

Entrevista al Dr. Leonardo Moreno Holman

Sistemas penales y sus desafíos en Latinoamérica: “La transición del sistema inquisitivo al acusatorio se trata de un cambio profundo de paradigmas”

Para quienes trabajamos día a día en un sistema de justicia acusatorio, es sumamente enriquecedor poder contar con las palabras del Dr. Moreno Holman¹, sobre los desafíos que implica en la actualidad un modelo procesal de estas características para nuestra región. La enorme experiencia y trayectoria del Dr. Holman se ve reflejada en esta entrevista, donde tuvimos la oportunidad de charlar sobre la historia, el estado de situación, las desvirtuaciones e implicancias que tiene la implantación del modelo acusatorio-adversarial. Su lectura nos enriquece para que nuestra práctica cotidiana se vea atravesada por una mirada crítica y transformadora.



por *Regina Santinelli*

Pensar Decir Hacer (PDH): ¿cómo definirías al sistema acusatorio y adversarial?

Leonardo Moreno Holman (LMH): Es aquel sistema de enjuiciamiento penal que se caracteriza por una división clara de las funciones de investigar, acusar y juzgar; exigir una acusación concreta para avanzar a la etapa de juicio oral; donde la generación de la información necesaria para que el juez pueda resolver el conflicto penal debe ser

¹. Leonardo Moreno Holman, es Abogado de la Universidad Diego Portales, post titulado en diversas especializaciones relativas a Gerencia Social y Políticas Públicas, Derecho Procesal Penal, Negociación y litigación oral, en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, la Universidad Diego Portales de Chile; La Fundación Chile; the University of the Pacific, Mc George School of Law de Sacramento; la California Western School of Law, de San Diego, California, del National Institute for Trial Advocacy, en la New York School of Law de Nueva York. E.E.U.U. y en Medellín, Colombia. Docente de la Universidad Alberto Hurtado de Chile. Involucrado desde sus orígenes en la Reforma Procesal Penal chilena participando en los programas de capacitación interinstitucional de los operadores organizados por el Ministerio de Justicia de Chile. Jefe Nacional del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública. Defensor Regional Metropolitano Norte. Lideró la organización, preparación y operación de la reforma en la capital de Chile. Docente académico en distintos post grados de varias universidades chilenas, en la Academia Judicial de Chile, el Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda de Chile y del CEJA. Profesor invitado en Universidades y Academias Judiciales extranjeras. Profesor honorario de la facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, de Lima Perú. Docente en derecho procesal civil y penal, y en técnicas de litigación oral en materia Procesal Penal, Laboral y Familiar. Autor de diversas Publicaciones de Litigación Penal y Procesal Penal

proporcionada por la actividad probatoria y argumentativa de los litigantes; y que reserva al juez la dirección de la audiencia y la decisión del asunto, pero privándole de facultades probatorias. Esta forma de enjuiciamiento criminal pone énfasis en el establecimiento de la verdad, como condición de legitimidad de su operatividad, respondiendo de esa manera a una exigencia del debido proceso de ley; la demanda de acceso a una justicia eficaz y pronta de los ciudadanos; y a la legitimidad de las resoluciones judiciales, contribuyendo de esa manera a la construcción de la paz social en una sociedad democrática.

PDH: ¿Cuál es la historia de la transición del inquisitivo puro al acusatorio?

LMH: Mirado desde una perspectiva del proceso penal, se trata de un cambio profundo de paradigmas de como entender la mejor forma de enfrentar, conocer y resolver los conflictos penales, que han significado el tránsito de formas y maneras de entender muchas de las instituciones del proceso penal de una forma diferente, privilegiando, en definitiva, una metodología que reproduce aquello que hacemos naturalmente cuando enfrentamos un conflicto, esto es, debatir, la diferencia es que ahora lo hacemos de una manera reglada y ante un tercero que es quien debe decidir.

Se trata de un camino aún en curso, pues falta desarrollar e instalar de mejor forma otras instancias e instrumentos de resolución de un conflicto, como la mediación penal u otro mecanismos alternativos de resolución de conflictos, más participativos y que reconozcan de mejor forma la naturaleza del conflicto y los intereses de sus involucrados, como también el involucrar a la ciudadanía en la tarea de resolver algunos de esos conflictos, en especial los de mayor gravedad, a través de alguna modalidad de jurados.

