



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 10 - Nº 02 - mai./ago. 2024

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2>

Dossiê



“Digitalização e justiça penal: aspectos procedimentais”



IBRASPP



EXPEDIENTE / MASTHEAD


EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF



Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil; Universidade Católica de Brasília, - Brasília/DF, Brasil)  

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, Brasil)  



EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS



Prof. Dr. André Machado Maya (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul– Porto Alegre/RS, Brasil)  


Prof. Dra. Bruna Capparelli (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Bologna, Italia) 


Prof. Dr. Caíque Ribeiro Galícia (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Faculdade Campo Grande e Faculdade Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS, Brasil)  

EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Prof. Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)  

Dra. Daniela Dora Eilberg (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, Kuala Lumpur, Malásia)  

Prof. Dra. Elisa Lorenzetto (Università degli Studi di Verona, Verona, Italia) 

Prof. Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, Brasil)  

Prof. Dra. Fernanda Vilares (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)



Prof. Dr. Luiz Eduardo Cani (Faculdade Avantis, Balneário Camboriu/SC, Brasil)



Prof. Dra. Manuela Abath Valença (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)



Me. Mattia Giangreco (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia)



Dra. Michelle Barbosa de Brito (Pesquisadora independente, Belém/PA, Brasil)



Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)



CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Profa. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia

Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Valencia, España

Profa. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Italia

Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, Los Angeles, United States

Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Torino, Italia

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay

Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal
Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Messina, Italia
Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Girona, España
Prof. Dra. Vania Patanè, Università degli Studi di Catania, Catania, Italia

PARECERISTAS (DESTE NÚMERO) / REVIEWERS (OF THIS NUMBER)

Alexandre Morais da Rosa (Universidade do Vale do Itajaí - Itajaí/SC, Brasil)
Ana Beltrán Montoliu (Universitat Jaume I - Castellón de la Plana, España)
Ana María Neira Pena (Univeresidad Da Coruña, A Coruña, España)
Ana Montesinos García (Universitat de València, Valencia, España)
Andrea Conti (pesquisador independente, Milão, Itália)
Carlos Viveiros (pesquisador independente, Brasília, DF, Brasil)
Coral Arangüena Fanego (Universidad de Valladolid, España)
Daiana Santos Ryu (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)
Daniel de Resende Salgado (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil)
Delia Magherescu (Gorj Bar Association, Targu Jiu, Romania)
Dimas Fagundes Reis (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)
Elena Valentini (Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Bologna, Italia)
Fabrizio Siracusano (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia)
Francesco Morelli (Università degli Studi di Bergamo, Bergamo, Italia)
Gessika Christiny Drakoulakis (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil)
Gustavo Poblete (Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile)
Hanna Kuczyńska (Institute of Law Studies, Polish Academy of Science, Warsaw, Poland)
Hugo Luz dos Santos (City University of Macau, Macau, People's Republic of China)
José de Assis Santiago Neto (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG, Brasil)
Julio Ballesteros Sánchez (Universidad de Salamanca, Salamanca, España)
Krzysztof Woźniewski (University of Gdańsk, Gdańsk, Poland)
Leonardo Costa de Paula (Universidade Federal Fluminense - Volta Redonda, Rio de Janeiro, Brasil)

Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España)
Lorenzo Bernardini (University of Luxembourg, Esch-sur-Alzette, Luxembourg)
Maciej Fingas (University of Gdańsk, Gdańsk, Poland)
Mar Jimeno Bulnes (Universidad de Burgos, Burgos, España)
Marcela Cardoso Linhares (Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil)
Maria Rogacka-Rzewnicka (University of Warsaw, Warsaw, Poland)
Matheus de Alencar e Miranda (pesquisador independente, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Nicolás Rodríguez García (Universidade de Salamanca, Salamanca, España)
Pedro Augusto Amaral Dassan (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Rodrigo Andrés Guerra Espinosa (Universidad de los Andes, Santiago, Chile)
Silvia Signorato (Università degli Studi di Padova, Padova, Italia)
Sonia Calaza López (Universidad Nacional Española a Distancia, Madrid, España)
Thiago Miranda Minagé (Centro Universitário Augusto Motta, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Vania Patané (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia)
Vladimir Aras (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)
Walter Bittar (Pontifícia Universidade Católica de Londrina - Londrina/PR, Brasil)

PROJETO GRÁFICO [DIAGRAMAÇÃO E CAPA] Camila Provenzi (be.net/camilaprovenzi)

Sumário

Dossiê: Digitalização e justiça penal: aspectos procedimentais

Digitalisation and criminal justice: procedural aspects

Editorial of dossier “Digitalisation and criminal justice: procedural aspects” – An introductory overview

Editorial do dossiê “Digitalização e justiça penal: aspectos procedimentais” – Uma introdução geral

Daniele Vicoli

The Italian Route towards Digitalisation of Criminal Proceedings. The Latest Developments in the Field of Remote Justice

O caminho italiano para a digitalização do processo penal. Os últimos avanços no campo da justiça remota.

Marianna Biral

Smartjustice, process and evidence: special reference to its use in the court of appeal

Smartjusticia, proceso y prueba: especial referencia a su uso en los tribunales de apelación

Paulo Ramón Suárez Xavier

Towards a Digitalised Criminal Justice System: Lessons from Poland

Em direção a um sistema de justiça criminal digitalizado: exemplo da Polônia

Andrzej Sakowicz

Sebastian Zieliński

Remote trial in criminal proceedings as a threat to the implementation of the principle of immediacy? Reflections on the background of the Polish legal order

Julgamento remoto em processos criminais como uma ameaça à implementação do princípio da imediação? Reflexões à luz do ordenamento jurídico polonês

Renata Badowiec

Las audiencias orales en formato virtual: un análisis comparado en la búsqueda de estándares para la justicia penal latinoamericana

Virtual oral hearings: a comparative analysis in the search for standards for Latin American criminal justice

Leonel González Postigo

El proceso penal mediado por inteligencia artificial

The criminal process mediated by artificial intelligence

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados

Breves apuntes sobre digitalización del proceso penal español a la luz de la reciente reforma

Brief papers on digitalization of Spanish criminal procedure in the light of the recent reform

Andrea Planchadell-Gargallo

Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of criminal procedure

Los vicios de la motivación como causa del error judicial: un primer esbozo

The defects of the statement of reasons as a cause of miscarriage of justice: an initial sketch

Ramón Beltrán Calfurrapa

Persecução penal: investigação, júízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

O juiz, as partes e as provas no sistema de julgamento penal italiano: contributo à reforma no Brasil

The judge, the parties and the evidence in the Italian criminal trial system: contribution to the reform in Brazil

Pasquale Bronzo

Trad. Bruno Cunha Souza

A reparação do dano como condição do acordo de não persecução penal nos crimes contra a ordem tributária

Reparation as a condition of the non-prosecution agreement in crimes against the tax system

Sérgio Rebouças

Beatriz Barros

La justicia especializada como camino entre lo universal y lo particular a la luz del caso chileno

Specialised justice as a path between the universal and the particular in the light of the Chilean case

Alejandra Castillo Ara

Teoria da Prova Penal ***Criminal evidence theory***

Reflexões sobre a preclusão do direito de provar no processo penal brasileiro

Reflections about the preclusion of the right to prove in Brazilian criminal procedure

Gisele Mara de Oliveira

Samia Saad Gallotti Bonavides

Luiz Gustavo Giuriatto Ferraço

O caso Yara Gambirasio e a (im)possibilidade da coleta de material genético em massa da população brasileira

The Yara Gambirasio case and the (im)possibility of mass collection of genetic material from the Brazilian population

Cinthia Obladen de Almendra Freitas

Rafael Junior Soares

Raissa de Cavassin Milanezi

Medidas cautelares ***Preventive measures***

Audiência de custódia em decorrência de cumprimento de mandado de prisão cautelar: perspectivas a partir de um estudo empírico realizado na comarca de Pelotas/RS

