Esto no quiere decir que deban leer el contenido de la evidencia, sino que deben referenciarse y basarse en su existencia. Corresponde a la contraparte argumentar eventualmente sobre la falsedad o inexistencia del contenido que le otorga la contraparte.

b. Audiencia de formalización de la imputación y discusión de medidas cautelares

Al comenzar la audiencia, el fiscal debe informar al imputado el hecho que se le atribuye. En esa oportunidad debe hacerle saber, por ser parte de una imputación, la calificación legal y el grado de participación que le enrostra en el hecho.

El fiscal no debe confundir esta instancia con la presentación de un resumen del caso o suplantar esta presentación con una lectura del parte policial o de las piezas investigativas o evidencias reunidas. De ser así, el juez debe interrumpir la presentación y requerir al fiscal que especifique cuál es el hecho que se le imputa, ya que, caso contrario no quedará clara la imputación y la defensa no podrá realizar un efectivo descargo. Es también deber de la defensa reclamar que la descripción de la imputación sea clara y precisa. También deberá evitar que el acusador proceda a leer declaraciones testimoniales, ya sean de la víctima o de otro testigo, como forma

de relatar los hechos, puesto que de ese modo no se delimitará el objeto procesal.

Sí se debe permitir la lectura del relato de los hechos preparado previamente, como una suerte de anotación personal del fiscal. No se trata de negar todo tipo de lectura en audiencia, sino de impedir que la audiencia se convierta en la lectura de un legajo o carpeta de investigación donde se vaya perdiendo el contradictorio. De allí que la lectura de una descripción del hecho por el que se formaliza la investigación, lejos de impactar negativamente en el contradictorio, lo fortalece.

A los efectos de delimitar el hecho, el fiscal debe centrar su imputación a la consigna de dar respuesta a las siguientes preguntas: cuándo fue el hecho, dónde ocurrió, quién lo realizó, qué hizo y cómo lo hizo. Fuera de estas preguntas, toda otra mención o expresión no es parte del objeto procesal y debiera, en principio, ser suprimido, salvo que sirva para una comprensión más nítida del hecho.

Si la presentación no es clara, el juez debe solicitar las aclaraciones necesarias para que la imputación no sea confusa, aún frente al silencio de la defensa. Sin embargo, no puede solicitar a las partes que vayan más allá de los hechos relatados o que le acerquen otras pruebas que las recolectadas en la audiencia. La importancia sobre la precisión de la imputación radica en que en esta audiencia se da contenido específico a la garantía del hecho, garantía madre sobre la cual reposan el resto de las garantías penales y procesales penales.¹⁹

¹⁹ Sobre la garantía del hecho recaen los requisitos de verificabilidad, esto es el hecho que puede ser verificado –que debe respetar los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad–; las condiciones de verificación –que componen la garantía del juicio previo, a través de las garantías de primer orden de contradicción, inmediatez y publicidad– y las normas de comprobación –que son las reglas que operan como límite al ingreso de información en juicio– (Ver, Binder, Alberto, El elogio de la audiencia oral, en La implementación de la nueva justicia penal adversarial, Ad hoc, Bs. As, 2012, pg. 217 y sig).

Escuchada la imputación, el juez debe verificar que la defensa y el imputado hayan comprendido los cargos formulados, dándole la posibilidad de efectuar su descargo, previo hacérsele saber sus derechos constitucionales (derecho a guardar silencio, a que ese silencio no implica presunción en su contra y que, en caso de declarar, lo hará sin que se le requiera promesa o juramento de decir verdad).

El juez debe verificar también que el imputado se haya entrevistado previamente con su abogado defensor, como así también éste debe reclamar el ejercicio real de tal derecho, el que no puede ser suplantado con un mero contacto inicial en la sala de audiencias.

Finalizada la imputación, el juez debe interrogar a las partes si tienen otras peticiones que realizar (acuerdos, medidas cautelares, duración de la investigación, procedimientos simplificados, etc).

b.1. La discusión de las medidas cautelares

Solo luego de formalizada la investigación, el fiscal puede requerir la aplicación de una medida cautelar. Para esta petición, el fiscal debe acreditar que los elementos investigativos recolectados hasta el momento son suficientes para: a. sustentar una presunción de que el hecho se cometió y que el imputado ha tenido participación en aquel (autor, coautor, cómplice primario, secundario o encubridor); b. que existen peligros procesales (peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación).

Si el Fiscal requiere la aplicación de la prisión preventiva, al tratarse de una medida excepcional, debe fundamentar que el resto de las medidas cautelares no son suficientes para cautelar el proceso.

b.1.1. Materialidad y autoría

El fiscal debe fundamentar la materialidad del hecho y la participación del imputado evitando alusiones genéricas. Debe evitarse que el fiscal proceda a dar lectura de las declaraciones,

como así también que relate todo lo que figura en el legajo, sin una efectiva valoración de cómo deben pesarse esas evidencias. Debe valorar la prueba indiciaria con la que cuenta, trabajar sobre la credibilidad de sus evidencias y explicar cómo arriba a sus conclusiones en base a las máximas de la experiencia, la lógica y el sentido común.

El juez debe tender a que el fiscal sea preciso en su argumentación, determinando los elementos de convicción con los que sostiene la fortaleza de los cargos formulados e intervenir si el fiscal se limita a relatar sólo las pruebas con que cuenta sin valorar su contenido.

Con el fin de tomar real dimensión de los elementos de cargo con que se cuenta, el juez tendrá un rol activo tendiente a obtener información y controvertirla con la defensa, debiendo realizar preguntas aclaratorias sobre los puntos que no queden claros de los hechos, tanto respecto de la exposición de la acusación como la de la defensa. Así, podrá interrogar a la defensa, durante la exposición fiscal, si es cierta la información que el fiscal ingresa en la audiencia y viceversa. Es preciso asentar que el juez no puede guardar silencio frente a una presentación escueta de las partes, toda vez que no se trata de la producción de prueba -en la que el juez no puede intervenir- sino de verificar qué información cuenta cada parte para permitir que la restante la pueda controvertir.

El juez debe propender a una intervención flexible de las partes, y así evitar que la audiencia se desarrolle a través de formales traslados segmentados por períodos temporales prolongados. La poca flexibilidad en las intervenciones de las partes dificulta el contradictorio. La intervención de ambas partes debe ser dinámica como mecanismo de obtención de información.

El juez debe evitar que la audiencia se termine por convertir en una suerte de anticipo del juicio, donde los testigos declaren frente al

juez como si se estuviera realizando la audiencia de debate. Las partes deben concurrir a la audiencia con el registro de sus evidencias en su carpeta investigativa y argumentar sobre estas.

La defensa podrá presentar contradictorio sobre la materialidad, autoría o ambas. En caso de hacerlo, el juez deberá conducir el contradictorio para fijar qué hechos están en crisis y qué evidencias cuenta cada parte para sostener su postura.

El juez debe verificar si existe probabilidad positiva de que los cargos formulados sean ciertos. Probabilidad no implica certeza, sino tan solo un juicio de valor positivo, realizado a través de la sana crítica racional, de ocurrencia de los hechos sostenidos en la acusación. El juez debe procurar al fallar que su explicación sea lisa, sencilla, llana, racional y comprensible. Para ello, debe comenzar explicando cuáles son los hechos sobre los que se tiene por acreditada la materialidad, sosteniendo por qué es probable –no se requiere certeza– su ocurrencia. Deberá fundamentar a través de las pruebas de cargo presentadas, explicando el motivo por el cual se desechan los argumentos de la contraria. Debe evitarse caer en una suerte de sentencia anticipada, ya que no se trata de acreditar la certeza positiva de los hechos –propio de la sentencia– sino tan solo la probabilidad exigida por la normativa procesal y constitucional.

En caso de no haber oposición de la defensa sobre la materialidad y autoría, el juez tendrá presente esa falta de oposición al momento de resolver y la elaboración de su decisión será más sencilla en cuanto al peso argumentativo, frente a la falta de contradictorio.

b.1.2. Discusión sobre los peligros procesales

La petición de aplicar una medida cautelar podrá ser requerida en la misma audiencia de formulación de imputación, o en otra instancia ulterior. La decisión que se adopte al

respecto será provisoria y la incorporación de nuevos elementos de convicción sobre los peligros procesales genera la posibilidad de que las partes puedan replantear la cuestión.

Para solicitar la aplicación de una medida cautelar, el fiscal debe acreditar la existencia de un peligro procesal.

El juez dará, en primer lugar, la palabra al fiscal para que fundamente y justifique en base a qué supuesto requerirá la aplicación de una medida cautelar (fuga o entorpecimiento de la investigación y, en caso de estar regulados, peligro para la víctima o la sociedad). Deberá exigírsele al fiscal que fundamente en el caso en concreto, en base a qué evidencias considera que se dan los peligros procesales. Específicamente, debe explicar por qué, por ejemplo, existe un peligro de fuga si el imputado está en libertad. El juez debe intervenir frente a alusiones genéricas de las partes, exigiendo un debate claro y concreto en base a las consideraciones fácticas y probatorias del caso.

Escuchada la fiscalía, el juez dará la palabra a la defensa. El juez debe tener un rol proactivo tendiente a generar un debate y contradictorio entre las partes. Así, si el fiscal ha hablado de la falta de arraigo, aun cuando el defensor no haya dicho nada sobre tal extremo, el juez debe interrogarlo sobre su opinión y verificar si es cierto que el imputado no tiene arraigo. Del mismo modo, sobre cada elemento que introduzca la defensa, el juez debe preguntar la opinión del fiscal para generar un genuino contradictorio sobre cada punto planteado por la contraria.

Respecto del peligro de fuga o sustracción de la acción, el juez debe contemplar, entre otras cuestiones que planteen las partes, las siguientes:

- a. El arraigo (domicilio, domicilio laboral, asiento de su familia, facilidad para abandonar el estado, posibilidad de ocultarse,

- falsedad de la información suministrada, etc.).
- b. La importancia del daño y de la pena.
 - c. La posibilidad de aplicación de beneficios (reparación, suspensión del proceso a prueba, sustitución a la pena de prisión, etc.).
 - d. La actitud asumida por el imputado frente al delito.
 - e. El comportamiento durante la investigación, rebeldías anteriores y existencia de procesos pendientes.
 - f. La posibilidad de que, en caso de recaer condena en aquéllos, la pena sea mayor, como así también cualquier otra circunstancia que las partes introduzcan.

El juez debe tener un rol activo tendiente a generar información.

Respecto del peligro de obstaculización de la investigación, debe atenderse no sólo a la posibilidad de que destruya elementos de prueba, sino también la posible influencia sobre testigos, peritos, imputados o víctimas, siendo relevante el riesgo sobre la integridad de aquéllos.

La defensa debe evitar alusiones genéricas. Debe explicar qué elementos cuenta para minimizar los peligros procesales, sustentándose en evidencias concretas.

El juez no puede resolver sobre un peligro procesal no planteado por la fiscalía. Así, si el Ministerio Público considera que existe peligro de sustracción de la acción de la justicia, el Juez interviniente no puede resolver sobre la existencia de un peligro de obstaculización del proceso no planteado por la acusación, por cuanto afectaría su imparcialidad y el contradictorio, como corolario de la garantía de la defensa en juicio.

El juez debe evaluar la intensidad de los peligros procesales, verificando si pueden ser mitigados a través de una medida cautelar menos grave que la prisión preventiva, aun cuando ésta no haya sido planteada por la defensa.

En su decisión, que debe ser oral, inmediata, llana y con un lenguaje sencillo para que las partes y el público pueda entender lo resuelto, debe atender tanto los elementos favorables a su decisión, como justificar el motivo por el cual los argumentos contrarios no habrán de prosperar. Debe dirigirse al imputado al momento de resolver, con un lenguaje pausado, evitando alusiones genéricas y normativas que resulten de difícil entendimiento. Los jueces deben procurar que la prisión preventiva se imponga por un límite de tiempo necesario y suficiente como para que el fiscal pueda requerir la elevación a juicio.

Asimismo, el juez debe imponer controles sobre el cumplimiento de las medidas cautelares fijadas.

b.1.3. Duración de la medida cautelar y de la investigación

El fiscal debe fijar un límite temporal –esté o no regulado- a las medidas cautelares impuestas y a la duración de la investigación. En caso de que no lo hiciere, el defensor debe exigir un plazo determinado y que ese plazo esté relacionado con las medidas de investigación pendientes de realización.

Al resolver, el juez debe fijar un plazo acorde al tiempo estimativo que demoraría la realización de esas medidas, explicando lo resuelto en lenguaje llano y fundamentando también por qué los argumentos esgrimidos por la parte perdidosa no fueron suficientes.

c. Audiencia de acuerdos reparatorios

En la audiencia de acuerdo reparatorio, el juez debe verificar la presencia de las partes, interrogando al fiscal si ha formalizado la investigación –en cuyo caso, se lo invitará a que enuncie el hecho tal como fue formulado oportunamente, a los efectos de fortalecer la publicidad de la audiencia, la comprensión del acto, las pautas del acuerdo y el caso en discusión-, o si lo hará inmediateamente.

Tras ello, interrogará a la fiscalía por el acuerdo arribado, verificando la conformidad del imputado y la víctima con los términos propuestos.

Para que el acuerdo sea viable y homologado por el juez, éste debe verificar en audiencia:

- a. El consentimiento libre de ambas partes, siendo relevante que el imputado participe en la toma de decisiones de su caso. Se debe verificar si el imputado en audiencia toma efectivamente la decisión y participa en ella.
- b. Proporcionalidad del acuerdo, en el sentido de que no implique un abuso del derecho de una parte sobre la otra. Sobre esta materia el juez no debe verificar si le parece un acuerdo equitativo y razonable, ya que no conoce la teoría del caso de las partes, ni las pruebas e intereses en juego que le permitan arribar a esa conclusión. Esa no es su función. Debe verificar que no haya una relación de subordinación entre una parte y otra, en cuyo caso debiera analizar la falta de un consentimiento adecuado.
- c. Que haya un efectivo conocimiento de los derechos de ambas partes, en especial la posibilidad de continuar con el caso hasta la instancia de juicio oral.
- d. Que haya habido formulación de cargos – que podrá ser establecida en la misma audiencia de solicitud de acuerdo-, y que aún no se haya decretado auto de apertura a juicio.
- e. Que se trate de uno de los supuestos autorizados legalmente y no exista un interés público prevalente, el que debe ser fundamentado en audiencia por parte de la fiscalía y demostrar que ese interés es superior al de la víctima y que se trata de un criterio general de actuación –tratándose de una institución vertical, el interés prevalente en la persecución debe emanar de un criterio general de actuación-. Debe evitarse menciones genéricas que no tengan sustento fáctico en el caso concreto.

Al resolver, el juez debe analizar en forma específica cuáles son los intereses de las partes y de la comunidad y si no se ven afectados con el acuerdo propuesto. A tal efecto, el juez debe permitir la participación amplia de las partes (víctima e imputado) en la audiencia.

Las partes pueden arribar a un acuerdo en la misma audiencia, procurando siempre la utilización del método más flexible, celeridad y eficaz para la solución del conflicto. Los acuerdos podrán ser de cualquier tipo, no siendo indispensable que se trate de un acuerdo de índole económico o patrimonial.

A los efectos de verificar el consentimiento de las partes, se priorizará la presencia de la víctima, pudiendo ésta ser eventualmente suplida siempre que el Ministerio Público traiga su opinión de manera indubitable, ya sea mediante constancia de llamado telefónico o a través de un acta firmada.

El juez debe constatar que el imputado comprenda el alcance de los términos acordados, su forma de cumplimiento y control, y la facultad que tiene de no acordar y que el caso termine en un juicio oral.

En caso de que el acuerdo se cumpla en el acto, el juez debe dictar inmediatamente la decisión que extingue la acción penal, invitando previamente a las partes a renunciar al derecho a recurrir la decisión.

En caso de tratarse de un acuerdo bajo condición, el juez debe establecer un mecanismo que permita un genuino control sobre el cumplimiento de las pautas que componen el acuerdo.

El rol del juez durante la audiencia debe ser proactivo a arribar a un acuerdo entre las partes y establecer un mecanismo ágil y eficaz de control de las reglas de conducta impuestas.

d. Audiencia de suspensión del proceso a prueba

Frente a un pedido en audiencia de suspensión del proceso a prueba, el juez debe verificar la presencia de las partes, interrogando en primer lugar al fiscal si ha formulado cargos – en cuyo caso, se lo invitará a que los enuncie sucintamente, a los efectos de tener presente el caso sobre el cual se buscará una salida al conflicto-, o si los piensa formular en esta audiencia. Luego de ello, interrogará al fiscal o a la defensa, indistintamente, si han arribado a un acuerdo, verificando la conformidad de la contraria y el consentimiento del imputado con los términos propuestos.

En los casos en que la audiencia fue convocada por la simple petición de una de las partes, el juez le dará la palabra primero a ésta para que explique y argumente su petición. Después, le dará la palabra a la contraria para intentar que arriben a un acuerdo.

Para que el acuerdo sea viable y, por ende, homologado por el juez, éste deberá verificar en audiencia:

- a. Que exista acuerdo entre el fiscal y el imputado.
- b. Que la pena que pudiera imponérsele en una eventual condena no exceda del marco legal regulado.
- c. Que el imputado no haya sido condenado con anterioridad.
- d. Que el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.
- e. Que exista consentimiento del imputado -se debe verificar que participe activamente en la toma de decisión de acordar el caso-.
- f. Que no se haya decretado el auto de apertura a juicio.
- g. Que el imputado esté dispuesto a cumplir las reglas de conducta (estas condiciones pueden variar en cada legislación).

El juez debe velar por la razonabilidad de las peticiones y fundamentos de las partes. En esa lógica deberá tener especialmente en cuenta que las reglas de conducta acordadas entre las partes sean eficaces y eficientes para la solución del conflicto, pudiendo poner a consideración de las partes otras medidas distintas a las fijadas por ellas, ya sean reglas más benévolas o, excepcionalmente, de mayor duración y carga horaria, en casos en que lo acordado con el imputado no satisfaga los intereses de la víctima. En este caso se interrogará al imputado si las acepta o si opta por continuar con el trámite común del caso hacia el juicio oral.

Las reglas de conducta deben tener vinculación con el caso, para que, a través de su cumplimiento, se oriente a evitar la reiteración de nuevos hechos, brindar protección a la víctima y vincular al imputado con la comunidad otorgándole herramientas para disuadirlo de futuras conductas ilegales.

A los efectos del consentimiento se bregará por la presencia de la víctima, pudiendo ser eventualmente suplida siempre que el Ministerio Público traiga su opinión de manera indubitable.

El juez debe verificar que el imputado comprenda el alcance de los términos pactados, su forma de cumplimiento y control, y la facultad que tiene de no acordar y que el caso termine en un juicio oral.

El juez homologará el acuerdo y fijará su duración, y señalará audiencias sucesivas para controlar el cumplimiento de las medidas acordadas, a los efectos de realizar supervisiones periódicas, adecuadas y no meramente formales.

El rol del juez durante la audiencia deberá ser proactivo a arribar a un acuerdo entre las partes.

e. Audiencia de procedimiento abreviado

En la audiencia, en primer lugar, el juez dará la palabra a la fiscalía a los efectos de que manifieste si ya ha formulado la acusación. En el caso de que aún no se hubiera formalizado la acusación, se permitirá que el fiscal la realice oralmente en ese acto, sintetizando el hecho objeto de la acusación y los fundamentos por los que requiere la aplicación del juicio abreviado.

El juez debe verificar que se den los requisitos legales para el tratamiento del procedimiento abreviado. Son requisitos para su procedencia:

- a. La presentación de la acusación -ya sea escrita o verbal- por un hecho respecto del cual el fiscal requiere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de prisión o cualquier otra modalidad de pena (el monto varía en cada legislación).
- b. La conformidad y el consentimiento libre del imputado sobre la aplicación del procedimiento y la pena acordada. Debe verificarse que el imputado participe activamente en la toma de decisión de acceder al procedimiento abreviado.
- c. El conocimiento de parte del imputado del derecho a negar la acusación y someter el caso en juicio oral.
- d. El reconocimiento liso y llano del imputado sobre los hechos de la acusación.
- e. La existencia de elementos de prueba que, sumados a la confesión del imputado, resulten suficientes para tener por acreditado el hecho sostenido en la acusación.

El juez debe verificar cada uno de estos parámetros para darle trámite al procedimiento abreviado. Además, debe verificar la opinión de la víctima -si es que estuviera-, la que podrá ser expresada en audiencia o acercada por el Ministerio Público a través de una simple constancia. Su opinión, según la legislación mayoritaria, no será vinculante.

El juez escuchará en primer lugar al representante de la fiscalía, para que explique no solo el hecho imputado, sino también cuáles son los elementos de convicción con que cuenta para tener por acreditado el hecho, no sólo como probable sino como cierto (exigencia para la condena). Luego, el juez interrogará al fiscal sobre la calificación legal y la pena acordada entre las partes, en base a la escala penal aplicable, debiendo fundamentar el fiscal la pena acordada. Tras escuchar al fiscal, el juez se debe dirigir al defensor para verificar que lo manifestado por la acusación sea exactamente lo acordado en cuanto al hecho y la pena. Después le dirigirá la palabra al imputado para asegurar si entiende en qué consiste el acuerdo, su derecho a un juicio oral contradictorio, la implicancia de una condena y la pena acordada. Verificada la legitimidad del consentimiento, le preguntará si reconoce el hecho y, eventualmente, si quiere explicar lo ocurrido. Es importante recalcar que no se trata de un formalismo, sino de verificar fehacientemente la ocurrencia del hecho.

El juez debe tener un rol activo con respecto a la prueba, pudiendo interrogar a las partes para verificar algún aspecto que no le haya quedado del todo claro y que resulte útil para dar o no por acreditado el hecho sostenido en la acusación. Luego de lo cual deberá dictar en forma inmediata y oral la sentencia. Su dictado deberá ser dirigido hacia el imputado a través de un lenguaje llano, simple y sencillo. La redacción de la sentencia comenzará con el relato del hecho que se tiene por acreditado, valorando las pruebas tenidas en cuenta para arribar a la certeza de los hechos, como así también la confesión dada por el imputado.

El juez podrá dictar una condena por debajo de la pena acordada entre las partes cuando, del relato de los hechos y la prueba, surjan atenuantes que denoten que ella es desproporcionada con los hechos que se tuvieron por acreditados. Sin embargo no podrá aplicar una pena por encima de la acordada.

El juez podrá rechazar el acuerdo cuando del relato de la prueba no se encuentren acreditados los hechos, o éstos no encuadren en una figura legal. No podrá rechazarse el acuerdo con el pretexto de que la pena acordada resulta ser baja o en disconformidad con la calificación legal escogida por la acusación. El juez podrá calificar los hechos en forma más atenuada, más no con una figura más gravosa.

f. Audiencia de etapa intermedia o control de la acusación

La audiencia de etapa intermedia es sumamente compleja pues tiene varios estadios, a saber: a. presentación de la acusación y discusión de vicios formales; b. presentación de excepciones; c. acuerdos tardíos; y d. discusión de admisión de pruebas para juicio.

Al comenzar la audiencia, el juez le debe dar la palabra al representante del Ministerio Público, invitándolo a que detalle concretamente cuál es el hecho por el cual formuló acusación. A su vez, debe invitar a las partes a realizar sus planteos.

Una vez escuchada la acusación, el juez debe preguntar a la defensa técnica si tiene alguna solicitud de corrección de vicio formal y verificar que el imputado haya comprendido la acusación y que conozca sus derechos, que puede participar en la audiencia preferentemente a través de su defensa técnica, la que lo orientará en sus peticiones e intereses (primera etapa de la audiencia). El juez deberá verificar que el hecho requerido sea idéntico al intimado al formular cargos, a fin de no afectar el principio de congruencia.

Luego de ello, preguntará a la defensa si tiene alguna excepción de previo y especial pronunciamiento que plantear (segunda etapa), dándole eventualmente la palabra para que argumente al respecto. El juez debe dar tratamiento a toda excepción que sea planteada por las partes en audiencia, con prescindencia de

si la formuló o no oportunamente por escrito. Deberá evitar el tratamiento de las excepciones con un formato rígido de vistas y traslados, interviniendo activamente para generar un genuino contradictorio sobre cada punto trabajado por las partes. Durante la audiencia deberá evitarse la presentación de prueba testimonial que pudiera implicar la transformación de la audiencia en un anticipo del juicio. Debe evitarse que las partes hagan alusiones genéricas, citas jurisprudenciales redundantes, debiendo centrar la atención en los hechos por los cuales sostienen el planteo, y si éstos están acreditados. Escuchadas las partes, el juez resolverá en forma inmediata sobre la excepción planteada.

Tras ello, de ser pertinente, interrogará a las partes sobre la posibilidad de arribar a un acuerdo (tercera etapa de la audiencia), ya sea que se trate de una salida alternativa al conflicto tardía (reparación o suspensión del proceso a prueba) o un procedimiento abreviado. El juez deberá propugnar por las salidas alternativas, incluso ofreciendo a las partes un espacio de diálogo para intentar en ese momento arribar a un acuerdo. En este caso, deberá tener presente lo consignado para ese tipo de audiencias.

Descartadas las excepciones y las salidas consensuadas, el juez debe dar tratamiento a la prueba ofrecida por ambas partes (cuarta etapa). A tal fin, teniendo en consideración que la audiencia preparatoria de juicio requiere del juez la adopción de muchas decisiones y que la misma no debe perder dinamismo, éste debe procurar concentrar los temas. El juez invitará, en primer lugar, a la acusación (pública primero y luego privada, si la hubiere) para que detalle toda la prueba testimonial con que cuenta, pidiendo que detalle solo el nombre y explique muy brevemente quién es el testigo y el motivo de su ofrecimiento. El juez deberá tener un rol activo, preguntando a la parte sobre alguna cuestión adicional que requiera (por ejemplo, si no comprende sobre qué plano

desea que declare), como así también haciéndole saber a la parte, si fuera necesario, que ya comprendió el motivo de la citación y que no requiere más datos; ello a los efectos de no perder dinamismo en la audiencia. Luego le cederá la palabra a la defensa para que manifieste, sobre la totalidad de los testigos, si tiene alguna oposición a su admisión en juicio, pidiéndole brevemente cuáles son los motivos. En caso de haber un pedido de exclusión de prueba, le dará la palabra nuevamente a quien la ofreció, tendiendo siempre con su intervención a generar contradictorios no estáticos en vistas formales. La decisión del juez debe ser oral, inmediata y carente de formalismos vacíos, limitándose a determinar en el caso en concreto si la prueba es admisible o no, y por qué debe aceptarse o rechazarse el planteo de la defensa. Después vendrá el turno de los testigos de la defensa, donde se procederá a través del mismo sistema.

Las partes pueden oponerse a la admisión de prueba testimonial bajo los siguientes supuestos: impertinencia, sobreabundancia, dilatoria e ilícita. Los jueces deben analizar la pertinencia de la prueba bajo dos supuestos: cuando la misma no guarda relación con el objeto del juicio (irrelevancia material), o cuando la prueba si bien guarda pertinencia con la litis, su inclusión tiende a generar más un prejuicio en el juzgador que en prueba de alta calidad (irrelevancia lógica), como por ejemplo la incorporación de un testigo sobre hechos pasados que ya fueron juzgados y que no son parte de los hechos sostenidos en la acusación, con el cual se pretende acreditar un *modus operandi*, pero que tiende más a generar prejuicio en el juzgador.

Los jueces deben analizar la admisión de prueba, aún en los casos en que la contraparte no efectúe oposición alguna, debiendo excluir aún de oficio prueba obtenida por medios ilícitos, que resulte sobreabundante o dilatoria (control sobre la calidad de la información que se pretende introducir y sobre los tiempos que

demanda obtenerla). Asimismo el Juez podrá resolver exclusiones temáticas, referidos a ciertos hechos de los que un testigo admitido en juicio no podrá declarar, ya sea por prohibiciones legales o por ilicitud probatoria (por ejemplo, el caso en que un oficial de policía haya intervenido en dos procedimientos y uno de ellos haya sido declarado inválido).

Finalizado el tratamiento de la prueba testimonial, se le dará nuevamente la palabra al fiscal, para que explique y fundamente su petición de incorporación de prueba material, informativa y documental, requiriéndole que detalle y precise si solicita su incorporación por simple lectura o a través de un testigo determinado. Luego interrogará nuevamente a la defensa, respecto de si tiene alguna oposición sobre esa prueba, requiriéndole que sea concreto en su petición. Tras fijar el punto contradictorio, el juez resolverá teniendo en consideración que la prueba documental podrá ser incorporada solamente si se trata de prueba material independiente, descartando toda evidencia que solo resulte ser la manifestación de un testigo (por ejemplo, declaraciones previas, actas, etc.). Asimismo a los fines de su incorporación por lectura, se tendrá especialmente en cuenta que se trate de documentos debidamente estandarizados y que su acreditación de ese modo no afecte el contradictorio. Después hará lo propio con la prueba de la defensa.

Durante toda la sustanciación de la audiencia, el juez intentará que las partes arriben a acuerdos probatorios, ya sea del modo en cómo se incorporará determinada prueba (por simple lectura y sin la necesidad de un testigo que la acredite) o que se tengan por acreditados determinados hechos (por ejemplo, se tiene por acreditado que el imputado tenía 1.2 mg de alcohol en sangre, o que estaba lúcido y orientado). Deberá evitarse suspensiones en la audiencia y acotar su realización en un tiempo breve.

Finalizados los planteos, el juez dará por cerrada la audiencia.

g. Audiencia de juicio oral

El rol de los jueces en la audiencia de juicio oral es opuesto al que cumplen en las audiencias previas. Debido a que en el juicio oral se está sustanciando la prueba (ya no son audiencias puramente argumentativas sobre el contenido de la información recolectada por las partes), el juez debe tener un rol pasivo a efectos de mantener su imparcialidad. No debe entrometerse en la producción de pruebas y su actuación debe estar ceñida a resolver las objeciones de las partes frente a preguntas que consideran inadecuadas por ser impertinentes. Su única relación con la prueba está centrada en poder realizar preguntas aclaratorias, entendiéndose por tales a las que están orientadas a interrogar sobre una respuesta dada por el testigo, la que no fue escuchada o comprendido su alcance (por ejemplo, responde que sí, pero no queda claro a qué plano se refiere esa afirmación por tratarse de una pregunta compuesta).

A los efectos de fijar los estándares de litigación en el juicio oral, habremos de trabajar en base a la actividad probatoria en dicha audiencia.

Alegatos de apertura: Los jueces comenzarán la audiencia con los alegatos de apertura de las partes, dándole el primer lugar la palabra a las acusaciones –pública y privada, si la hubiere-, y luego a las defensas.