Son algunas manifestaciones de este tránsito o derrotero que hemos recorrido a través de los años, los siguientes:

a.- La delimitación de las funciones y roles en el proceso penal, en especial de quienes habrán de estar a cargo de la tarea de investigar, acusar y Juzgar.

En el caso chileno, estas tareas en su conjunto estaban encomendadas al Juez del Crimen², por lo



que la reforma al proceso penal originó la creación del Ministerio Público, encargado de llevar adelante la investigación, decidir acusar, y sostener su acusación en juicio; los Jueces de Garantía, cuya función es intervenir durante la etapa investigativa del proceso penal cautelando los derechos y garantías de quienes se vean involucrados en el proceso penal, con especial énfasis en la cautela de los derechos del imputado; y el tribunal oral en lo penal, tribunal colegiado integrado por tres jueces profesionales, encargado de conocer y resolver el juicio oral.

b.- Pasamos del paradigma de la escrituración, como el mecanismo más idóneo de producir y registrar el desarrollo del procedimiento y el juicio, a la oralidad, como el medio más adecuado para facilitar la inmediación del tribunal con las pruebas, las partes o intervenientes, y generar un contradictorio intenso por la actividad de los litigantes. Se definió así una metodología de aproximación a la verdad basada en el principio de contradicción de las partes y donde el juez de enjuiciamiento carece de facultades probatorias, correspondiéndole las facultades de dirección del debate, disciplinarias, y de decisión del conflicto.

c.- Avanzamos, del secreto de las actuaciones del procedimiento, en particular las desarrolladas durante la investigación o etapa sumarial, a su publicidad como regla general, no solo de la etapa central del proceso constituida por el juicio oral, sino además de las audiencias preliminares, todo ello, como un mecanismo de acercamiento de la función judicial al ciudadano común, y como mecanismo de control de esa actividad jurisdiccional. Todavía queda pendiente en algunos países extender esa publicidad a las audiencias preliminares o de la etapa investigativa más relevantes.

d.- Transitamos de un muy bajo control de las

2. Así lo disponía el inquisitivo Código de Procedimiento Penal, del año 1906, vigente hasta el año 2000.

actividades policiales, particularmente en las distintas hipótesis de intervención y detención de un ciudadano, a una mayor fiscalización de su actuar. Así ha ido adquiriendo gran relevancia en el proceso penal la denominada audiencia de control de la detención. También se somete a un mayor control todas aquellas actividades investigativas realizadas por la policía, sea autónomamente, bajo orden y dirección del fiscal, o incluso previa autorización judicial, para verificar que los resultados de esos actos investigativos, que pudieren derivar en evidencias o pruebas en juicio, se hayan obtenido de manera legítima, sin vulnerar sea la legalidad o garantías constitucionales.

e.- El cambio de posición del ciudadano a quien se le atribuye participación en un ilícito penal, pasando de ser básicamente un objeto del proceso a un sujeto del mismo reconociéndosele un creciente número de derechos y garantizando su efectividad.

Particular importancia ha revestido el reconocimiento explícito en las legislaciones procesales del “principio de inocencia”, en sus manifestaciones de presunción de inocencia, y su impacto en el estándar de convicción del proceso, que en una sociedad democrática regida por un estado de derecho, se privilegia claramente una distribución del riesgo del resultado en el proceso penal, en favor del ciudadano objeto de la persecución a través de la cláusula de más allá de duda razonable; y de la regla de trato de inocente, que ha impuesto concebir las medidas cautelares personales como una cuestión de carácter excepcional, permitiendo avanzar en la sofisticación de las medidas cautelares personales aplicables en el proceso penal, permitiendo incluso que un ciudadano pueda enfrentar el proceso penal en libertad. También ha significado exigir de la acusación la acreditación de los presupuestos materiales y de cautela necesarios para su aplicación, en especial la prisión preventiva, relegando al pasado modelos como el chileno que en su versión inquisitiva consideraba la institución del auto de procesamiento o reo, que originaba automáticamente la prisión preventiva del investigado, quien tenía derecho a solicitar justificadamente su libertad³.