Custody hearing resulting from fulfillment of a cautionary arrest order: perspectives from an empirical study developed in the jurisdiction of Pelotas/RS

Felipe Lazzari da Silveira

Dossiê:
Digitalização e justiça
penal: aspectos procedimentais

*Digitalisation and criminal
justice: procedural aspects*


Editorial of dossier “Digitalisation and criminal justice: procedural aspects” – An introductory overview

Editorial do dossiê “Digitalização e justiça penal: aspectos procedimentais” – Uma introdução geral

Daniele Vicoli¹

Alma Mater Studiorum University of Bologna, Bologna, Italy

daniele.vicoli@unibo.it

 <https://orcid.org/0000-0002-4505-4147>

ABSTRACT: The article, in addressing the issue of the digitalisation of criminal proceedings, focuses on three areas: creation, filing and storage of deeds and legal acts; means for the execution of notifications; remote participation in procedural activities and, in particular, hearings. This perimeter coincides with that of the call for papers at the origin of the seven contributions collected in this special issue of the RBDPP. The aim is to provide, also in the light of the Italian experience, an introductory overview of the issues raised by digital transition and a starting point for future reflection.

KEYWORDS: Criminal proceedings; native digital acts; digital dossier; notifications; videoconference.

RESUMO: O artigo, ao abordar a questão da digitalização dos processos criminais, concentra-se em três áreas: criação, autuação e armazenamento de documentos e atos jurídicos; meios para a execução de notificações; participação remota em atividades processuais e, especialmente, audiências. Esses debates coincidem com o da chamada de artigos que resultou nas sete contribuições coletadas para esta edição especial da RBDPP. O objetivo é fornecer, também à luz da experiência italiana, uma visão introdutória das questões levantadas pela transição digital e um ponto de partida para futuras reflexões.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; atos digitais; atos digitais; notificações; videoconferência.

¹ Associated Professor of Criminal Procedure - Alma Mater Studiorum University of Bologna. PhD in Criminal Procedure.

1. TELEMATIC CRIMINAL PROCEEDINGS: THE SUBJECT AREAS.

It is well known that the relationship between criminal justice and new technologies can be explored through different perspectives. In order to identify a specific thematic area in this multifaceted field, the concept of telematic proceedings appears to be particularly useful. The label refers to the use of Information and Communications Technologies (ICT) to regulate the «development, transmission and exchange of “information flows”» that characterise the criminal process².

In this respect, for a long time the regulatory approach has been very cautious, almost insensitive to the innovations resulting from technological progress. The doctrine has also been sceptical, inspired by the fear of a change in the fundamental principles of criminal procedure and a weakening of guarantees³.

Against this background, the COVID-19 pandemic was undoubtedly a turning point. The need to avoid the paralysis of judicial activities made it essential to adopt a specific regulation concerning digitalisation⁴. However, this development was driven by urgency, especially in the first phase and this has led to choices which were not always thoughtful and well pondered. In any case, from that moment on many European⁵ and Latin American countries have shown great openness to the use of digital tools in criminal proceedings⁶.

² See GALGANI, Benedetta. *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica: Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*. Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 2.

³ See GALGANI, Benedetta. Digitalizzazione del processo penale: riflessioni sul dover essere di una nuova “cartografia”. Available at: www.discrimen.it. Accessed on: 30.5.2024, p. 3 f.

⁴ See DI PAOLO, Gabriella. “Riforma Cartabia” e digitalizzazione del processo penale. Verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, p. 90 f.

⁵ See European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). *European judicial systems CEPEJ Evaluation Report 2022*, Part 1. Available at: www.coe.int/en/web/cepej/special-file-report-european-judicial-systems-cepej-evaluation-report-2022-evaluation-cycle-2020-data-. Accessed on: 25.5.2024, p. 111 f.

⁶ See ARELLANO, Jaime; CORA, Laura; GARCÍA, Cristina; SUCUNZA, Matías. *Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19: Medidas generales*

Beyond the specific solutions that national legislators have elaborated and progressively developed, the relevant fact is a change in the culture. The experience gained in the 2020-2022 period has made it possible to identify the positive aspects of digitalisation in terms of efficiency and simplification of criminal justice. Based on these premises, a new course has been set with the aim of rationalising and stabilising the measures introduced during the health crisis. With this in mind, it has become necessary to draw up a discipline that is organic and coherent in order to make up inconsistencies and gaps in the legislation adopted during the pandemic period⁷.

The legislative policy direction that has emerged is in line with the path traced by the European Union's initiatives. In particular, action plans on e-Justice have been adopted on a regular basis since 2014⁸. The most recent one covers the period 2024-2028⁹ and, in the light of the main pieces of legislation already in force¹⁰, reiterates that the main objectives

adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales. Justice Studies Center of the Americas. Available at: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5648/REPORTECEJA_EstadodelajusticiaenALbajoelCOVID19_20mayo2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Accessed on: 20.5.2024.

⁷ See DELVECCHIO, Francesca. L'informatizzazione della giustizia penale. *Diritto penale contemporaneo*, Riv. trim., 2021, no. 2, p. 61 f.; GIALUZ, Mj-tia; DELLA TORRE, Jacopo. *Giustizia per nessuno: L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi economica e riforma Cartabia*. Torino: Giappichelli, 2022, p. 294 f.

⁸ See GALGANI, Benedetta. *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica: Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*. Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 12 f.

⁹ Council of the European Union, *European e-Justice Strategy 2024-2028*. Available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15509-2023-INIT/en/pdf>. Access on: 26.5.2024.

¹⁰ Regulation (EU) 2020/1783 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters; Regulation (EU) 2020/1784 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters; Regulation (EU) 2022/850 on a computerised system for the cross-border electronic exchange of data in the area of judicial cooperation in civil and criminal matters (e-CODEX system); Regulation (EU) 2023/1543 on European Production Orders and European Preservation Orders for electronic evidence in criminal proceedings and for the execution of custodial sentences following criminal proceedings; Regulation (EU) 2023/2844 on the digitalisation of judicial cooperation and

to be pursued concern three areas: access to information in the field of justice; electronic communication between judicial authorities, citizens and legal professionals; interoperability of computerised legal systems.

In the context of the strategy to be implemented, it is clear that the cooperation between States is of central importance and that, in this perspective, the adoption of computerised procedures for data exchange is easier when national systems have developed similar technological solutions. This is the reason why the e-Justice action plan applies to the Member States and «should serve as an inspiration for all European Union actors involved in the process of digital transformation in the field of justice»¹¹. And then there is another important aspect to be considered: as digitalisation «aims to facilitate and improve access to justice, make the judicial system more effective and efficient, while facilitating the work of justice professionals, and bring it closer to the citizens»¹² it undoubtedly fits the European goals in terms of growth and development.

The purpose of this editorial is to provide an overview of the issues underlying the thematic areas that represent the pillars of the digital transition in criminal justice, also in the light of the reflections that have taken place in Italy after the Legislative Decree no. 150 of 10 October 2022 has entered into force: creation, filing and storage of deeds and legal acts; means for the execution of notifications; remote participation in trial activities and, in particular, hearings.

2. A FEW ESSENTIAL CRITERIA FOR A BALANCED DIGITAL TRANSITION.

In order to define the conditions for a balanced transition towards a digitalised criminal proceedings, the starting point is to emphasise that the role of technology must be an auxiliary one. It shall support the

access to justice in cross-border civil, commercial and criminal matters, and amending certain acts in the field of judicial cooperation.

¹¹ Council of the European Union, *European e-Justice Strategy 2024-2028*. Available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15509-2023-INIT/en/pdf>. Accessed on: 26.5.2024, p. 8.