En los alegatos de apertura, las partes deben expresar en un tiempo acotado cuál es su teoría del caso, esto es, la explicación sobre lo sucedido y cómo acreditarán esos hechos. En la presentación inicial las partes no podrán argumentar sobre el peso de las pruebas por cuanto éstas no se han producido aún, y deben fijar la atención del tribunal en los hechos que se encuentran en controversia con la parte contraria. Es sobre estos hechos que las partes deben explicar al tribunal en base a qué elemento/s probatorio/s los probarán.

Durante los alegatos de apertura, las partes podrán eventualmente oponer objeciones, si es que la contraria utiliza la exposición inicial para introducir prueba material o para hacer referencias a lo declarado oportunamente por los testigos durante la investigación penal preparatoria. Al resolver, los jueces verificarán si se trata de una objeción que pretende hacer desconcentrar a la contraria –en cuyo caso no deben hacer lugar al planteo- o si por el contrario tiende a evitar la introducción de prueba fuera de la etapa procesal oportuna.

Examen directo de testigos: Los jueces verificarán el nombre y el documento del testigo y tomarán el juramento de decir verdad, permitiendo que sean las partes quienes se ocupen de realizar el interrogatorio de identificación personal y de acreditación, a los fines de no interferir en el modo en que ingresarán la información.

El presidente del tribunal no podrá prohibir una pregunta o frenar un interrogatorio si no ha habido una objeción de la contraria. Deberá bregar por la integridad física del testigo como así también por que no se afecte su dignidad durante la audiencia, pudiendo intervenir frente a un exabrupto de alguna de las partes, aún sin objeción de la contraria.

Frente a preguntas sugestivas realizadas durante el examen directo que no hayan sido objetadas, los jueces deberán consignar en sus notas personales que se trata de información de baja calidad por haber ingresado de manera incorrecta, debiendo luego valorar esa información con ese alcance al momento de la deliberación, más no pueden frenar el interrogatorio.

Frente a interrogatorios directos exageradamente extensos, donde los temas se repiten constantemente sin una clara guía, aún frente al silencio de la contraria y a los efectos de procurar información de alta calidad y preservar los valores de la celeridad y economía procesal,

el juez podrá –aunque de modo muy excepcional– intervenir para interrogar a la parte sobre el punto al que se dirige el examen directo y, eventualmente, prohibir preguntas sobre ese plano ya interrogado.

Los exámenes directos tienen dos áreas centrales que los litigantes deben abordar. Por un lado, la acreditación del testigo y por el otro la acreditación de proposiciones fácticas. En el primer plano, el abogado debe realizar preguntas tendientes a obtener credibilidad del testigo (su reputación personal) y de su testimonio (condiciones de percepción). En el segundo plano, tenderá a obtener proposiciones fácticas favorables a su caso, sobre todo, en los planos controvertidos entre ambas teorías del caso y ya anunciado en los alegatos de apertura. El examen directo de los testigos propios debe guardar íntima relación con lo prometido en el alegato de apertura.

Las preguntas podrán ser abiertas (sin fijar el punto de la respuesta) o cerradas (orientadas a obtener una información precisa; por ejemplo, ¿de qué color era el auto en el que circulaban?), no estando permitidas las preguntas sugestivas (aquellas que sugieren la respuesta), salvo que se trate de preguntas introductorias, de transición, preguntas por la negativa o preguntas sugestivas frente a un testigo hostil.

El interrogatorio debe comenzar con preguntas abiertas, para luego realizar preguntas cerradas de seguimiento. El litigante debe realizar preguntas cerradas y obtener mayor detalle en los planos periféricos para la solución del caso.

Los abogados deben utilizar apoyo gráfico a los fines de dar una mejor imagen al tribunal.

Contra examen de testigos: Los jueces permitirán que el contra examen gire en torno a la información ingresada en el examen directo (a través de preguntas sugestivas de un solo punto) como así también sobre planos que si

bien no fueron interrogados, guardan relación con la credibilidad del testimonio.

Se permitirá al abogado acercarse al testigo para realizar el conainterrogatorio, más el presidente deberá estar atento e intervenir si se lo maltrata o falta el respeto, aún sin intervención de la contraria.

En el contra examen se permitirá ingresar sobre planos ya preguntados en el examen directo, como así también sobre temas no trabajados en el examen directo.

Al realizar el contra examen, los abogados deben evitar realizar preguntas abiertas por dos razones. Por un lado, por cuanto se trata de un testigo hostil a la historia que se pretende presentar en el contra examen y por ende implica un riesgo innecesario. Por otro lado, la realización de preguntas abiertas terminará por convertir el contra examen en un nuevo examen directo.

Las preguntas sugestivas deben trabajarse agrupadas en núcleos temáticos. Cada núcleo temático, que no debe presentarse necesariamente en orden cronológico, debe desplegarse en base a un título (por ejemplo: “Testigo, quiero que nos centremos ahora en el momento en que encontró al imputado”), para orientar al testigo y al tribunal sobre el punto en que será confrontada la información. Las preguntas sugestivas deberán realizarse con ritmo, de un solo punto, secuenciales, yendo de lo general a lo particular. Debe evitarse realizar preguntas directas sobre el punto (por ejemplo: “Entonces usted se equivocó y no está seguro de lo que acaba de afirmar”), toda vez que el contra examen no es para que el testigo saque conclusiones, sino antes bien para que el tribunal saque conclusiones con la información que se presenta.

Manejo de objeciones: Las objeciones deberán expresarse en el espacio temporal existente entre la formulación de la pregunta

y la respuesta del testigo. Llegado el caso, el presidente del tribunal deberá hacer saber al testigo que, frente a una objeción del abogado contrario, deberá esperar la autorización antes de responder a la pregunta.

Las objeciones serán resueltas por el presidente del tribunal y, eventualmente, frente a una reposición fundada, le podrá dar intervención a los restantes Jueces.

Ante una objeción, el presidente podrá resolver en forma inmediata o, eventualmente, dar traslado a la parte que formuló la pregunta para que defienda su postura. Si, a juicio del juez, la objeción es manifiestamente procedente o improcedente, no será necesario escuchar la opinión de la contraria, pudiendo resolver en forma inmediata. La decisión de hacer o no lugar a una objeción no requiere de una fundamentación. Eventualmente la fundamentación podrá ser realizada, pero deberá ser lo suficientemente breve como para no quitar ritmo al interrogatorio. Se podrán presentar objeciones por los siguientes motivos: a. impertinente (la pregunta no guarda relación con lo debatido en el caso); b. capciosa (se trata de una pregunta que tiende a generar un engaño o trampa; c. sugestiva (fuera de los casos en que éstas están permitidas); d. sobre prueba ilegal (las preguntas no pueden versar sobre prueba que fue excluida por ilegal); e. confusa (no queda claro el punto interrogado); f. por opinión personal o conclusión (sobre temas que están por fuera del área de experticia o conocimiento del testigo o perito); g. compuesta (por presentar más de un punto); y h. que tergiversa la prueba (pregunta que incluye información falsa).

Utilización de las declaraciones testimoniales tomadas durante la investigación: Los jueces permitirán que las partes utilicen cualquier tipo de manifestación realizada por los testigos fuera del juicio (ya sean declaraciones prestadas en sede policial, en sede del Ministerio Público

o cualquier tipo de manifestación realizada en otra instancia) al solo efecto de refrescar la memoria del testigo o evidenciar una inconsistencia. Sin embargo la utilización para tales fines no implica que esa declaración ingrese como prueba. La manera de acreditar la misma incidirá en la credibilidad de la información y será valorado de ese modo al momento de la deliberación. Los jueces deberán tomar notas personales a tales efectos.

Tratándose de una declaración previa que tiende a refrescar la memoria se debe evitar que se lea su contenido en voz alta, para evitar que esa información sea conocida por el tribunal sin saber si esos puntos son recordados por los testigos. Si se trata de una declaración para evidenciar inconsistencia se permitirá su lectura en alta voz para demostrar la contradicción en que incurrió el testigo.

La presentación de la prueba pericial: La prueba pericial consiste en la declaración del perito en juicio, no pudiéndose incorporar por lectura el informe elaborado por aquél. El perito podrá declarar valiéndose del informe por él elaborado, pudiendo utilizar gráficas, tablas y cualquier apoyo gráfico y/o tecnológico para explicar sus conclusiones. En casos sumamente complejos, los apoyos gráficos y tablas utilizadas, siempre que hayan sido acreditadas enteramente en la declaración prestada por el perito, podrán ser arrimados al tribunal.

Incorporación de prueba material: Las partes podrán incorporar prueba material a través de los testigos. Una vez incorporada la prueba, pasará a las manos del tribunal, quien podrá tenerla y contemplarla para la deliberación. La mayor o menor calidad en su incorporación será tenida en cuenta por los jueces a los efectos de su credibilidad. Los Jueces deberán tomar notas personales a tales efectos.

Deliberación: Al momento de deliberar, los jueces deberán analizar todas las pruebas reunidas durante la sustanciación de la audiencia

para evitar partir desde una idea preconcebida, esto es sin un anclaje en una solución del caso. Deberán trabajar con sus anotaciones personales, analizando las proposiciones fácticas que han quedado acreditadas. A los efectos de analizar el peso de las pruebas, deberán tener en cuenta si la cobertura, idoneidad, credibilidad y admisibilidad. Al momento de arribar a un veredicto, y a los efectos de fortalecer la publicidad de las decisiones y el acercamiento de la Justicia a la ciudadanía, los jueces dictarán oralmente el veredicto, explicando sucintamente los fundamentos y las razones por las que arribaron a la decisión.

4. Consideraciones finales

Los procesos de reforma judicial penal han generado una nueva dinámica de trabajo para todos los intervinientes procesales. En el caso puntual del juez, tal como hemos visto, se produjo un cambio sustancial en tanto abandonó dos funciones que no le eran propias: la dirección de la investigación (que fue entregada a los fiscales) y la administración del tribunal (que fue asignada a las oficinas judiciales). Es así que el espacio natural de trabajo del juez se convirtió en la sala de audiencias.

Si bien desde los espacios de capacitación se dio prioridad al trabajo con los abogados litigantes, en los últimos años ha quedado clara la necesidad de avanzar en la formación de los jueces mediante el desarrollo y la entrega de habilidades concretas para conducir y decidir en las audiencias.

Esto se vuelve más necesario aún si consideramos que recién en los últimos años se ha consolidado la oralidad en la etapa preliminar al juicio oral, a diferencia de lo que ocurrió desde inicios de la década del '90. Es decir, que contamos con una experiencia muy corta de prácticas en litigación y oralidad y es por ello que todavía estamos frente a un proceso en construcción.

En este trabajo hemos abordado esta tarea, clasificando las audiencias en dos grandes categorías: por un lado, las homologatorias o consensuales (acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso y procedimiento abreviado), que son aquellas en donde las partes se reúnen para verificar ante el juez un acuerdo al que han arribado; y por otra parte, las contradictorias (control de detención, formalización de la investigación, medidas cautelares y control de la acusación), que son aquellas en donde existe una controversia que el juez debe dirimir. En último lugar hemos tratado el juicio oral, que tiene una estructura muy distinta a las audiencias de la etapa de investigación.

En cada una de estas audiencias hemos pretendido desarrollar la dinámica que tienen desde la perspectiva particular del juez. En ese ejercicio hemos identificado herramientas concretas para organizar el trabajo de las partes y fortalecer los principios que gobiernan el sistema acusatorio.

La invitación es a continuar repensando los métodos de trabajo del juez en las audiencias, sin perder de vista la relevancia que ello tiene en el fortalecimiento de las formas del modelo adversarial. ■

Fernando Carbajal

Especialista en Derecho Procesal. Capacitador para la reforma procesal.
Docente de litigación oral penal y civil. Argentina.
Mail: carbajal355@hotmail.com

La paradoja 8.1. El “derecho a ser oído” en los procesos civiles reformados

Resumen

El apartado 8.1 del Pacto Interamericano de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica consagra el “derecho a ser oído”. Esta garantía convencional se halla en la génesis del proceso de reforma procesal civil y constituye la base doctrinaria del juicio por audiencia.

La audiencia es el único modo material de asegurar que las partes sean oídas por el juez, por lo cual el cumplimiento de la manda convencional exige el establecimiento de procesos por audiencias orales.

Sin embargo, los procesos civiles reformados en América Latina exhiben una paradoja: surgidos del movimiento de reforma procesal que postula el juicio por audiencias, no incluyen reglamentaciones procesales que recepten de forma adecuada el modo de ejercer el “derecho a ser oído” en los procesos civiles. En cambio, tienden a mantener la declaración de parte como medio de convicción, cuya producción se halla condicionada al ofrecimiento de la contraparte.

De esta forma, se omite considerar y reglamentar la declaración de la parte por su propia decisión e iniciativa, lo cual adquiere relevancia en el escenario de los procesos orales por el impacto que puede tener en el proceso de convicción del juez.

Introducción

La Paradoja 8.1 expresa la contradicción entre la norma convencional que inspira la reforma procesal civil propendiendo al juicio por audiencias, que encuentra su origen en el Apartado 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, y las normas procesales dictadas a su amparo que, paradójicamente, no contemplan la oportunidad y el modo de ejercer “el derecho a ser oído” en la extensión que requeriría la manda convencional.

La omisión de reglamentación halla origen en una –todavía– deficiente conceptualización doctrinaria del tema, lo cual se traduce en una vulneración, real o potencial del “derecho a ser oído” establecido por el artículo 8 inciso 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica.

Por lo expuesto ponemos a discusión la necesidad de establecer cuáles son las consecuencias procesales de esta garantía del sistema interamericano de derechos identificada, en el idioma español, como el “derecho a ser oído” en el marco de los procesos civiles reformados, proponiendo algunos cursos de acción que permitan cumplir con la manda del sistema interamericano de derechos humanos.

Análisis comparado

Sin pretender agotar el estudio de la realidad de todos los procesos civiles de la región, lo cual supera el objetivo de este artículo, a modo de ejemplo analizaremos algunas normas procesales verificando el tratamiento dado a la declaración de parte en los procesos civiles.

Los códigos procesales tradicionales sólo admiten la declaración de parte como “prueba confesional” a instancias de la contraparte, pero no prevén la posibilidad de que sea citada a brindar declaración en su propio caso y como estrategia propia.

Por ejemplo el Código Procesal Civil y Comercial Nacional de la República Argentina (CPCC – Ar) al reglamentar la audiencia preliminar, establece que en dicha oportunidad el juez “recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes” (CPCC - Ar, art. 360). Los artículos 404 y siguientes que reglamentan esta declaración, refieren a la misma como medio que ofrece una parte para obtener la confesión de la otra, mediante el sistema tradicional de la “absolución de posiciones”, que no consiste en un interrogatorio, sino en un conjunto de afirmaciones que deben ser respondidas por “sí” o por “no”, sin perjuicio de las explicaciones ampliatorias que pueda dar el o la ponente.

Asimismo, el artículo 415 cuando contempla el **interrogatorio de las partes** reglamenta la posibilidad de hacerse recíprocamente las

preguntas, es decir el examen cruzado, pero no se prevé el interrogatorio a la propia parte¹.

En similar sentido el código chileno establece, de modo terminante que: “Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, todo litigante está obligado a declarar bajo juramento, contestada que sea la demanda, sobre hechos pertenecientes al mismo juicio, **cuando lo exija el contendor o lo decrete el tribunal** en conformidad al artículo 159.” (De la confesión en juicio, Art. 385).

De tal modo sigue la lógica tradicional que reglamenta la “confesión judicial” como instrumento de la contraparte para intentar lograr de su contraria el reconocimiento de hechos que lo perjudican y aportar elementos de convicción contrarios a los intereses del propio declarante, sin contemplarse la posibilidad de la parte de comparecer personalmente ante la persona juzgadora por su propia voluntad, en su propio beneficio y por su decisión.

El código de Costa Rica² aún aplicado durante 2017 establece en su artículo 333: “Deber de declarar. En cualquier estado del proceso, el juez podrá ordenar la comparecencia de las partes para interrogarlas sobre los hechos de la demanda. Cuando el juez no lo ordene de oficio, cada parte podrá solicitar la declaración de la parte contraria, bajo juramento, en cualquier estado del proceso, hasta antes de la sentencia de primera instancia. A la misma parte no podrá pedírsele más de una vez declaración sobre los mismos hechos.” En este caso la reglamentación es igualmente terminante.

La fuerza cultural de este modo de ver este medio de prueba se ha trasladado a los nuevos

1 CPCC – Ar, art. 415: “El juez podrá interrogar de oficio a las partes en cualquier estado del proceso y éstas podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que juzgaren convenientes, en la audiencia que corresponda, siempre que el juez no las declare superfluas o improcedentes por su contenido o forma.”

2 Se trata del código aún vigente y aplicable, no el nuevo código reformado que será luego también citado.

códigos procesales reformados que en este tema mantienen la lógica anterior sin hacerse cargo adecuadamente del mandato convencional.

Por ejemplo, el nuevo código nicaragüense innova de manera sustancial respecto al modo de realizar el interrogatorio: “Las preguntas del interrogatorio se formularán oralmente y de manera concreta, clara y precisa.” (Ley 902, 2015, preguntas y contenido, art 255), abandonando el método ritualizado y formalizado de las posiciones. Pese a ello, en lo sustancial mantiene la conceptualización de este acto como un medio de obtener la confesión de la parte adversa³ e incluso el artículo 258 autoriza que la parte sea interrogada por su propio abogado o abogada. Técnica –y paradójicamente– un virtual “contraexamen de la propia parte”, reglamentación procesal que resulta confusa e inadecuada.

Pero ello no modifica la posibilidad del profesional de interrogar a su cliente o, más propiamente, no significa que el derecho a ser oído en forma directa por la persona juzgadora que corresponde al sujeto sustancial, se halle condicionado a la citación de la contraparte, siendo este el punto que nos ocupa.

Por su parte, el novel y todavía inaplicado código costarricense establece en el artículo 42 que: “Las partes tienen el deber de declarar sobre hechos propios o ajenos y podrán formularse preguntas recíprocamente (...)” y sobre los efectos se prevé que:

“La admisión de hechos propios, de forma expresa o tácita, permite presumirlos como ciertos y constituye prueba contra la parte declarante, salvo que se trate de derechos indisponibles, que el declarante no tenga facultades para confesar en representación o se contradiga con las demás pruebas. El mismo efecto tendrán las afirmaciones espontáneas realizadas en el proceso. Si la parte no compareciera, sin justa causa, no llegara a la hora señalada, rehusara declarar, respondiera de forma evasiva o no llevara consigo documentos de apoyo, cuando fueran necesarios, se producirán los efectos de la admisión tácita del interrogatorio, ya sea de hechos propios o ajenos.”

Como se advierte se mantiene la misma lógica que proscribe la declaración a instancias de la propia parte y su conceptualización como un instrumento procesal para obtener la confesión, cuya realización depende de la iniciativa de la contraria.

Así planteada la realidad existente se destaca, a trazo grueso, que el proceso de reforma procesal civil en curso no parece aún haberse hecho cargo de la demanda del sistema americano de derechos humanos de establecer un modelo procesal que asegure y garantice todos los estándares del debido proceso que surgen del sistema supranacional, en particular el “derecho a ser oído” entendido como “derecho a la audiencia”; y conforme veremos en el apartado siguiente, en este aspecto existen deudas pendientes que afectan el acceso a la justicia.

Fundamentos teóricos de la propuesta

El artículo 8 inciso 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente

³ El artículo 254 al reglamentar la procedencia establece: “Una parte puede solicitar a la autoridad judicial el interrogatorio de las demás partes del proceso civil, sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del proceso (...) El interrogatorio también podrá ser solicitado por un colitigante respecto de otro, siempre y cuando exista oposición o conflicto de intereses entre ambos en ese proceso. Cuando la parte legitimada que actúa en el proceso no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho discutido, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular.” (Ley 902, 2015).

e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

La manda convencional es clara y no exige el más mínimo esfuerzo interpretativo si nos atenemos al texto normativo, pues lo obvio no requiere explicaciones complementarias.

El “derecho a ser oído” es el derecho de la persona que puede verse afectada por la sentencia, a ser oída por la autoridad judicial antes de resolver cualquier cuestión que afecte sus derechos.

La necesidad de explicaciones complementarias sólo surge cuando la fuerza de la cultura inquisitorial, escrituraria y ritual, pretende cambiar el significado literal de la norma y se propone “reinterpretarla” según la óptica de esa cultura escrita, pues allí aparecen las explicaciones alternativas respecto a que “ser oído” es lo mismo que “ser leído”, y otras argumentaciones que tergiversan la indiscutible claridad de la norma.

El otro aspecto relevante de la manda convencional es su extensión, pues se ha cuidado de aclarar que esta garantía alcanza a todos los procesos, cualquiera sea la naturaleza de los derechos debatidos, en enunciación no limitativa, por lo cual no hay posibilidad de controversia.

Cualquiera sea la naturaleza de la obligación o el tipo y entidad del derecho controvertido, el juez o jueza tiene el deber de “oír” a la persona que resultará afectada por la decisión judicial⁴.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de ‘orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’”. Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, sentencia 2 de febrero de 2001 - Párr. 125.

Es justamente la vigencia de esta manda convencional supranacional, junto a argumentos vinculados al fracaso evidente del sistema escrito y la potencial mayor eficacia y celeridad del juicio por audiencia, lo que ha impulsado el proceso de reforma procesal hacia el sistema de juicios orales por audiencias, tanto en el ámbito de la justicia penal como en el civil.

La profesora colombiana Carolina Villadiego Burbano (2010) realiza un impecable y completo análisis al afrontar el estudio de la oralidad en la justicia civil desde la perspectiva de los estándares del debido proceso que impone el sistema interamericano de derechos humanos, llegando a consideraciones que compartimos plenamente y hacemos propias tanto en el análisis argumental como en las conclusiones.

En primer término la autora propone cómo debe interpretarse el “derecho a ser oído”, aclarando desde el inicio que :

“(…) no puede ser oído públicamente quien es leído a través de escritos que entrega al juez de conocimiento en desarrollo del proceso judicial, salvo que estos sean leídos públicamente por el tribunal, en cuyo caso se necesita realizar una audiencia pública para leerlos. Sin embargo, esta última opción no tiene en cuenta el derecho que tiene la persona a hablar públicamente frente al tribunal que decide su causa y únicamente se limita a ‘ser oído’ a través de la lectura de sus escritos.”. (Villadiego Burbano, 2010).

Compartimos que el “derecho a ser oído” previsto en la CIDH requiere la existencia de una audiencia por ser el único modo posible de cumplir con el acto de la expresión oral ante el juez.

También coincidimos que la garantía no se satisface con la “oralización del escrito” confeccionado por el abogado o abogada, pues existe un derecho de la parte sustancial, es decir la persona cuyos derechos pueden

resultar afectados por la sentencia, de ser oída directa y personalmente por el juez que habrá de resolver el caso. Derecho que, por cierto, tiene como contracara necesaria la correlativa facultad de su oponente de someterlo al contraexamen, como medio de hacer efectivo el principio de la contracción que se halla en la médula del proceso adversarial.

Luego de un sesudo análisis y con fundamento en los precedentes jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos, Villadiego Burbano (2010) afirma que: “Se puede concluir que el derecho a la audiencia en el sistema interamericano de derechos humanos es un elemento central del debido proceso, pues es la interpretación más adecuada del ‘derecho a ser oído’ contenido en el artículo 8.1 de la Convención Americana”, fundando estas conclusiones en cuatro argumentos que desarrolla con precisión:

“En primer lugar, es la interpretación más adecuada si se considera que otros instrumentos internacionales de derechos humanos consagran el debido proceso con cláusulas de oralidad, pues establecen la obligación de oír públicamente a la persona, situación que solo se puede garantizar a través de una audiencia. En segundo lugar, es la única interpretación posible si se quiere garantizar el principio de inmediatez establecido en el primer numeral del artículo 8°. En tercer lugar, es la interpretación realizada por órganos e instituciones del sistema internacional e interamericano de derechos humanos, en particular, el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, y finalmente, esta interpretación es la más adecuada si se pretende hacer un análisis equitativo entre las garantías establecidas en la versión en inglés y en español del artículo 8.1 de la Convención”.

Queda así planteada la paradoja que es nuestra preocupación y motiva este escrito, la cual puede expresarse en los siguientes términos:

El proceso de reforma procesal civil en curso en latinoamérica constituye una derivación necesaria de la adecuada interpretación del artículo 8.1 de la CIDH, Pacto de San José Costa Rica. El “derecho a ser oído” exige como componente insustituible el “derecho a la audiencia”, por lo cual el debido proceso legal solo puede implementarse válidamente si se implementa un proceso civil por audiencias.

Sin embargo, se observa la paradoja en que los Estados que avanzan en los procesos de reforma con el objeto de implementar juicios por audiencias para asegurar el derecho de las partes a ser oídos, omiten reglamentar de manera adecuada el modo y forma de ejercer ese derecho en el proceso, adoptando normas procesales que limitan, impiden, o condicionan, al interés de la contraria, la posibilidad de “ser oído” en los términos exigidos por la propia Convención, es decir como acto personal de la parte de expresarse oralmente ante la persona juzgadora que debe resolver su caso.

En estos términos dejamos planteada la paradoja y sugerimos deben realizarse acciones que permitan superarla; estableciendo la necesaria correlación que debe existir entre el juicio por audiencias y la posibilidad de la parte de ser citada a declarar en su propio juicio a instancias de su propio interés.

Sobre el punto destacamos que corresponde a los legisladores asegurar que las leyes sean adecuadas a las mandas convencionales supranacionales, pero corresponde a los jueces llevar a cabo el control de convencionalidad de las normas, y en su caso, realizar la interpretación que permita y asegure la plena y efectiva vigencia de las garantías.

Así lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de 26 de septiembre de 2006 al expresar que:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (El destacado nos pertenece).

Por ello, la eventual omisión del legislador de regular la posibilidad o el modo de hacer efectivo “el derecho a ser oído” no puede justificar la negativa a permitirle a la parte interesada ejercer ese derecho en el proceso, correspondiendo al juez establecer la forma de asegurar la efectividad de la garantía y la supremacía del orden internacional de los derechos humanos respecto a las normas internas de los Estados, en ejercicio del control de convencionalidad que ha establecido la CIDH⁵.

5 En sentido coincidente con “Almonacid Arellano” puede verse: La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173; Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007; Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)

Este deber de los jueces de adecuar la norma procesal a la manda convencional se funda en el principio denominado de “Instrumentalidad y adaptabilidad de las formas procesales” adecuadamente receptado en las “Bases para la reforma procesal Civil y comercial” del Ministerio de Justicia de la República Argentina y consagra que: “Al interpretar una norma procesal o ante un vacío legal, el juez deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda, se deberá recurrir a las normas constitucionales y a los tratados incorporados a la Constitución Nacional. La instrumentalidad de las formas procesales asume que la meta principal del proceso es la efectividad de las normas sustanciales. En tal sentido, se concibe al proceso civil como un marco necesario e indispensable para la prestación del servicio de justicia. Dicha finalidad primordial explica y justifica que, en aras de la preservación y defensa del derecho de fondo comprometido, pueda darse válidamente un sacrificio de la observancia estricta de la normativa procesal, cuando ello no genere indefensión”(Bases, 2017, p. 18).

No podemos soslayar que la omisión de reglamentación procesal generará en cada legislación un sinnúmero de preguntas sobre el modo de realizar la declaración de parte a su propia instancia. ¿Con o sin juramento?, ¿puede ejercerse la facultad de abstención?, ¿qué reglas se aplicarán a esta declaración?, por enunciar sólo algunas.

.....
Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006; y más recientemente ha ratificado este criterio en numerosas sentencias: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.1806; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 3397; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 2368; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.2199; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014/10, párr. 151

Al analizar la legislación de Chile, Marín Verdugo plantea un conjunto de desafíos interesantes desde la perspectiva del derecho procesal interno de dicho país: “Se sostendrá que en el contexto de los nuevos sistemas por audiencias chilenos, en los que el juez debe valorar la prueba en concreto, dicha exclusión carece de sentido y las partes deben ser admitidas para declarar voluntariamente. Se sostendrá también que las nuevas reglas de la prueba lo permiten, analizándolas pormenorizadamente. Asimismo se contestará a los argumentos esgrimidos para justificar la mantención de esta exclusión y, finalmente, se propondrá una manera de rendir la declaración de la parte como testigo en conformidad a las nuevas reglas de la prueba.” (Marín Verdugo, 2010, Resumen).

El autor señala un camino interesante a recorrer en los otros países de la región respecto a la necesidad de discutir en concreto, y sobre la base de la legislación local, cuál es el modo de instrumentar la declaración voluntaria de la parte en los procesos civiles reformados, entendiendo que la justificación convencional que proponemos nos releva de justificar en las normas internas el derecho de la parte de declarar a su sola voluntad.

Sin embargo, el análisis y ponderación de la legislación local, constitucional como procesal, resultará necesaria tanto a los fines de impulsar los cambios legislativos como para fijar los estándares respecto al modo en que debe prestarse la declaración de parte en los procesos civiles reformados, cuando los códigos omitan su específica reglamentación.

Conclusiones

De los argumentos brevemente expuestos, que podrán ser ampliados en estudios doctrinarios más sesudos, queda demostrado que la garantía convencional denominada “derecho a ser oído” previsto por el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica lleva implícito que el debido proceso civil debe cumplir con los siguientes estándares mínimos:

- Establecimiento del juicio por audiencias públicas, como medio de asegurar el derecho de las partes a ser oídos por el juez.
- El “derecho a ser oído” solo se satisface si la parte, sustancial, tiene la posibilidad real y efectiva de expresarse oralmente ante el juez encargado de resolver su caso, considerándose insuficiente la posibilidad de la lectura de instrumentos escritos o la expresión oral del abogado que lo represente.
- El derecho a ser oído no puede hallarse condicionado ni limitado a la voluntad de la contraparte, debiendo asegurarse el derecho de la parte de declarar ante el juez a su sola petición.
- La omisión legislativa no puede impedir la aplicación directa de la manda convencional, por lo cual aun cuando no estuviera expresamente legislado debe autorizarse la declaración de la parte en los términos y con la extensión indicada, por aplicación directa del artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

Propuestas de acción

Revertir una tendencia legislativa tan fuerte y un sistema de prácticas fundado en fuerzas culturales arraigadas, no resulta tarea sencilla. Sin embargo la identificación del problema es un primer paso ineludible.