f.- De la expulsión del proceso penal y falta de consideración de la víctima, a su reconocimiento

3. Era el procesado o reo quien debía justificar su derecho a la denominada libertad provisional, mientras se desarrollaba el proceso en su contra.

como un sujeto relevante dentro del proceso penal, estableciendo incluso que en ciertos casos sus intereses y pretensiones pueden primar incluso por sobre la de la persecución penal pública, como ocurre con los acuerdos reparatorios, recogidos como una salida alternativa al proceso penal en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

g.- De la confesión del imputado, considerada la reina de las pruebas en el proceso penal de corte inquisitivo o mixto, a un creciente, pero todavía en tránsito, reconocimiento de la declaración del imputado como un mecanismo de defensa del imputado. Si el principal derecho de un ciudadano objeto de persecución penal es guardar silencio sin que ello le conlleve consecuencias negativas por su ejercicio, se deben desterrar las prácticas de efectuar presiones físicas o psicológicas sobre su voluntad para obtener de él una declaración inculpatoria sin obtener nada a cambio.

La declaración del imputado o acusado como mecanismo de defensa supone una decisión informada y racional del imputado, asesorado por su defensa técnica, de renunciar a su derecho a guardar silencio y decidir prestar declaración, sea para dar a conocer su propia versión sobre cómo ocurrieron los hechos conforme a su teoría del caso, o incluso, para colaborar con la persecución penal, sea en la etapa investigativa o de juicio, ahorrando con ellos recursos a la persecución penal, pero a diferencia de lo que sería una simple confesión, obteniendo con ello un beneficio, constitutivo generalmente, pero no exclusivamente, de una rebaja sustantiva de la pena que eventualmente enfrentaría en juicio.

En este punto me parece que todavía hay bastante que avanzar en varios países, entre ellos Chile, en que es posible la toma de declaración voluntaria de un imputado en sede policial sin contar con la debida asesoría técnica, lo que origina en muchas ocasiones que la declaración de un imputado no se base en una decisión debidamente informada y se acerque más una confesión en términos tradicionales, pues no le acarrea beneficio de ninguna naturaleza a quien ha renunciado a su derecho a guardar silencio.

h.- Hemos avanzado, aunque no lo suficiente a mí

4. El ejercicio de idénticas facultades procesales por los litigantes en las diversas audiencias del proceso penal, presupone que esos litigantes tienen las competencias profesionales para ejercerlas.

juicio, desde modelos de defensa pública, meramente asistenciales y algunos de dudosa calidad, a modelos de Defensa Pública profesionales con una alta preparación técnica, con el propósito de asegurar el funcionamiento de un sistema procesal penal que descansa en la actividad de los litigantes y de su “igualdad de armas”⁴ en las audiencias judiciales, posibilitando ésta adversarialidad que el juzgador cuente con más y mejor información a la hora de resolver.

No debemos olvidar que el derecho a defensa, privada o pública, constituye hoy una exigencia del debido proceso penal, al ser esencial para que opere el modelo de audiencias judiciales basado en una aproximación probabilística a la verdad, que a partir del ejercicio del principio contradictorio provee al juez de una información de alta calidad para la toma de sus decisiones. Por ello el derecho a defensa ha dejado de ser meramente formal para consagrarse un derecho a defensa efectiva.

i.- La consagración del principio acusatorio y la búsqueda de la verdad como eje del proceso penal. Como señala Alberto Binder, el juez requiere hacer una afirmación verdadera sobre los hechos del caso y la pertinencia del derecho aplicable al mismo, y para cumplir ese objetivo debe demandar o exigir de la acusación que lo convenzan más allá de toda duda razonable de la verdad de su acusación. El juez que conoce de un caso penal debe ser y comportarse de manera imparcial, por ello debe exigir que sean los litigantes a través de la dinámica adversarial los que construyan la verdad ante él, mediante la presentación estratégica de ella en el juicio oral⁵. El juzgador habrá de conocer el conflicto y la evidencia que las partes le presenten teniendo en consideración la carga de la prueba y el principio indubio pro reo.