¹² Council of the European Union, *European e-Justice Strategy 2024-2028*. Available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15509-2023-INIT/en/pdf>. Accessed on: 26.5.2024, p. 4.

execution of activities and duties – especially those related to decision-making – without ever being a substitute for the human factor¹³.

This premise is highly topical in light of the growing and unstoppable development of operational tools based on the use of Artificial Intelligence (AI)¹⁴. Criminal proceedings are no stranger to these new technological frontiers, as demonstrated by the Act on AI that has just been approved by the European Parliament and Council¹⁵.

In general terms, the aim is to promote «the uptake of human centric and trustworthy artificial intelligence, while ensuring a high level of protection of health, safety, fundamental rights enshrined in the Charter» of Fundamental Rights of the European Union (art. 1).

With specific reference to the justice sector, Recital 61 states that «the use of AI tools can support the decision-making power of judges or judicial independence, but should not replace it: the final decision-making process must remain a human-driven activity». Consistent with this basic approach is the decision to classify as high-risk and thus subject to special measures «AI systems intended to be used by a judicial authority or on their behalf to assist a judicial authority in researching and interpreting facts and the law and in applying the law to a concrete set of facts, or to be used in a similar way in alternative dispute resolution» (art. 6 paragraph 2 and Annex III, paragraph 8 (a)).

¹³ See GALGANI, Benedetta. *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica: Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*. Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 2; SIGNORATO, Silvia. A New Right in Criminal Procedure Implied by Human Dignity: The Right to Non-Automated Judicial Decision-Making. *Journal of Eastern European Criminal Law*, 2020, no. 2, p. 9 f.

¹⁴ See BRIGHI, Raffaella (ed.). *Nuove questioni di informatica forense*. Roma: Aracne, 2022, p. 303 f.; CONTISSA, Giuseppe; LASAGNI, Giulia. When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters: In Search of an Effective Remedy. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, no. 3, p. 280 f.; QUATTROCOLO, Serena. *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings: A Framework for A European Legal Discussion*. Cham: Springer, 2020.

¹⁵ The final draft (*European Parliament "Corrigendum" of 16th April 2024*) of the AI Act unanimously endorsed by the European Union's Member States is available at www.artificialintelligenceact.eu/the-act/. Access on: 25.5.2024.

On this point, Recital 61 emphasises that this classification is justified in the light of the need to deal with the risk of «potential biases, errors and opacity»; it adds, however, that «AI systems intended for purely ancillary administrative activities that do not affect the actual administration of justice in individual cases, such as anonymisation or pseudonymisation of judicial decisions, documents or data, communication between personnel, administrative tasks» are not included in the scope of application. A trace of this distinction can be found in art. 6 paragraph 3, according to which «by derogation from paragraph 2, an AI system referred to in Annex III shall not be considered to be high-risk where it does not pose a significant risk of harm to the health, safety or fundamental rights of natural persons, including by not materially influencing the outcome of decision making».

The wording of the latter provision – based on the concept of “significant risk” – is less stringent than Recital 61 and seems to broaden the category of non-high-risk systems that can be used in the administration of justice. In addition to this aspect, it should be noted that the “other risk” classification does not imply a radical prohibition, since the use (with the necessary safeguards) of AI tools seems to be permitted, even to assist in the drafting of judicial decisions provided that the judge takes the authorship and the responsibility of the legal act¹⁶.

Once the areas of intervention and their limits have been identified, attention should be focused on the criteria that should guide the legislator in addressing the challenges posed by the digitalisation of criminal proceedings.

First of all, it is necessary to establish the legal basis through the enactment of general provisions. In this way, the foundations will be laid for an “ecosystem” where new and old principles and rules can happily cohabit¹⁷.

¹⁶ See CAIANIELLO, Michele; PUGLIESE, Antonio. *Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico*. In CAIANIELLO, Michele; GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli, 2024, p. 209.

¹⁷ See CAIANIELLO, Michele; PUGLIESE, Antonio. *Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico*. In CAIANIELLO, Michele;

A second guiding criterion can be defined in terms of technological neutrality and is justified by the rapid pace of progress in the digital world: solutions developed today may become obsolete in a short period of time, with the effect that adaptation is required. For this reason, the discipline must not be linked to a specific medium, but to the objectives that the digital instrument must be able to guarantee. In this sense, to ensure that legislation keeps pace with technological development “open” rather than “rigid” provisions should be preferred and it is up to secondary sources of law (governmental regulations) to discipline technical aspects, which may be subject to frequent updates over time¹⁸.

Finally, when it comes to the organisational level, the importance of the role played by the State must be emphasised. In several sectors, the intervention of private bodies in charges of high-technology services seems unavoidable. In this perspective, in order to protect the public interest and the rights involved in the criminal proceedings, it is essential that the State is able to exercise an effective supervisory role¹⁹.

3. CREATION, FILING AND STORAGE OF DEEDS AND LEGAL ACTS.

The first subject to be considered is formation, filing and storage of deeds and legal acts.

At the methodological level, a perspective that encompasses all procedural activities should be adopted in this specific area. This is essential for realising the benefits of efficiency and simplification. At the same time, however, it may be appropriate to observe a criterion of

GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli, 2024, p. 167.

¹⁸ See GALGANI, Benedetta. ...along came il processo penale telematico. Le disposizioni generali sugli atti. In CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (ed.), *Riforma Cartabia: La nuova giustizia penale*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2023, p. 404.

¹⁹ See CAIANIELLO, Michele; PUGLIESE, Antonio. Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico. In CAIANIELLO, Michele; GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli, 2024, p. 170.

progressiveness, in the sense of a gradual implementation of digitalisation. In particular, given the conditions that need to be met before the new mechanisms become operational – organising administrative offices, staff training and implementation of IT technologies – a step-by-step approach seems to be wise and helpful²⁰, also in order to prevent the risk of a new wave of skepticism towards digitalisation and the new rules that go in that direction.

As for the merits, the basic step to be taken is establishing that acts requiring written form are to be performed digitally, signature included²¹. Adherence to this model requires clear and consistent choices: the rule must be that deeds need to be digital native; only in exceptional cases the use of analogue methods for drawing up legal acts should be permitted.

Documents, understood as evidence, meaning that they are created outside the criminal proceedings and for autonomous purposes, are excluded from this approach. Therefore, they retain their original shape which may well be analogue. It can only be required digital conversion whenever possible.

It is assumed that the filing of deeds and legal acts should be also done by digital means. At the operational level, the best option is to develop a portal that allows the parties to “upload” deeds and legal acts after having gained access to it by means of personal credentials in order for them to be acquired to the digital dossier²².

²⁰ See CAIANIELLO, Michele; PUGLIESE, Antonio. Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico. In CAIANIELLO, Michele; GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli, 2024, p. 176.

²¹ See SIGNORATO, Silvia. La gestione telematica dell’atto processuale nel dedalo del processo penale. In CATALANO, Elena Maria; KOSTORIS, E. Roberto; ORLANDI, Renzo (ed.), *Riassetti della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, Torino: Giappichelli, 2023, p. 58 s.

²² See GIALUZ, Mjtia; DELLA TORRE, Jacopo. *Giustizia per nessuno: L’inefficienza del sistema penale italiano tra crisi economica e riforma Cartabia*. Torino: Giappichelli, 2022, p. 301.