Para intentar producir avances concretos, proponemos los siguientes cursos de acción:

- a. Sugerir a los Estados que tengan en curso de implementación procesos de reforma procesal civil, o prevean realizarlos, la inclusión en las leyes o reglamentaciones procesales de la declaración de la parte en tanto reglamentación del derecho a ser oído en los términos y con la extensión indicada, adecuando dicha reglamentación a las normas constitucionales nacionales.
- b. Sugerir a los órganos de capacitación judicial incluir esta problemática en los cursos de capacitación que se dicten con miras a la implementación de procesos civiles reformados, impulsando la generación de buenas prácticas que permitan el cumplimiento de la garantía, aun en caso de omisión legislativa de su reglamentación, mediante la aplicación directa del Pacto de San José de Costa Rica.
- c. Invitar a los operadores del sistema en el marco de sus roles a establecer como buena práctica, realizadora de los principios del debido proceso, la aplicación directa de la manda convencional en la forma descripta, aun en caso de omisión legislativa. ■

Referencias

Código de Procedimiento Civil de Chile, texto online en Biblioteca del Congreso de Chile: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&idParte=0>

Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 7130 de 16 de agosto de 1989 (Texto vigente al 15/12/2008), versión on line en <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-costa-rica.pdf>

Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley No. 9342 del 13 de febrero del 2016, en vigencia desde octubre de 2018, versión publicada en: <http://www.puntojuridico.com/se-publico-nuevo-codigo-procesal-civil-que-regira-en-treinta-meses/>

Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, Ley 902, 09 de octubre de 2015. Texto on line en <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/ley-902-codigo-procesal-civil.pdf>

Código Procesal Civil y Comercial Nacional de la República Argentina, Texto actualizado de la Ley N° 17.454 (T.O. 1981). Texto on line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/15000-19999/16547/texact.htm#7>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006*, en Cuadernillo de Jurisprudencia de la CIDH N° 7, pág. 4. Versión on line en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

Marín Verdugo, Felipe (2010). *Declaración de la parte como medio de prueba*. Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 125 – 170 ISSN 0717 – 2877. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n1/art06.pdf>

Ministerio de Justicia de la República Argentina (2017). Bases para la reforma procesal Civil y comercial. Disponible on line en: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>

Villadiego Burbano, C. (2010). *La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: un enfoque de derechos humanos*. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v10n18/v10n18a03.pdf>

El juicio por jurados en el continente de América

Andrés Harfuch y Cristian Penna

Doctor en derecho (UBA). Defensor general de San Martín, provincia de Buenos Aires.

Vicepresidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ). Director del área de Juicio por Jurados del INECIP. ///

Abogado (UBA). Secretario general de la Defensoría General de San Martín. Miembro de la junta directiva de la AAJJ.

Director de Capacitación del INECIP.

Abstract

Juicio por jurados – Jurado clásico – Sistema acusatorio – Sistema *adversarial* – Reforma procesal penal – Democratización de la Justicia.

I. Un continente, dos culturas jurídicas

El juicio por jurados es una institución viva en América, un continente en el que conviven las dos grandes culturas que informan al entorno jurídico de Occidente: el *common law* anglosajón y el *civil law* de la tradición europeo-continental; el sistema acusatorio y el inquisitorial; el juicio público y el sistema escrito.

Esas dos grandes tradiciones judiciales que distinguen a Europa también se hicieron presentes y se desarrollaron en América.

Y el juicio por jurados en su variante clásica anglosajona es, precisamente, la divisoria de aguas entre esas dos tradiciones, originadas hacia 1215 (Whitman, 2015).

No es solo un modo de enjuiciamiento. Es un completo modelo de administración de justicia y de organización de los tribunales.

En el modelo anglosajón del *common law*, la centralidad del juicio por jurados es total. El sistema judicial se concibe a partir de –y en torno a– el juicio por jurados. Por historia y por tradición, los países anglosajones jamás confiaron el juzgamiento de las causas penales y civiles a funcionarios del Estado, sino que antes bien, en consonancia con principios profundamente democráticos y republicanos, han reservado en exclusiva el juicio a sus ciudadanos.

Todo ello, como es sabido, en un marco acusatorio completamente adversarial, público y de audiencias y en un contexto sumamente respetuoso de las garantías individuales que las constituciones y las convenciones internacionales aseguran a los acusados. Resulta inconcebible en dicha tradición un juicio mixto, con expedientes escritos y ante jueces profesionales permanentes.

Estados Unidos y Canadá, en América del Norte, exhiben dos de los más vibrantes y poderosos sistemas de jurados del planeta. Su influencia cultural es tan grande que inspiró al constitucionalismo liberal latinoamericano del siglo XIX y es espejo para varias de las reformas en curso en todas partes del mundo, sino que además dio paso a un género literario y cinematográfico específico.

En América Central y el Caribe, el conjunto de naciones que formaron parte del *Commonwealth* inglés son ya independientes y retienen el sistema de jurados clásico que heredaron de la Corona británica. Integran este conjunto: Anguilla, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Bermudas, Islas Vírgenes, Islas Caimán, Dominica, Granada, Jamaica, Montserrat, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y Trinidad y Tobago. Se les suma en América del Sur la República Cooperativa de Guyana, ex colonia británica.

Pero en esta región encontramos también a cuatro países de tradición iberoamericana que han adoptado al modelo de jurado clásico –aun con ciertas variantes– y lo ejercen desde hace largo tiempo. Se trata de Nicaragua, Panamá, El Salvador y Puerto Rico, a los cuales se hará una breve referencia en apartados siguientes.

Todos esos son países signatarios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que cuentan con sistemas de jurado clásico, manteniendo, en líneas generales, las características que le son esenciales: doce jurados accidentales, un *voir dire* para seleccionar a un jurado imparcial, un juez letrado que imparte al jurado instrucciones sobre el derecho y la ley aplicable, exigencia de veredicto unánime para absolver o condenar e imposibilidad del acusador para impugnar el veredicto absolutorio.

II. El juicio por jurados en los países latinoamericanos

Portugal y España fueron las potencias que, durante la Edad Moderna, ocuparon y colonizaron vastas extensiones del territorio americano. Como pasajera visible de las carabelas y fragatas lusitanas e ibéricas arribó a las costas americanas la Inquisición. La totalidad de los países latinoamericanos se distinguió por el empleo uniforme del sistema inquisitorial. Es decir, un proceso escrito, por actas, secreto y con una organización judicial burocrática,

jerárquico-piramidal y autoritaria. En dichos entornos judiciales eran desconocidos, hasta bien entrada la década de los años '80 del siglo XX, el juicio público, el litigio adversarial y, por supuesto, el juicio por jurados.

Los aspectos nocivos de este largo ejercicio mixto-inquisitorial de impartir justicia están presentes hasta el día de hoy y son los que han tornado imprescindible al proceso de reforma judicial iberoamericano.

Sin embargo, las discusiones en torno al juicio por jurados siempre estuvieron muy presentes y vivas en latinoamérica.

El poderoso influjo de la Revolución Francesa, que tenía al juicio por jurados como sinónimo de un sistema acusatorio en su lucha contra la Inquisición absolutista, fue determinante en la ideología de los próceres americanos de las independencias del siglo XIX. En efecto, los ilustrados de los siglos XVIII y XIX ambicionaban la implementación del jurado anglosajón, al que conocían con absoluta claridad pues se habían ocupado de estudiarlo detenidamente – las obras de Alexis de Tocqueville (1835/1840) y Carl J. A. Mittermaier (1834) son ejemplos de estudios a los sistemas de jurados estadounidense, inglés y escocés (Harfuch, 2012, pp. 42-44 y 68-71)– y quienes protagonizaron la independencia y la construcción de los países latinoamericanos se inspiraron en las ideas de la Ilustración.

Además de la Revolución Francesa, los países latinoamericanos fueron simultáneamente influenciados por el vibrante empuje del constitucionalismo de los Estados Unidos de Norteamérica¹. La casi totalidad de las constituciones iberoamericanas del siglo XIX siguieron a pie juntillas la letra y el espíritu de la

¹ Por ejemplo, la fórmula de los artículos 117 de la Constitución de Venezuela de 1811 y 102 de la Constitución argentina de 1853 deriva del artículo III, sección 2ª, N°3 de la Constitución de los Estados Unidos de América, tal como señala Maier (2004, p. 776).

Constitución norteamericana de Filadelfia de 1787². En todas ellas se establecieron repúblicas con división de tres poderes y juicios por jurados.

Esa opción política era la respuesta a la necesidad de remover de raíz las nefastas prácticas inquisitoriales coloniales y, precisamente, tenía como fin la destrucción del aparato judicial inquisitorial y la implantación de sistemas públicos, acusatorios y con participación popular (Binder, 2013, p. 61).

Algunas naciones lograron incluso cumplir con este ideal³, aun cuando no lograran con-

mover a la vieja estructura feudal de justicia y siguieran conviviendo con un proceso fuertemente escrito⁴. En apretada síntesis, a las ya mencionadas experiencias de Puerto Rico, Nicaragua, Panamá y El Salvador, se agregaron la de Brasil —que desde hace 200 años juzga sus homicidios con un jurado prácticamente clásico—, la fugaz experiencia de Guatemala con los Códigos Livingston de 1871 y las de Colombia y Paraguay.

Ya en el siglo XXI, la reciente experiencia en varias provincias argentinas aparece como el intento más nuevo, serio y cuidadoso de implementación efectiva del jurado clásico en el continente.

III. El renacer del juicio por jurados en latinoamérica en el siglo XXI: la experiencia argentina y su aporte al litigio adversarial

Es sabido que el histórico retraso en la implementación generalizada de sistemas de jurados ha minado la calidad de los procesos penales latinoamericanos, acentuando el trámite en mengua del “litigio” y provocando el gran desprestigio social que caracteriza a nuestros sistemas judiciales.

En Argentina, esa tendencia ha comenzado a revertirse lentamente en los últimos años, aunque a un ritmo constante.

(1917), Costa Rica (1892 y 1903), Puerto Rico (1901), Colombia (1887, 1888, 1890, 1892, 1896, 1900 y 1920), Ecuador (1892), Brasil (1924), Uruguay (1879), Chile (1813, 1828, 1846 y 1872), El Salvador (1897), Nicaragua (1879), Venezuela (1998) y Bolivia (2001). Conf. García (1938, pp. 174-220, 297-374 y 386).

2 «Todos los pueblos de América saludaron el advenimiento del jurado como una franquicia complementaria del régimen republicano de gobierno y como un medio expeditivo y eficaz para salvar los derechos del ciudadano» (García, 1938, p. 385), incluyéndolo en sus constituciones políticas: Constituciones de Venezuela de 1811 (artículos 16 y 117), 1819 (artículos 3.5 y 11) y 1830 (artículos 142 y 143); Constituciones argentinas de 1819 (artículo 114) y 1826 (artículo 164) y la Constitución de la Nación Argentina de 1853/1860 (artículos 24, 67.11 y 102) —que continúa en vigencia aunque sufrió una reforma en el año 1994 que mantuvo intactos los términos de esos tres artículos en los actuales 24, 75.12 y 118—; *Constituição do Império do Brasil* de 1824 (artículos 151 y 152) y las constituciones republicanas brasileñas de 1891 (artículo 72.31) y 1946 (artículo 141.28); Constitución Política de la República Peruana de 1823 (artículo 107) y las constituciones peruanas de 1826 —la “Constitución Vitalicia”— (artículo 120), 1828 (artículo 123) y 1834 (artículo 122); Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1824 (artículo 154) y las Constituciones de Guatemala de 1825 (artículos 94 inc. 8 y 198) y 1879 (artículo 26), de Costa Rica de 1844 (artículos 8, 39 y 106.14), de Nicaragua de 1826 (artículo 81.7) y 1838 (artículo 109.15) y de El Salvador de 1841 (artículo 85); Constitución Política de la República Boliviana de 1826 (artículo 125) —y casi todas las constituciones bolivianas posteriores incluyeron al jurado relativo a delitos de imprenta—; Constituciones de Uruguay de 1830 (artículos 105 y 137) y 1918 (artículo 153); Constitución Política de la República Chilena de 1834 (artículo 12.7, para delitos de imprenta); Constitución Política de la Nueva Granada de 1853 (artículo 5.11); Constitución Política de la República Mexicana de 1857 (artículo 7, para delitos de imprenta); Constitución Política de la República de Colombia de 1886 (artículo 162); entre otras. Actualmente, el jurado se encuentra expresamente contemplado por las Constituciones de Argentina (1853/60 y 1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Guatemala (1993), El Salvador (1983), México (1917), Nicaragua (1987), Puerto Rico (1952) y Uruguay (1967), entre otras.

3 Un repaso histórico puede darnos múltiples ejemplos de leyes orgánicas de jurado en América Latina, aunque pocas de ellas lo pusieron efectivamente en práctica, salvo para algunos delitos, en general los de imprenta: Paraguay (1890), México (1894, 1880, 1894 y 1929), Argentina (1811, 1822 y 1827, entre otras, además de las leyes provinciales del siglo XXI), Honduras (1895), Guatemala (1871), Panamá

4 En muchos casos el sistema llegó a quedar sepultado por los opositores a la desconcentración del poder, quienes encontraron un camino allanado por operadores jurídicos acostumbrados a las arraigadas prácticas inquisitoriales coloniales, defensores férreos del *statu quo*; luego hicieron su gran aporte las concepciones “cientificistas” de los juzgamientos; es evidente que ni en el “trámite burocrático inquisitorial”, ni en el “juicio científico”, había lugar para ciudadanos “no iniciados” en los enredos del trámite y de la ciencia (Penna, 2017).

Los primeros pasos en ese rumbo los dio Córdoba en 2005 al poner en marcha un modelo *escabinado* en cuyo marco ya ha realizado cientos de juicios. Suele afirmarse, con acierto, que precisamente por el tipo de modelo adoptado, el diseño cordobés se advierte hoy como insatisfactorio. Aunque luego ahondaremos al respecto, vale adelantar que se confunden allí las funciones de jueces técnicos y legos, quienes deliberan conjuntamente en mengua de la imparcialidad. Pero esa experiencia constituyó en su momento un avance frente a sistemas de justicia exclusivamente técnicos y fue decisiva, en términos históricos, para comenzar a romper temores sobre la participación de la ciudadanía en los juicios.

Más recientemente, Neuquén estrenó un sistema de jurado clásico en 2014 y ya llevó a cabo una treintena de juicios. Mientras que la provincia de *Buenos Aires* –la más grande del país– hizo lo propio en 2015 y ya ha realizado casi 200, todos con destacable éxito. Estos diseños representan un monumental salto cualitativo pues ya podríamos comenzar a clasificarlos como modelos de jurado de tipo clásico e inspiración anglosajona –esto es, como auténticos jurados–, dado que contemplan a la mayoría de sus características definitorias, que serán tratadas en el siguiente apartado.

Siguiendo esa misma línea, Chaco aprobó, en 2015, la que hasta el momento es la mejor ley de jurados del país –posee hasta un jurado especial para indígenas– y en 2018 el sistema entrará en vigencia también en Río Negro.

En este avance hacia la puesta en funcionamiento de sistemas de jurados de tipo clásico queda en evidencia que un litigio de calidad sólo es posible en un sistema de esa naturaleza. Una gráfica demostración de ello es que, en lo relativo a la conciencia general de los operadores jurídicos sobre la necesidad de capacitación y perfeccionamiento en destrezas de litigación *adversarial*, tras la puesta en marcha de los sistemas de jurados se logró avanzar lo que no se había podido desde la implementación

de sistemas acusatorios –sin jurados– desde la última década del siglo XX. Hasta el más alto tribunal penal de la provincia de Buenos Aires ha reparado en las mayores exigencias de calidad profesional y la consiguiente necesidad de capacitación en litigación adversarial para el litigio ante jurados⁵.

El éxito de estas experiencias ha iniciado un gran impulso hacia la implementación del juicio por jurados, de modo que en la actualidad casi la totalidad de las provincias argentinas y el sistema federal cuentan con proyectos de ley para avanzar en ese rumbo. Entre las más avanzadas en este camino están Santa Fé, Entre Ríos y Chubut.

Incluso también comienza a advertirse cierto impulso en países hermanos como Chile⁶ –uno de los países en los que el sistema acusatorio adversarial ha adquirido mayor consolidación–, Paraguay⁷ y República Dominicana.

IV. Notas definitorias de un auténtico jurado

Frente a la diversidad de diseños existentes, antes de efectuar un análisis crítico de algunos sistemas vigentes, es necesario precisar cuáles son las características que deberían ser contempladas por cualquier sistema de jurados que pretenda ser óptimo.

En el fallo “*Patton vs. United States*” (281 U.S.276) de 1930, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos enumeró cuáles son los pilares fundamentales de su sistema de jurados.

5 Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (TCPBA), Sala IV: fallo “*Monzon, Sandro Raúl Antonio s/ recurso de casación*”, causa 81206, 23/5/17 y fallo “*Castillo, Rodolfo Marcelo s/ recurso de casación*”, causa 75197, 11/8/16, votos del juez Kohan en ambos casos.

6 Ver nota del sitio web de la AAJJ del 1 de septiembre de 2017, en: <http://www.juicioporjurados.org/2017/9/chile-da-el-primer-paso-al-juicio-por.html#more>

7 Ver nota del sitio web de AAJJ del 11 de julio de 2014, en: <http://www.juicioporjurados.org/2014/7/la-onda-expansiva-del-jurado-llego-al.html#more>

Recientemente, esos pilares han sido receptados por el máximo tribunal penal de la provincia de Buenos Aires, Argentina, en el fallo “*Ruppel*” (2017)⁸:

“Así como nuestro modelo constitucional se inclinó por un sistema de participación popular inspirado en la tradición juradista del *common law*, especialmente del modelo emanado del constitucionalismo de los Estados Unidos de Norteamérica, la consolidación de nuestro sistema de derechos fundamentales reclama dejar en claro los pilares fundamentales de su fortalecimiento que, en el caso del juicio por jurados, se asienta en las inquebrantables premisas que mayormente hemos recogido: (i) jurado popular integrado, en sus titulares, ni más ni menos que por doce personas, seis mujeres y seis hombres⁹; (ii) un juez técnico a cargo de la dirección del debate con facultades de superintendencia y de instrucción al jurado sobre el marco constitucional, la aplicación de la ley y el derecho probatorio; (iii) el recurso previsto como facultad exclusiva del imputado, y (iv) aunque sólo parcialmente reglado entre nosotros, la aspiración a la unanimidad en la decisión del veredicto”.

“Esa fue la línea que marcó definitivamente la historia prácticamente del último siglo en el modelo que nos sirviera de fuente constitucional, a partir del recordado precedente “*Patton vs. United States*” (281 U.S.276 del 14-4-1930) y que en nuestra novel experiencia asoma como estándares de mínima para proveer al mejor desarrollo de esta garantía de ser juzgado por jurados populares”, remarcó.

Y agregó:

⁸ TCPBA, Sala I, Causa N° 81504 “*Ruppel, Néstor Fabián s/ recurso de casación*”, 11/7/17 (voto del juez Daniel Carral)

⁹ En rigor, la integración obligatoria del jurado con hombres y mujeres en partes iguales no es una nota distintiva reconocida por los sistemas estadounidenses, sino que se trata de una innovación argentina que ha penetrado en todas las leyes de jurados de tipo clásico aprobadas hasta el momento.

“No se trata de elementos procesales aleatorios que puedan ser reemplazados fácilmente por otros. Son institutos que se desarrollaron y perfeccionaron tras una larguísima evolución de siglos que abarcó el medioevo inglés y la era moderna en Inglaterra y los Estados Unidos. Luego de ello, se cristalizaron en las normas constitucionales como integrantes esenciales de la garantía del juicio por Jurados. A tal punto es así que los propios jueces supremos estadounidenses del caso “*Patton*” afirmaron que estaba fuera de su autoridad el alterarlos, pues ello implicaría modificar la Constitución”.

Considerando la decisiva influencia que el modelo clásico estadounidense ha tenido en la recepción del jurado por parte de las constituciones latinoamericanas debemos seguir el criterio del Tribunal de Casación de Buenos Aires y tomar como base de análisis al trascendental precedente “*Patton*” para resumir que un auténtico sistema de jurados debería reunir las siguientes características constitucionales –siempre dentro de una dinámica de litigio adversarial, desde luego, que ante un jurado alcanza su máxima expresión–:

- **Integración plural:** con doce ciudadanas y ciudadanos convocados a prestar el servicio en forma accidental.
- **Participación de las partes en el litigio para la conformación del jurado:** etapa conocida como “audiencia de selección de jurados” o “*voir dire*”.
- **Separación clara de las funciones del juez y del jurado:** el primero, a cargo de preparar y conducir el juicio, interpretar la ley para instruir al jurado respecto del derecho aplicable y decidir la pena o medida de seguridad cuando corresponda; el segundo, a cargo de la deliberación y decisión del veredicto –tarea que consiste en valorar la prueba, determinar los hechos y aplicar la ley suministrada en las instrucciones del juez (Harfuch, 2012, pp. 212-213)–.
- **Respeto a la soberanía e independencia del jurado:** a través del secreto de la

deliberación y la prohibición de intromisiones externas –un modelo clásico es un sistema de colaboración entre un juzgador técnico y otro lego, pero aquí esa colaboración sólo puede materializarse en audiencia pública y en presencia de las partes–.

- **Exigencia de unanimidad tanto para condenar como para absolver:** es indispensable, en miras a la adopción de decisiones de calidad prácticamente incuestionable, que los doce desconocidos que accidentalmente integran el panel deban deliberar hasta pulir las diferencias de apreciación y alcanzar una decisión unánime.
- **Centralidad del juicio y recurso sólo para el acusado:** el juicio es la etapa central del proceso y el recurso no es un “nuevo juicio” o una etapa más en un largo trámite secuencial, sino un derecho del acusado a la realización de un “juicio al juicio” para descartar cualquier posible arbitrariedad, tal como lo establecen los tratados internacionales de derechos humanos.

V. Breve análisis de sistemas de jurados vigentes

Como se anticipó, varios ordenamientos procesales regulan algún tipo de participación ciudadana en la función de administrar justicia, aunque con diferentes variantes.

Entre otros, el Código Procesal Penal de Panamá contempla un jurado de siete miembros accidentales (artículo 2332), los Códigos Procesales Penales de Nicaragua (Ley 406, artículos 12, 41 y ss. y 293 y ss.) y El Salvador (Decreto 904, artículos 52, 366 y cc.) contemplan jurados de cinco miembros accidentales para delitos graves, el Código Procesal Penal de Brasil establece un sistema con siete jurados accidentales competente para juzgar homicidios (artículos 74 y 433 y ss. CPP, *Decreto-Lei* N° 3689) y, en Argentina, Neuquén (Ley 2784, 2011), Buenos Aires (Ley 14543, 2013), Río Negro (Ley 5020, 2014) y Chaco (Ley 7661, 2015) cuentan con leyes de jurados de doce

miembros accidentales, aunque hasta el momento solo están en pleno funcionamiento los sistemas neuquino y bonaerense. Todos estos sistemas podrían ser considerados como jurados de tipo clásico, aunque no todos respetan a la totalidad de sus notas esenciales.

Con diseños totalmente diferentes, que podrían ser rotulados como *escabinados*, el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela de 2012 establece un sistema –a punto de ser derogado– de participación ciudadana en el que prácticamente no se otorga a los ciudadanos mayores facultades que las de simples veedores del trabajo de los jueces técnicos permanentes (Decreto N° 9042, artículos 2 y 3), el derogado ordenamiento procesal penal boliviano establece un jurado con integración de dos jueces técnicos y tres “jueces ciudadanos” (artículos 52 CPP y 60 Ley del Órgano Judicial) y el sistema de enjuiciamiento de la provincia argentina de Córdoba cuenta con un modelo de tipo escabinado conformado por tres jueces técnicos permanentes y ocho jurados accidentales (Ley 9182, 2004).

Seguidamente efectuaremos un breve análisis crítico de algunos de esos sistemas a la luz de los pilares fundamentales anteriormente reseñados.

Modelo escabinado. El caso de la provincia de Córdoba (Argentina):

Como se anticipó, Córdoba cuenta con un sistema de tipo *escabinado*. La nota distintiva de este tipo de sistemas es que, llegado el momento de la deliberación, los integrantes técnicos y permanentes del tribunal de jurados participan junto a los accidentales.

Esta modalidad nació en Europa continental durante el siglo XX como deformación del jurado de tipo clásico. Serios vicios en la puesta en funcionamiento de los sistemas de jurados instaurados al abrigo de las ideas del Iluminismo, en un entorno de tradición inquisitorial y de monarquías absolutas con gran desconfianza en la ciudadanía, pretendieron

ser solucionados con la infiltración de un funcionario estatal en las funciones naturalmente propias del jurado.

El principal problema de esta variante radica en la supervivencia del expediente escrito y en la indisimulable influencia que los jueces permanentes tienen sobre los jurados accidentales durante la deliberación conjunta, contaminándola y provocando la anulación de los efectos de la participación ciudadana en las decisiones de justicia. Para peor, esa influencia puede ser consumada por fuera de toda posibilidad de control por parte de los litigantes quienes, lógicamente, no participan de la etapa de deliberación, momento en que puede ser fácil e impunemente ejecutada.

Este “híbrido” implicó un gran retroceso. Hendler (2006, p. 86) señala que esa mutación implica “un retorno a prácticas que, en Inglaterra, fueron superadas a partir del siglo XVIII” agregando que “hasta esa época, los jueces, libres del control de los abogados, participaban y conducían, de hecho, las deliberaciones de los jurados, tal como es de suponer que ocurre, en la actualidad, en todos los modelos de jurado escabinado”. En efecto, el sistema *escabinado* no es –como en ocasiones se suele pensar– la evolución moderna del jurado inglés, sino el retroceso a una etapa por éste superada.

En resumen, un modelo como el cordobés reposa en la confusión de las funciones de jueces permanentes y accidentales, lo que implica una intromisión externa indebida en la deliberación del jurado.

Un jurado sin deliberación. El caso de Brasil:

El jurado de Brasil es un caso curioso. La mayor crítica al diseño procesal del sistema de jurados brasileño es que omite la etapa más importante de todo sistema de jurados, en miras a la calidad de sus decisiones: la deliberación.

En efecto, clausurado el debate los jurados

pasan simple y directamente a votar con base en sus íntimas convicciones y sin necesidad de debatirlas y contrastarlas con las de los restantes integrantes del panel. El proceso funciona, en esencia, de la siguiente manera: en primer lugar, el juez distribuye a los jurados boletas con la palabra “sí” y boletas con la palabra “no”; seguidamente comienza a formular, de a una, las siguientes cuestiones a resolver: 1. ¿se encuentra probado el hecho principal?, 2. ¿concorre la defensa alegada?, 3. ¿concorre la agravante alegada? El proceso se repetiría por cada hecho diferente y por cada acusado, cuando corresponda; cada una de esas cuestiones debe ser respondida por los jurados insertando en una urna una de esas boletas (artículos 484 a 489 CPP).

El proceso de deliberación secreta y continua a través del que cada uno de los integrantes de un jurado debe confrontar sus subjetivas impresiones personales con las de los restantes, en un proceso de objetivación y depuración de las subjetividades individuales, hasta alcanzar la unanimidad, no existe e, incluso, se encuentra terminantemente prohibido.

Jurado reducido y con votos mayoritarios. Los casos de Panamá, Nicaragua y El Salvador:

Cientos de años de funcionamiento de los jurados en el ámbito del *common law* han comprobado la efectividad del tradicional número de doce integrantes.

Desde un punto de vista meramente pragmático, ese número ha demostrado ser lo suficientemente amplio como para permitir deliberaciones intensas y profundas al tiempo de ser lo suficientemente acotado como para que en esa deliberación todos los integrantes puedan hablar y ser escuchados por los restantes.

A menor cantidad de integrantes, menor intensidad de las deliberaciones lo que muy probablemente podría traducirse en una mengua de la calidad de las decisiones.

Este es el problema de los jurados como el

panameño, de siete integrantes (artículo 2332 del “Código Judicial. Proceso Penal”) o, peor aún, de Nicaragua (Ley 406, artículo 297) y El Salvador (Decreto 904, artículo 366), integrados por cinco miembros.

Para peor, en ninguno de esos casos se exige otra regla fundamental en miras a la calidad de las decisiones: la unanimidad. En el caso de Nicaragua se admite hasta una disidencia, pues deben coincidir al menos cuatro de los cinco integrantes (Ley 406, artículo 301). En los otros casos, las decisiones pueden ser tomadas por simple mayoría (artículos 2387 y 2388 del “Código Judicial” de Panamá y 374 del Decreto 904 de El Salvador).

En resumen, existen dos parámetros que atentan contra la calidad de las decisiones en estos casos: la reducida cantidad de integrantes de los jurados y la ausencia de la exigencia de unanimidad para la decisión del veredicto.

Jurado clásico sin plena exigencia de unanimidad. Los casos de las provincias de Neuquén y, parcialmente, Buenos Aires (Argentina):

Los nuevos sistemas de jurados que proliferan en Argentina representan un monumental salto cualitativo, pues van acercándose al modelo clásico, ajustándose cada vez en mayor medida a sus pilares fundamentales. En ellos, en efecto, encontramos jurados con doce integrantes seleccionados luego de una audiencia de *voir dire*, una clara división de sus funciones y las de los jueces técnicos permanentes, la existencia de la etapa de deliberación con prohibición de intromisiones externas y la prohibición del recurso del acusador contra la decisión del jurado.

Sin embargo, los diseños de Neuquén y, parcialmente, Buenos Aires padecen de una deficiencia que podría poner en crisis la afirmación de que se trata de modelos clásicos, pues las dos leyes han omitido a la fundamental exigencia de unanimidad de los veredictos ya mencionada.

En el caso de Neuquén alcanzan tan solo ocho votos –de doce– para tan importante decisión. Buenos Aires, en una posición más de avanzada, ha establecido un complejo sistema que depende del tipo de decisión: la unanimidad sólo es una exigencia para el dictado de un veredicto de culpabilidad por un delito que contempla pena de prisión perpetua, pero para la declaración de la culpabilidad de un acusado en cualquier otro caso alcanza con diez de los doce votos, y la declaración de “no culpabilidad” puede ser alcanzada con tan solo ocho votos en cualquier caso.

Jurado clásico modelo. El caso del jurado clásico del Chaco y de Río Negro (Argentina):

Esa deficiencia ha sido superada por Chaco y Río Negro que han aprobado las que hasta el momento son las dos mejores leyes de jurados del país y exigen unanimidad para cualquier decisión.

Cabe aclarar, incluso, que esa no es la única mejora de estas leyes respecto de las otras de Argentina –por ejemplo, por el respeto a los pueblos originarios indígenas y a un jurado especial para ellos–. Sin embargo, es sin dudas la que más interesa destacar.

El jurado clásico quizás más consolidado. El caso de Puerto Rico:

Puerto Rico afianzó un sólido modelo de jurado clásico que funciona con absoluta normalidad y recibe el decidido apoyo de su rama judicial –Poder Judicial–.

El sistema de jurados de Puerto Rico se ajusta en gran medida a cada uno de los pilares fundamentales antes señalados, salvo por poseer un veredicto mayoritario –se exigen nueve votos, de doce–.