j.- En materia probatoria, hemos transitado de modelos de prueba en que los medios de prueba y su tasación o valor estaban determinados por el legislador, a modelos de libertad de prueba o prueba racional, en que dada la dinámica adversarial de la audiencia de juicio y la inmediación del juzgador, los litigantes pueden ofrecer y producir cualquier fuente de información, en cuanto se haya obtenido legalmente y sea posible de ser producida o actuada en juicio bajo los principios de oralidad, inmedia-

5. Para lo cual los litigantes se servirán de su Teoría del Caso y de las diversas técnicas de litigación que les permitan presentar de manera efectiva y persuasiva sus argumentos y prueba ante el juzgador.

ción y contradictoriedad. Dada la metodología de producción de la prueba y que ella recae básicamente sobre hechos (proposiciones fácticas) la valoración de la misma por el juzgador debe ser integral (toda la prueba producida en el juicio) y deberá estar limitada o condicionada por los límites propios del razonamiento humano como son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente avanzado.

Tratándose de jueces profesionales, además como garantía del justiciable, exigiremos que dé cuenta fundamentalmente en su sentencia de la valoración efectuada de la prueba, lo que deberá quedar plasmado en una resolución escrita, que posibilite conocer su razonamiento, expresada en términos entendibles por todos los ciudadanos. Dicha resolución debe ser susceptible de ser recurrida por el acusado y su defensa.

PDH: ¿Cuál es el panorama de la implementación de este tipo de procesales penales en América Latina? ¿Qué desafíos tenemos como región en materia procesal penal?

LMH: Me parece que hay todavía varios desafíos pendientes en Latinoamérica: En primer lugar, me parece que todavía es muy habitual que si bien utilizamos terminologías similares, no entendemos lo mismo cuando nos referimos a la instalación de sistemas acusatorios en la región. Así por ejemplo, no todos los países consideran de igual forma el tema del ejercicio del principio contradictorio y la relevancia de la actividad de las partes en la generación de la información que requiere el tribunal para la toma de sus decisiones, ello conlleva en los hechos otorgar facultades amplias al tribunal de juicio para hacer preguntas incluso más allá de lo meramente aclaratorio, o reservar algunas facultades probatorias a los tribunales de enjuiciamiento penal. Proponemos la consolidación de sistemas acusatorios de carácter adversarial, donde este-

6. Sin perjuicio de lo dicho, mi parecer personal, es que debieran eliminarse las facultades de interrogación del tribunal de Enjuiciamiento, pues la sola determinación de que es o no aclaratorio, constituye un tema de incidencias habitual en los juicios orales, y por qué el daño que puede significar para las teorías del caso de los litigantes la intervención del tribunal formulando preguntas puede ser irreparable. A lo dicho debemos agregar, que ello ordinariamente ocurre en beneficio de la persecución penal, transformándose en un subsidio intolerable y una seria afectación de la imparcialidad del juzgador.

rremos las facultades probatorias judiciales, sea por la vía de actuaciones de oficio o más allá de lo simplemente aclaratorio al efectuar preguntas a los declarantes en juicio.⁶

En segundo lugar, también se aprecia una tendencia en algunos países a no separar de manera estricta, la etapa investigativa, como una etapa preparatoria y no probatoria, útil para la toma de decisiones preliminares en un estándar inferior de calidad de la información, generada ordinariamente sin inmediación del juzgador y sin un ejercicio relevante del principio contradictorio; y la etapa de juicio, como la instancia de resolución del conflicto, a través de una metodología de conocimiento basada en la oralidad como el instrumento que permite la inmediación del juzgador y el ejercicio intenso de la contradictoriedad por las partes litigantes. Así pese a que las legislaciones procesales penales y la doctrina reconocen la centralidad del juicio oral, en muchas de ellas se permite, a mi juicio más allá de lo razonable⁷, el que ciertos registros previos generados durante la investigación sean incorporados al juicio mediante su “oralización” o lectura, depreciando severamente la calidad y confiabilidad de la información que estos registros previos reproducen en juicio, toda vez que no es posible respecto de ellos ejercer adecuadamente el control propio del principio contradictorio durante el juicio, lo que se agrava aún más pues ordinariamente se trata de actas o registros de actividades investigativas policiales que se han generado de manera unilateral, sin inmediación del tribunal y sin control de partes.