This option would make it possible to overcome the problems that may arise when using certified electronic mail (CEM) to file legal acts²³, especially if the filing activity is subject to strict regulation. In this sense, the most relevant case is that of appeals: in the various systems failure to comply with the rules regarding presentation is usually sanctioned by inadmissibility. The Italian experience is significant in this respect. Under the transitional provisions of article 87-*bis* of Legislative Decree no. 150 of 10 October 2022, for certain categories of acts – including appeals – the filing consists in sending it to the certified electronic mail addresses indicated for each judicial office in a special regulation of the Ministry of Justice; the appeal is inadmissible if it is sent to a certified electronic mail address which, according to the Ministry of Justice’s regulation, is «not referable» to the judicial body that issued the appealed decision²⁴. On this point, the Court of Cassation has clarified that sending the appeal to an address not included in the Ministry of Justice’s regulation will undoubtedly render the appeal inadmissible²⁵. It should also be noted that, according to a very strict approach, an appeal will also be inadmissible if it is sent to an address other than the one specifically designated for the receipt of appeals within the receiving office²⁶. In this respect, the Court of Cassation has held that a different interpretation, based on the adequacy of the mailing to “achieve the purpose”, would have the effect of complicating the procedure and lengthening its duration. This is an overly rigid position, which is contradicted by the wording of Article 87-*bis* Legislative Decree no. 150 of 10 October 2022. It is emblematic of an unbalanced approach in favour of efficiency, resulting in the right to defence being sacrificed.

²³ See GALGANI, Benedetta. ...along came il processo penale telematico. Le disposizioni generali sugli atti. In CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (ed.), *Riforma Cartabia: La nuova giustizia penale*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2023, p. 417.

²⁴ See TRABACE, Cesare. Il deposito telematico delle impugnazioni prima durante e dopo l'emergenza epidemiologica. *Archivio penale*, 2023, no. 1, p. 23 f.

²⁵ Court of Cassation, sec. IV, 14 November 2023, no. 48804, Pezzella, in *C.E.D.*, no. 285399.

²⁶ Court of Cassation, sec. II, 21 February 2024, no. 11795, Martorano, in *C.E.D.*, no. 286141.

In line with the criterion of technological neutrality, general provisions on the creation and filing of documents should not specify the tool to be used. It is essential that they set out the requirements to be met²⁷.

As for the drafting of acts, the digital shape must be such as to guarantee the authenticity, integrity, readability, interoperability and, where required by law, the secrecy of the act. As regards filing, the relevant function is of making the act official and known to the judicial authority and parties. Accordingly, certainty of the transmission – also with reference to chronological aspects – and of the identity of the sender and the addressee shall be ensured.

The option of digitalisation must be balanced – as mentioned above – by providing for exceptional cases in which deeds may be drawn up and filed in analogue form and then digitally converted.

These cases must be rigorously formulated. Vague and imprecise clauses (e.g. based on unspecified procedural reasons) should be avoided in order to prevent the risk of the general rule being circumvented.

The aspect worthy of attention is related to the impact that the use of digital modalities may have on the exercise of the defence rights, especially those which involve an active role on the part of the defendant. In fact the accused may not have the necessary skills or technical equipment. In such circumstances there would be a concrete risk of breach of the right to defence. For this reason, the first exception should be related to acts carried out by the defendant in person. This category includes: *a*) acts that are prerogative of the accused, who may authorise his lawyer to perform them by issuing a special authorization²⁸; *b*) acts that the defendant is entitled to perform by his own, i.e. without the indispensable “mediation” of the defence lawyer²⁹.

²⁷ See CAIANIELLO, Michele; PUGLIESE, Antonio. *Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico*. In CAIANIELLO, Michele; GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli, 2024, p. 189.

²⁸ For example, in Italian criminal procedure, the request for the abbreviated proceedings (art. 438 co. 3 CCP).

²⁹ Such as the filing of an appeal against a first instance decision in Italian criminal procedure (art. 571 co. 1 CCP).

A second exception should concern those acts which parties are allowed to perform directly before the court without need for prior notice. In these cases, the decision to exclude the use of analogue methods would result in preventing the exercise of a right provided for by law. For the same reason, it is unacceptable to envisage an implicit abrogation of the provision which allow an act to be presented in court³⁰. It is true that in the abovementioned cases the coexistence between digital and analogue persists, which is something that could potentially slow down the digital transition; however, the principle of legality and the rights of the parties are of paramount importance.

Finally, the possibility of a malfunction of the computer systems for the filing of deeds must be taken into account. The head of the competent ministerial or judicial office must certify such exceptional situation, so that those affected can be informed in good time. And it should be granted the possibility to create and file legal acts in analogue mode for the duration of the disruption.

Compliance with the digital model means that deeds and legal acts, once they have been created and filed, are entered and stored in a digital dossier.

In addition to the principle of technological neutrality, the following requirements must be guaranteed: authenticity, integrity, accessibility, interoperability and ease of telematic consultation. In particular, the latter aspect should be designed with a view to strengthening the effectiveness of the right to defence: the aim is to overcome the difficulties associated with managing paper-based files in order to provide the defendant with a complete and updated set of acts that are easy to consult³¹.

³⁰ CAIANIELLO, Michele; PUGLIESE, Antonio. Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico. In CAIANIELLO, Michele; GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli, 2024, p. 195.

³¹ See GALGANI, Benedetta. ...along came il processo penale telematico. Le disposizioni generali sugli atti. In CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (ed.), *Riforma Cartabia: La nuova giustizia penale*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2023, p. 422.

On a practical level, the digital dossier is a “virtual container” in which deeds and acts can be grouped into two categories, namely: a) those that are native digital (only available in this format); b) those that are analogue in origin and filing, but are subsequently converted into a digital copy.

At the same time, it is essential to consider the structure of the criminal proceedings, paying particular attention to the relationship between the investigation stage and the trial. These two phases are strictly separated in systems inspired by the adversary model: the trial judge, unlike the parties, cannot have access to the investigation acts. This because, in principle, the decision must be based on the evidence gathered during the trial, through cross-examination and in accordance with the principles of orality-immediacy. This fundamental principle of separation between investigation and trial phases must continue to be guaranteed in the “new era” of digital case-file management³². This means that, at the beginning of the trial the case-files become two: one containing the investigation acts and accessible only to the parties; the other gathering the acts collected during the trial and accessible also by the judge.

4. NOTIFICATIONS.

There are two aspects to be taken into account when considering the relationship between notifications and digitalisation. On the one hand, these are activities that are of fundamental importance in implementing a strategy aimed at achieving the desired efficiency; on the other hand, they are an instrument of knowledge that is indispensable for the exercise of the rights attributed to the parties in the proceedings³³. Therefore, a careful balance needs to be struck between the various interests involved.

³² See GALGANI, Benedetta. *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica: Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*. Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 346.

³³ See NICOLICCHIA, Fabio. Domicilio digitale e notificazioni. In CASTRO-NUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (ed.), *Riforma Cartabia: La nuova giustizia penale*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2023, p. 430.

In order to take advantage of the possibilities offered by technology in this area, the rule should be that service is to be effectuated by electronic means. As a result, the traditional methods, i.e. hand delivery and dispatch by post, become residual.

In view of the function associated to the service, particular care must be taken in defining the requirements to be met by the technical means in use. They concern the identity of those sending and receiving, the integrity of the transmitted act and the certainty, including certainty on timeliness, of transmission and receipt³⁴. This last profile highlights the central issue: verification of the effectiveness of e-service. At this stage, the simplest solution is based on the notion of a digital domicile³⁵, which is “attached” to a certified electronic mail (CEM) address³⁶.

Against this background, while it is understood that notifications concern a number of persons, the focus should be on the defendant and his lawyer.

For the lawyer, communication sent by digital means may be considered physiological, provided that certain conditions are met. In particular, the reference is to the obligation, which has now become widespread in many legal systems, for legal practitioners to have a CEM address that is included in a public list.

However, these considerations should not lead to an underestimation of the notifications to be made to the defendant. In this respect, a wise approach consists in admitting that communications addressed to the accused are delivered to the lawyer, but only once the defendant’s knowledge of the nature of the accusation against him/her has been ensured³⁷.