VI. Perspectivas a futuro

En Argentina, es indudable que en forma inminente otras provincias y el sistema federal avanzarán hacia la puesta en marcha de sistemas de jurados, pues existen proyectos de ley en todas las jurisdicciones, casi con exclusividad en su variante clásica. Entre las más avanzadas en este camino, como ya fue señalado, parecerían encontrarse Santa Fe, Entre Ríos y Chubut, que cuentan con proyectos ejemplares.

También se han manifestado intenciones de avanzar en miras a la implementación de sistemas de jurados en otros países como Paraguay y, principalmente, Chile.

Resta esperar que esa chispa se mantenga encendida y nos conduzca hacia la implementación de modelos de jurados de primer nivel, que recojan el aprendizaje de las experiencias argentinas recientes y de la larga tradición portorriqueña. También podemos esperar que esa chispa contribuya a alimentar el fuego juradista y que éste se extienda al resto de las naciones hermanas latinoamericanas. Entonces podrá considerarse plenamente concretado, en el siglo XXI, el plan judicial de nuestros “Padres Fundadores” del siglo XIX. ■

Referencias

- Binder, A. M. (2013). *Derecho procesal penal. Tomo I. Hermenéutica del proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Binder, A., Harfuch, A. (Dirs.) (2016). *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos*, en la Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana N° 5, Tomos A, B, C y D, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- García, E. A. (1938). *Juicio oral, Tomo III, Proyecto de ley orgánica del jurado*, La Plata: Universidad Nacional de La Plata.
- Harfuch, A. (2012). *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Hendler, E. S. (2006). *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, Buenos Aires: Del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires: Del Puerto.
- Mittermaier, C. J. A. (1979). *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid: Reus.
- Penna, C. D. (2017). Sin jurados, no hay litigio: la experiencia argentina. *Boletín Informativo de la Red Latinoamericana y del Caribe para la Democratización de la Justicia*, (1), pp. 9 a 12.
- Tocqueville, A. de (1957). *La democracia en América*, México: FCE.
- Whitman, J. Q. (2015). *Orígenes de la duda razonable: raíces teológicas del proceso penal*, C.A.B.A.: Universidad de Palermo (UP).

La organización de la abogacía en Cuba

Ariel Mantecón Ramos

Doctor por la Universidad de Valencia, España. Presidente de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos de Cuba.
Correo: ariel_bmtz@yahoo.es

Resumen

El artículo se propone recorrer, en líneas generales, el perfil de la profesión de abogacía en Cuba desde las particularidades que presenta este sistema, nucleada en la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC). Considerando algunos aspectos de la formación y organización de la ONBC, repasa también las características especiales que el ejercicio de la abogacía adquiere bajo esta dinámica, distinta de los sistemas basados en el ejercicio particular.

Formación de la abogacía colectiva

En Cuba rige un sistema de abogacía colectiva. La Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) agrupa en un marco institucional único a los abogados de todo el país. Salvo algunas excepciones, la incorporación a sus filas es requisito que habrá de cumplir todo aquel que, estando debidamente titulado, pretenda ejercer permanentemente esta profesión. Los abogados de la ONBC cumplen la función de asesorar o representar a personas naturales o jurídicas ante tribunales, entidades administrativas, cortes de arbitraje o cualquier otra institución encargada de ventilar conflictos o atender reclamaciones relativas a los derechos y deberes de las personas¹.

De lo dicho se sigue que no está permitida la apertura de oficinas individuales de abogados. Todo egresado de la carrera jurídica interesado en ejercer la abogacía debe ingresar a alguno de los bufetes ya establecidos en todo el país². Observándolo desde el punto de vista histórico, este tránsito a la abogacía con formato colectivo ocurrió de forma gradual y vino a consolidarse en 1984 con la promulgación del DL/81, norma actualmente vigente.

Existieron en el país los abogados y bufetes privados hasta 14 años después del triunfo de la revolución de 1959. Mediante una serie de pasos dados en ese periodo –dentro de los cuales fue premonitoria la creación en 1965 del primer bufete colectivo del país, materializada por iniciativa de un grupo de abogados del colegio de La Habana–, llegó a consagrarse, en 1973, el modelo colectivo de abogacía. La creación de la ONBC en 1984 coronó el proceso de implantación de un esquema organizativo y práctico de trabajo que modificaba seriamente los métodos de actuación ancestrales de la abogacía en Cuba.

de arbitraje y los organismos administrativos en el territorio nacional, así como ante los órganos, organismos y organizaciones extranjeras o internacionales (Artículo 1 del Decreto-Ley 81 de 1984 “Sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos”, en adelante DL/81).

¹ El ejercicio de la abogacía consiste en evacuar consultas y dirigir, representar y defender los derechos de una persona natural o jurídica ante los tribunales de justicia, los órganos

² Son abogados los juristas que ejercen habitualmente la abogacía en la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (Artículo 1 del DL/81).

Se trata de un movimiento que no puede ser analizado sencillamente desde un punto de vista orgánico y administrativo, ámbito en que el efecto reformador se hizo más aparente. El corolario mayor de los cambios estuvo dado por su incidencia sobre la mentalidad y la psicología misma del profesional de la abogacía, que aún sin dejar de ejercer una carrera proyectada hacia la individualidad, pasó a encarar las problemáticas de la profesión desde una perspectiva multifactorial y con una dimensión más social.

Relación de los abogados con la organización

Los abogados en Cuba no tienen la condición de empleados de la organización, sino la de miembros, una categoría que le atribuye derechos de gobernanza, como el de presentar opiniones y quejas a los distintos órganos de dirección y el de elegir y ser elegido para los cargos directivos, por ejemplo. La relación laboral abogado-ONBC se establece a partir de la admisión a la institución, luego de cumplir un periodo de provisionalidad que concluye con un examen de ingreso cuya preparación, aplicación y calificación corresponde a la Junta Directiva Nacional, que como luego veremos es el órgano de gobierno ejecutivo de la organización. Para ingresar a las filas de la abogacía se requiere únicamente reunir condiciones morales adecuadas, no haber sido sancionado por delito intencional que haga desmerecer al aspirante del buen juicio público ni hallarse sujeto a proceso penal por delito de esa naturaleza.

Órganos de Gobierno

El máximo órgano de gobierno es la Asamblea General, integrada por delegados a razón de uno por cada unidad de bufetes³, elegidos

en sus colectivos por voto directo y público. La Asamblea General se reúne una vez al año en sesión ordinaria y tantas veces como sea necesario en sesión extraordinaria. En su seno es elegida, por voto directo y secreto de los delegados, una Junta Directiva Nacional, su órgano de gobierno ejecutivo que, una vez constituido, elige entre sus miembros los cargos de presidente, vicepresidente, secretario y tesorero. Estos órganos son elegidos para un mandato de cinco años, sin prohibición de reelección, y se rigen por los principios de rendición de cuentas de los elegidos a los electores y revocabilidad.

Dimensión nacional de la organización

La ONBC, en tanto organización que agrupa a los abogados litigantes en Cuba, dado su carácter nacional, cubre los servicios de asesoramiento y representación jurídica de la ciudadanía en toda la extensión del territorio del país y para todas las materias. De acuerdo a ello, no será difícil deducir las magnitudes del campo de proyección profesional de los letrados que a ella pertenecen y la amplia gama de materias y temas de derecho que delimitan el complejo espectro de esta profesión en Cuba.

Esta proyección organizativa nacional genera una amplia cobertura de los servicios y una gran capacidad de proveer de la defensa profesional a capas poblacionales de ingresos medios a las que sería difícil llegar mediante la fórmula tradicional que combina la abogacía privada con la defensa pública gratuita.

Desde otro punto de vista, el planteamiento nacional de la institución y la arquitectura técnica común de trabajo de los abogados de todo el país, ha ido generando una elevación

cabecera de la unidad el bufete de mayores dimensiones, teniendo parámetros como cantidad de abogados, monto de la facturación de servicios, por ejemplo. En el caso de la capital del país, cada bufete corresponde en sí mismo a una unidad.

3 Entendida como una agrupación de bufetes, bien identificada territorialmente, que conforman una estructura mayor liderada por un director. En general, se constituye en

equilibrada del estándar profesional y suprimiendo diferencias formativas radicales que en otros tiempos eran comunes. El sistema de actuación con visión integradora genera una cierta tendencia a la homogenización y socialización del conocimiento, derivando en un modelo intelectual que va globalizando las mejores prácticas y experiencias. Ello ha conducido a la elevación constatable de las competencias profesionales de los letrados.

La autonomía patrimonial como sustento de la independencia funcional de la abogacía

La ONBC nace mediante un instrumento jurídico estatal, es decir un Decreto Ley (DL/81) que en Cuba emite el Consejo de Estado. Sin embargo, no podemos hablar de un sistema de abogacía estatal o controlado por el Estado, ni de una institución financiada por este o por cualquiera de sus órganos u organismos. Una importante premisa de independencia funcional de la abogacía la constituye su autonomía patrimonial absoluta. En efecto, los cambios organizativos y estructurales que desembocarían en lo que es hoy la organización, estuvieron enrumbrados, prioritariamente, al objetivo de dotar a la abogacía cubana de un ideal y un andamiaje organizativo basado, cada vez más, en los principios de autonomía patrimonial y autogestión administrativa.

Todos los ingresos de la organización provienen de sus servicios. Una parte de los haberes provenientes de los clientes por concepto de tarifas, es cobrada por el abogado y la otra pasa a engrosar fondos colectivos, respectivamente, a nivel de bufete, provincia y nación, o sea un esquema patrimonial de estructura piramidal, gestionado por las autoridades en los distintos niveles y supervisado por la Tesorería de la Junta Directiva Nacional. Este órgano tiene entre sus funciones la de gestionar la redistribución de los fondos y movilizar recursos financieros hacia los bufetes y provincias con dificultades económicas.

Se trata de un sistema de gestión patrimonial que persigue crear capacidad de distribución de los recursos en aras de equiparar en la mayor medida posible el desarrollo de la abogacía en toda la geografía nacional. Tal concepto funcional ha permitido contar en la actualidad con oficinas de abogados en casi todos los municipios, muy similares en cuanto a imagen corporativa y técnicas de prestación del servicio, cuando hace sesenta años, en general, había despachos de abogados solo en las capitales provinciales y en algunos municipios importantes de la geografía nacional.

Tarifas fijas y honorarios pautados

El modelo cubano de abogacía tiene como característica distintiva el hecho de que las tarifas a cobrar por los servicios no se pactan libremente entre el abogado y el cliente. Las tarifas son aprobadas por el Estado a través del Ministerio de Justicia. La implementación de este modelo disminuyó las problemáticas relacionadas con el acceso del ciudadano al abogado de su elección, un derecho que en otros tiempos se materializaba con dificultad. El esquema tarifado es polémico y actualmente constituye el centro de muchas discusiones, pero no hay dudas de que contribuyó a que desapareciese, como tendencia, el elitismo y la discriminación en el acceso a los servicios letrados, garantizándose, en lo fundamental, no solo el derecho de la persona a designar el abogado de su elección, sino además la posibilidad material de hacerlo con independencia de su capacidad financiera.

El sistema de retribución al abogado según el trabajo terminado, varias veces modificado y sujeto en hoy en día a un proceso de actualización, no conduce, sin embargo, al igualitarismo ni elimina la competencia profesional propia de esta profesión y tan necesaria a nuestro modo de ver para el desarrollo de cualquier sector de la sociedad. Simplemente se factura un régimen de contratación, competitivo pero controlado, a

través del cual el abogado se procura su clientela y se forja su propia demanda acorde al mérito y calidad profesional de los servicios que presta, con directa incidencia en los emolumentos que recibirá en carácter de retribución. Las tarifas de cobro a la población son igualitarias en el sentido de que no toman en cuenta, por lo común, las condiciones económicas de la persona que contrata el servicio, sino la complejidad del asunto que se le tramita.

El abogado tiene garantizada una participación en el ingreso por cada asunto que concluya, de acuerdo a la cantidad y calidad de su trabajo y conforme a una escala oficial de retribución. Ningún cliente ni grupo de clientes paga sumas que conformen decisivamente el ingreso personal del letrado, por lo cual no tiene porque tratar a ninguno con más diferencias que las que necesariamente exija la individualidad de cada proceso. El interés del cliente, para el abogado, queda monetariamente reducido a una tarifa subjetivamente indiferenciada del resto de los clientes.

La nueva disciplina de la representación procesal

El *ius postulandi* o principio de la capacidad de postulación, acuñado por la doctrina histórica civilista, es indispensable para comprender, también en el resto de las materias, la esencia del papel del abogado, al devenir en punto de partida o requisito primario para delimitar la naturaleza y el tipo de función que éste desempeña. Conocido resulta, en efecto, que el sujeto de derecho, aún dotado de su plena capacidad jurídica y de obrar, no está asistido de los requisitos de capacidad técnica necesarios para hacer valer directamente sus derechos ante los tribunales u órganos afines. A suplir tal carencia está llamado, obligatoriamente, el profesional de la abogacía, y al hacerlo, aporta dos beneficios fundamentales al sistema de solución de conflictos, a saber: una valiosa contribución a la celeridad de los trámites (ya que por su dominio y conocimiento

de los mismos, no requiere de la instrucción previa sobre cada paso del proceso de la que sí habría que dotar al sujeto lego compareciente *in personae*), y por otro lado, una mejora evidente de la capacidad de gestión, al presuponerse que con su intervención los derechos del ciudadano quedarán mejor defendidos.

La Ley 1250 de 1973, que reformó profundamente el sistema judicial en Cuba, complementada, en lo que a la materia objeto de su regulación concierne, por la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo de 1974, trajo consigo una variación notable en el sistema de postulación procesal. Hasta esa fecha, en correspondencia con la práctica jurídica de casi un siglo, la incapacidad técnica del sujeto de derecho se suplía por dos figuras distintas encargadas de realizar, en lo tocante a cada cual, funciones concretas en la gestión procesal. Así, correspondía al procurador desempeñar la representación procesal de las partes, interviniendo directamente (*representante ad litem*), en los asuntos que le eran encargados. El abogado, en cambio, ejercitaba exclusivamente la dirección procesal del asunto (defensor técnico), de manera tal que quedaba perfectamente delimitado el papel de cada uno de estos profesionales, ambos reconocidos legal y públicamente por la ley.

La reforma puesta en práctica suprimió en Cuba la figura del procurador. Desde entonces y hasta la fecha, se funden en una sola persona, profesional del derecho y abogado por demás, la representación procesal y la dirección técnica del proceso. La función de auxilio al letrado la desarrolla en la actualidad un empleado de los bufetes, con calificación técnica y titulación recibida por la propia organización, que imparte a ese fin cursos periódicos avalados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Relación jurídica con el cliente: un contrato civil

Las condiciones bajo las cuales se presta el servicio por los abogados de la ONBC quedan establecidas en un contrato suscrito entre el cliente y el bufete en cuestión al que pertenezca el letrado elegido. Se trata de un contrato de servicios jurídicos. Esta tipología contractual tiene como núcleo esencial la figura del mandato, pero no puede entenderse que esta institución agote todo el conjunto de complejas relaciones que tienen lugar en la ejecución del servicio jurídico, disciplinado técnicamente y con requerimientos profesionales que impiden conceptualizar al abogado como un simple mandatario. La noción del deber jurídico que resultaría suficiente para explicar la obligación que deriva del contrato simple de mandato, se ve transfigurada aquí por todo un entramado de cariz técnico que desnaturaliza esta figura y obliga a buscar cobertura en otra más abarcadora e innominada, como lo es precisamente la que en definitiva adopta. Con todo, es un contrato de naturaleza civil.

El contrato es con el bufete, no con el abogado

Respecto a este acto contractual, que da valor y vida jurídica a la relación abogado-cliente, cabe destacar, como nota de interés, que a pesar de que en su concertación prime en todo caso el derecho y la voluntad del ciudadano/na en cuanto a contratar al abogado de su preferencia, lo es cierto que la relación se traba entre aquel y el bufete como institución, cuyo director autoriza la suscripción del contrato y responde en última instancia, como representante corporativo máximo a ese nivel, por el debido cumplimiento de las obligaciones que en virtud del mismo atañen al abogado y a la organización. En este punto debe señalarse que los contratos se realizan sólo para la representación o asistencia directa a los clientes, ya que las consultas no se cobran a la ciudadanía. Cada año concurren miles de personas a los bufetes en busca de orientación, a los que no se le factura nada por ello.

Defensa gratuita

Las tarifas de los servicios de abogacía, establecidas como se ha dicho por un ministerio del Estado, se acomodan además a la lógica de un modelo de intercambio que opera en varios de los esquemas de intercambio con precios subsidiados. Ha de tenerse en cuenta que Cuba es un país con serias dificultades económicas y dentro de ellas, son particularmente graves las relacionadas con la moneda y el patrón cambiario. Este es un tema que requeriría de mayor abundamiento y de otros análisis para los cuales no se presta este espacio. En cuanto a lo que ahora nos interesa, los servicios de abogacía son en general asequibles a la ciudadanía.

No obstante, la organización tiene regulada la posibilidad de exonerar de pago el servicio prestado a personas en un estado acreditado de insolvencia⁴. Es una solución casuística que tiene escasa aplicación en la práctica, teniendo en cuenta que por lo general las personas necesitadas de abogado pueden asumir sin dificultad el pago de las tarifas establecidas.

El mayor despliegue de la gratuidad lo tiene la materia penal, pues los abogados de la ONBC asumen la defensa de oficio de aquellos procesados que no designan defensor. El proceso penal, estructurado en Cuba sobre pilares del modelo acusatorio mixto, contempla una fase sumarial o preparatoria, en que si el imputado, apercibido del derecho a designar abogado, no lo hace, puede continuar discurrendo el proceso en ausencia de defensor técnico. Llegada la fase intermedia, que es la antesala del juicio oral, la defensa se hace preceptiva, de modo que si el acusado, instruido nuevamente del derecho a nombrar abogado, no lo hace, el tribunal remite las actuaciones a un bufete de su jurisdicción y el director de este turnará el caso a unos de sus abogados para que se presente ante

⁴ Se establece la excepción cuando el pago “no pueda ser asumido por el interesado por carecer de recursos suficientes y no tener familiares convivientes obligados a la prestación de alimentos” (Norma V, Capítulo III, Artículo 1, del Manual de normas reglamentarias de la ONBC).

el tribunal como defensor de oficio. No se requiere de ninguna calificación específica para defender casos con esta tipología.

El control de la calidad

El sistema de tarifas fijas, que participa del principio general de equiparación interprofesional de los salarios e ingresos, conduce a que existan puntos neurálgicos sobre los que debe mantenerse permanente atención si es que se pretende garantizar la efectividad del sistema. Uno de estos puntos, que deviene en reto fundamental de la organización, es el que concierne a la calidad de los servicios que se prestan. Una norma de retribución sostenida en principio de pago de un porcentaje de cada asunto concluido, siendo bajas las tarifas cobradas, generará una inevitable y además justa inclinación del abogado a contratar y absorber la mayor cantidad de casos que le sea posible como vía para incrementar sus ingresos personales.

Y el exceso de contratación incrementa el riesgo de que disminuyan las virtudes de la gestión profesional. Claro que un servicio como el del abogado, determinado naturalmente por requerimientos de tipo técnico, impone un cierto control de calidad. Se puede hablar entonces de un autocontrol básico del propio abogado. Efectivamente, de la satisfacción de las exigencias técnicas dependerá, si bien no el feliz resultado del proceso, sí la adecuada actuación del letrado y, por ende, el criterio del cliente (y de la clientela); y lo que para el abogado es más importante, la demanda real de sus servicios. De ahí que resulte dable concluir que el ritual impone un rigor que funge de por sí como una herramienta de control técnico que pudiéramos considerar primaria.

Supervisión

Como es lógico, la organización no puede descansar en este criterio de espontaneidad el control de la calidad de los servicios y la

protección a los clientes. Con vistas a ello existe un sistema de control de la calidad técnica del trabajo del abogado, instituido por la propia organización, que parte en primer lugar de parámetros mínimos controlables para cada tipo de procedimiento y actuación, aprobado por la Junta Directiva Nacional y debidamente socializado entre los letrados. Estos parámetros de calidad no agotan en su amplitud la dimensión profesional del trabajo del abogado; constituyen sólo estándares mínimos que delimitan a escala intersubjetiva un patrón medio de calidad.

En segundo orden, debe hablarse de una actividad interna de control y supervisión que se integra como sistema, concebida sobre el presupuesto de que, siendo el servicio que se presta de matiz eminentemente profesional, queda fuera del alcance del cliente, carente obviamente de la debida formación, la aptitud de evaluar con rigor técnico el trabajo de su abogado. La experiencia indica que el usuario promedio es dado a tomar patrones erróneos de evaluación del desempeño de su abogado y a transfigurar los posibles criterios que conformarían una opinión atendible y justa en cuanto a si este es efectivo o no, por lo cual es indispensable un esquema de control interno. Este está inspirado por un enfoque comunicacional y de consenso, pero que puede comprender salidas finales coactivas como, por ejemplo, la paralización de la contratación a determinado letrado cuya ejecutoria técnica sea reincidente en problemas de los que pudiera derivar responsabilidad civil del bufete por daños o perjuicios asociados a un servicio deficiente.

Régimen disciplinario

El abogado de la ONBC está sujeto a un régimen disciplinario que queda perfilado en el DL/81 y su reglamento. Es un modelo sancionador absolutamente interno que atribuye facultades disciplinarias, según la gravedad de las conductas violatorias, a los directores

de bufetes, a los directores provinciales o a la Junta Directiva Nacional. Esta última tiene competencia para conocer en primera instancia de violaciones de mayor gravedad que puedan dar lugar a la separación definitiva de la organización, que es la sanción de mayor severidad dentro de las que están instituidas (y la única que remueve definitivamente el estatus de miembro del abogado). Contra las sanciones impuestas por los niveles primario e intermedio (bufete y provincia) cabe un recurso de alzada ante la Junta Directiva Nacional. Si la medida impuesta por esta fuese la de separación definitiva, queda habilitado un recurso de queja ante el Ministro de Justicia, que es última instancia en todo caso, puesto que no está previsto el control judicial sobre el régimen disciplinario de la abogacía en Cuba.

Deontología

La organización cuenta, además, con un sistema de tribunales de ética (comisiones) que funcionan estructurados a nivel de provincias y se integran por abogados elegidos por los colectivos. Las comisiones no imponen disciplina con criterio administrativo. Ellas tienen competencia para evaluar las conductas violatorias del Código de Ética de la organización⁵, se activan mediante denuncias formuladas por los clientes o por los propios abogados y se pronuncian mediante dictamen, no a través de resolución u otro tipo de instrumento de índole coercitivo. Consecuentemente, un proceso de ética no concluye con una sanción, sino con una calificación de leve, grave o muy grave de la conducta violatoria. En la cúspide del esquema procesal deontológico se ubica la Comisión Permanente de Ética, elegida en el seno de la Asamblea General, que tiene competencia para conocer de los recursos contra los dictámenes emitidos por las comisiones provinciales.

.....
5 Aprobado por la Asamblea General el 8 de febrero de 1997.

Formación profesional

Un factor determinante de la calidad de los servicios de la ONBC es la superación profesional de sus abogados. Desde hace varios años, la organización cuenta con un programa de formación continua que combina el elemento motivacional con fórmulas administrativas que inducen a los abogados a superarse. Los letrados de la ONBC son evaluados cada dos años por sus directores de bufete, y uno de los parámetros que se tienen en cuenta es la participación en actividades de formación profesional. A este efecto se incardina un programa con estructura piramidal que incluye actividades realizadas desde las unidades de bufetes como agrupaciones primarias hasta la escala internacional, pasando por los niveles intermedios de provincia y nación.

El eslabón básico de este modelo lo constituyen las jornadas técnicas, organizadas reglamentariamente por cada unidad con frecuencia bimestral. En ellas, los abogados presentan y defienden trabajos que abordan con criterio técnico las problemáticas cotidianas del servicio. Los mejores de estos aportes se seleccionan a lo largo del año y pasan a engrosar los programas de los eventos provinciales, nacionales e internacionales. Desde 2012, la ONBC celebra con frecuencia anual su congreso internacional, denominado Congreso de Abogacía de la Habana, cónclave al que llega lo mejor de la producción de los abogados nacionales y al que acuden cada vez en mayor número abogados y juristas de diversas profesiones y países.

Idea Final

En estos términos puede ser esbozado, a muy grandes rasgos, el perfil de la abogacía como profesión en Cuba. Obviamente, no es un esquema perfecto. No hay dudas de que se trata de una experiencia mejorable, y que son muchos los retos presentes y los que se aproximan en una sociedad que vive un ciclo de

transformación en que aparecen actores económicos no tradicionales y en la que habrá que lidiar con nuevas variantes de tráfico jurídico. El modelo, en general, deberá articular soluciones para poder manejar adecuadamente problemáticas jurídicas, económicas y sociales de mayor complejidad.

Desde nuestro punto de vista, el ejercicio de la abogacía habrá de redimensionarse en el contexto de una inevitable reforma constitucional que está llamada a replantear valores como el debido proceso, tan medular dentro de la esquemática general de los derechos fundamentales. En campos como el derecho económico y de la empresa, el derecho laboral, penal o de familia, deberá potenciarse la capacidad de actuación del abogado como figura vital del entramado jurídico y político, posicionado en la órbita de la individualidad.

Sin renunciar a las discusiones sobre cómo perfeccionar el ejercicio de la abogacía y el sistema organizativo de los abogados, entendemos que este es un modelo adecuado para Cuba. La ONBC constituye para los abogados una plataforma desde la cual pueden desplegar su trabajo de forma digna y enfrentar las vicisitudes de la profesión con mayor capacidad de diálogo con la sociedad y sus poderes. Acumular experiencia y autoridad para consolidarse como voz colectiva de un sector profesional que opera demarcado por la individualidad, se erige en uno de los principales retos de una organización que cuenta ya con más de cincuenta años de experiencia. ■

Aspectos de la cosa juzgada en el proceso civil hondureño

Luis Enrique Maljik Flores

Juez de letras civil. Poder Judicial de Honduras.
Correo: luismaljik@hotmail.com

Sumario

I. Introducción; II. Cosa juzgada y su manifestación en las distintas resoluciones; III. Disposición del objeto del proceso; IV. Jurisdicción voluntaria; V. Impugnación de la cosa juzgada; VI. Conclusiones.

II. Introducción

La institución de la **cosa juzgada** resulta de vital importancia para la seguridad jurídica que debe existir en un Estado de Derecho, ya que en términos generales, la misma supone la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes y la obligatoria vinculación de su contenido dispositivo por quienes hayan sido parte en el proceso, evitando así el sometimiento constante de cuestiones ya decididas o resueltas. Tradicionalmente la cosa juzgada material se extendía en sentido estricto a la parte dispositiva de la resolución que ponía fin al proceso. Sin embargo en la actualidad, con la entrada en vigencia del Decreto 211- 2006 contenido en el Código Procesal Civil, no sólo pasan autoridad de cosa juzgada los fundamentos fácticos y jurídicos que hayan sido alegados, debatidos y enjuiciados, sino también aquellos otros que, pudiendo haberse aportado, no se alegaron, por las razones que fueren. Quedan

en consecuencia abarcados por la denominada *exceptio rei iudicata*.

El propósito del presente trabajo es proporcionar al lector una visión general de la institución de la cosa juzgada, como ser su distinta configuración, su incidencia en las diversas resoluciones que pueden producirse, así como las diferentes formas en que opera en lo referente a la terminación anticipada del proceso, procurando establecer finalmente los casos excepcionales en que puede ser impugnada.

II. Cosa juzgada y su manifestación en las distintas resoluciones

La firmeza supone que una resolución no puede ser recurrida por las partes, bien sea por no preverse recurso contra la misma; o en caso que se prevea no se haya ejercido en el plazo legalmente establecido o haya sido resuelto, poniendo fin al pleito o la posibilidad de recurrir determinadas resoluciones. Por su parte, la invariabilidad de las resoluciones implica que las mismas no puedan ser modificadas de oficio por el órgano jurisdiccional.

En cuanto a la cosa juzgada debemos diferenciar la **cosa juzgada formal** y la **cosa juzgada**

material. La primera produce sus efectos dentro del proceso, de manera que ni el órgano jurisdiccional ni las partes procesales pueden desconocer las decisiones adoptadas en el mismo. Esta modalidad de la cosa juzgada vincula al tribunal que dicta la resolución, pero solo en ese proceso y solo a ese órgano judicial. En cuanto a la segunda, es el efecto impeditivo que, en un proceso judicial, ocasiona la preexistencia de una sentencia judicial firme dictada sobre el mismo objeto. Se afirma de manera ineludible que la cosa juzgada formal es, siempre y en todo caso, presupuesto o antecedente cronológico de la cosa juzgada material. El Tribunal Supremo de España ha declarado específicamente en la sentencia del 5 de junio de 1987, que la cosa juzgada material consiste en la inatacabilidad del fallo del juicio dentro del posteriormente promovido, y se funda en haber quedado satisfecha en aquel la misma pretensión que se propone en el siguiente. Caso contrario se atentaría en contra de los principios que integran la seguridad jurídica.

En la cosa juzgada material debemos diferenciar:

a) Efecto negativo o excluyente: implica que excluye un proceso posterior. Para su concurrencia es necesario una triple identidad, subjetiva, objetiva y temporal. La subjetiva son las partes que interfieren en el proceso, la objetiva hace referencia al *petitum* y *causa petendi* y lo temporal radica en la relación jurídica que se ha llevado al proceso. Resulta legitimado para hacer valer esta eficacia negativa el demandado, como excepción procesal en la contestación de la demanda y resuelta en audiencia preliminar del proceso ordinario o audiencia única del proceso abreviado.

b) Efecto positivo o prejudicial: implica la vinculación respecto a lo ya decidido, afectando a todos los tribunales de procesos posteriores. Para que esta actúe no es necesario la triple identidad de sujetos, objeto y tiempo. La función prejudicial opera en la eficacia vinculante.

Para que la cuestión prejudicial tenga efecto de cosa juzgada es necesario que el juez sea

competente y tenga jurisdicción, que las partes estén legitimadas, que se haya entrado a conocer sobre el fondo del asunto, y que la cuestión haya sido tratada por el principio de contradicción.

Estas tres instituciones, como ser la firmeza, invariabilidad y cosa juzgada, tienen como fundamento la seguridad jurídica que debe existir en un estado de derecho, evitando arbitrariedades, así como que los asuntos no estén constantemente en juzgamiento, ya que caso contrario no podríamos hablar de una verdadera tutela judicial efectiva.

El artículo 2 del Código Procesal Civil regula las distintas pretensiones que pueden ejercer las partes en el proceso, de igual forma podemos diferenciar los distintos tipos de sentencias, las cuales se clasifican en declarativas, constitutivas y de condena¹.