En tercer lugar, creo que a nivel institucional, todavía no se ha consolidado en todos los países un sistema de Defensa Pública Penal fuerte, autónomo e independiente, concebido como una garantía del debido proceso, que permita consolidar no sólo el derecho a contar con un defensor técnico calificado a todo ciudadano que carezca de un defensor privado de su confianza, por cualquier causa, sino que sea un instrumento eficaz para que opere el mecanismo de generación y control de la información en todas las audiencias del sistema de enjuiciamiento penal, cual es el ejercicio intenso de la contradictoriedad, lo que presupone necesaria-

mente como condiciones mínimas, una defensa pública penal fuerte institucionalmente, ojalá autónoma y no dependiente de otros de los operadores del sistema de justicia, como ocurre cuando depende del Poder Judicial o el Ministerio Público; que su nivel de remuneraciones sea similar o equivalente al del Ministerio Público, de manera que sus profesionales no vean el ingreso a la defensa pública, como un tramo de una carrera que les permitirá arribar a instituciones más consolidadas como el Poder Judicial o el Ministerio Público; que se le reconozca el derecho y facultad de desarrollar un investigación privada propia, proporcionándole los recursos económicos y técnicos necesarios para que pueda hacerlo eficazmente; que se le conciba, desde su organización, con una especialización penal, condición necesaria, a mi juicio, para asegurar una efectiva igualdad de armas durante el proceso penal.⁸

En cuarto lugar, una materia pendiente a profundizar, es el referido a la víctima, sus derechos y definir su forma de participación en el proceso penal, esto es, mantendremos los modelos en que la forma de reconocer los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, se manifiestan en ampliar las hipótesis en que son posibles los acuerdos reparatorios, su derecho a ser oído en las audiencias judiciales, en que se pretendan adoptar soluciones al proceso penal que signifiquen un término anticipado al proceso diverso al juicio oral, y el derecho a que el Ministerio Público le informe de las decisiones que adoptará respecto de una causa en particular, entre otros temas; o junto, con esos derechos se garantizará también a las víctimas, en ciertos casos, una efectiva representación legal y participación en las audiencias judiciales, en particular cuando sus pretensiones entren en conflicto con los criterios de persecución del Ministerio Público, adoptados conforme a los principios de legalidad y objetividad; o finalmente se adoptarán mecanismos que permitan a la víctima un mayor control sobre las actividades investigativas y de persecución penal de los fiscales, pudiendo actuar directamente ante las autoridades superiores del Ministerio Público, bajo tutela judicial en caso de no recibir una respuesta oportuna y fundada.

7. Serían casos razonables, entre otros, los de prueba anticipada o aquellos registros de declaraciones de testigos, cuya comparecencia a juicio ha sido imposibilitada por acciones del imputado o sus cercanos.

8. La Defensa Pública en general debe tener un carácter especializado según las áreas de su intervención, para lo cual es indispensable contar con una dotación de abogados que lo haga posible.

PDH: ¿Reconoces que existen desvirtuaciones del modelo acusatorio en la práctica?

LMH: Me parece que sí, particularmente me preocupan los siguientes puntos:

a.- Las creciente tendencia en Latinoamérica de reemplazar la ponderación judicial, por una ponderación legal, que se manifiesta particularmente en las actuales regulaciones que tienen varios países de Latinoamérica sobre medidas cautelares personales y en particular prisión preventiva.⁹ También es discutible la tendencia de las legislaciones procesales penales de considerar criterios de peligrosidad, reiteración u otros, no estrictamente procesales, para hacer procedente la prisión preventiva del imputado.

b.- El uso de registros previos de la investigación como pruebas en el juicio mediante su verbalización u oralización en las audiencias. Me parece que esa práctica deteriora la centralidad del juicio oral, como la instancia probatoria del mismo, e impacta en la calidad de la información con la que finalmente resuelve el tribunal de enjuiciamiento¹⁰. Esa información proveniente de la investigación e incorporada al juicio por la mera reproducción o lectura de esos registros en juicio por un lado vulnera el principio de la no sustitución de una declaración por un registro previo, y por otro lado afecta seriamente la posibilidad de ejercer un contradictorio efectivo sobre la información que los referidos registros entregan al tribunal.