³⁴ See ALONZI, Fabio. La rinnovata disciplina delle notificazioni. In CAIANIELLO, Michele; GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli, 2024, p. 271.

³⁵ See GALGANI, Benedetta. *Forme e garanzie nel prisma dell’innovazione tecnologica: Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*. Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 343.

³⁶ It presents a higher degree of guarantee but is much less common to use an address with a qualified certified delivery service as defined by article 44 Regulation (EU) 910/2014 (so-called eIDAS).

³⁷ With reference to the changes introduced into the Italian procedural system by Legislative Decree no. 150 of 10 October 2022 see ALONZI, Fabio. La

Of course, such mechanism, that takes advantage of the CEM service system, is much more efficient. At the same time, there are some critical aspects that need to be addressed. It places specific burdens on the lawyer and the assisted person: the former must be meticulous and timely in informing the latter, who must behave diligently and always be available to enable constant “dialogue”. These conditions are quite common when the accused is represented by a trusted lawyer and much less common when the lawyer is a court-appointed lawyer one³⁸.

Another problem stems from the fact that, as a general rule, citizens – unlike legal professionals – are not required to have a CEM address. Consequently, no public lists are compiled for judicial authorities to consult. Hence, telematic transmission can only take place if the defendant declares a digital domicile, thus manifesting a willingness to receive notifications at the “place” represented by the CEM mailing box.

On a different note, it has to be considered whether notifications by digital means are capable of ensuring effective knowledge of the procedural act.

From this point of view, the approach should not be one of *a priori* mistrust. From a certain perspective, the mechanism based on the CEM system offers greater guarantees than the traditional one, in particular in those procedural systems (e.g. the Italian one³⁹) which, in the case of service by post, allow third parties to collect the notice addressed to the defendant. On the other hand, it has to be taken into account the possibility of temporary disruptions of the CEM box⁴⁰. These circumstances should

rinnovata disciplina delle notificazioni. In CAIANIELLO, Michele; GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli, 2024, p. 276 f.

³⁸ See ALONZI, Fabio. La rinnovata disciplina delle notificazioni. In CAIANIELLO, Michele; GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli, 2024, p. 281.

³⁹ See NICOLICCHIA, Fabio. Domicilio digitale e notificazioni. In CASTRO-NUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (ed.), *Riforma Cartabia: La nuova giustizia penale*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2023, p. 440.

⁴⁰ See SIGNORATO, Silvia. La gestione telematica dell’atto processuale nel dedalo del processo penale. In CATALANO, Elena Maria; KOSTORIS, E. Roberto;

be carefully evaluated, especially when the court has to decide whether to proceed in the absence of the defendant. In fact, there is the risk that the non-appearance of the accused is due to a lack of knowledge of the hearing. In view of this scenario and bearing in mind the importance, recognised also at the European level⁴¹, of the defendant having actual and proper knowledge of the summons, there should be a requirement that the delivery of this act has to be in person.

5. AUDIO-VISUAL LINKS.

Audio-visual links are one of the oldest forms of ICT use in the criminal justice field. In many jurisdictions, they were already regulated before the COVID-19 pandemic. However, undoubtedly the experience gained since 2020 has been a turning point in favour of remote participation in court activities and, in particular, hearings.

The use of video links as a means of participating in the proceedings goes to the “heart” of the fair trial clause due to its problematic relationship with the rights of defence and the adversarial principle.

At the outset, it has to be said that videoconferencing is a very broad concept as it refers to a number of different settings and options. To frame the issue, it is useful to consider two perspectives: one based on the subjects allowed to participate remotely; the other focused on the procedural activities and hearings that can be conducted by videoconference.

As for the first perspective, the most advanced option is the so-called “dematerialised” or virtual hearing: there is no physical courtroom⁴² and the hearing consists of a sum of virtual connections bringing together the parties, the judge, the witnesses etc. This model seems to exceed the

ORLANDI, Renzo (ed.), *Riassetti della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, Torino: Giappichelli, 2023, p. 65.

⁴¹ See QUATTROCOLO, Serena; RUGGERI, Stefano (ed.). *Personal Participation in Criminal Proceedings: A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*. Cham: Springer, 2019.

⁴² See GALGANI, Benedetta. *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica: Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*. Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 240.

limits of what is reasonable in terms of a gradual and balanced digital transition. Less radical choices that retain the centrality of the courtroom with the physical presence of the judge are certainly preferable.

Through the subjective view angle, there is a whole range of possible solutions that cannot be discussed in detail here. However, it is important to set a few basic rules. In particular, the equality of arms principle should be guaranteed. In this sense, problems arise if the discipline is asymmetrical, in the sense that it requires the physical presence of the prosecutor but not that of the defence counsel, who may be connected to the courtroom by means of an audio-visual link. In this situation, there would be an imbalance to the benefit of the prosecution and against the defence since the parties do not have equal opportunities to support their case. Thanks to the fact of being in the same – physical – place as the judge, the public prosecutor may be able to play a more incisive role and have greater influence over the decision⁴³.

Having said that, we now have to take into account the delicate position of the defendant. On the criminal justice scene, they are the main actor: they have been charged and their freedom is at stake. In this perspective, the approach to be adopted is one of caution and careful consideration of the reasons that allow to renounce to the physical presence of the accused in their proceedings, on the one hand, and of the capability of videoconferencing to ensure a full understanding of what is happening in the courtroom, the confidentiality of communications between lawyer and client and all the other rights which may be affected by the use of audio-visual links, on the other hand⁴⁴.

As for the first aspect (the second one will be discussed later), the grounds for allowing the defendant to participate remotely should be related to interests worthy of protection, such as the need to guarantee public safety. For instance, the use of audio-visual links

⁴³ See NEGRI, Daniele. Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale. In CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (ed.), *Riforma Cartabia: La nuova giustizia penale*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2023, p. 454 f.

⁴⁴ See CURTOTTI, Donatella. *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 301 f.

may be admitted in criminal proceedings against organised crime when the accused is detained and ensuring their physical presence in the courtroom would put the public order at risk. On the contrary, the need to speed up the proceedings and avoiding delays should not be considered legitim aims⁴⁵.

Turning to the other perspective, based on the different stages and activities of the proceedings, here the assessment is highly discretionary, as it is a matter of “weighing” the various contexts to determine whether or not they are compatible with the use of audio-visual links. However, undoubtedly the main concerns are related to the trial hearing and, in particular, to the taking of evidence which may be affected by the use of audio-visual links in many different ways. Consider the following situations: the defendant being examined is not physically present at the hearing; during the examination of the witness, one (or more) of the parties are participating by means of videoconference; the source of testimonial evidence is connected from a place other than the courtroom. Each presents risks of circumvention or at least weakening of fundamental rights. In this sense, problems arise regarding the right to confrontation, especially in the systems which adhere to a “strong” conception of this right (i.e. a conception that interpret the confrontation clause in close connection with the principles of orality and immediacy) and infer from it the necessity of a direct and un-mediated relationship between the judge, the parties and the sources of evidence. If these persons are not gathered in the same physical place because they are participating in the hearing remotely, the “face-to-face” confrontation loses its strenght and eye-contact between the witness and, respectively, the parties and the judge, is lost. Indeed, the significance of orality and immediacy should

⁴⁵ See CURTOTTI, Donatella. Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza. In BACCARI, Gian Marco; BONZANO, Carlo, LA REGINA, Katia; MANCUSO Enrico Maria (ed.), *Le recenti riforme in materia penale*. Milano: Wolters Kluwer, 2017, p. 520; SIGNORATO, Silvia. L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive. Available at: www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/11/S.-Signorato-Lampliamento-dei-casi-di-partecipazione-a-distanza.pdf. Accessed on 20.5.2024, p. 10 f.

not be limited to the possibility of asking questions to the witness: the co-presence in the courtroom is also relevant⁴⁶.