En cuanto a estas sentencias, debe tenerse presente que aunque sean estimatorias, desestimatorias o parcialmente estimatorias, en ningún caso podrá el actor pretender un nuevo conocimiento a través de un proceso ulterior de su pretensión inicial, toda vez que esta haya sido resuelta favorable o desfavorablemente.

La doctrina ha cuestionado si las sentencias constitutivas producen efectos de cosa juzgada, debido a que constituyen una nueva situación jurídica. En especial un sector clásico², que prescinde de ella, tomando como base su innecesaria utilidad, la cual supone una proyección negativa: puede enjuiciarse de nuevo el objeto litigioso ya enjuiciado. Sentencias

1 Las sentencias **declarativas** se limitan a declarar la existencia o, en su caso, la inexistencia de una relación jurídica, con efectos *ex tunc*, es decir desde el propio nacimiento de la relación jurídica. Las sentencias constitutivas, por su parte, crean, modifican o extinguen una determinada situación o relación jurídica, con efectos *ex nunc*, es decir desde el momento en que se dictan; y las sentencias de condena se pronuncian sobre la **condena** a una prestación determinada, que puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer.

2 Prieto-Castro. Cosa juzgada y sentencias constitutivas. En *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950, p.538.

desestimatorias de la pretensión de creación, modificación o extinción de la concreta relación o situación jurídica, carecen, en puridad, del efecto constitutivo al que aluden los autores para estimar innecesaria la extensión de fuerza de cosa juzgada; de donde se deduce que sólo aquellas sentencias constitutivas que han sido estimadas, o sea en donde ha operado el cambio de relación o situación jurídica, podrían enmarcarse en la tesis referida, con la dificultad de no evitar dualidad de enjuiciamiento.

De igual forma, la cosa juzgada opera tanto en el acuerdo al cual lleguen las partes por medio de la conciliación y el laudo arbitral, los cuales tendrán la fuerza ejecutiva en igualdad de condiciones a la de una sentencia judicial firme, de conformidad a los artículos 4 y 69 de la Ley de Conciliación y Arbitraje. La doctrina³ ha atribuido al laudo esta eficacia de cosa juzgada material, en vista que este mecanismo constituye una resolución hetero-compositiva equiparable legalmente a una sentencia judicial. De esta forma y dada la cosa juzgada que producen, tanto el acuerdo de conciliación como el laudo arbitral, ante el incumplimiento deberán ejecutarse en base a la ejecución de títulos judiciales.

III. Disposición del objeto del proceso

Puede afirmarse que el principio dispositivo es uno de los de mayor trascendencia en el proceso civil, resulta ser privativo de las partes e implica que la parte determina con su pretensión el objeto del proceso y la parte que se oponga fija el objeto del debate. De igual forma, en base a él las partes pueden poner fin al proceso antes que se dicte sentencia, en cualquiera de las instancias o en casación.

En cuanto a este poder de disposición de las partes, desde el punto de vista general debemos tener presente que podrán renunciar a la

pretensión, desistir del proceso, allanarse, someterse a arbitraje y transigir el objeto del mismo, aunque existen algunas excepciones en las que la ley prohíbe esta posibilidad, ya sea por motivos de interés general, orden público, protección de terceros o un posible fraude a la ley.

En cuanto a la renuncia, este poder de disposición resulta ser un acto unilateral del actor, definido por la doctrina⁴, por el cual el demandante decide abandonar su derecho subjetivo o derecho a pretender y, por tanto, su pretensión provoca la finalización del proceso mediante la emisión de una resolución jurisdiccional, que adopta la forma de sentencia absolutoria del demandado. Salvo que fuese legalmente improcedente, en cuyo caso se dictará auto mandando a seguir el proceso. De conformidad al artículo 483.2 del Código Procesal Civil, esta sentencia produce los efectos de cosa juzgada.

A diferencia de la renuncia, mediante el desistimiento el actor decide abandonar voluntariamente el proceso, pero con la posibilidad de promover un nuevo proceso sobre la misma pretensión. Por lo tanto si se concede, el auto por el que se acuerda, carece de efecto material de cosa juzgada. Como dijimos anteriormente, la renuncia es un acto unilateral del actor; en cambio en el desistimiento, una vez emplazado el demandado para contestar la demanda en juicio ordinario o citado a audiencia del juicio abreviado, se convierte en un acto bilateral, ya que se deberá contar con su conformidad. La razón de esto resulta ser la ausencia de cosa juzgada del auto de sobreseimiento, ya que cualquier persona sometida a un proceso judicial en condición de demandado, aspiraría a una sentencia firme sobre el fondo, y no a una indefinida posibilidad de nuevos procesos. La doctrina ha establecido que el desistimiento del recurso, a diferencia del desistimiento del proceso, sí tiene carácter unilateral, ya que la resolución que pone término al recurso, como consecuencia del desistimiento del recurrente, pasará

3 Artacho, Martín- Lagos, M. La controvertida firmeza del laudo, Diario La Ley N° 6673, 16 de marzo de 2007, p.2

4 Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración*. Parte General, cit., p. 248.

inmediatamente en autoridad de cosa juzgada y con ello con independencia de la posición que adopte, el recurrido, frente a dicha resolución⁵.

El allanamiento, de igual forma lo es al derecho subjetivo material, el cual a diferencia de la renuncia es un acto unilateral del demandado, por medio del cual podrá aceptar todas o algunas de las pretensiones del actor, en cuyo caso el juez dictará sentencia condenatoria de acuerdo a lo solicitado, salvo que el juez entienda -al igual que en la renuncia-, que el allanamiento es contrario a la ley, al orden público o al interés general, o que se realiza en perjuicio de tercero o que encubre fraude de ley, en cuyo caso lo rechazará mandando a seguir el proceso. En caso que el allanamiento fuese admitido por el tribunal y siendo que constituye efecto de cosa juzgada, siempre a petición de parte, puede ser objeto de ejecución, art. 485.2 del Código Procesal Civil.

Como otro acto de disposición de las partes, el Código Procesal Civil regula la llamada finalización anticipada del proceso por carencia sobrevenida de objeto o por satisfacción extraprocesal, el cual de igual forma es al derecho subjetivo material, pero el que acontece de forma extrajudicial. Esta modalidad de disposición puede plantearse tanto por el demandante como el demandado reconviniente que tenga un interés legítimo. El artículo 482.2, reza que el auto de terminación del proceso tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria. Algunos autores, consideran que la sentencia que desestima la demanda por carencia de interés en obrar, no constituye cosa juzgada porque no contiene una decisión sobre el fondo de la *litis*, pudiendo en este caso iniciarse un nuevo juicio contra el mismo demandado o por el mismo demandante, si

5 Garnica Martín, J.F. advierte que: "(...) la razón es cuando se desiste del recurso no se está desistiendo del proceso sino únicamente de la impugnación planteada y no existe razón de peso que deba conducir a tutelar los intereses de quien pudiendo haber recurrido frente a la resolución no lo hizo", El derecho a los recursos. Presupuestos y reglas generales. Recurso de reposición y revisión. En *"La medidas cautelares y los recursos"*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p.383.

posteriormente adquieren ese interés jurídico en obrar que no tenían cuando se promovió el primero, o aduciendo la prueba que faltó⁶. En sentido contrario consideramos que el auto que acuerda la terminación del proceso, al tener los mismos efectos de una sentencia absolutoria, sí produce los efectos de cosa juzgada, no pudiendo volverse a plantear nuevo proceso por la misma pretensión.

Por último, se encuentra la transacción judicial, la cual es definida por el artículo 2000 del Código Civil como un contrato por el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o previenen un litigio eventual. De igual forma, el artículo 486 del Código Procesal Civil posibilita que esta transacción se de en vía judicial, llegando a un convenio o acuerdo sobre la pretensión procesal, que deberá ser homologado por el juez que esté conociendo el litigio, y tendrá los efectos de cosa juzgada.

Surge la pregunta de si dicho acuerdo produce efectos de cosa juzgada porque el mismo puede ser impugnado por las causas que invalidan los contratos, de acuerdo al art. 487 del texto citado. Parte de la doctrina ha dicho que el auto de homologación no tiene efecto de cosa juzgada material, por cuanto la transacción simplemente supone un sometimiento obligacional de las partes a estar y pasar por los términos del contrato. La consecuencia sería, según dicha opinión doctrinal, que de alegarse en un proceso posterior la transacción, ya sea como hecho constitutivo por el actor o como hecho impeditivo por el demandado, determinará el contenido de la sentencia que deba dictarse, pero no evitará un segundo pronunciamiento⁷. Consideramos acertada esa opinión en vista que el auto de homologación no es una resolución judicial en propiedad, ya que el juez no ha entrado a resolver el fondo del litigio sino que únicamente ha comprobado que el mismo no

6 Devis Echandía, H., Acción y pretensión, derecho de contradicción y excepciones, Revista de Derecho Procesal, abril- junio, 1966, p.61.

7 Así lo entiende Barona Vilar, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II*, Ed. Tirant lo Blanch. 14ª edición, p. 378.

implique fraude de ley o de abuso de derecho, o si se realiza en perjuicio de tercero, ya que caso contrario podría desvirtuarse la institución de la cosa juzgada, que en puridad debería alcanzar a resoluciones en las que el juez decidió el fondo del asunto una vez agotado el proceso correspondiente. Bajo esta misma línea, solo puede haber cosa juzgada si se ha juzgado⁸. No obstante, alguna parte de la doctrina considera que debe atribuírsele eficacia de cosa juzgada a esta forma de disponer el proceso, coadyuvado con el auto de homologación judicial⁹.

IV. Jurisdicción voluntaria

Las resoluciones producidas en los procesos de jurisdicción voluntaria gozan de los efectos de la cosa juzgada formal como de la material, pero, al igual que sucede en los procesos sumarios, tan solo en el ámbito de la propia jurisdicción voluntaria. La eficacia negativa de la cosa juzgada respecto a resoluciones de jurisdicción voluntaria se proyecta, a diferencia de los procesos sumarios, sobre posteriores procesos voluntarios y no, debiendo concurrir un objeto idéntico, sobre los ordinarios correspondientes. Esto es debido a que la inexistencia, legalmente establecida, de la eficacia de la cosa juzgada predicable de resoluciones dictadas en procesos sumarios, se fundamenta en la limitación de su conocimiento. Pero la paralela ausencia de plena eficacia de cosa juzgada, dimanante de resoluciones en estos procesos, no encuentra limitación alguna, sino en la voluntad de los particulares de acudir a los tribunales, para que conozcan por segunda ocasión, de un idéntico objeto litigioso.

8 Montero Aroca, J., La cosa juzgada: conceptos generales. En *"Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada, costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)"*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p.87.

9 López Simo, F., afirma que a su juicio la transacción judicial "produce efecto de cosa juzgada, porque parece lógico que un convenio entre los litigantes efectuado a lo largo del proceso y aprobado mediante auto por un órgano judicial, además de ser un título de ejecución similar a una sentencia dictada contradictoriamente, produzca ese efecto. Algunos problemas de la denominada "terminación anormal" del proceso civil En *Cuadernos de Derecho Procesal Civil*, CGPJ, Madrid, 1995, p.95.

Las resoluciones provenientes de procesos de jurisdicción voluntaria deben gozar de idénticos caracteres a las resueltas en procesos contenciosos, ya que está orientado a obtener resoluciones jurisdiccionales por medio de las cuales se otorgue la tutela solicitada, dotándola de una adecuada satisfacción jurídica. Señala una parte de la doctrina que las resoluciones dimanantes de procesos voluntarios no sólo comportan un efecto negativo, sino también positivo, refiriendo que el órgano jurisdiccional quedará vinculado en cualquier proceso por el contenido dispositivo de la resolución adoptada en el expediente de jurisdicción voluntaria, siempre que esta no se cuestione en un proceso ordinario, en cuyo caso el juez estará vinculado, en medida alguna, por lo decidido en el proceso de jurisdicción voluntaria¹⁰.

V. Impugnación de la cosa juzgada

Podemos comenzar diciendo que en determinados supuestos la ley prevé la posibilidad de impugnar la cosa juzgada, aunque esta solo opera frente a la cosa juzgada material y no la formal, por ende solo sentencias firmes.

Una de las novedades que regula el Código Procesal Civil es en lo referente a los medios de impugnación contemplados en su libro V al incorporar la denominada audiencia al rebelde. La norma procesal contempla la posibilidad de que el demandado se encuentre de manera injustificada en rebeldía, lo que no impide la continuación del proceso ni que se dicte la sentencia correspondiente. Sin embargo, es posible que el demandado se haya encontrado en rebeldía por la concurrencia de una causa justa, y en este caso se establece un instrumento jurídico que le permite pedir la rescisión de una sentencia de condena. Doctrinariamente se clasifica como una pretensión impugnativa autónoma dirigida a una sentencia firme.

10 Fernández de Buján, A., *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, volumen I y II, ed. Iustel, Madrid; 2008.

El Código Procesal Civil en su artículo 735 determina como motivos justos para pedir la audiencia al rebelde:

1. La existencia de fuerza mayor ininterrumpida justificada que impidió la comparecencia en todo momento al demandado, aunque conociera la pendencia del proceso por habersele comunicado.
2. El desconocimiento de la existencia de la demanda y del proceso, bien porque no hubiera llegado a su poder la notificación por causa que no le sea imputable, bien porque se haya practicado comunicación por anuncios y haya estado ausente del país justificando que no haya podido tener acceso a los medios en que se haya difundido o publicado la comunicación.

Los plazos en que procede la interposición de este medio de impugnación contra la sentencia firme varían según si la notificación de la sentencia es personal o no, y se amplían en caso que subsista la situación de fuerza mayor que generó la incomparecencia. El otro medio de impugnación que se prevé en contra de la sentencia firme es el recurso de revisión, que puede interponer toda persona agraviada que hubiese sido parte en un proceso civil o con derecho a ser llamada a participar en él, para el cual la ley establece un plazo de seis meses contados desde el día en que habiéndose realizado la última notificación, quedó firme la sentencia. Cabe señalar que este recurso solo procede contra las sentencias firmes pronunciadas en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía y en los supuestos que regula el artículo 102 de la Ley sobre Justicia Constitucional.

Conclusiones

- Todas las sentencias, ya sean declarativas, constitutivas y de condena, en la medida en que resuelvan la cuestión de fondo, han de ostentar los efectos de cosa juzgada material. Ello con independencia del signo, favorable o desfavorable, de su contenido respecto de la pretensión oportunamente deducida en el proceso.
- Aunque el Código Procesal Civil otorgue

efectos de cosa juzgada al acuerdo o convenio de transacción judicial al cual lleguen las partes, podrá impugnarse por las causas que invalidan los contratos, en virtud de que el auto de homologación respectivo únicamente ha comprobado si el convenio no implica fraude de ley o abuso de derecho, o si se realiza en perjuicio de tercero. De alegarse en un proceso posterior la transacción, determinará el contenido de la sentencia que deba dictarse, pero no evitará un segundo pronunciamiento.

- De manera excepcional la cosa juzgada podrá ser impugnada a través de la audiencia al rebelde o mediante el recurso de revisión, en los casos ya establecidos. ■

Referencias

Artacho Martín- Lagos, M. “La controvertida firmeza del laudo”. Diario La Ley N° 6673, 16 de Marzo de 2007, p.2

Barona Vilar, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II*. Ed. Tirant lo Blanch. 14ª edición, p. 378.

Devis Echandía, H., *Acción y pretensión, derecho de contradicción y excepciones*, Revista de Derecho Procesal, abril- junio, 1966, p.61.

Fernández de Buján, A.. *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, volumen I y II, ed. Iustel, Madrid; 2008.

Garnica Martín, J.F. El derecho a los recursos. Presupuestos y reglas generales. Recurso de reposición y revisión. En *La medidas cautelares y los recursos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p.383.

Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración*. Parte General, cit., p. 248.

López Simo, F. *Cuadernos de Derecho Procesal Civil*, CGPJ, Madrid, 1995, p.95.

Montero Aroca, J. La cosa juzgada: conceptos generales. En “*Efectos jurídicos del proceso* (Cosa juzgada, costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p.87.

Prieto-Castro. Cosa juzgada y sentencias constitutivas. En *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil II*, Madrid, 1950, p.538.

Caso Sepur Zarco y el uso del testimonio como prueba fundamental

Eva Rocío Herrera Ramírez

Abogada guatemalteca, investigadora del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Egresada de la Universidad de San Carlos de Guatemala, ex investigadora del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

“Utilizaron de forma inversa la mitología de Popol Vuh, que exalta a la mujer como depositaria de vida. Mientras que los soldados destruyeron a las mujeres con la violencia sexual forzada”. Rita Segato.

Los acusados fueron individualizados por las víctimas corroborando su relación en el lugar de los hechos a través del testimonio como medio de prueba principal; y se llegó a una sentencia judicial que reivindica los derechos fundamentales de las mujeres víctimas.

Resumen

El caso Sepur Zarco acontece en una pequeña comunidad de Guatemala durante los años '80 en medio de un conflicto armado interno y una fuerte política de represión militar. Sucedió en la comunidad maya q'eqchi atravesada por una historia de despojos de tierra desde la época colonial y fue criminalizada en su intento legal de reivindicación. Sufrieron asesinatos, torturas y desapariciones de hombres y sometimiento de esclavitud sexual y doméstica de las mujeres en la base militar que se encontraba en el lugar.

La esclavitud sexual a la que fueron sometidas las mujeres de la comunidad en los años '80 se dio en una sociedad profundamente patriarcal, que sumado a la represión estatal creó un ambiente de silencio, tabúes, prejuicios y estigmas.

Más de veinte años después, el caso logró llegar a los tribunales nacionales de Guatemala con todos los desafíos procesales que conlleva.

El escenario del Caso Sepur Zarco

Guatemala y su sistema de Justicia Penal

El sistema de justicia Penal guatemalteco, como el de muchos Estados latinoamericanos, tiene por infortunio algunos resabios heredados de la Colonia. De corte inquisitivo se ha caracterizado por ser profundamente autoritario, tener la concentración de funciones de investigación y juzgamiento en el juez y una exclusiva centralidad en la etapa de investigación, entre otros aspectos.

En este sentido, no se puede dejar de mencionar temas estructurales como el hecho de que los sistemas inquisitivos se configuraron protegiendo privilegios muy bien disfrazados de legalidad, y de allí el origen de la debilidad de la ley en América Latina. Dada esa realidad, y tal como señala Alberto Binder (2012), no se puede sostener que sufren una crisis de legalidad, pues esta nunca existió como tal.

En esa línea, el mismo autor explica: “La legalidad inquisitorial nunca se cumplió (...) pues no tuvo la capacidad de extender el poder como sí lo hizo la corona. Esto impactó en la configuración institucional (...) no se pudo desarrollar una legalidad y una práctica judicial que cumpliera una función real en la vida económica y social” (Binder, 2012, p. 19).

Las ideas presentadas por Binder son aplicables a Guatemala y nos ayudan a comprender con mayor claridad una parte del contexto e historia de este país. También, podemos sumar muchos más componentes como la concentración de poder económico en pocas manos, pluriculturalidad, riqueza en recursos naturales, el patriarcado ya existente y su potencialización con el sistema colonial. Estas situaciones van friccionando en un Estado que no puede cumplir las funciones básicas de gestionar adecuadamente la conflictividad social, hasta el punto de quiebre, lo cual afectó a las capas sociales desfavorecidas y más vulnerables. Un conflicto armado interno en los años '80, uno de los más cruentos de América Latina y un desborde del poder punitivo que derivó en los peores crímenes perpetrados desde el mismo Estado, en la actualidad representan una deuda de justicia ineludible para las víctimas.

Es así que el retorno a la democracia para Guatemala en 1985 no podía materializarse sin justicia. Es la razón por la cual se desencadena una profunda reforma a todo su sistema, que hasta el día de hoy no deja de gestarse¹. Cabe resaltar que en ese preciso contexto, la región latinoamericana comienza a democratizarse a finales de los años ochenta y noventa, creándose atención a la necesidad de reformar los sistemas de justicia penales. En este marco, Guatemala se convierte en el primer país latinoamericano en adoptar en 1994 un Código

Procesal Penal de corte adversarial², basado en el modelo el Código Procesal Penal tipo para América Latina.

Por otro lado, la firma de los Acuerdos de Paz en 1996 puso fin a 36 años de conflicto armado interno³. Esto marcó el camino de la Justicia de transición y el segundo gran impulso a las reformas procesales penales para Guatemala. Es a partir de este acuerdo que surge la Comisión de Fortalecimiento a la Justicia, que redacta el informe *Una nueva Justicia para la Paz* con recomendaciones de gran incidencia política y que a su vez crea la Comisión para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia, un ente específico y temporal clave para el impulso de reformas procesales penales. Así también, el caso Sepur Zarco es un avance en los Acuerdos de Paz sobre Derechos Humanos, Esclarecimiento Histórico e Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Reforma Procesal Penal trajo la oralización al proceso en el interior del país, pero no fue generalizado. Por esta razón entre 2010 y 2011 se introducen nuevas reformas al Código Procesal Penal que establecen expresamente la oralidad en todas las etapas del proceso, para dar mayor impulso y fortaleza a la implementación de la gestión oral en otras áreas del país. Este paso marca un antes y un después en el sistema judicial guatemalteco, pues el cambio en la metodología de producción de información en audiencias implicó la necesidad de modificar la forma en la que se gestionaban los despachos judiciales con todas las complejidades que ello conlleva y que hasta hoy implican fuertes desafíos en su consolidación.

Esto trajo también la reconfiguración de las relaciones de los entes del sistema de justicia como el Ministerio Público, la Defensa Pública Penal y el Organismo Judicial, ya que la oralidad cambió las reglas del juego. Se debe

1 Ver Propuesta para la discusión presentada por los Organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala en materia de Justicia.

2 Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

3 Ver Informe REMHI, Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI).

enfatar que las reformas procesales penales fortalecieron la figura del querellante adhesivo y fue a partir de este momento que su papel se vuelve más activo, visible y participativo, además de clave en el éxito de los casos, tal como sucedió en Sepur Zarco.

Los esfuerzos desde la fiscalía y el sistema judicial implicaron un fortalecimiento al sistema de justicia, y sumando la fiscalización social de la ciudadanía en los procesos de elección, permitieron la llegada de algunas administraciones independientes en la Cámara Penal y el Ministerio Público, que fueron quienes introdujeron reformas procesales desde sus espacios. Algunos de los cambios más notables fueron la creación de los Tribunales de Mayor Riesgo y la instalación de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG)⁴.

El efecto dominó que conllevan las reformas hizo que el Ministerio Público impulsara en 2011 con más fuerza el cambio en el Modelo de Gestión Fiscal⁵, lo cual le permitió propulsar la Persecución Penal Estratégica. Considerando el papel trascendental que el ente fiscal tomó en la reforma, la debilidad que caracterizó por décadas al Ministerio Público en Guatemala era evidenciado en la imposibilidad de poder llevar al sistema judicial casos de gran impacto y complejidad. Principalmente por dos razones: la gestión artesanal del caso por caso, en la que es imposible sortear los desafíos que las grandes estructuras criminales, y la segunda es la ausencia de una Fiscalía General lo suficientemente fuerte en el sentido de independencia y autonomía necesarias.

Los casos complejos representan un desafío para la independencia judicial, y la implementación de los Juzgados de Mayor Riesgo se

crearon para resguardar la seguridad de los actores dentro del proceso, tales como jueces, fiscales y testigos ante casos en los que su integridad se viera en riesgo. Por otra parte la formación de operadores de justicia en materia de derecho internacional y derechos humanos tiene una relación directa en la aplicación de fallos de auto-ejecutabilidad de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es en este contexto en el que comienzan a llevarse casos de alta complejidad, principalmente sobre corrupción. El efecto dominó de fortalecimiento del sistema ha posibilitado llevar casos suscitados incluso durante el conflicto armado interno, un avance bastante lento pero positivo para la justicia de transición. Los casos que involucran a personas que han tenido o tienen altas dosis de poder representan la selectividad del sistema penal y es por esta razón que es tan importante que hayan logrado ser captados por el sistema de justicia.

El caso Sepur Zarco

Sepur Zarco es una Comunidad ubicada en el Municipio del Estor en el Departamento de Izabal, en la región nor-oriental de Guatemala. Es un lugar marcado por fuertes conflictos político-sociales derivados del despojo histórico de tierras por grupos de poder desde la época colonial.

Es importante enfatizar que esta comunidad ha sido uno de los lugares más golpeados por la represión militar en los '80, en el contexto del conflicto armado interno y las itinerantes dictaduras que transitaron durante esa época, ya que existió toda una política militar contrainsurgente que perseguía al objetivo de lo que llamaron "enemigo interno", según lo establecido en los planes de campaña que fueron dados a conocer posteriormente.

Esta es una comunidad que ha exigido sus derechos, lo que derivó en represión estatal durante 1982 y 1983. La forma de organización

4 Ver Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).

5 Ver Evaluación del impacto del nuevo Modelo de Gestión Fiscal del Ministerio Público de Guatemala, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

había sido a través de los Comités Agrícolas, surgidos en la Revolución del '44 en Guatemala, y existió todo un impulso estatal para una Reforma Agraria, la cual fue sabotada con la Contrarrevolución de 1954 a través de la CIA. En su mayoría estos Comités fueron desarticulados a través de la represión militar contrainsurgente que se inició a partir de 1962. A pesar de los embates de la represión, estos Comités siguieron existiendo en esta comunidad y llevaron a cabo procesos de regularización y titulación de tierras ante el Instituto Nacional de Transformación Agraria (INTA). El ejército allanó casas de la comunidad, torturó, asesinó a hombres que estaban involucrados en los Comités campesinos y algunos fueron desaparecidos. Las mujeres fueron violentadas sexualmente y condenadas a esclavitud doméstica, siendo llevadas periódicamente a la base militar ubicada en el lugar (Brisna Caxaj Álvarez, 2017).

Después de un largo camino desde que ocurrieron los hechos, el Tribunal tercero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Guatemala dictó sentencia condenatoria el 26 de febrero del año 2016 para Esteelmer Francisco Reyes Girón, subteniente de Artillería del Ejército, quien en el tiempo en que sucedieron los hechos del caso se desempeñó como comandante de pelotón y a quien se le atribuye el asesinato de una mujer y una niña, además del delito de deberes contra la humanidad de 12 mujeres y niñas maya q'equchi' (Brisna Caxaj Álvarez, 2017). Por cada hecho atribuido se le impusieron treinta años, sumando una totalidad de noventa años de prisión incommutables (sentencia caso Sepur Zarco, 2016).

Así también, se condenó a Heriberto Valdez Asig, comisionado militar que dirigió soldados en operativos militares y a quien se le atribuye la participación de 7 desapariciones forzadas de los esposos de las mujeres víctimas, y deberes contra la humanidad de aproximadamente 12 mujeres y 2 niñas maya q'equchi' (Brisna Caxaj Álvarez, 2017). Se le impusieron 30 años

por cada una de las desapariciones, haciendo una totalidad de 210 años incommutables (sentencia caso Sepur Zarco, 2016).

Sepur Zarco, un caso paradigmático en el tratamiento de la prueba

Tal como se menciona en líneas anteriores, la Reforma Procesal Penal posicionó el debate oral como centro del proceso; es decir, como la metodología de producción de información, en contraposición al sistema inquisitivo que se basaba en producir información a través de documentos escritos en un expediente.

La reforma genera nuevos retos, pues la oralidad implica redefinir los papeles del juez dejando la facultad de dirigir la metodología de producción de información a través de la oralidad y al fiscal la función exclusiva de producir a través de la presentación oral de la información obtenida con base a la investigación. En esta dinámica se posibilita la participación dignificante de la **víctima**, que por mucho tiempo ha sido olvidada por el sistema; tomando esta figura un papel crucial no solo en la reivindicación de sus derechos y restablecimiento de su dignidad humana, sino siendo un elemento clave indispensable para el éxito de los procesos cuando coadyuvan fuertemente en la investigación y producción de información.

En este contexto procesal el **tema probatorio** comienza a sortear algunos desafíos a los que referiremos en torno al caso Sepur Zarco.

Peritajes

En este aspecto comenzaremos nombrando la discusión que existe entre el discurso de la ciencia y el proceso con respecto al manejo de la prueba, en relación al cual Alberto Binder citado por Duce (2015) se refiere al predominio de la idea de que lo científico pretende arrogarse la idea de verdad absoluta, superando la decisión de los jueces y teniendo una seria implicación en el sistema de garantías.

Por otro lado, es importante mencionar la predilección que la prueba pericial tiene en los sistemas latinoamericanos, tal como lo sostiene dicho autor en la misma obra (Duce, 2015). Aunque la inclinación por un tipo de prueba en específico ha sido una constante en muchas etapas a lo largo de la historia, tal como sucedió en la Edad Media con los juramentos o en el *Ancien Régime* con la confesión a través de la tortura.

En este sentido, la predilección por cierto tipo de pruebas por parte del sistema tal como lo son los peritajes pueden implicar serios desafíos para casos que salen de la convencionalidad, tal como los de violencia sexual y los que se dieron en contexto de guerra, dos complejos elementos que reúne el tópico de estas líneas (Duce, 2015).

La forma en cómo se prueban los hechos dentro del proceso puede ser un verdadero desafío. Los peritajes en estos casos concretos siempre son cuestionados desde el punto de vista de la metodología de su construcción y a partir de la idea que deben circunscribirse a las reglas básicas de la ciencia. También se cuestiona desde el punto de vista de la valoración judicial, en el sentido de que el juez tenga la capacidad real de analizar su contenido concreto (Duce, 2015).

El tratamiento de la prueba debiera ser el siguiente, tal como lo señala Duce siguiendo a Alberto Binder (2015): según el caso debe determinarse el valor de la información producida en muchas combinaciones inclasificables. Es decir, no debería existir una predilección por algún tipo de prueba particular, sino el análisis propiamente del caso específico y la utilización del medio de prueba más idóneo.

En este sentido, es importante resaltar el papel trascendental que los peritajes tuvieron en la decisión judicial, ya que estos principalmente fundamentaron los testimonios de las víctimas, a los que se les otorgó valor probatorio.

Pese a ser el primer cuerpo normativo acusatorio en latinoamérica, el Código Procesal Penal guatemalteco tiene algunos resabios inquisitivos a criterio del autor reseñado, en relación a “la precalificación que un juez (...) puede tener para admitir o no a un perito y facultades para decretar prueba pericial” (Duce, 2015, pág.37). A pesar de ello, se lograron presentar 18 peritajes, con el involucramiento de 26 expertas y expertos en diferentes disciplinas científicas (Brisna Caxaj Álvarez, 2017).