c.- La creciente burocratización de la forma de abordar los casos por parte de los operadores institucionales del sistema de enjuiciamiento penal (Fiscales, defensores, Jueces de garantía), donde muchas veces priman criterios de administración y gestión de carteras de causas, más que los intereses inherentes al caso en particular. Así los operadores institucionales tienden a privilegiar términos tempranos, sean estos judicializados o no, para cumplir metas institucionales o gestionar

su carga de trabajo personal, haciendo prevalecer esos intereses, por sobre los de las víctimas o imputados en particular. Finalmente las causas lejos de ser resueltas en consideración a sus particularidades, son tratadas como categorías de casos aplicándoseles una salida estándar. Por otro lado, desde la perspectiva judicial esta burocratización se ha traducido, en la consideración de criterios básicamente eficientistas durante las audiencias¹¹, abandonado casi por completo las facultades de control de garantías constitucionales que tienen los jueces de Garantía, en las audiencias de control de legalidad de la detención o en las audiencias preparatorios de juicio respecto de la legitimidad de la obtención del material probatorio ofrecido como prueba.

PDH: ¿Cuál es tu opinión respecto de la virtualidad, a raíz de la pandemia mundial, en las audiencias?

LMH: La Pandemia del coronavirus, ha afectado severamente en Latinoamérica la operatividad del sistema de justicia en general, y en particular en materia penal dada la dinámica de audiencias orales que exigen los sistemas acusatorios adversariales vigentes en Latinoamérica, afectando severamente el acceso oportuno a la justicia de los ciudadanos víctimas, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable del justiciable, entre otros derechos.

Ante esta situación de excepción, no me parece adecuado aproximarse al tema de las audiencias virtuales o telemáticas desde un punto de vista estrictamente dogmático y de principios, sin considerar los efectos que la paralización del sistema de justicia penal pueda acarrear, como el retardo en el servicio de justicia para las víctimas, la prolongación de privaciones de libertad más allá de lo razonable, entre otras.

Creo que entonces ante una situación enteramente excepcional y de duración incierta, se requiere la búsqueda de soluciones realistas, sin dejar de tener a la vista los principios rectores del debido proceso de ley en materia penal. No me parece suficiente para negarse a algún grado de virtualidad en las audiencias, aludir a lo evidente, se trata de una situación no regulada normativamente, o desde los principios, otra obviedad, que las audiencias

9. La Defensa Pública en general debe tener un carácter especializado según las áreas de su intervención, para lo cual es indispensable contar con una dotación de abogados que lo haga posible.

10. Lo señalado no es menor pues impacta definitivamente en el incremento de los errores judiciales.

11. Más audiencias en poco tiempo, duración mínima de las mismas, facilitar terminaciones anticipadas con verificar debidamente consentimiento y voluntad de los interesados directos.

12. Entre otros se han señalado, la inmediación del tribunal con la prueba, la publicidad, la contradictoriedad, la comunicación directa entre el acusado y su defensa.

virtuales afectan en algún grado los principios de inmediación, contradicitoriedad, y publicidad propios de las audiencias judiciales de un sistema adversarial. Por el contrario, creo que debemos hacer un esfuerzo, basado en la flexibilidad, ponderación de los intereses en juego y de proporcionalidad a fin de determinar caso a caso, cuando y bajo qué condiciones es posible efectuar una audiencia virtual o con algún grado de virtualidad que permita razonablemente el funcionamiento del sistema de justicia penal, sin afectar más allá de lo razonable los principios que se ven tensionados con su implementación¹². La solución debe ser fundamentalmente colaborativa y decidida por el juez luego de analizar las particularidades del caso en cuestión y habiendo oído a los intervenientes técnicos (litigantes) y a la Víctima y el imputado.