In light of this, it should be provided that, except for the cases where the use of audio-visual links is grounded on public safety reasons, participation by means of videoconference is subjected to the will of the parties⁴⁷. This way, it is up to the parties to decide whether a direct and unmediated relationship with the source of evidence is necessary or not.

Finally, a look at the technical and organisational aspects. On this point, there is a fairly broad consensus on the essential conditions that must be in place when audio-visual connection is activated: participation in the procedural activity or hearing should be effective. In this regard, the *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings* drawn up by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) recommend that the public authorities should ensure «as much as possible a true-to-life hearing experience»⁴⁸. This implies «the use of systems that allow two-way and simultaneous communication of image and sound enabling visual,

⁴⁶ See NEGRI, Daniele. Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale. In CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (ed.), *Riforma Cartabia: La nuova giustizia penale*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2023, p. 457 f.

⁴⁷ See European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*. Available at: <https://edoc.coe.int/en/efficiency-of-justice/10706-guidelines-on-videoconferencing-in-judicial-proceedings.html>. Accessed on: 25.5.2024, p. 14: «21) If legislation does not require the free and informed consent of the defendant, the court’s decision for his or her participation in the remote hearing should serve a legitimate aim. 22) The legitimate aim of remote hearing in criminal proceedings should be based on such values as the protection of public order, public health, the prevention of offences, and the protection of the right to life, liberty, and security of witnesses and victims of crimes. Compliance with the right to a trial within a reasonable time can be considered by the court in particular at stages in the proceedings subsequent to the first instance».

⁴⁸ See European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*. Available at: <https://edoc.coe.int/en/efficiency-of-justice/10706-guidelines-on-videoconferencing-in-judicial-proceedings.html>. Accessed on: 25.5.2024, p. 17.

audio, and verbal interaction»⁴⁹. In addition, a technical support system should be established for monitoring, reporting and troubleshooting videoconference interruptions or other malfunctions.

As far as the defendant is concerned, the meaning of “effective participation” is enriched with an additional profile: the possibility to communicate confidentially with the lawyer. In this sense, it has repeatedly been stated by the European Court of Human Rights that «an accused right to communicate with his advocate out of hearing of a third person is part of the basic requirements of the fair trial in a democratic society and follows from article 6 paragraph 3 (c) of the Convention. If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness»⁵⁰.

It follows that the lawyer should be given the opportunity to be in the place where the defendant is, or, alternatively, to use confidential lines to communicate with his/her client. This is an essential condition for the remote participation of the defendant in her own criminal proceedings to be in accordance with the fair trial clause, to the extent that, in the event of non-compliance, the European Court of Human Rights would be of the opinion that there had been an infringement of article 6 ECHR, irrespectively of any further assessment. This is clear from the reasons given by the Grand Chamber in the *Sakhnovskiy v. Russia* judgement. Having found that, in the case at hand, the defendant had not been guaranteed the possibility of consultation with his lawyer through a confidential and secure (from the risk of control by third parties) line, the European Court of Human Rights declared that there had been a violation of article 6 paragraph 3 (c) ECHR, without addressing the merits of the other complaints raised by the applicant with regard to the (in)effectiveness of participation by means of videoconference⁵¹.

⁴⁹ With reference to the Italian regulation see Constitutional Court, 14 July 1999, no. 342. Available at: www.giurcost.org/decisioni/1999/0342s-99.html. Accessed on 20.5.2024.

⁵⁰ European Court of Human Rights, 5 October 2006, *Marcello Viola v. Italy*, § 61. See also European Court of Human Rights, 27 November 2007, *Asciutto v. Italy*, § 60.

⁵¹ European Court of Human Rights, Grand Chamber, 2 November 2010, *Sakhnovskiy v. Russia*, § 108.

6. CONCLUSION: ABOUT THIS SPECIAL ISSUE OF THE RBDPP.

The scenario outlined above was the inspiration for this special issue of the RBDPP and the associated call for papers. The idea was to gather contributions that, in the light of the different national experiences, could provide different perspectives on the perceived opportunities and critical issues tied to the digitalisation of the criminal proceedings with particular reference to the abovementioned thematic areas, as well as different strategies as to how it is possible to combine efficiency and guarantees in this delicate field.

The dossier includes seven papers that have passed the editorial filters and peer review. They are written in English and Spanish and examine the discipline and experiences of both European (Italy, Poland and Spain) and Latin America (Brazil, Chile and Mexico) countries. Some of them focus on the use of video links for the participation in hearings, in particular in order to assess their relationship with the principle of orality-immediacy (Biral; Badowiec; González Postigo); others take a broader perspective and, in line with the call for papers, cover the different areas of the criminal procedure which are affected by digitalisation (Planchadell-Gargallo; Perilla Granados; Sakowicz and Zieliński; Xavier). The plurality of the systems considered gives the dossier a transnational dimension, which has the merit of laying the foundations for future reflections, including those inspired by a comparative approach.

REFERENCES

ALONZI, Fabio. La rinnovata disciplina delle notificazioni. In CAIANIELLO, Michele; GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli.

ARELLANO, Jaime; CORA, Laura; GARCÍA, Cristina; SUCUNZA, Matías. *Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19: Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales*. Justice Studies Center of the Americas. Available at: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5648/REPORTECEJA_EstadodelajusticiaenALbajoelCOVID19_20mayo2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y.

BRIGHI, Raffaella (ed.). *Nuove questioni di informatica forense*. Roma: Aracne, 2022.

CAIANIELLO, Michele; PUGLIESE, Antonio. Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico. In CAIANIELLO, Michele; GIALUZ, Mitja; QUATTROCOLO, Serena (ed.), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*. v. I. Torino: Giappichelli, 2024.

CONTISSA, Giuseppe; LASAGNI, Giulia. When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters: In Search of an Effective Remedy. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, no. 3, p. 280.

CURTOTTI, Donatella. *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2006.

CURTOTTI, Donatella. Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza. In BACCARI, Gian Marco; BONZANO, Carlo, LA REGINA, Katia; MANCUSO Enrico Maria (ed.), *Le recenti riforme in materia penale*. Milano: Wolters Kluwer, 2017.

DELVECCHIO, Francesca. L'informatizzazione della giustizia penale. *Diritto penale contemporaneo, Riv. trim.*, 2021, no. 2, p. 61.

DI PAOLO, Gabriella. "Riforma Cartabia" e digitalizzazione del processo penale. Verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, p. 87.

GALGANI, Benedetta. ...along came il processo penale telematico. Le disposizioni generali sugli atti. In CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (ed.), *Riforma Cartabia: La nuova giustizia penale*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2023.

GALGANI, Benedetta. *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*. Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2022.

GALGANI, Benedetta. Digitalizzazione del processo penale: riflessioni sul dover essere di una nuova "cartografia". Available at: www.discrimen.it. Accessed on: 30.5.2024.

GIALUZ, Mitja; DELLA TORRE, Jacopo. *Giustizia per nessuno: L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi economica e riforma Cartabia*. Torino: Giappichelli, 2022.

NEGRI, Daniele. Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale. In CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (ed.), *Riforma Cartabia: La nuova giustizia penale*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2023.

NICOLICCHIA, Fabio. Domicilio digitale e notificazioni. In CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (ed.), *Riforma Cartabia: La nuova giustizia penale*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2023.

QUATTROCOLO, Serena; RUGGERI, Stefano (ed.). *Personal Participation in Criminal Proceedings: A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*. Cham: Springer, 2019.

QUATTROCOLO, Serena. *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings: A Framework for A European Legal Discussion*. Cham: Springer, 2020.

SIGNORATO, Silvia. A New Right in Criminal Procedure Implied by Human Dignity: The Right to Non-Automated Judicial Decision-Making. *Journal of Eastern European Criminal Law*, 2020, no. 2, p. 9.