Duce (2015) también afirma que el control que el juez tiene en la admisión de prueba, tiene el riesgo de tender a que los peritos y la prueba respondan a la convicción exclusiva de estos y a su vez puede repercutir en disminuir la neutralidad para las partes y poner en riesgo los intereses de la víctima.

El desafío planteado se supera en el caso Sepur Zarco, ya que los peritos trabajaron directamente con 15 mujeres q’eqchi’ y el Ministerio Público. Se realizaron incluso diversas reuniones junto a peritos para comprender cómo tenían que manejarse en la audiencia. Cada uno tenía un desafío concreto (Brisna Caxaj Álvarez, 2017) y los peritos respondieron a la estrategia e hipótesis del caso.

Según Brisna Caxaj Álvarez (2017), se presentaron diferentes tipos de peritajes: entre estos antropológicos de género, social, cultural, lingüístico, sociológico-militar y registral; así también se presentaron peritajes forenses, de arquitectura, psiquiátrico, económico, exhumaciones, análisis arqueológico, recuperación de evidencia, osteometría. Por último se presentó prueba documental sobre racismo y reparaciones con perspectiva de género (p.26).

En palabras de la fiscal Hilda Pineda, citada en Brisna Caxaj Álvarez: “Los peritajes fueron... impactantes y enriquecedores, a pesar de que yo estaba desde la fiscalía, la intervención de ellas me impresionaba por la forma de conocimiento (...) del tema y sobre todo el gran

aporte que hacían, no sólo al caso, sino a temas de violencia sexual de mujeres a nivel internacional” (2017:26).

Los 18 peritajes fueron construidos sobre la base de los testimonios de las víctimas, por efectos prácticos nos detendremos a revisar cuatro de ellos:

Peritaje sociológico militar: elaborado por el perito Héctor Roberto Rosada, detalló el contexto del conflicto armado y reclamos de tierra. El peritaje explica cómo funcionaban las líneas de mando entre oficiales, tropas, colaboradores e informantes del ejército (sentencia caso Sepur Zarco, 2016). La población fue acusada de colaborar con la guerrilla y se estableció cómo en el momento del conflicto, cualquier opositor era considerado enemigo interno de la sociedad y que existieron planes anti-insurgentes desde el Estado.

Peritaje Forense: llevado a cabo por Gabriela Mendoza Mejía. Se utilizó para reconocer el lugar donde se encontraba el destacamento militar con modelos computarizados, construido a partir del testimonio de las víctimas (sentencia caso Sepur Zarco, 2016).

Peritaje Cultural: Alicia Velásquez Nimatuj estableció que las víctimas del caso Sepur Zarco eran mujeres pobres y cómo la comunidad fue acusada de llevar comida a la guerrilla, sin que existieran esos vínculos ya que solo realizaban la reivindicación de sus tierras. Señaló también que las mujeres fueron esclavizadas doméstica y sexualmente, resaltando que este tipo de violencia dañó a las mujeres, a su núcleo familiar y a toda la comunidad (sentencia caso Sepur Zarco, 2016).

Peritaje Técnico Antropológico de Género: uno de los peritajes más interesantes y notables fue el desarrollado por Rita Segato. Aquí se explican las razones del por qué se perpetraron estas acciones en contra de las mujeres de la comunidad de Sepur Zarco. Se estableció que se sometió a violencia y esclavitud de carácter sexual y doméstica a las mujeres de

Sepur Zarco con la finalidad de destruir a la comunidad (sentencia caso Sepur Zarco, 2016), como castigo a la presunta colaboración con la guerrilla que era catalogada como enemigo interno, es decir enemigo de la sociedad en el paradigma de la Doctrina de Seguridad Nacional en los años '80 en Guatemala. Haciendo la aclaración que la comunidad solo realizaba la reivindicación de sus tierras despojadas y que dicha acción fue criminalizada con la excusa de la colaboración, como sabotaje a la recuperación de sus tierras que afectaban intereses económicos.

Rita Segato expone que con la llegada del ejército se desintegró la comunidad; la mujer no fue un botín de guerra sino que a través de la destrucción de su cuerpo se destruyó a la comunidad, la violación rompió su microcosmos y la relación con sus esposos y su capacidad reproductiva. Los hijos de las mujeres escaparon a la montaña donde murieron de hambre. Se consideró que utilizaron de forma inversa la mitología del Popol Vuh, que exalta a la mujer como dadora de vida y eso explica su eliminación, es por esto que el daño que estas mujeres sufrieron es también a la humanidad y al vínculo humanitario (Sentencia Caso Sepur Zarco, 2016).

Las consecuencias provocadas por la violencia sexual y esclavitud doméstica que vivieron las mujeres de la comunidad de Sepur Zarco tiene dimensiones incalculables y es irreparable. Sin embargo, al trascender este tipo de violencia a las propias víctimas y trascender al vínculo humanitario mismo, que este caso llegue a tribunales y se dé una sentencia representa una **garantía de no repetición**, reconociendo que esto no puede volver a suceder, sentando un poderoso precedente.

La prueba reina del caso

Estrategia psicosocial, jurídica y política

Las víctimas de violencia sexual que conforman la Colectiva Jalok U, son quince mujeres q'eqchi' que prepararon sus testimonios con el apoyo de la Alianza Rompiendo el Silencio y la Impunidad (La Alianza), a través de las estrategias multidisciplinarias del litigio - jurídicas, políticas y psicosociales-. En el proceso de esta construcción se rompieron barreras culturales, incluso lingüísticas. El trabajo en equipo incluyó la comprensión de cada una de las etapas del proceso penal, lo cual fue esencial para las víctimas, pues en sus comunidades funciona el sistema de justicia comunitario. Se las preparó para los efectos de re victimización que implica enfrentar un proceso penal (Brisna Caxaj Álvarez, 2017) y el impacto que a nivel social, político y jurídico iba provocar especialmente este caso en una sociedad como Guatemala.

La Alianza Rompiendo el Silencio y la Impunidad se integró por los equipos de Mujeres Transformando el Mundo (MTM), un grupo de mujeres abogadas expertas en derechos de las mujeres; el Equipo de Acción Psicosocial (ECAP), que brinda atención psicológica a víctimas del conflicto armado interno y que para este caso concreto diseñaron una metodología psicosocial basada en la cultura y formas propias de afrontamiento psicológico de las mujeres q'eqchi'; y por último, la Unión Nacional de Mujeres Guatemaltecas (UNAMG), organización que aporta desde la estrategia de comunicación a través del acompañamiento a las víctimas. Estas organizaciones también se adhirieron como querellantes, facultad que el Código Procesal Penal guatemalteco otorga a las víctimas y organizaciones de derechos humanos (Brisna Caxaj Álvarez, 2017).

La creación de la Colectiva Jalok U permitió llevar de manera más integral una **estrategia psicojurídica**; la cual se constituyó principalmente en **atención psicosocial** enfocada en la violencia sexual, realizada por ECAP. El

proceso consistió en visitas domiciliarias y en cadena hasta incluir a cada una de las víctimas para luego conformar grupos de autoayuda. La metodología se basó en tomar en cuenta su enfoque cultural, considerando sus luchas desde el punto de vista de la defensa por sus territorios e identidad. Otro enfoque buscó reconocer su opresión de género y su reconocimiento como mujer frente a una sociedad represivamente sexista y por último su empoderamiento para exigir el respeto a sus derechos humanos (Brisna Caxaj Álvarez, 2017). La estrategia psico-jurídica preparó a las víctimas y testigos para que conocieran el funcionamiento del proceso e instituciones a las que se enfrentaron, con la finalidad de que se sintieran cómodas y se minimizara la re victimización dentro del proceso y al mismo tiempo pudieran fluir sus testimonios, enfrentando de la mejor manera los cuestionamientos de los cuales fueron objeto.

Existió una preparación de resiliencia antes, durante y después de los procesos. En este sentido, se tuvo un especial cuidado en crear espacios para la toma de decisiones colectivas. Además de una estrategia de contención emocional no solo para las víctimas, sino para el equipo que trabajó con ellas para poder mantener la estabilidad emocional frente a un caso como este (Brisna Caxaj Álvarez, 2017).

Los casos en contextos de guerra representan un enorme desafío cuando de probar hechos se trata, pues son suscitados después de muchos años en contextos de represión estatal y más aún cuando las instancias del Estado se niegan a presentar información en su poder. La caracterización del contexto histórico es un elemento fundamental para explicar y probar los hechos ocurridos, buena parte se sostuvieron en los testimonios, la prueba principal del caso (Brisna Caxaj Álvarez, 2017).

Testimonios

En los procesos penales, la protección de las víctimas es fundamental, sobre todo para

evitar que los mecanismos de atención re-victimicen y cuando son casos de violencia sexual se debe dar un tratamiento especializado. En este sentido, los testimonios deben prestarse como medios de prueba sólo cuando sean necesarios, este es el primer gran desafío de este medio de prueba.

El segundo y más grande de los desafíos del testimonio es que es uno de los medios probatorios que puede ser más cuestionado, más cuando de violencia sexual se refiere, y se debe tener en cuenta que se complejiza aún más en un contexto de guerra. El testimonio siempre ha sido considerado dentro de las pruebas como un estándar indiciario, nunca suficiente por sí mismo y siempre acompañado con pruebas de refuerzo como un peritaje.

La anterior aseveración la podemos ejemplificar con los antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En *Elena Loaiza Tamayo vs Perú*, un caso de violencia sexual cometido durante una detención policial en 1993, la única prueba era el testimonio de la víctima y la Corte en 1997 valoró dicho medio de prueba como un indicio por ser prestado directamente por la persona interesada (Bejarano). En este sentido no fue suficiente para la Corte el testimonio de la víctima, razón por la cual no se declaró la existencia de violencia sexual.

En este mismo sentido, podemos citar el caso *Miguel Castro y Castro vs. Perú*, en donde en 1992 después de una requisita carcelaria y el traslado de algunas privadas de libertad a un hospital se dieron muertes, violencia sexual y tratos crueles inhumanos y degradantes. En este caso, la Corte valoró en 2006 los testimonios y pruebas documentales reconociendo la violencia sexual (Bejarano). Aquí podemos ver una evolución en el criterio de la Corte al haber valorado el testimonio como una prueba principal en un caso de violencia sexual.

Así también, es importante resaltar que a nivel normativo la Corte Penal Internacional ha fijado Reglas de Procedimientos de Prueba para el tratamiento de víctimas de violencia sexual, en la que se ha establecido los criterios en los cuales el consentimiento no se puede interpretar cuando la coacción no le permita dar anuencia libre y voluntaria. Así como no se puede presumir consentimiento por ninguna palabra, conducta de la víctima, silencio o falta de resistencia, tampoco debe prejuizarse a una víctima por supuesta credibilidad, honorabilidad y comportamiento anterior o posterior (Reglas de Procedimiento de Prueba, Corte Penal Internacional, 2013, art. 70 inciso a-d).

Este tipo de normativa ha marcado un precedente importante en los sistemas judiciales observadores de los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incorporando e influenciando fallos sobre violencia sexual incluso en contextos complejos como los conflictos armados.

En la etapa de investigación del caso Sepur Zarco, los acusados fueron individualizados por las víctimas corroborando su relación en el lugar de los hechos a través del testimonio como medio de prueba; se reconstruyeron los hechos y el contexto del caso, además se realizaron inspecciones oculares por parte del Ministerio Público, y se dio así el esclarecimiento de la cadena de mando de los militares implicados. En este sentido, se puede enfatizar que cada uno de los peritajes presentados aportó elementos de análisis al tribunal en el debate oral y público, corroborando los testimonios presentados por las víctimas.

Los testimonios como medios probatorios en temas de violencia sexual se complejizan considerando un contexto de guerra. La duda proviene de la idea de considerar que no existen testigos de la consumación del hecho. La víctima en el centro del proceso fue determinante para lograr una sentencia ante un tribunal nacional y una reivindicación directa de

sus derechos fundamentales afectados (Brisna Caxaj Álvarez, 2017).

El tribunal guatemalteco consideró que el peritaje sociológico-militar aclaró los testimonios de las víctimas. Al escuchar sus declaraciones pudo establecer con certeza que fueron violadas sexualmente por los soldados del destacamento militar Sepur Zarco sin que hayan tenido opción, pues usaron la fuerza física, muchas eran mujeres cuyos esposos habían sido asesinados. Valorando el testimonio de una de las víctimas pudieron establecer que aunado al abuso sexual también se les esclavizó domésticamente, se estableció la línea de mando del ejército y el contexto de reivindicación de tierras. Los peritajes culturales y forenses se construyeron en base al testimonio de las víctimas (sentencia caso Sepur Zarco, 2016).

Impactos del Caso Sepur Zarco

Desde el litigio estratégico

En materia jurídica a nivel procesal la consideración del testimonio como una prueba principal acompañada de los peritajes rompe la regla de la generalidad. En un primer sentido porque el testimonio es un medio de prueba cuestionado en casos de violencia sexual, normalmente se duda de la palabra de la víctima y se tiende a relegar a un segundo plano como un resabio inquisitivo. Se tiende a preferir los peritajes que demuestren científicamente con una precisión exacta la realización de los hechos.

En un caso suscitado hace más de veinte años atrás, obtener los medios de prueba que con una exactitud científica demuestren los hechos es casi imposible y más cuando en casos como los de Sepur Zarco, mucha de la información disponible se encuentra en manos de instancias del Estado que no van a revelarla o como en el caso que el destacamento militar donde ocurrieron los hechos ya no existe (Brisna Caxaj Álvarez, 2017).

En un segundo sentido, podemos referirnos a la normativa procesal con respecto a las facultades excesivas que tiene el juez de poder controlar la admisión de peritos y que Duce (2015) interpreta como resabios inquisitivos. En este sentido advierte sobre los riesgos de que los peritos y su producción respondan al juez y no a la parte (en este caso la víctima), a través de contribuir a probar objetivamente un hecho.

En este caso, la víctima tiene un rol tan activo dentro del proceso que es clave para la obtención de una sentencia condenatoria a través de la contribución con su testimonio. Los peritos por otra parte trabajaron con las víctimas de una manera muy cercana y contribuyeron corroborando su palabra y el contexto histórico; se reconstruyeron los hechos como insumo de decisión para el tribunal que llevó a cabo el debate. El abordaje psicosocial y el acompañamiento de organizaciones de apoyo como la Alianza Rompiendo el Silencio y la Impunidad, es otro ejemplo paradigmático y fundamental sin el cual las víctimas no hubieran logrado llegar hasta el final del proceso

Política y socialmente, también es importante destacar que es un caso que ha logrado llegar a tribunales gracias al tenue fortalecimiento del sistema de justicia, **-es derecho a la verdad y reivindicación de los derechos de la mujer-**. El camino recorrido hacia el fortalecimiento del sistema ha sido lento y comenzó en 1985 con el retorno a la democracia; el inicio del camino a la Reforma Procesal Penal en 1994; la firma de los Acuerdos de Paz en 1996, que llevó a un nuevo impulso en materia de reforma de justicia y justicia transicional; los esfuerzos llevados desde el sistema judicial con la creación de los Juzgados de Mayor Riesgo, además de la llegada de CICIG en el 2007 y el fortalecimiento del Ministerio Público, instancias que han liderado la batalla anticorrupción. Cada uno de los elementos que reúne y representa esta cronología son completamente interdependientes, ninguno podría ser sin el otro. Un sistema cuya selectividad penal ha perdido algunas batallas y en este contexto se

ha logrado sentar el banquillo de los acusados a personas que en los años '80 representaron al Estado, haciendo un uso excesivo del poder que tenían en sus manos contra la población civil y en este caso especialmente contra un grupo vulnerable tan golpeado en contextos patriarcales y agudizados en conflictos de guerra como lo son las mujeres.

La reivindicación de los derechos de las mujeres víctimas

Es importante considerar que la CIDH estableció en el Caso Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú vs. México, que la violencia sexual constituye una forma paradigmática de violencia que ocasiona consecuencias que trascienden a la víctima y vulnera aspectos esenciales de la vida privada de cualquier persona (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

Así también la CIDH estableció a la violencia sexual como tortura (casos: Raquel Martín de Mejía vs. Perú y Ana Beatriz y Cecilia González vs. México). Tomando en cuenta tres elementos para llegar a este criterio: el primero fue la inflicción de penas, sufrimientos físicos y mentales; el segundo elemento que se cometió con un fin y en tercer lugar que el hecho fue realizado por un funcionario público, esto considerando que esta acción se realizó con la finalidad de castigar e intimidar a la víctima (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011). Tres elementos que pueden identificarse en el caso Sepur Zarco al esclavizar sexual y domésticamente en la base militar por fuerzas estatales a 15 mujeres q'eqchi' con el fin de destruir a la comunidad como represalia por su presunta participación con la guerrilla, que en realidad era una forma de intimidación por la reivindicación legal que estaban haciendo de sus tierras despojadas. Fueron catalogados como enemigos internos, según la Doctrina de Seguridad Nacional, y con ello justificaron la violación de derechos humanos.

La CIDH ha destacado que las mujeres indígenas han sido víctimas de doble discriminación, por ser mujeres y por ser indígenas, traducido en obstáculos de exclusión social, pobreza y discriminación étnica, que se configuran en una barrera de acceso a la Justicia. Muchas veces el dolor y la humillación se agravan por los obstáculos que sufren en el largo camino hacia el ingreso a la protección judicial, luego en la sustanciación de los procesos y el repudio social que los delitos sexuales causan (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011), en los contextos patriarcales.

Este caso es sumamente importante porque se logró la centralidad del testimonio de las víctimas como prueba principal, además es derecho a la verdad y es un caso que se llevó a cabo en un fuero nacional, donde las medidas de reparación pueden ser declaradas por este mismo a través de medidas simbólicas y materiales contenidas en la estipulación dentro de la sentencia de la **reparación digna**.

La reparación digna declarada en este caso toma en cuenta **16 medidas a cargo del Estado**, en las que incluye: la continuación de la investigación por el Ministerio Público para determinar dónde se encuentran las personas desaparecidas; que el Estado debe continuar con el trámite de la reivindicación de las tierras; dotar a la comunidad de la cobertura de salud y educación pública, así como una serie de medidas simbólicas con la finalidad de recuperación de la memoria histórica. Con respecto a las medidas simbólicas, se estipula la traducción de la sentencia en los diferentes idiomas mayas, reconocer un día conmemorativo, la construcción de un monumento, formación sobre Derechos Humanos en el *pen-sum* militar, coordinar medidas de seguridad hacia las víctimas por parte del Ministerio de Gobernación y de manera individual se fijaron cantidades dinerarias para los condenados (Brisna Caxaj Álvarez, 2017).

Las medidas antes descritas son muy importantes si consideramos las dos nociones de reparación que –según Crosby citado en Brisna Caxaj Álvarez (2017)– tienen para con las mujeres víctimas de Sepur Zarco, siendo una primera el reconocimiento de los hechos y la búsqueda de justicia y un segundo punto son pérdidas **psicológicas y materiales**.

Podemos detenernos a pensar en los múltiples mensajes y repercusiones que este caso puede tener a todo nivel, incluso podemos seguir hablando de los desafíos superados en materia procesal, fortalecimiento del sistema, estrategias jurídicas, políticas y sociales. Sin embargo, si dejamos los elementos operativos antes descritos podemos concluir que estos no son más que medios. Lo más importante es la finalidad a la que permitió llegar, que en este caso es el derecho a la verdad, la reparación de las mujeres víctimas y con ello fundamentalmente el reconocimiento de su condición como seres humanos.

Si consideramos que la violencia sexual es una tortura, que las mujeres fueron utilizadas para destruir a la comunidad y estos abusos constituyen un daño a la humanidad, la sentencia de este caso se convierte en un acto de justicia para todas las mujeres y las personas en general, aunque especialmente para las mujeres de la comunidad de Sepur Zarco en el municipio del Estor, Izabal que por su condición de mujeres e indígenas, han sido doblemente vejadas; y en general para todas las mujeres guatemaltecas que viven altos índices de violencias, así como las mujeres latinoamericanas cuya realidad no es distinta. ■

Referencias

Bejarano, C. R. (s.f.). El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Memorandum de Derecho, Universidad Libre Seccional Pereira*.

Binder, A. (2012). *La Implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial*. Buenos Aires: AD-HOC.

Brisna Caxaj Álvarez, H. V. (2017). *Cambiando el rostro de la justicia, las claves del litigio del caso Sepur Zarco*. Impunity Watch & Alianza Rompiendo el Silencio y la Impunidad: ECAP, MTM, UNAMG, Guatemala. Obtenido de http://www.impunitywatch.org/docs/Las_claves_del_litigio_estrategico_del_caso_Sepur_Zarco.pdf

CIDH. (19 de septiembre de 2017). Derecho a la verdad. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&IID=2>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de Violencia Sexual: la educación y la salud*. Recuperado el 6 de diciembre de 2017, de <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/violenciasexual-educysalud.pdf>

Duce, M. (2015). *La prueba pericial* (1ra. ed.). Argentina: Ediciones Didot.

Internacional, C. P. (s.f.). Reglas de procedimiento de prueba.

Leonel González, Marco Fandiño & Germán Garavano. (2014). *Evaluación del impacto del nuevo Modelo de Gestión Fiscal del Ministerio Público de Guatemala*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA. Santiago: Ediciones e Impresiones Copygraph Santiago.

Los Acuerdos de Paz en Guatemala. (1996). Guatemala. Recuperado el 10 de Septiembre de 2017, de <http://www.sepaz.gob.gt/images/Descargas/Acuerdos-de-Paz.pdf>

Sentencia Caso Sepur Zarco, C-01076-2012-00021 O f. 2 (Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente febrero de 2016).

La litigación oral en los procesos reformados

Entrevistas realizadas por Constanza Gigena, investigadora del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

1. Jesús Demetrio Cadena Montoya (México)

Juez del Sistema Acusatorio. Director de Control Disciplinario del Poder Judicial de Nuevo León. Trabajó en la implementación de la Reforma Procesal Penal al interior del Poder Judicial de Nuevo León. Es profesor de Grado y Posgrado en la Universidad Autónoma de Nuevo León.

2. Delia De Castro (Panamá)

Fiscal Superior de Litigación de la Procuraduría General de la Nación de Panamá, Coordinadora General de la Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio de la Procuraduría General de la Nación, a cargo de la Escuela del Ministerio Público de Panamá.

3. Nelson Flores Fabián (El Salvador)

Cofundador y miembro del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES) por más de 15 años, y recientemente nombrado Director Ejecutivo de la Fundación CEPES en proceso de formación.

4. Santiago Pereira Campos (Uruguay)

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU) del Poder Judicial. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y fundador de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture.

1 En los años que lleva la reforma en su país, ¿cómo ve el nivel de la litigación y qué tan instaurado está el trabajo en clave de oralidad?

Jesús Demetrio Cadena Montoya: En primer lugar y en el ámbito de lo penal, tengo que decir que hemos avanzado mucho pero ha sido muy complejo, por lo difícil que ha sido abandonar la idea de trámite que es propia del expediente. Es decir, se han introducido los conceptos, lo que es la teoría del caso y las técnicas de litigación, pero dada la cultura tan formalista que tenemos en México, se han tomado más como una especie de definiciones que como actividades, métodos o técnicas de litigio. Mi visión es que para el tiempo que tiene funcionando la reforma, desde 2008, se ha avanzado pero no lo suficiente. Nos hemos mantenido mucho en los conceptos, al grado que lo vemos en

una audiencia. Por ejemplo donde una parte al hacer su alegato de apertura comienza diciendo “mi teoría del caso es (...)”. Se ha sostenido incluso que si el defensor no presentaba una “teoría del caso” al iniciar la audiencia, entonces estaba violando el derecho a la debida defensa. Es decir, hay una confusión entre una cosa y otra porque lo que se ha hecho más bien es trabajar sobre definiciones, conceptos, etc.

Hay algunas prácticas que van en contra de lo que se espera del sistema, por ejemplo en materia de amparo, que es un juicio de control de constitucionalidad, se exige una transcripción de la audiencia o de lo ocurrido en ella “de momento a momento”. O sea que si bien es cierto que el registro que aquí se hace video-grabado tiene valor probatorio pleno, se sigue recurriendo al documento escrito. La lógica del expediente ha sido difícil de abandonar. Considero que empieza

a haber avances pero es un pleito muy fuerte entre el formalismo que hemos tenido durante muchos años versus lo que debe ser el modelo.

Creo que el panorama no es desolador, ha sido difícil, muy cuesta arriba, pero se ha avanzado, a lo mejor no con la rapidez que hubiéramos querido pero sí atendiendo a la dinámica muy compleja de este país, que tiene sectores y regiones muy distintas.

Delia De Castro: Como idea central debo referir que en Panamá tenemos una gran ventaja en comparación con otros países de la región que han implementado una reforma procesal penal. Nosotros nos acostumbramos desde un comienzo – principalmente en base a la experiencia de las reformas en otros países – a que los jueces no trabajaran con el expediente o con la carpeta. Es decir, los jueces en Panamá están liberados de la información previa a las audiencias, y deciden los casos en función de la información que les presentan los litigantes. Yo diría que es una de las cosas más positivas que podemos destacar del proceso de implementación aquí en Panamá.

Luego de ese punto, como en todo tema, Panamá está en una curva de aprendizaje. He visto audiencias muy buenas, bien dirigidas por los jueces y con un buen control en cuanto al orden de presentación de la información, en el control de las objeciones y en dar oportunidades a las partes para poder dirigirse al tribunal, así como también dar espacio a la víctima para que pueda transmitir información relevante cuando está presente, cuando debe ser considerada su opinión en ciertos temas. He visto litigantes empoderados en su rol, que transmiten información de interés, haciéndolo de manera sencilla, de forma comprensible tanto por víctimas como por imputados. He visto en el mismo sentido a defensores públicos.

Me llevo muy buena impresión en el proceso que hemos hecho de seguimiento de audiencias. Es un nivel muy bueno de litigación. A pesar de que llevamos apenas un año en la ciudad de Panamá, ya tenemos seis a nivel nacional, lo que nos lleva a que los actores pudieran ir tomando las experiencias de otras provincias y tratando de asimilarlas a la propia. Eso pasa sobre todo con funcionarios, jueces, fiscales o defensores que, participaron del proceso de reforma desde hace ya varios años y ya tienen todas las competencias y todas las habilidades o estaban en el sistema, mane-

jaban el proceso penal y les fue sencillo asimilar este cambio. Hay otros actores en relación a quienes por otras razones, su reciente ingreso al sistema por ejemplo, limitaron la buena conducción de audiencia o una litigación con estándares más adecuados, producto de que están recién adecuándose al sistema.

Si bien los actores acá en Panamá, tanto del Ministerio Público como del Órgano Judicial y la Defensa Pública, pasan por un proceso de capacitación previo y de exámenes para asumir en sus los cargos, esto no es suficiente para desempeñar su rol con maestría, con todas las habilidades que se requieren según los estándares de un sistema oral. Lo importante es que estamos en un proceso de mirar, ajustar, adecuar y mejorar.

Por último es importante destacar que con la entrada en vigencia se designaron lo que se denominan defensores o representantes de víctimas, con lo cual el Estado también cuenta con abogados para orientarlas, asesorarlas y acompañarlas en las audiencias de forma gratuita. Esto ha sido muy importante y se ha ido consolidando. Yo he presenciado audiencias en las que hay víctimas empoderadas, hablan, transmiten información importante y hace sentir su posición gracias a la asesoría de un abogado del Estado que se le proporciona gratuitamente. En este sentido aquí tenemos un balance, porque hay defensores públicos muy buenos y reconocidos, porque llevan trabajando en el tema desde la instalación de la reforma. Muchos vinieron del interior para asumir roles en esta nueva etapa. El hecho de que exista esta defensoría especial coloca a la víctima en una mejor posición, más equilibrada, porque no siempre su interés coincide con el del Ministerio Público, así es que eso ha sido bien positivo.

Nelson Flores Fabián: Antes de entrar en lo que es la litigación para la oralidad, quiero detenerme en lo que han sido algunas contrarreformas que ha habido en nuestro sistema. Por ejemplo en cuanto a la interpretación de la legítima defensa en ciertos casos, cuando un policía se ve involucrado la postura asumida es que no debe ser apresado e inmediatamente se le da una medida sustitutiva, sin terminar la primera fase del proceso. Han existido también reformas en el caso de las telecomunicaciones y de escuchas telefónicas, por ejemplo al art. 23 de dicha ley. Anteriormente se le daba la facultad al juez en relación a estas pruebas

dependiendo de un informe que le diera la fiscalía. Sin embargo ahora la fiscalía puede hacerlo de oficio, sin informar previamente al juez.

Por otro lado, también tuvimos la ley de extinción de dominio que se quiso dar a través de asamblea legislativa. Lo que planteaban en aquella reforma era que en cierto tiempo pudiera caducar la persecución penal en relación a ciertos bienes, si había operado la extinción de dominio. Esto podía tener algunos resultados no queridos en el caso de las actividades de las pandillas o en casos de corrupción. Afortunadamente llegada la cuestión a la sala constitucional se señaló que esta disposición no procedía.

Por otro lado, creo que ha sido positiva la forma de elección de los magistrados de la corte suprema y que también la sala constitucional ha sentado bastantes criterios positivos, aunque algunas decisiones no se compartan. Ha habido avances allí y recientemente se ha dado la creación de jueces contra la violencia de la mujer, lo que ha sido muy importante. Por último aunque ha habido algunos retrasos en el tema de la ley penal juvenil, también me parece que ha sido importante y ha dado sus aportes. A pesar de que se ha subido la edad y los años de condena de menores, pero ha dado algunas cuestiones positivas.

Ha habido otras, impulsadas por el ejecutivo y llevada a la asamblea legislativa, que tienen que ver también con la persecución del delito y con la violencia, pero ya en el ámbito de la litigación actual, las audiencias son propiamente orales, lo que se hace por escrito es solicitar por ejemplo alguna excusa absolutoria o alguna otra petición. En algunos casos se contesta por escrito o ya en la audiencia se ventila.

Una de las primeras deficiencias que se advierte es el problema de acceso a la Justicia. Por ejemplo, con el tema del abogado de oficio. Encontramos que el imputado no es atendido como debe ser. Es muy común, lo he encontrado en las audiencias iniciales, que el juez le diga que se va a nombrar en ese momento un abogado de oficio, a quien se le dan 20 o 30 minutos para que pueda estudiar el caso. Hay falta de preparación, en algunos casos como ese por falta de tiempo, pero también por la cantidad de casos que se manejan.