Me parece que el análisis de los casos en particular, permitirá distinguir variables tecnológicas, procesales, de tipo de audiencia, complejidad de los debates, complejidad probatoria, naturaleza de la prueba a rendir, permiten abordar al tema con flexibilidad adoptando la mejor solución para cada caso, pudiendo decidirse la suspensión de una causa y en qué oportunidad, o que esta se realice de manera enteramente virtual o con algún grado de virtualidad. Así, por ejemplo, es posible sostener, que en el caso de las audiencias preliminares, ellas se caracterizan en general por no ser audiencias en que se rinda prueba, sino que se basan prioritariamente en el debate argumentativo de las partes con base al contenido de la carpeta investigativa o legajo fiscal, por ende la posibilidad de realizarlas de manera virtual se incrementan, en la medida que se aseguren otros elementos centrales de esas audiencias como por ejemplo la comunicación privada del imputado con su defensor.

Obviamente tratándose de la audiencia de juicio oral las exigencias para realizarlas en alguna modalidad de virtualidad deben incrementarse, debiendo generarse una instancia, ordinariamente la audiencia de preparación, donde deberá discutirse y decidirse la posibilidad de hacer un juicio oral y su modalidad¹³. Para ello, el tribunal que deberá decidir esa posibilidad, habrá de tener en consideración en concreto, no desde una perspec-

tiva abstracta, entre otras las siguientes variables o criterios: Viabilidad Tecnológica (Litigantes institucionales o privados; prueba constituida por declarantes o peritos servidores públicos o declarantes privados, naturaleza de la prueba a utilizar, volumen probatorio, disponibilidad de locaciones públicas o privadas para producir la prueba, plataforma tecnológica a utilizar en la audiencia y requerimientos mínimos de la misma); Viabilidad Procesal (tipo de tribunal y composición, lugar desde el cual sesionaran los jueces, situación ambulatoria del imputados, voluntad del imputado y de la víctima, volumen de la prueba a producir y su complejidad, tipo de evidencia a utilizar, prognosis de pena, como se garantizará una producción probatoria eficaz y el ejercicio oportuno y eficiente de las distintas técnicas de litigación oral, entre otros.)

Resulta también importante, el considerar como se garantizará el acceso del público a la audiencia virtual, debiendo establecerse los mecanismos y criterios para hacer efectiva la publicidad de la audiencia.

Luego será necesario, contemplar un espacio antes del inicio del juicio para verificar, que las condiciones y parámetros tecnológicos y procesales se mantienen, y así dar inicio al juicio. Será esencial la designación de un funcionario del tribunal que deberá administrar la plataforma tecnológica a través de la cual se desarrollará la audiencia. Finalmente, deberán contemplarse la posibilidad de que el tribunal de juicio de oficio o a requerimiento de juicio, pueda suspender la audiencia por un breve espacio de tiempo para solucionar los inconvenientes que surjan durante su desarrollo, o incluso para que pueda decidir la suspensión definitiva de la audiencia, si los inconvenientes no pudieran ser resueltos o fueran de tal magnitud, que en concreto se vea afectada seriamente la inmediación del tribunal, la oralidad o el ejercicio de la contradicitoriedad por parte de los litigantes.¹⁴

PDH: ¿Crees que las audiencias virtuales deben seguir usándose? ¿Encuentras garantías procesales comprometidas?*

13. En efecto la virtualidad puede tener múltiples manifestaciones, no necesariamente ha de significar que tribunal, las partes y toda la prueba estarán en distintos lugares físicos y que las presentaciones probatorias serán virtuales.

14. Mi postura sobre el punto ha quedado plasmada en el siguiente documento, cuya lectura recomiendo. Litigación virtual, guía y manual de mejores prácticas para audiencias telemáticas; ABA ROLI, Justice in México, 2021.

LMH: Es difícil dar una respuesta definitiva sobre el punto, pues deberemos en la medida que se haya recurrido al mecanismo de las audiencias virtuales estudiar y analizar si significaron o no, y de ser así en qué grado, una afectación de los principios y garantías centrales de las audiencias orales y en particular del juicio oral, como la inmediación del tribunal, la oralidad, la publicidad, continuidad, y la contradicitoriedad, fundamentalmente.

Debemos entender que el debate y la posibilidad de hacer audiencias enteramente virtuales ha surgido ante una situación de excepción, como ha sido la pandemia, y que una vez que esta cese debemos volver, en principio, a las audiencias presenciales pues ellas garantizan, en su máxima expresión, los principios rectores de las audiencias orales del proceso penal.