SIGNORATO, Silvia. L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive. Available at: www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/11/S.-Signorato-Lampliamento-dei-casi-di-partecipazione-a-distanza.pdf. Accessed on 20.5.2024.

SIGNORATO, Silvia. La gestione telematica dell'atto processuale nel dedalo del processo penale. In CATALANO, Elena Maria; KOSTORIS, E. Roberto; ORLANDI, Renzo (ed.), *Riassetto della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, Torino: Giappichelli, 2023.

TRABACE, Cesare. Il deposito telematico delle impugnazioni prima durante e dopo l'emergenza epidemiologica. *Archivio penale*, 2023, no. 1, p. 1.

Authorship information

Daniele Vicoli. Associated Professor of Criminal Procedure - Alma Mater Studiorum University of Bologna, Italia. PhD in Law. daniele.vicoli@unibo.it

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 15/07/2024
- Editorial Review: 20/07/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

VICOLI, Daniele. Editorial of dossier “Digitalisation and criminal justice: procedural aspects” – An introductory overview.
Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 10, n. 2, e1061, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.1061>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


The Italian Route towards Digitalisation of Criminal Proceedings. The Latest Developments in the Field of Remote Justice

*O caminho italiano para a digitalização do processo penal.
Os últimos avanços no campo da justiça remota.*

Marianna Biral¹

Università degli Studi di Trento, Trento, Italia.

marianna.biral@unitn.it

 <https://orcid.org/0000-0001-7915-1562>

ABSTRACT: The development of the remote justice paradigm plays a key role in the digitalisation of criminal proceedings as provided for by Legislative Decree n. 150 of 2022. Taking advantage of the experience gained during the COVID-19 pandemic, when audiovisual links demonstrated their potential in terms of time savings and efficiency for the judicial system, the legislator decided to make participation by videoconference a stable and general alternative to in-presence participation for a wide range of acts and hearings (including the taking of evidence) provided that persons concerned give their consent. After reviewing the milestones in the evolution of the meaning and scope of remote justice within the realm of the Italian criminal procedure the paper attempts to answer two questions: how does the new legislation fit into the academic and jurisprudential debate developed on the subject over the years? Is the current framework able to combine efficiency and guarantees in a satisfactory way?

KEYWORDS: Remote justice; participation by videoconference; virtual hearing; defense rights; right to confrontation.

RESUMO: *No caminho rumo à digitalização do processo penal promovida pelo Decreto Legislativo n.º 150 de 2022, o aprimoramento do paradigma da justiça*

¹ Dottoressa di ricerca e Ricercatrice a tempo determinato (RtdA). Università degli Studi di Trento, Trento, Italia.

remota desempenha um papel fundamental. Ao aproveitar a experiência adquirida durante a pandemia de COVID-19, quando as conexões remotas demonstraram seu potencial em termos de economia de tempo e eficiência para o sistema judicial, o legislador decidiu tornar a participação por videoconferência uma alternativa estável e geral à participação presencial para uma ampla gama de atos e audiências (incluindo procedimentos de produção de provas), desde que as pessoas envolvidas afirmem o seu consentimento. Após uma visão geral dos marcos na evolução do significado e do escopo da justiça remota no âmbito do processo penal italiano, o artigo procura responder a duas perguntas: como o novo diploma legislativo se encaixa no debate acadêmico e jurisprudencial desenvolvido sobre o assunto ao longo dos anos? O atual quadro é capaz de combinar de maneira satisfatória eficiência e garantias?

PALAVRAS-CHAVE: *Justiça remota; participação por videoconferência; audiência virtual; direitos de defesa; direito ao confronto.*

1. INTRODUCTION

In 2022 the Italian legislator promulgated an ambitious reform (the so-called “Cartabia reform”) aimed at meeting three demanding imperatives: to reduce by 25% the so called “disposition-time”, i.e. the average time needed to adjudicate the case; to reduce the backlog in the courts; to simplify and rationalise the criminal justice system².

One of the pillars of the reform is digitalisation, with a wide range of measures aimed at making criminal proceedings faster, more technology-oriented and possibly “paperless”. In addition to the implementation of the digital dossier and notification mechanisms which largely take advantage of the digital domicile the consistent expansion of remote justice stands in this perspective. As has been noted in literature, this is one of the most sensitive aspects of the reform as it calls into question the rights of the defence and the adversarial nature of criminal proceedings. At the same time, it is clear that the push towards remote participation in acts and hearings may well satisfy the demands for efficiency on which the new legislation is based.

² Legislative Decree no. 150 of 2022.

Against this background, the aim of this essay is to analyse the new broad regulation on remote justice. In this perspective, after reviewing the milestones in the implementation of the remote justice paradigm in the field of criminal procedure and the related academic and jurisprudential debate from early 1990s to the present day, particular attention is paid to the key role played by the consent clause, which appears in each of the new cases of remote participation in acts and hearings. The thesis presented here is that, despite its theoretical suitability for facilitating the technological “switch” without significant cost to fundamental rights, it may not function properly in practice. In this respect, some proposals are made to smooth out the identified criticalities and to improve the perspective of a knowing and intelligent waiver to the right to physical presence in criminal proceedings.

2. FIRST STEPS, STABILIZATION AND GROWTH

At the dawn remote justice was enclosed within narrow bounds.

It was in 1992 that the Italian legislator first opened the doors to audiovisual links as a means of participating in criminal hearings (art. 7 Law Decree n. 306 of 8 June 1992, converted into Law n. 356 of 7 August 1992). That was a dramatic year for Italy: two of the most famous anti-Mafia magistrates (Giovanni Falcone and Paolo Borsellino) were assassinated by the criminal organization they were investigating. In response to these tragic events, the legislator introduced numerous measures, both substantive and procedural, to strengthen the fight against organised crime. One of these measures was the introduction of the first case of “remote examination” (*esame a distanza*) of witnesses³. In particular, under (the early version of) art. 147-*bis* CCP Implementing Provisions (from here on CCP imp. prov.) it was provided that testimony of collaborators of justice⁴ could be taken remotely, provided that the

³ The term is used here in a broad sense, including also co-accused persons.

⁴ As is well known, the term refers to persons accused or convicted of participating in a criminal organisation, who agree to cooperate with the judicial authorities, in particular by testifying about the criminal organisation and the crimes committed by its members, in exchange for protection from the

technological facilities were available. The purpose of this provision was to protect these people – who were often the target of deadly attacks, especially in those years – by avoiding their presence in the courtroom and by keeping the remote location secret⁵.

A further step forward was taken in 1998 (Law 7 January 1998 n. 11), when art. 147-*bis* CCP imp. prov. was broadened in scope⁶ and another application of videoconferencing was regulated: “remote participation” (*partecipazione a distanza*) in organised crime trials⁷ for defendants serving a custodial sentence or in pre-trial detention, in the event of serious threats to security or the complexity of the trial (with the exception of dangerous inmates, who must in any case participate remotely). The rationale in this case was to avoid the transfer of these persons from one prison to another (in order to allow them to attend the numerous trials in which they were involved as defendants), mainly in order to prevent the possibility of contacts between the members of the criminal association (art. 146-*bis* CCP imp. prov.)⁸.

These early implementations of remote justice were conceived as special measures to be adopted for security reasons, typically in criminal proceedings against organised crime. They were also designed to be in force for a limited period of time and not as a permanent feature of procedural law. For these reasons, the response of the majority of scholars has not been one of total rejection. Although the detrimental effects on the rights of the defence and on the adversarial model – particularly in terms of the

State. At the European level on this matter see Recommendation n. 5 of 2009 and, more recently, Recommendation n. 9 of 2022. Available at: <https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=0900001680a5fe33>. Accessed on: April 8, 2024.

⁵ See CURTOTTI, Donatella. *Esame a distanza*. *Enciclopedia del diritto*, Annali II, t. 1, 2008, p. 201.