De igual manera encontramos mucha deficiencia en materia de acusación por parte de la fiscalía. En la mayoría de los casos no se utiliza prueba suficiente. Por ejemplo, no se recurre a la científica sino que

más bien se apoyan en prueba testimonial, haciendo a mí entender un uso desnaturalizado del criterio de oportunidad. Sucede que la oportunidad se ha usado más bien dando lugar a la figura del testigo criteriado: quien es llamado a dar testimonio develando una estructura criminal, pero que para gozar de ese beneficio tiene que denunciar por lo menos a 40 personas. Se ha fijado sin más esa cuota, y esto ha dado que por cubrirse se señalen a inocentes. Esta es una de las situaciones que se encuentran en la fiscalía y que genera problemas porque se recurre a ese mecanismo, no se buscan ni aportan las pruebas necesarias y muchos casos luego se pierden. En algunos casos es peor porque en lugar de asumir esa deficiencia, algunos fiscales recurren a acusar a los jueces de estar relacionados con corrupción o con estructuras criminales.

Pero más allá de este panorama, ha habido avances, no lo podemos negar: el sistema que teníamos anteriormente era inquisitivo, entonces desde esa perspectiva hubo un avance. Hay una nueva generación de jueces muy buenos y la misma creación de la escuela de capacitación judicial es algo a destacar.

En el plano de lo civil y aunque no es mi área, creo que ha habido avances por todo el tema de la oralidad en el proceso. Me parece que al menos no se han escuchado quejas sobre los procesos o el accionar de los jueces y, si no existen esas alarmas, una primera apreciación es que marcha bien, al igual que en lo mercantil. Creo que la oralidad, trayendo transparencia, ha ayudado a combatir la corrupción que había en esas materias.

Santiago Pereira Campos: Podemos comenzar a hablar de la litigación en general y también desde la perspectiva del proceso. En Uruguay desde 1989, el proceso civil en sentido amplio (no penal): laboral, civil, comercial, familia, etc. es por audiencias. Implicó un cambio cultural muy importante tratar de implementar un proceso oral en un país que como los demás países de América Latina tenían una cultura escrita heredada del sistema español inquisitorial antiguo. En ese sentido, todos los operadores son conscientes en que el cambio al proceso por audiencias o proceso mixto oral fue muy positivo. No obstante si uno hace un juicio o un análisis profundo, sin duda que seguimos atados a ciertas rémoras del sistema escrito aún casi 30 años después. Para poner un ejemplo práctico, los alegatos

de cierre de la audiencia que originalmente se pensaron orales y así estaba previsto en la ley, se han ido distorsionando y en la práctica se transformaron en la presentación de un documento escrito; por lo tanto en el momento de cierre del proceso de alguna manera se vulnera la oralidad.

Por otro lado, digamos que en la medida que tenemos un juez que es bastante activo durante el procedimiento algunos observadores han entendido también que esto puede conspirar contra el desarrollo de la teoría del caso por parte de los sujetos del proceso. No obstante hay otros que han pensado que puede ser beneficioso: este rol del juez, en la medida en que no puede traer hechos al proceso pero sí puede tener una labor activa en la extracción de información de las partes, de los testigos o de los peritos, ha sido una cuestión positiva. Acá encontramos dos posiciones sobre ese punto.

Otra cosa que ocurrió fue que, por razones de recursos, cuando se implementó el proceso oral civil no se pudo establecer la grabación de las audiencias, sino que se labraba un acta resumida. Esto para mí conspiró gravemente contra la existencia de un proceso oral basado en una audiencia que funcione con espontaneidad. Después de mucho tiempo estamos finalmente implementando un sistema de registro con audio de las audiencias, lo que ha permitido -esto es una cuestión muy novedosa de los últimos seis meses- darle una dinámica totalmente distinta. Ya el código disponía que el acta era para cuando no hubiera medios técnicos disponibles y eso que era la excepción fue la regla. Fue una cuestión de presupuesto, desde hace muchísimo tiempo se estaba peleando por la filmación, y luego por los recursos pasamos a directamente a la grabación. Esto sin duda conspiró, porque algunos abogados trabajaban para el acta resumida y no para el juicio oral, estaban todos pendientes de realizar actividades para que quedara en el acta.

Todavía no tenemos elementos para saber cómo está funcionando este sistema de registro en audio pero yo por lo menos lo vi funcionar muy bien en Alemania -donde no tienen registro de video-.

En materia de proceso penal que empezó a regir el 1 de noviembre de 2017 ocurre algo parecido, en el sentido que no había recursos para la filmación, pero ya empezamos con audio. Con esto esperamos que no se generen estas distorsiones que están pasando en el proceso civil.

Básicamente, vamos a quedar con dos sistemas muy distintos en materia civil y penal. En este el juez solamente puede realizar preguntas aclaratorias porque las ampliatorias las eliminaron, y en un proceso civil el juez puede realizar preguntas en el medio de las del abogado, dar por terminado el interrogatorio, suspenderlo, etc. Tiene una cantidad mayor de facultades, es extraño que tenemos un proceso civil con un juez mucho más activo del juez del proceso penal. Pero esto habrá que ver cómo se van adecuando las prácticas y qué influencia tiene un sistema sobre otro a lo largo del tiempo.

Una última cuestión de la litigación civil es que se avanzó muchísimo en los resultados de la regulación del proceso de conocimiento pero hay muchas dificultades en la fase de ejecución. Es posible obtener una sentencia en un tiempo razonable, una sentencia de calidad y diríamos que estamos en estándares internacionales muy buenos, pero cuando viene la fase de ejecución si no hay cumplimiento voluntario surgen dificultades burocráticas. En el año 2013, se hizo una reforma muy importante al Código General del Proceso con institutos básicamente tomados del sistema europeo en materia de averiguación de bienes del deudor, de declaración de bienes, y la verdad es que si bien alguna mejora se ha dado no ha sido un cambio profundo y sustancial. Para que funcione bien se requiere tener los registros integrados por sistemas informáticos, es decir que desde el juzgado se pueda conocer qué bienes tienes hay en tu patrimonio. En la medida en que no están integrados - en casi todos los países de América Latina hay dificultades con esto - la averiguación de bienes se dificulta.

2 En su experiencia, ¿a qué cree que se debe ese nivel y qué dificultades se encontraron?

Jesús D. Cadena Montoya: Una de las principales razones que motivó que el proceso de implementación se demorara, es que se apostaba a que no iba a suceder, que iba a haber una contrarreforma o bien que se extendería el plazo. Tuvo que ver con la forma de implementación, porque cuando se hizo la reforma se dio 8 años a las entidades federativas para que hicieran sus adecuaciones, y no todas lo hicieron con el mismo compromiso. Hacia 2016, los Estados tenían que hacer su trabajo, sus códigos y preparar su infraestructura,

pero llegamos a 2013 – 5 años después – y menos de la mitad lo había hecho. En 2014 ya había una alarma muy clara de que iba a llegar 2016 y no se iba a lograr la implementación, porque aun en los Estados que habían hecho su tarea, los esfuerzos eran muy disímiles, no eran homogéneos, no había algo consolidado. No se puede negar que influyó mucho la diversidad territorial, ya que hay Estados, como Nuevo León, en el que su núcleo poblacional o la mayor parte de la población está en el área metropolitana – 12 o 13 ciudades – y luego las ciudades más pequeñas, de menos de 200 mil habitantes, son tres o cuatro. Mientras que hay otros Estados donde las ciudades importantes están separadas por una distancia en horas, y siendo así es muy difícil hablar de la obligación de los Estados, porque cada uno tenía que atenerse a su realidad y sus posibilidades.

Pero aún con eso en consideración, las prácticas y la idea de implementación de la reforma eran muy diferentes. Esto hizo que se federalizara el proceso, emitiendo un código nacional único que fuera válido para las 31 entidades federativas.

Esta fue una de las razones, que se apostaba a que no iba a suceder, que iba a haber una contrarreforma o bien que se extendería el plazo. Quizás hoy sí tendríamos la base que necesitaríamos si desde un principio hubiera tomado fuerza la idea de que teníamos que estar funcionando en el 2016.

Por otro lado está la capacitación. En su momento, se hicieron muchísimas, pero en algunos casos fueron cursos muy grandes y no se pudo consolidar tanto la cuestión práctica.

Las escuelas de enseñanza del derecho trabajaron en la materia, pero tardaron mucho en reaccionar. Quizás aquí puedo tener un conflicto de interés, ya que yo soy maestro de la Universidad de Nuevo León, y creo que esta es una de las pocas escuelas que ha ido tomando la iniciativa. Por otro lado, hay escuelas en las que los planes de estudio recién están incorporando la materia. Es decir, no evolucionaron tan rápidamente como se hubiera pensado.

Un poco lo que pasó fue que al no haber seguridad de que se iba a implementar, no se reconoció completamente la necesidad de capacitarse. Fue un círculo vicioso en el que solo unos cuantos se fueron capacitando y preparando. Ahora que ya todos están convencidos de que no hay marcha atrás, empiezan

las universidades a asumir de forma más profunda la enseñanza para el litigio. Los casos como el de Nuevo León o Chihuahua en cambio están muy relacionados con el hecho de que fueron Estados impulsores del cambio de una manera u otra. En Nuevo León se empezó a hablar, en el 2004, de un cambio, un procedimiento que si bien fue una mezcla del modelo acusatorio con el inquisitivo, fue romper el paradigma de lo que se venía haciendo. Hemos trabajado también en crear salas de audiencia en las universidades, que fueron declaradas en su momento por el Poder Judicial como salas oficiales, que nos permite celebrar audiencias dentro de las escuelas. Los alumnos asisten y así se logra involucrar más a las universidades.

Durante todos estos años hubo temas que definir. Ahora se afinan detalles, criterios, porque por ejemplo para afirmar una idea sobre “qué es la teoría del caso” hubo que llegar hasta la Corte. También hubo mucha discusión en otros temas, por ejemplo sobre qué era lo que tenía que contener el auto de vinculación. Aquí, distinto a otros sistemas, no basta la formulación de imputación si no que el juez tiene que considerar si esta es viable o no y la discusión se centraba sobre si tenía el juez o no que ver la carpeta del fiscal. Otra de los temas fue en qué consistía el procedimiento abreviado, si se podía dictar sentencia absolutoria cuando el ministerio público no había sabido exponer su caso en la audiencia de procedimiento abreviado, etc. Todas esas cosas influyeron porque, al final de cuentas, no había certeza en el procedimiento.

Esto no quiere decir que el litigio haya sido malo, pero es un país con más de 120 millones de personas, tenemos litigantes muy buenos y que se han ido preparando, pero queda trabajo por hacer.

La otra cuestión que influyó también es que se alegaba mucho la necesidad de inversiones económicas, condicionado la reforma a que no funcionaría si no se contaba con fondos, siendo que en ningún lugar los recursos son suficientes. Creo también que eso paralizó mucho el proceso penal, pero de algún modo las escuelas se tendrán que enfocar, porque ya no se especula, ahora es la realidad y hacia allá vamos. Creo que no hemos avanzado lo que hubiéramos querido pero vamos por buen camino.

Por otro lado, recientemente se emitió una reforma constitucional para hacer un código procesal civil único que también implemente la oralidad. Esto yo

creo que va a detonar mucho el tema de la litigación, porque vemos ahora que es una tendencia. La reforma laboral también va en ese sentido, es decir también contempla que los juicios sean orales. Vamos en ese sentido y la tendencia es irreversible.

Considero que están tomando algo de la experiencia de lo que fue lo penal, el hecho querer contar con un código único nacional para lo civil es una muestra clara de que se recogió la experiencia penal, que había dejado que cada entidad federativa lo hiciera. El código aún no existe, pero ya está la reforma constitucional de que debe ser así. En materia civil nosotros en Nuevo León también empezamos a hacer, en 2007, algunos procedimientos, es una oralidad distinta a la penal, pero creo que si se está comenzando a tomar de referencia o si se están tomando en cuenta las cosas que funcionaron.

Se han aprendido las experiencias de la reforma penal en cierta medida, hay avances.

El primero es que ya quedó fuera la idea de que esto va a tener marcha atrás. Ya se desterró la idea de la contrarreforma y esto al final del día obliga a todos a operar con los nuevos procesos.

Que las reformas civil y laboral empiecen con códigos únicos para todos los Estados también nos está mostrando que se ha aprendido de la experiencia. Y una de las consecuencias de esto es que la enseñanza que se va a dar para el nuevo sistema en los temas de litigación va a ser única, porque antes si bien cada Estado seguía una idea única, había cierta diferencia en el tratamiento de los conceptos. Al unificar la litigación, la parte positiva es que todos aprendemos lo mismo o todos vamos al menos en la misma dirección, para bien o para mal. Estas son las cosas prometedoras y que nos permiten pensar que se va a avanzar.

Es más fácil de esta forma tener pautas para medir, porque antes cuando era potestad de cada Estado no teníamos indicadores comunes para comparar resultados y formas de trabajo. Ahora por lo menos hay cierto acuerdo, al menos en temas como el auto de vinculación o los procedimientos específicos.

Creo que la reforma a nivel civil, laboral y administrativo va a ayudar mucho a estos temas y va permitir que la enseñanza de litigación sea más estándar, más homogénea y apegada a la idea de oralidad. Sobre todo, insisto, que sirva para desterrar la cultura del expediente, algo que ha sido muy complejo para los litigantes, para los jueces y en general para las autoridades.

Delia De Castro: Yo creo que se pueden identificar algunas dificultades propias de este proceso de puesta en marcha. Uno de ellas es la que se genera cuando existe desconocimiento práctico sobre cómo traducir la información que el código procesal tiene -en letra fría- a una práctica que permita materializar los derechos de los ciudadanos y la oralidad. Porque realmente el código no decía cómo dirigir una audiencia o cómo litigar.

El código contiene las normas de procedimiento y luego los actores tienen que darle vida en el proceso. Creo que en esto se puede ver uno de los temas que hay que ir ajustando: vivir el Código, hacerlo funcional para los derechos de las partes. A veces, se han dado situaciones en las que no necesariamente se reconoce un derecho o hay un error en la presentación del caso o en su decisión, y usualmente se busca un mecanismo como el amparo cuando esto es posible, y en algunos casos ha podido remediarse. Yo creo que este es un punto: el conocimiento de las normas y el de las técnicas de litigación, para efectos de unirlas y que puedan complementarse de forma efectiva.

Otro punto yo diría que puede ser la rigidez o formalidad que a veces tenemos algunos actores en el proceso y que de alguna manera puede limitar la práctica operativa. Creo que en algún momento pueden influir mucho las especialidades, por ejemplo, el Ministerio Público según su modelo de gestión se organiza en especialidades. Está dividido -como un estudio del CEJA de Eric Ríos lo señala- en funciones críticas sobre las cuales se estructuraron las secciones. Tenemos atención primaria; decisión y litigación temprana que es para desahogar casos, litigar en flagrancia y archivar procesos; investigación y seguimiento de causas; asistencia a juicio e incluso la de cumplimiento que es por la cual algunos fiscales verifican que se cumpla efectivamente la pena impuesta.

Tenemos un sistema por especialidad pero al final decimos que somos mixtos porque tenemos un poco de todo. Un fiscal que trabaja en un área especializada conoce mucho más profundamente el tema, por ejemplo, de técnicas especiales en drogas, investigaciones de crimen organizado, trata de personas, etc, todas las que tienen sus particularidades. Pero qué sucede: si el fiscal maneja todas esas particularidades y el juez no necesariamente está orientado en función de esa especialidad para la cual el fiscal está preparado, puede haber algún tipo de descoordinación o de falta de

información para tomar decisiones relevantes. Creo que el proceso de puesta en marcha de la reforma ha hecho ver también a los fiscales que hay ocasiones en que hay que trabajar de forma más precisa, tienen que poner en juego explicaciones más profundas: de las técnicas, de porqué se usa y por qué es válido lo que estamos haciendo y solicitando, para lograr un mejor convencimiento del tribunal.

Por último, diría que otro de los temas en el que hay que enfocar es la transmisión de información relevante en función de objetivos concretos de las audiencias. A veces sucede que alguno de los actores se queja -tanto fiscales, como defensores o jueces- de que alguno de los objetivos concretos, y en ocasiones para quienes litigan o para quien dirige, no está claro cuál es el propósito de esa audiencia específica. Puede ser que un juez pregunte algo más que no está necesariamente relacionado con el objeto de la audiencia, o que los litigantes argumenten cuestiones que se escapan de aquel. Son aspectos que tenemos que continuar mejorando. Por ejemplo que si estamos en una audiencia de medidas cautelares sabemos que dentro de lo que vamos a debatir, comentamos lo relacionado con el hecho y la vinculación, pero tenemos que ir a las exigencias cautelares y a justificar cuál de esas existe y por qué el juez debe tomarla en cuenta, porque está acreditada en ese momento.

Nelson Flores Fabián: Soy de la opinión de que la reforma de 1998 ya dio lo que debería haber dado y que tendríamos que ir por otro cambio que sea más eficiente, por lo que nos falta. Actualmente no se está atendiendo a la víctima como debería ser, por ejemplo. El imputado ha tenido sí más reconocimiento y más derechos, pero en relación a la víctima, si bien es la fiscalía la que atiende este interés, creo que debería haber una reforma más a fondo, más profunda y que permita establecer el litigio estratégico que actualmente no se tiene.

Lo que se hace a nivel fiscalía es enfocarse en ciertos casos, quizás comúnmente los que se llaman "sonados", pero sin organización ni planificación, se termina yendo hacia los casos "pequeños". Esto requiere una reforma que al interior de la fiscalía. Pienso que debería existir un plan estratégico que permita visualizar la acción y crear unidades para una persecución más eficiente sobre la criminalidad en el país, porque así como se encuentra en este momento no existe una organización

de ese tipo y es bien difícil perseguir por ejemplo en el caso de delitos complejos, porque la acción es mucho más compleja. Debería existir una reestructuración en la fiscalía y crear organizaciones permanentes, no temporales, para que cuando por ejemplo entre un nuevo fiscal, le dé continuidad a esos casos. Con la reforma no se previó organizarlo así, porque si bien es cierto que operó junto con la reforma una ley orgánica en la fiscalía, esa organización no se había pensado. Incluso cerca del año 2000 hubo un diagnóstico general al interior de la fiscalía a partir del cual se la iba a reestructurar, pero quedó sólo en el documento y no se implementó. Esa es una deuda que tiene el sistema.

Considero que igualmente los mismos jueces tienen que ir preparándose y capacitándose para las nuevas exigencias de ciertos tipos de delitos, y ver también cómo van a administrar justicia de cara a las víctimas. A la escuela judicial llegan los aspirantes a jueces y se ofrece constantemente capacitación para quienes ya están en funciones, cursos y capacitaciones. El problema es que no llaman a todos los jueces, porque por ejemplo los jueces de paz que están retirados geográficamente difícilmente gocen de las mismas capacitaciones que los que están en capital.

Santiago Pereira: La principal causa de las dificultades es lo que hablamos siempre sobre el duelo de las prácticas. En realidad los abogados no quieren cambiar y, como todos los operadores, estuvieron tan acostumbrados al sistema escrito que hicieron mucha fuerza y hasta diría lobby para lograr que determinadas partes de los actos se hagan por escrito.

Algo similar ocurrió con la sentencia, ya que si bien esta previsto en la ley que se puede dictar en la audiencia como parte de la misma y excepcionalmente por escrito posteriormente, la regla es que se opta por lo segundo. Esto se debe a varias razones, una de ellas es que los jueces dicen que tienen que estudiar y lleva tiempo.

De alguna manera tenemos ejemplos de abogados y jueces que muestran cómo estas prácticas de la oralidad generan resistencia. En la medida que estamos empezando con la implementación del proceso penal hay mucha resistencia de los abogados a trabajar con la teoría del caso y llevar su caso de una manera oral. Esto también tiene que ver con la capacitación y cómo las universidades preparan a los abogados.

Son muy pocos los cursos que hay en materia de técnicas de litigación, de role play, de cómo prepararse para la audiencia, etc. En algunas universidades estamos trabajando mucho en eso pero hay otras que no, y a su vez generalmente hay más capacitaciones a nivel de posgrado que a nivel de grado, entonces si bien en alguna materia se trabaja mucho en oralidad, muchas otras siguen atadas al sistema escrito. Lo que es más grave, hace unos años hicimos un relevamiento y hablando con profesores de distintas universidades de América Latina y Europa llegamos a la conclusión de que había muchos cursos que se llamaban prácticos pero que después sólo tenían el nombre, porque en realidad se trataba de un profesor que iba a hablar de la ley. Realmente cursos que trabajen en técnicas prácticas hay pocos, yo diría que han hecho un trabajo mucho mejor las Escuelas Judiciales en América Latina que las universidades. En Uruguay concretamente por lo menos, en la formación tienen dos o tres materias que esencialmente trabajan con role play, con casos, etc. Pero sin embargo sobre todo a nivel de estudios grado hay todavía muchas carencias. En materia de posgrado ya se ha trabajado un poco más.

Recientemente, la Escuela Judicial ha trabajado intensamente en la modificación del proceso penal. De hecho las semanas previas a la entrada en vigencia se hizo una capacitación sólo para defensores – acá los defensores públicos integran el Poder Judicial – y la verdad es que aunque es demasiado contenido para unos cursos acelerados, ha sido de mucha utilidad.

Lo que pasó es que al principio se descreyó, pero ahora que está vigente la ley considero que el principio del año que viene va a ser el momento de trabajar en estas cuestiones y que todo el año que viene vamos a estar en capacitaciones prácticas.

El tema es que en materia de Escuelas Judiciales o de defensoría pública hay una institucionalidad que permite encauzar la formación, pero a nivel de los abogados particulares es voluntad de ellos, puede existir oferta pero es la opción de cada uno de ir al curso. Justamente se dio la discusión de la poca preparación que había para la reforma, en todos los operadores, pero sobre todo de los defensores privados que si bien no son los que atienden la mayor cantidad de los casos que son asumidos por la defensoría pública, igualmente es llamativo. Pero también es cierto que la reforma se terminó de modificar en los últimos

días antes de entrar en vigencia y no son detalles, son cuestiones estructurales y hay que comprender el rol de los sujetos en esto.

3 ¿Cuáles son los principales problemas que se presentaron para implementar la litigación en un juicio oral?

Jesús D. Cadena Montoya: Básicamente identifico tres puntos. El primero y desde el punto de vista de organizar un proceso penal: la forma de gestión de los tribunales ha sido compleja y se han adoptado distintos modelos. Al día de hoy nos encaminamos al que es más usual, nos acercamos un poco más al modelo chileno pero ha sido adaptado a nuestra realidad. Se intentó la idea de jueces con su propio tribunal, pero no funcionó y nos colapsó. En esa parte, introducir una nueva forma de gestión de tribunales ha sido un problema fuerte, romper con lo que litigantes y jueces estaban acostumbrados nos generaba un gran problema. Principalmente el hecho de que un ente aparentemente autónomo en función de la gestión judicial fijara las fechas, no era del agrado de los abogados que estaban acostumbrados a otra cosa. Por ejemplo, si les daban una fecha posterior en un modelo escrito, hablaban con el juez y podían lograr que les dieran otro espacio.

Segundo, todavía y como parte de lo inmaduro que es nuestro sistema de litigación, se encuentra lo que nos falta en términos de dominio de las técnicas de litigación. Vemos que no es todavía clara la idea de que lo fundamental de la audiencia es introducir información de calidad para los jueces. Esto complica, porque frecuentemente se observan audiencias en las que hay mucha información, o que no tiene sentido o audiencias donde no se da la información más trascendente. Todo esto repercute en la valoración de la prueba. Creo que es un problema de los litigantes, del conocimiento de la litigación y de qué es lo que se va a hacer en una audiencia. La idea del expediente, de que el juez ya no lo tiene, nos falta todavía madurarla.

Finalmente, tenemos un problema en los juicios de constitucionalidad, los de amparo, que tramitan por escrito y permiten una forma de trabajo totalmente distinta a lo que se hace en la audiencia. Evidentemente la bondad del juicio de amparo y todos sus alcances no están en discusión, pero finalmente genera una desvia-

ción y una desnaturalización de lo que es el debate oral, ya que en estos procesos el debate no necesariamente se va a dar en la sala de audiencias, porque puede ser por escrito. Este es un gran problema que finalmente incide en esta dinámica de una mejor litigación.

Delia De Castro: Uno de los primeros aspectos que identifico es al momento de realizar el contrainterrogatorio. Cuando tengo la oportunidad de conversar con alguno de los actores del proceso, uno de los temas más recurrentes es que se reconoce que se necesita más capacitación acerca de esta técnica. Esto en parte porque en el sistema anterior, nuestra forma de interrogación no contemplaba jamás hacer preguntas sugestivas, incluso muy pocas preguntas cerradas. Estábamos acostumbrados a preguntas abiertas, aún cuando se tratase de “repreguntas” como las denominaba nuestro código. De ahí que para utilizar la técnica del contrainterrogatorio, para tratar de llevar al testigo hacia una desacreditación de su persona o de los contenidos que está transmitiendo en juicio, en ocasiones es difícil de lograr en la práctica concreta. En muchas oportunidades suele salir el litigante, ya sea particular o funcionario, con esa insatisfacción y la sensación de que quizás no hizo todo lo que correspondía. Incluso aunque ya hay abogados -fiscales y defensores- que manejan la técnica, reconocen que ese es un aspecto que cuesta desarrollar.

El otro tema que pudiera ser algo complicado es el asunto del interrogatorio y contra interrogatorio a peritos y especialistas, no sólo para litigantes sino también para los mismos declarantes, porque es un desafío nuevo. Incluso creo que también para los primeros intervinientes, esto es los policías o investigadores cuando van a juicio y hay que preguntarles o contra-interrogarlos, se genera un escenario de cierto temor. En el caso del peritaje y de examinar un perito en el juicio a veces también resulta complicado no convertir el escenario del juicio en una clase académica sobre el tema específico, sino tener esa preparación previa suficiente para poder dirigirlo, darle espacio para explicar su estudio y su análisis, cuál es su dictamen y convencer al tribunal de que es correcto. En esto también puede haber dificultades, se trabaja bien pero se puede seguir mejorando.

El otro punto que surge como desafío es el de las objeciones: aún no está claro cuándo objetar y cuan-

do no, cómo usarla como una herramienta estratégica para controvertir de alguna manera la información que entra al juicio o evitar que nos afecten al testigo o perito propios, dependiendo de la circunstancia. De igual manera creo que todavía sigue existiendo la necesidad de que haya un manejo total de parte del juzgador del tema. Considero que los litigantes deben tener un conocimiento previo a los efectos de controlar su estrategia y hacer objeciones según lo que han analizado y han estructurado en su teoría del caso y que el juez tiene que tener el conocimiento pleno para saber cuándo aceptarla o cuándo rechazarla. En algunas ocasiones, los litigantes, al terminar la audiencia, manifestaron haber dejado de objetar porque no estaban convencidos sobre las resoluciones de los jueces, y eso tiene que ver un poco con hasta dónde conocemos cómo se utiliza esa técnica y si todos tenemos más o menos el mismo nivel de capacidades para estas situaciones.

En cuanto al funcionamiento y en base a lo que comenté sobre la organización de la fiscalía, lo interesante es que el fiscal que investiga inicialmente y que inclusive va a la etapa intermedia a presentar la acusación y debatir las pruebas que se ventilarán en juicio, no es el fiscal que va al juicio. Este es el que está en esa sección de asistencia a juicio y que está especialmente preparado para litigar los casos; es quien debe tener mayor conocimiento de interrogatorio, contrainterrogatorio, argumentación, preparación de testigos, etc. Por ahora siento que este modelo ha funcionado bastante bien. Sé que hay países que tienen solamente un equipo de apoyo o de asistentes que ayudan a identificar y ubicar a los testigos, prepararlos, etc. Pero acá es el propio fiscal el que asume esta carga, y no es la misma persona que tenía el caso previamente.

Nuestro modelo de gestión establece que él tiene que revisar el caso cuando va para etapa intermedia, y debe tomar en cuenta su opinión sobre qué pruebas o no se deben presentar para el juicio, porque como él es quien lo va a asumir, es importante que lo conozca y opine. Así es como viene funcionando en todo el país, en las áreas de delitos comunes. Luego, en aquellas en que tenemos especialidad como anticorrupción, drogas, antipandillas, delincuencia organizada o propiedad intelectual, hay equipos de trabajo como estos internamente, pero es más probable que el fiscal que llevó la investigación sea el mismo que vaya a juicio. Esto también genera una complicación, porque es

cierto que te da como fiscal mucho más conocimiento de la historia del caso, y que no todo siempre queda en una carpeta: hay muchas cosas que surgen en el proceso y no necesariamente se trasladan a quien va a juicio, pero también genera la complicación de que entonces tienes que contar con un fiscal que sabe litigar e investigar muy bien, y eso a veces no es tan sencillo. Aquí coexisten estos dos modelos.

Por último con la coordinación interinstitucional nos ha ido bastante bien. Como comenté en el número anterior de la revista, tenemos una coordinación con las oficinas de implementación y las otras instituciones. En 2017, se hicieron varias reuniones de coordinación y de hecho en las últimas semanas nos llegaron las últimas comunicaciones de oficina judicial informando los ajustes que iban a hacer en cuanto a los jueces de turno y la cantidad de personal. Usualmente nos solicitan con tiempo que los fiscales se organicen para que pueda haber suficiente personal para asistir a las audiencias.

Hemos tenido por supuesto agendas que chocan, como cuando un solo fiscal puede tener asignadas tres o cuatro causas, que justamente ese día fueron a audiencia en diferentes tribunales. En esos casos lo que se hace es buscar reemplazo dentro de los despachos, pero igual hay ocasiones en que ha habido fiscales sancionados con multas muy severas por no ir a una audiencia, luego recurridas ya sea por reconsideración o por amparo. Afortunadamente siempre que se ha podido acreditar que fue por un error de programación o que no había reemplazo, se han eliminado esas multas.

Nuestro mayor apoyo en gestión de los casos es la plataforma tecnológica, que es una plataforma conjunta del órgano judicial, ministerio público y defensa pública. A veces ha pasado que el sistema no funcionó correctamente, por ejemplo un fiscal pidió una audiencia en un tiempo y no llegó a agendarse. Ha generado discusión o debate acerca de si se puso o no al detenido a disposición del juez en tiempo oportuno, por el tema de que no llegó solicitud del otro lado, pero usualmente tenemos la constancia del momento en que se pidió la audiencia. Con estas dificultades, algunos fiscales se acostumbraron a llamar por teléfono luego de haber solicitado la audiencia por plataforma, y si no llega, a mandarlo por escrito o por correo a los fines de confirmarla.

En términos generales ha sido buena la experiencia de coordinación. Todos nos ajustamos y tenemos espacios para conversarlo. Cuando ha sido necesario plantear que alguna cuestión excedía las capacidades o el nivel de recursos disponibles, se ha hecho y se ha buscado hacer los ajustes necesarios.