Sin perjuicio de los dicho, me parece que ya es posible visualizar ciertas experiencias, en las que la virtualidad, ha generado beneficios que exceden los costos que han tenido por su falta de presencialidad, ello ocurre por ejemplo con las audiencias de salidas alternativas que buscan la ratificación judicial de los acuerdos alcanzados previamente por los intervenientes (acuerdo reparatorios y suspensión condicional del procedimiento o suspensión del proceso a prueba) o la vista de los recursos del sistema ante los tribunales superiores, en especial la Corte Suprema, que han posibilitado un mayor acceso a la justicia de aquellos ciudadanos que se veían en la obligación de trasladarse físicamente al lugar de funcionamiento al tribunal o financiar no solo los honorarios de sus abogados, sino también su gastos de traslado, hospedaje y alimentación en el caso de la vista de un recurso en una ciudad o estado distinto al del funcionamiento del tribunal de juicio.

PDH: Alguna consideración sobre el juicio por jurados vinculado con la democratización de la justicia?

LMH: Me parece que son claramente un beneficio mecanismo de profundización democrática, permitiendo que sea un conjunto de ciudadanos los que ejerzan el poder del Estado de castigar o no a otro ciudadano de manera directa. Esta modalidad de participación democrática incrementa la conciencia cívica de los ciudadanos pues lo ayuda a dimensionar y comprender la tarea de resolver

conflictos jurídicos en materia penal, lo que eventualmente puede impactar en la compresión y valoración del rol de la judicatura, en general. No debe mirarse la instauración del sistema de jurados como una oposición a los jueces o su rol, en primer lugar pues los ámbitos aplicación del sistema de jurados de ordinario se circunscriben a ciertos espacios de criminalidad, y porque a ellos se reservan funciones de mucha gravitación en la operatividad del sistema de jurados, como son la impartición de las instrucciones a los miembros del jurados para que cumplan correctamente con tarea, y la aplicación concreta de la ley penal, ante un veredicto condenatorio del jurado.

Más allá del posible cuestionamiento a la capacidades o condiciones de un ciudadano para asumir la función de conocer y resolver, hay dos cuestiones que me parece necesario considerar, que validan y justifican el modelo de jurados, por una parte lo que se debate en juicio son fundamentalmente cuestiones de hechos, algunas de ellas vinculadas a temas jurídicos, debidamente explicados por los jueces mediante las instrucciones, por lo que no se requiere ninguna particularidad especial para presenciar la prueba producida en juicio; en segundo lugar la apreciación de esa prueba debe hacerse de una manera racional, esto es conforme a los criterios propios que regulan el razonamiento humano en general, no de los jueces en particular, como son las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, a lo que debemos agregar el importante rol de control cruzado de esa valoración que ejerce cada jurado sobre los otros en su camino a alcanzar o no la unanimidad del veredicto; y finalmente, los estudios empíricos existentes, tienden a demostrar dos cosas, que los jurados tienden a resolver de manera similar a los jueces profesionales y en el evento de equivocarse sus niveles de error también son similares a los que encontramos en los fallos judiciales.

Un factor a considerar tiene que ver con la legitimidad que adquieren los veredictos de los jurados, en la comunidad dónde se cometió el ilícito juzgado, particularmente aquellos de mayor connotación social.

Otra garantía que presentan los juicios por jurados, son los procesos de selección o desección del jurado, en los que participan activamente los litigantes permitiendo una integración del jurado con un conjunto de ciudadanos que de garantía de imparcialidad y diversidad en sentido amplio. A lo

dicho debemos agregar otro valor cual es que los miembros del jurado no se conocen e integran de manera accidental y excepcional un jurado, potenciando con ello su independencia.

Finalmente, el modelo de juzgamiento por jurados, pone en tensión la burocratización del sistema de justicia en general, y de las actuaciones de los litigantes institucionales en particular (fiscales y defensores públicos) quienes deben potenciar la preparación de sus casos y el uso de las técnicas de litigación oral con la finalidad de generar convicción en el jurado.