Tenemos también una novedad interesante: en materia de cumplimiento, ya cuando tenemos sentencias impuestas, los jueces de cumplimiento son especializados. En fiscalía no teníamos una organización así, pero cuando entró a regir de forma completa la reforma, a partir de 2016 en Panamá que fue cuando se completó todo el país, los jueces de cumplimiento empezaron a ver tanto los casos del sistema viejo como los del nuevo, porque se entendió que no era bueno que el mismo juez ordinario le diera seguimiento a esas sentencias sino que fuera un juez especializado al efecto. Así es que aquí sí tuvimos una sobrecarga de trabajo y de casos, porque fue sumar todas las personas que ya tenían sentencia del sistema viejo a las nuevas que se estaban sentenciando. Fue un reto complicado e hizo que el Ministerio Público debiera acomodarse. Se tuvo que disponer de personal para crear equipos a esos fines y fue muy interesante el proceso. Ya luego de un año está bastante organizado y los fiscales están cumpliendo los requerimientos de las audiencias que son muchas al día. Algunas además se hacen en las mismas cárceles, por ejemplo el centro penitenciario La Joya, que es el más grande de Panamá, tiene salas de audiencia internas en donde los jueces y fiscales se trasladan para hacerlas cerca de los privados de libertad. Ha sido un proceso muy interesante y que ha requerido mucha coordinación y esfuerzo de todos los actores para llevar adelante el sistema.

Nelson Flores Fabián: Creo que hay bastante deficiencia. En primer lugar como dije anteriormente, el manejo de la prueba, la calidad de la información. En el caso de los fiscales la acumulación que tienen de casos es altísima y no se pueden dedicar completamente a ellos. Hace poco han empezado a sistematizar de forma informática los casos, a medida que avanzó la tecnología, pero ha pasado incluso en un caso de conflicto armado que en algún momento perdieron el expediente.

Luego tenemos el problema de la prueba testimonial y su uso demasiado abusivo, porque realmente ha

habido testigos falsos y lo han denunciado los mismos jueces. Si la fiscalía se atiene solamente a ese tipo de prueba, la actuación es muy limitada. Por ejemplo, la crítica en este momento que está recibiendo el fiscal general es haber perdido casos sonados o de mucha relevancia por solo tener prueba testimonial, no concluyente para el caso. Esta es una de las grandes deficiencias: no presentar prueba científica en el juicio.

El otro de los temas que falta es acercarse a la ciudadanía. La víctima está bastante frustrada en este país, hay mucho temor y no hay incentivos para participar. Por ejemplo, fui parte querellante en un caso de Baterías Record por contaminación ambiental, que se prolongó desde 2007 cuando se judicializó hasta el 30 de octubre de 2017 en que se dio la sentencia. En todo ese tiempo que pasó, la fiscalía nunca se acercó a las víctimas para conocer su perspectiva, qué pensaban o para recopilar información. Nunca se reunió, lo único que hicieron fue llamarlos a la oficina y prepararlos más o menos para la hora del juicio, pero no hubo un acercamiento constante o que generara de parte de la víctima más confianza en la institución.

A pesar de que es alta la criminalidad en el país y del temor de denunciar y de aportar pruebas, la gente está bastante decidida a colaborar, pero eso implica que la misma institucionalidad del Estado les pueda proporcionar seguridad. Porque el problema es, como en el tema de testigos, que muchas veces la gente sufre represalias y está faltando la protección del Estado a través de sus instituciones.

Por último, creo que la creación de la misma Policía Nacional Civil como parte auxiliar del sistema ha sido una parte muy importante, a pesar de que existe la Academia Nacional de Seguridad Pública que ha jugado su rol. Sucede que ya en la práctica cuando el policía va a la calle es contaminado por otros agentes que no son buenos policías. Recientemente estuvo presente la Relatora contra la muerte extrajudicial -esto es la muerte sumaria- y una de sus preocupaciones es que existen precisamente este tipo de delitos en el país, donde los policías actúan de forma ilegal. Entonces esto es parte del sistema y creo que hay que empezar a capacitar a los agentes policiales que andan en la calle. La sociedad civil debería jugar un papel importante en este tema.

La reforma se piensa en el plano de las institucionalidades, pero considero que también debe ser cono-

cida por la población, hay que transmitir a la ciudadanía cómo se administra justicia, porque es uno de los problemas que la gente ve. Por ejemplo, si ven que una persona sometida a proceso queda en libertad automáticamente piensan que el juez es corrupto, pero no entienden que hay un mecanismo. Yo creo que es importante también llevar este tipo de capacitación a la ciudadanía, y mejorar en la oralidad por la transparencia que otorga al sistema y que el desconocimiento no lleve a que se vivan situaciones de impunidad.

Santiago Pereira Campos: Hay dos o tres cosas peculiares que no se dan en otros sistemas que han hecho reformas. Primero que particularmente en el sistema civil toda la prueba debe presentarse u ofrecerse con la demanda y contestación. Esto es distinto de otros países donde se ofrece con la audiencia preliminar y se hace toda una discusión de los medios de prueba en ese momento.

Aquí en realidad la prueba se ofrece con la demanda y contestación en forma escrita y lo que se hace es el filtro probatorio, esto es qué prueba queda, cual se rechaza, cuál es innecesaria, etc. A diferencia de alguna otra reforma como por ejemplo Ecuador, si vas a una audiencia de un juicio civil acá en sí misma no es autosustentable para el público. A alguien que esté como público si no le hacen una pequeña explicación de qué trata el caso no va a poder entenderlo, porque acá cuando comienza se parte de la base que ya conoces la demanda y la contestación. No hay un alegato de inicio como si hay en el proceso civil donde las partes de alguna manera reformulan sus tesis iniciales. Esto de alguna manera se debe, en primer lugar, a que las causas civiles no suelen ser interesantes para el público. Esto es así en casi todos los países, no van las personas a ver audiencias civiles, pero además si vas salvo que seas un académico o el juez te explique algo, es muy difícil para una persona entender lo que pasa. En esto sí se va a ver una diferencia entre el civil y el penal.

Lo otro que es bastante distinto también, es que en la medida que el rol del juez en materia civil es muchísimo más relevante que el rol del juez en materia penal, tiene poderes, deberes mucho más extendidos. Si alguien está acostumbrado a un proceso totalmente adversarial civil se va a sorprender por ejemplo de que en una audiencia, de repente en base a una teoría del

caso se le hace una pregunta a un testigo y el juez le pregunta de otro hecho, por lo tanto le desarma lo que había armado de su caso. En Uruguay en materia civil, con defensores y detractores, unos dicen que atenta contra la teoría del caso y otros que es bueno porque al desarmarla aflora lo verdadero, lo espontáneo y, en definitiva, la búsqueda de la verdad. Depende mucho de la concepción que se tenga del proceso civil y el enfoque, pero de acuerdo a la teoría del caso tradicional, de cómo uno prepara en un proceso adversarial un caso, sorprende en nuestro proceso civil el rol predominante que tiene el juez al interrogar al perito, a los testigos y a las partes.

Esto último me parece que va a generar un conflicto de prácticas con el nuevo proceso penal porque los que están acostumbrados al proceso civil, sobre todo los jueces multifuero, van a tener que acostumbrarse a un rol distinto en el que van a tener que morigerar con el nuevo sistema. Acá está instaurado que los jueces en materia civil tienen un rol activo. Los debates en general son a nivel de doctrina y de opiniones de los abogados.

Con lo único que se auto limitan los jueces es con la facultad que les da la ley de poder disponer prueba de oficio, solamente sobre hechos alegados y controvertidos. No pueden traer prueba sobre otras cosas pero en relación a eso sí, y esa facultad sí que la utilizan muy ocasionalmente. Te diría que en el relevamiento que hicimos con CEJA que se publicó junto con el de Alemania y España, no superan el 1 ó 2 por ciento los casos en que los jueces utilizan los poderes probatorios. Se autolimitan porque entienden que disponer de oficio una prueba puede estar vulnerando la igualdad de las partes en el proceso; si la utilizan más en familia o en laboral, pero no en procesos puramente civiles y comerciales. Entonces diría que en general los jueces tienen muy asumida su dirección porque además se los capacita en ese rol que es un poco la esencia del cambio anterior: de un papel totalmente pasivo a uno activo pero, insisto, respetando el principio de congruencia siempre (no pudiendo traer nuevos hechos al proceso) y con la obligación de no quebrar la igualdad de las partes.

En el proceso civil es una cuestión clarísima de la ley: que dice que si yo planteo una prueba luego de la demanda y la contestación, la tiene que rechazar el juez. Salvo que fuese sobre un hecho nuevo, y el fundamento de esto fue tratar de generar un cambio en

las prácticas de los abogados que iniciaban demandas infundadas. Se trata de una versión criolla del Discovery, porque de alguna manera es un Discovery judicializado: la necesidad de mostrar las cartas desde el inicio para evitar la mala fe, ese es el fundamento conceptual de este mecanismo. Yo tengo una visión totalmente positiva de esto y creo que ha dado muy buenos resultados porque hoy un abogado para preparar la demanda tiene que trabajar duro, sabe que si no reúne y forma su teoría del caso probatoria, no tiene después posibilidad de traer prueba al proceso y el juez de oficio no lo puede hacer salvo estos casos excepcionales que contaba. Entonces esto ha llevado a que baje la cantidad de litigio; el litigio malicioso disminuyó sensiblemente y por otro lado hay un trabajo importante previo del abogado con la parte. Antes se conversaba con la parte, quien contaba su caso y presentaba la demanda. Ahora tiene que conseguir los documentos, decidir quién va a declarar como testigo, planificar, y todo eso lo tiene que colocar en la demanda y contestación. Y después en la audiencia preliminar el juez filtra y puede decir si algo no ingresa porque fue admitido por la otra parte y no debe integrar el objeto de prueba, si una prueba es inadmisibles porque viola el objeto de la ley, o es impertinente porque no conduce al resultado al que se quiere llegar. Esto, más allá que puede tener alguna contradicción con la auto sustentabilidad de la audiencia, ha tenido a mi juicio un efecto positivo en el control de la lealtad de las partes.

Cuando estuvimos trabajando en Argentina en la redacción de las bases del anteproyecto del Nuevo Código de la Nación Argentina, este fue un punto esencial de debate entre la comisión, había distintas posiciones y finalmente como base se tomó este criterio. Comentó el caso porque Argentina es muy parecida culturalmente a nosotros en materia de litigación. Sobre todo los abogados son quienes le tienen mucho miedo a esta forma al principio, porque ven muy difícil tener que presentar toda la información antes. Pero después uno se acostumbra. En Uruguay no se plantean dificultades con esto. Lo que sí hay que contemplar es un plazo razonable para contestar la demanda. Nosotros por ejemplo tenemos 30 días, no podría ser menos porque no daría tiempo de llegar a juntar los documentos. ■

reseñas bibliográficas

reseñas bibliográficas

Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil

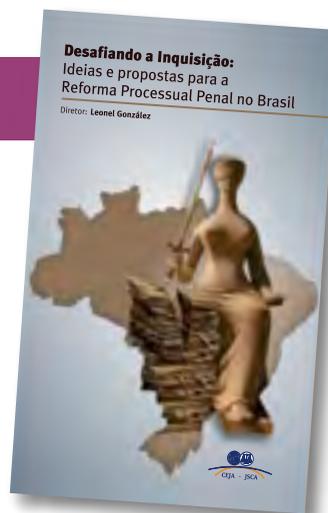
Paula Ballesteros
Investigadora del CEJA.

Pensar el proceso penal brasileño a partir de nuevas referencias. Esta es la propuesta del libro publicado al inicio de 2017 por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), que además es el primero en ser editado exclusivamente en portugués.

Tras haber realizado la primera capacitación específica para profesionales del sistema de justicia de Brasil, los alumnos y alumnas de esta formación fueron invitados por CEJA a reflexionar sobre la experiencia de la justicia penal en su país teniendo como referencia comparativa los cambios realizados por los países latinoamericanos hacia un sistema penal adversarial. Brasil es el único Estado de América Latina que todavía mantiene un sistema penal inquisitorial y el proyecto de ley que propone un nuevo Código Procesal Penal (CPP) se tramita en su Congreso Nacional desde 2009.

Frente a los retos legales, institucionales y culturales puestos en el proceso de cambio de la realidad criminal brasileña, el libro *Desafiando a Inquisição* se presenta como un espacio de múltiple reflexión, donde perspectivas teóricas y empíricas se desarrollan bajo un análisis crítico, abordando los principales temas de interés para académicos y profesionales involucrados e interesados en la reforma procesal penal.

El libro inicia con la **presentación** de Leonel González, director de Capacitación de CEJA, que propone las bases de la reforma procesal penal en Brasil. Planteando una nueva escuela de pensamiento, el autor parte de los antecedentes de las reformas en América Latina para indicar cuales serían los ejes centrales que se deberían considerar en materia de reforma a la justicia penal brasileña. Entre esos ejes estarían: la oralidad y el proceso por audiencias; la subordinación del juez a la ley



y su degradación funcional; la relación entre fiscales y policías; el nuevo concepto procesal y organizacional de las defensorías; la necesidad de una política reduccionista de la prisión preventiva; así bien, la discusión sobre el principio de la obligatoriedad de acción penal. Frente a estos desafíos, González convoca los profesionales jurídicos a permanecer en un estado de inconformidad permanente frente al duelo de tradiciones e intereses que se ponen en el proceso reformista, manteniendo la reflexión crítica y la fuerza de la agenda modernizadora, compuesta por un frente de corto plazo, que tiene que ver con la difusión de las nuevas ideas, y uno de largo plazo, que debe considerar la instauración de un proceso penal democrático y constitucional.

El Capítulo I trae artículos sobre **la historia y los principios de la reforma procesal penal** en Brasil. Antonio Melchior y José de Assis Neto aportan los antecedentes de las reformas procesales penales en Brasil, indicando actores y estructuras políticas y sociales de relieve en este escenario, destacando la disputa de poder por detrás de los cambios legislativos e institucionales ocurrida en las últimas décadas. En común, casi todos los otros artículos de este capítulo ponen la discusión sobre el nuevo marco que empezó a regir en el país con la Constitución Federal de 1988, con garantías individuales fundamentales al proceso penal que deberían haber derogado muchas de las normas de carácter inquisitorial que conformaron el Código Procesal Penal

de 1941 aún vigente en Brasil. Aunque en la práctica esto no haya pasado, los autores defienden que a partir de ahí se puede promover el cambio de mentalidad y de actuación de los profesionales en materia penal, acercándolos a los principios del modelo adversarial. Bajo distintos matices, este es el debate puesto en los artículos de Jacinto Coutinho (que incluye un abordaje comparativo con la realidad procesal penal italiana) y de Leandro Nunes (cuyas dimensiones de estudio contienen el cambio de mentalidad, de legislación y de las instituciones, frente a una crítica de lo que el autor denomina "eficientismo neoliberal"). En este mismo sentido, Fernando Silva propone un análisis procedimental del principio de la presunción de inocencia como siendo no solo una norma de tratamiento en relación al imputado, así bien como una norma probatoria, que indica que la prueba de culpabilidad recae sobre la acusación, y como una norma de juicio, que define cómo deben ser valoradas las pruebas y qué tan consistentes deben ser para alejar dicha presunción. Por otra parte, con especial atención en el rol de cada una de las partes y del juez en el proceso, Giovanni Villa apunta a las distinciones de la gestión de la prueba en los dos modelos indicados y discute la (in)disponibilidad del contenido del proceso a depender del rol que cada personaje procesal asume. Ya Vinicius Barros discute las debilidades y necesidades de cambios en la Defensoría Pública, sea en lo procesal o en el organizacional, y el perjuicio de mantener la actual estructura para una defensa penal efectiva y gratuita de calidad.

En el Capítulo II se trata el **sistema por audiencias, recursos y oralidad**. En su artículo, Romulo Andrade relaciona el principio del debido proceso a la oralidad, considerando ambos como derechos fundamentales que deberían ser asegurados en un proceso penal democrático. También partiendo del debate sobre debido proceso penal, Caique Galícia y Vinicius Vasconcelos analizan su expresión desde la perspectiva de la oralidad y de la publicidad, con enfoque específico sobre la etapa recursiva, que consideran muy poco efectiva en términos de garantía de defensa por ser realizada de modo automático y sin discusiones de fondo. A su vez, sobre el mismo tema, Leonardo de Paula propone la separación doctrinaria y práctica del proceso penal en relación a proceso civil, para que se puedan entender

los recursos como garantía procesal contra el poder punitivo, o sea, como facultad del acusado frente al Estado, y no como una simple revisión técnica de lo inicialmente decidido sobre la imputación. Completando el capítulo, Alvaro Fernandes y Rodrigo Fauz se dedican a abordar las audiencias del tribunal de júri en Brasil, haciendo una crítica al procedimiento de juicio por jurados, indicando en cada uno de los artículos los elementos que refuerzan el carácter inquisitorial de la práctica en el país y los necesarios cambios para adaptarla a la sistemática de oralidad acusatoria.

Considerando las **distintas funciones jurisdiccionales**, el capítulo III presenta el texto de Thaize Correia con la discusión referente a la separación entre las funciones jurisdiccionales y administrativas en un tribunal, en el contexto de una reforma hacia una justicia adversarial y la completa falta de atención a este tema en el país. En los trabajos de André Maya, Marco Aurélio Silveira, y Aury Lopes Jr. y Ruiz Ritter se pueden encontrar diferentes dimensiones de la importancia del juez de garantías en la reforma procesal penal brasileña. Maya lo considera desde los modelos latinoamericanos y los compara al proyecto de nuevo código en tramitación en Brasil para establecer consideraciones sobre el control de la investigación criminal hecha por la policía (secreta y sin contradictorio). Ya sobre la relación entre el juez de garantías y la etapa intermedia, Silveira nos propone reflexionar sobre su importancia como restricción al uso irresponsable y excesivo del sistema penal y a la "contaminación" que podría haber del juicio oral cuando se ocupa también del control de la investigación. Por último, sobre este tema, Lopes y Ritter introducen la perspectiva de la imparcialidad del juez, utilizando la teoría de la disonancia cognitiva y estudios empíricos respecto su aplicación en los procesos decisivos para demostrar los perjuicios que trae a la defensa mantener un único juez en todo el proceso, como pasa en Brasil, porque los jueces que reciben el expediente de la investigación policial suelen formar sus convicciones basadas en esas primeras informaciones que tienen del caso y del imputado. Los otros tres artículos de este capítulo, por ende, discuten el rol del juez en el sistema acusatorio y comparan sus atribuciones y desempeño a los ejercidos por los jueces brasileños. Leonardo Vilela lo hace destacando el prin-

cipio del juez natural que rige en el proceso penal brasileño y por lo cual se imposibilita la creación del cargo de juez de garantías. La misión de buscar la “verdad real” y la caracterización de un activismo judicial es el tema del texto de Fernanda Baqueiro, que llama a cuestionar los límites de la actuación jurisdiccional y los poderes probatorios del juez, proponiendo cambios en la redacción del proyecto del nuevo Código Procesal Penal (CPP). Volviendo al modelo constitucional del proceso tratado en el capítulo 1, Flaviane Barros y Leonardo Marques presentan un debate sobre la (im)posibilidad de decisión judicial por la tercera vía, o sea, sin relación con el pedido de la acusación y con lo debatido entre las partes imponiendo la necesidad de un contradictorio dinámico para que esto no ocurra.

El Capítulo IV sobre **Investigación Criminal** trae como tema de fondo de todos los trabajos las impropiedades del inquérito policial como forma de investigación criminal en la justicia brasileña. Como procedimiento sin contradictorio y realizado de forma secreta por la policía, el “inquérito” es usado como importante fuente de la convicción judicial en relación a la culpabilidad del imputado. Para esta discusión, Camilin de Poli recupera el abordaje de la teoría de la disonancia cognitiva presentada por Loper Jr y Ritter en el capítulo anterior, para cuestionar el rol de los jueces que trabajan con el proceso penal como un instrumento de seguridad pública, y no como medio para controlar la condiciones de la investigación. La discusión sobre las estructuras y naturaleza militarizadas de las policías brasileñas y su relación con el Ministerio Público es lo que nos aporta Edson Baldan, desde el análisis de las propuestas legislativas en trámite en el país, que discuten distintas formas de organización de la investigación, como el ciclo completo de policías. Para el autor, más allá del debate de lo organizacional, hay que tener en agenda la relación de la policía con las líneas políticas vigentes en la actualidad en el país y la necesaria institucionalización de nuevos modelos que permitan a las policías hacer su trabajo bajo normas técnicas. Los artículos de Fauzi Choukr y Marcio Berclaz coinciden en la crítica sobre las falta de datos cuantitativos y de planificación de la persecución penal. Por parte del primero, se discuten formas de

control y eficiencia para la investigación criminal, la reconfiguración del “inquérito policial” y la adopción de salidas alternativas como formas de mejorar el sistema de justicia penal. Por parte del segundo, se pautan las singularidades de la actuación del Ministerio Público en el escenario penal, con énfasis en su relación con las policías y en la forma en que se gestiona y utiliza la información criminal.

La publicación se cierra con los trabajos referentes a la **prisión preventiva** en el Capítulo V. Un comparativo en las audiencias de control de detención en Chile y las nuevas audiencias de custodia en Brasil es lo que aborda el artículo de Luis Carvalho y Lália da Silva. Contextualizando el abordaje con datos de la realidad del sistema carcelario brasileño, los autores también presentan los obstáculos que se presentan a la efectiva implementación del control de detención en Brasil, desde lo operacional hasta lo jurídico-cultural. Nereu Giacomolli discute las medidas alternativas a la prisión preventiva fijadas en la legislación y los necesarios cambios sobre el tema en el proyecto del nuevo CPP. Andrea Nottingham y Nestor Santiago aportan al debate sobre la prisión preventiva con argumentos por la fijación de un plazo máximo para su cumplimiento, dado su carácter cautelar y excepcional en el proceso penal. Por último, Thiago Minagé propone la implementación de un procedimiento cautelar específico para la dictación de la prisión preventiva, teniendo por base la doctrina sobre la teoría de la acción, que reconoce el proceso cautelar como un tercer género de acción, paralelo al juicio de conocimiento y al proceso de ejecución, cuyo objetivo propio sería la garantía de realización del proceso principal.

Con esta diversidad de temas y perspectivas, como se puede ver, *Desafiando a Inquisição* es una invitación a conocer a fondo los desafíos del debate sobre la reforma procesal penal en Brasil, pero es, sobre todo, una excelente fuente de crítica, reflexiones y propuestas concretas sobre esta realidad, de interés no solo para los brasileños, sino también para todos los y las lectores/as interesados/as en la realidad de la Justicia latinoamericana y sus contextos políticos e institucionales.

Colección Sistema Adversarial Civil del Centro de Estudios de Justicia de las Américas

Por **Lorena Espinosa Olguín**
Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Las publicaciones que integran la colección se encuentran disponibles en el sitio web de la biblioteca CEJA: <http://biblioteca.cejamericas.org>

En este volumen, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), con el apoyo financiero de Global Affairs Canada, se enorgullece de presentar los tres primeros manuales de la colección que hemos denominado *Sistema Adversarial Civil*, los cuales se orientan a la litigación estratégica, a la conducción de audiencias y a la mediación civil. En estas tres publicaciones, que pretenden ser sólo las primeras de la colección, CEJA aborda los conocimientos y herramientas necesarias para que las y los diversos actores puedan desenvolverse en los nuevos sistemas de justicia civil.

Contexto de la colección

Tradicionalmente, nuestros procedimientos civiles han sido caracterizados como desesperadamente escritos, secretos, con ausencia del principio de inmediación, extremadamente lentos, costosos y de difícil acceso. Frente a ello, algunos países de la región se replantearon el sistema y decidieron reformarlo. Sin embargo, el proceso reformista como tal tardó unos años en llegar. Luego de Uruguay y Perú, que tuvieron nuevos códigos en 1989 y 1993 respectivamente, transcurrieron varios años hasta que estos cuestionamientos y tendencias de cambio se arraigaran y masificaran.

Sin embargo, nuestra región ha estado marcada por un sostenido proceso de reformas a sus sistemas de justicia civil en los últimos cinco años. Desde Colombia en 2012, se han dictado numerosos códigos procesales: Bolivia en 2013, Costa Rica en 2014, Brasil, Ecuador y Nicaragua en 2015. La mayoría de dichos códigos comenzaron a regir en 2016, faltando en la actualidad sólo el de Costa Rica que empezará a regir en 2018. Si bien faltan muchos países que sumar, es posible afirmar que nos encontramos en un momento clave para mejorar la justicia civil de nuestra región,

pues las reformas de estos últimos años han tenido una clara tendencia hacia el establecimiento de sistemas por audiencias.

En este contexto nos preguntamos: ¿este movimiento reformista ha conseguido o conseguirá dejar atrás la lógica del expediente y reemplazarla por un sistema por audiencias? Este escenario reformista que actualmente se encuentra en su primera etapa de implementación, es un momento clave para tomar la decisión de dirigir los esfuerzos hacia un verdadero sistema adversarial, el cual genere información de calidad en base al contradictorio y al debate producido en audiencias. Es así que esta colección de manuales se presenta como un primer esfuerzo en esa dirección. Creemos que si el movimiento reformista se enfoca sólo en el cambio legal, la pregunta que aquí nos hemos planteado con el correr de los años tendrá una respuesta negativa.

Importancia de la colección: las prácticas y la capacitación como elementos determinantes de un sistema de justicia

Hemos adelantado que una política pública en materia de justicia debe tener un objetivo mucho más amplio que sólo cambiar un código o cuerpo normativo. Uno de esos objetivos es, precisamente, enfocar los esfuerzos en el cambio efectivo de las prácticas judiciales. Para dicho objetivo, la capacitación judicial juega un rol fundamental.

La historia de las reformas procesales penales que han antecedido a este movimiento civil nos demostraron que el cambio de una ley no asegura el cambio de un sistema. En consecuencia, para que las reformas civiles puedan lograr sus resultados esperados, debemos pensarlas e implementarlas de manera integral, cambiando también las metodologías de trabajo, los paradigmas, las formas de

pensar, las estrategias y, sobre todo, las propias prácticas de las y los actores involucrados. En caso contrario, aun cuando el nuevo sistema cuente con la fuerza de la ley y el nuevo código, el duelo de prácticas podrá ganarle el sistema antiguo, pues muchas veces la fuerza de la costumbre y de lo conocido pasa por encima de la fuerza de las leyes. La importancia de esta colección radica precisamente en lo antes dicho: **los manuales se presentan como una herramienta eficaz para lograr que las prácticas de las y los actores judiciales puedan cambiar en armonía con el nuevo sistema.** Se trata de la fuerza y trascendencia de la capacitación.

Los títulos de la colección



Manual de Litigación Civil Leticia Lorenzo

Elaborado por Leticia Lorenzo, este manual nos brinda una serie completa y detallada de herramientas para todo lo que dice relación con la litigación estratégica en materia civil. En sus primeras páginas la autora desarrolla concepciones básicas que se deben tener presente en la litigación civil. Se informa que este es un manual **construido para la oralidad**, se posiciona y afirma que la finalidad del proceso es la resolución de un conflicto, además de sentar algunas ideas clave, como ser que proceso no es lo mismo que juicio y que el proceso judicial forma parte de un macro sistema de gestión de conflictividad.

Luego de fijado este marco teórico, la autora estructura los momentos del proceso y en base a ellos nos brinda las diferentes herramientas e instrumentos adecuados para que los y las litigantes preparen estratégicamente sus casos, relaten sus hechos a un juez o jueza y los debatan correctamente en las diversas audiencias a las que asistirán. Así las cosas, la primera herramienta que se entrega es la conocida como teoría del caso, para luego profundizar con ejemplos y de manera gráfica y muy didáctica, en las técnicas y modos de enfrentar las audiencias preliminares y las distintas audiencias de juicio a las que los y las litigantes se pueden enfrentar.

Manual de Dirección de Audiencias – Erick Ríos



Este manual fue elaborado por Erick Ríos y tiene como finalidad entregar un conjunto de destrezas para que los jueces y juezas que se desenvolverán en los nuevos sistemas civiles, puedan desempeñar adecuada y asertivamente su rol en un proceso oral. Es así como a través de este texto se pretende contribuir a la formación de la judicatura, de manera que cuenten con los conocimientos, habilidades y aptitudes necesarias para preparar, conocer y dirigir los casos que se resolverán en sus respectivas audiencias. Además, en concordancia con los principios y tendencias de las nuevas reformas, también se brindan herramientas para que puedan contribuir a soluciones alternativas de los conflictos, como la conciliación, negociación u otras similares. Este manual busca que las audiencias sean realmente efectivas y que sus objetivos sean una realidad. Por ello se entrega una metodología concreta y general para la efectiva dirección de audiencias civiles. En función a dichos objetivos, se destacan positivamente los dos primeros capítulos del manual, los cuales dan a conocer los objetivos que en materia de política pública tienen las reformas, así como el rol judicial en ellas y las funciones concretas que jueces y juezas deberán cumplir al interior de una audiencia. Se describe también el rol estratégico de la judicatura.

En definitiva, con la intención de fortalecer la oralidad y potenciar la capacitación judicial, este manual se dirige a jueces y juezas que trabajen en audiencias, pero también es útil para quienes aún no entran en ese sistema y para aquellas personas que quieran conocer y aprender cómo se dirige estratégicamente un proceso.



Manual de Mediación Civil – Helena Soletó y Marco Fandiño

Palabras finales

Por último presentamos uno de los más novedosos manuales en materia de litigación, que se posiciona como un primer producto del paradigma que entiende a los procesos judiciales como integrantes de un

macro sistema de gestión de conflictividad. Esto, porque surge de la idea que un abogado o abogada, juez o jueza, no puede entender la litigación estratégica únicamente enfocada y orientada a la audiencia de juicio. En efecto, la estrategia y buena calidad de un litigante importa no sólo su asistencia a una audiencia de juicio, sino que implica la asistencia a audiencias preliminares, a posibles audiencias de mediación, a negociaciones directas y, en el fondo, a una completa e íntegra gestión del caso. Esta gestión puede y debe considerar la mediación.

Así, la autora y el autor nos entregan este texto con la finalidad de poner a disposición de las y los diversos actores, información de calidad acerca de las habilidades que se necesitan para intervenir de manera efectiva en un proceso de mediación. Además de informarnos de ellas, nos enseñan de manera muy práctica, esquemática y dirigida, el modo y el momento de emplearlas. Para dicho fin, los primeros capítulos nos contextualizan y entregan datos generales sobre MASC, para luego profundizar en el proceso de mediación, sus principios, características y relación con el proceso, y en las técnicas concretas para las y los diversos intervinientes.

En definitiva, con la intención de dar efectiva vida a estas reformas, elaboramos estos manuales como un aporte a las políticas públicas judiciales, para que junto con reformar leyes, cambiemos culturas, prácticas y construyamos nuevas metodologías de enseñanza y capacitación del derecho.