⁶ This is mainly due to the fact that the remote examination of witnesses (unless in case the presence of the witness in the courtroom was necessary) became mandatory for collaborators of justice but also for co-accused persons when they were called to testify in organised crime proceedings.

⁷ And also in hearings in chambers (art. 45-*bis* CCP imp. prov.) such as preliminary hearing and the hearing of abbreviated proceedings.

⁸ See CURTOTTI, Donatella. *Dibattimento a distanza*. *Enciclopedia del diritto*, Annali II, t. 1, p. 164.

reduced fluidity and effectiveness of cross-examination, and the greater difficulty for the remotely connected defendant to follow what happens in the courtroom and to consult his or her lawyer in confidence – were not ignored, and indeed were clearly highlighted, the rules on video-links were essentially accepted as the outcome of a fair balancing between the protection of fundamental rights and the public interest⁹.

The Constitutional Court has also given the green light. In 1999 it ruled that the use of video-links as an alternative means of participating in court hearings is in line with the rights of the defence (art. 24 Cost.), in so far as the technology guarantees effective and concrete participation on the part of the accused and confidential communication with defence counsel¹⁰. In this perspective, technical aspects have played a significant role in the recognition of the constitutional legitimacy of art. 146-bis CCP imp. prov. In particular, the fact that the provision required a two-way (bidirectional) link capable of guaranteeing mutual visibility between the persons present in the courtroom and those – the defendants – at the remote location has been positively highlighted.

The effect of the decision of the Constitutional Court, together with the substantial approval by the European Convention of Human Rights¹¹ and the reduction in the costs of IT equipment led to the

⁹ At least with respect to the cases strictly tight to the said rationale and not inspired by the need to speed up the proceedings. See VOENA, Giovanni Paolo. *Il telesame*. In: ZAPPALÀ, Enzo (org.) *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 104 ff.; BARGIS, Marta. *Videoconferenza*. In: ZAPPALÀ, Enzo (org.) *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 48 ff.; CURTOTTI, Donatella. *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 285 ff.

¹⁰ Constitutional Court, judgment n. 342 of 1999. For a critical comment on the judgement, see CONTI, Carlotta. *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare? Diritto penale e processo*, v. 6, n. 1, p. 79, 2000.

¹¹ In the case *Marcello Viola v Italy* the Strasbourg Court found that the virtual participation in the appeal hearings (under art. 146-bis CCP imp. prov.) by the defendant: a) «pursued legit aim» under the Convention «namely prevention of disorder, prevention of crime, protection of witnesses and victims [...] and compliance with the “reasonable time” requirement in judicial proceedings» as the applicant was accused of serious crimes related to Mafia's activities; b) did not put the defense at a substantial disadvantage as

conversion of the cases of remote justice from temporary to permanent solutions (Law of 23 December 2002 n. 279). Moreover, in the following years the scope of art. 146-*bis* and 147-*bis* CCP imp. prov. experienced a steady growth.

In 2010 a new case of “remote examination” was introduced for undercover agents (art. 147-*bis* co. 3 let. *c-bis* CCP imp. prov.): unless their presence in the courtroom is considered absolutely necessary by the judge, they are examined remotely and their face is shaded¹².

Then in 2017 an important change to remote participation’s scheme¹³. By virtue of Law 23 June 2017 n. 103 the use of video-links, in case of security needs and great complexity of the trial, has become possible also in criminal proceedings other than those against organised crime and regardless of the fact that the defendant is *in vinculis* or not (art. 146-*bis* co. 1-*quater* CCP imp. prov.). Furthermore, it has been provided that persons detained for offences related to organised crime and defendants benefiting from protection programs (*id est* collaborators of justice) shall always participate in their proceedings remotely, the only exception being if their physical presence at the hearing is deemed necessary by the judge (art. 146-*bis* co. 1, 1-*bis* and 1-*ter* CCP imp. prov.)¹⁴.

compared with the other parties to the proceedings as the accused by taking advantage of the audiovisual link had an opportunity to exercise the rights and entitlements inherent in the concept of a fair trial (ECtHR, 27 5 October 2006, *Marcello Viola v Italy*, § 71-76). Manifestly ill-funded was evaluated also the application in the case *Asciutto v Italy* (ECtHR, 27 November 2007, *Asciutto v Italy*). On the contrary, in the case *Zagaria v Italy* the Court found a violation of art. 6, but not due to the fact that participation by videoconferencing is as such contrary to the Convention neither is art. 146-*bis* CCP imp. prov. The problem was with how the provision, in particular the part concerning the confidentiality of the communications between lawyer and defendant, had been applied (ECtHR, 27 November 2007, *Zagaria v Italy*).

¹² Art. 8 Law of 13 August 2010 n. 136.

¹³ For a detailed perspective on the piece of legislation, see TRIGGIANI, Nicola. *La partecipazione a distanza*. In: MEZZETTI, Enrico. LUPARIA, Luca (org.). *La legislazione antimafia*. Bologna: Zanichelli, 2020. p. 538 ff.

¹⁴ Stands still the special rule concerning maximum-security prisoners who remotely participate to the proceedings in each and every case, with no exception.

The remarkable extension of participation through videoconferencing has been accompanied by a new approach to it. The fact that the use of audiovisual links has become the rule (rather than the exception) for some categories of persons¹⁵, and is now possible in all criminal proceedings provided, *inter alia*, that the trial is complex, has altered the original rationale for the provision: not only the needs of public safety but also efficiency justify the sacrifice of the physical presence of the accused. This in turn reflects the idea that, if supported by appropriate technology, virtual presence can be a perfect substitute for physical presence.

The new regulation and its conceptual premises have caused a stir among scholars. A wave of polemical voices has filled the pages of law journals.

The majority view has always been (and still is) that virtual presence, even when supported by the best technology, cannot be equated with physical presence¹⁶. This is because, when the accused is behind the

¹⁵ See SIGNORATO, Silvia. *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*. Available at: <https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/11/S.-Signorato-Lampliamento-dei-casi-di-partecipazione-a-distanza.pdf>, p. 5. Accessed on: April 8, 2024.

¹⁶ Among those who support such opinion with a variety of arguments and perspectives, see DANIELE, Marcello. *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 19. DE CARO, Agostino. La partecipazione al dibattimento a distanza. *Diritto penale e processo*, v. 23, n. 10, p. 1136-1137, 2017. LORUSSO, Sergio. La mutata fisionomia della partecipazione a distanza al dibattimento e il *vulnus* alle garanzie difensive. In: LORUSSO, Sergio (org.). *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*. Torino: Giappichelli, 2020. p. 220 ff. NEGRI, Daniele. Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia penale. In: CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO, Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (org.). *Riforma Cartabia: la nuova procedura penale*. Milano: Wolters-Kluwer, 2023. p. 454 ff. SIGNORATO, Silvia. *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*. Available at: <<https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/11/S.-Signorato-Lampliamento-dei-casi-di-partecipazione-a-distanza.pdf>>. p. 12 ff. Accessed on: April 8, 2024. VOENA, Giovanni Paolo. Il teleseme. In: ZAPPALÀ, Enzo (org.) *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 83.

screen, the exercise of the rights and entitlements is far from ideal. This is not only because of the less fluid and rapid communication with the lawyer standing elsewhere, but also because of the (far from insignificant) risk that less care and attention will be paid by the judge to what the defendant says, does and asks, with the effect of weakening the impact of self-defence. On a different level, participation by videoconference has a negative impact on the adversarial model of criminal proceedings, in that the physical distance makes cross-examination less sharp and “biting”¹⁷ - it ends up resembling an interview rather than a proper examination with adverse effects on the ability of such a method to expose and discourage lies and fabrications¹⁸. Immediacy and orality also seem to be curtailed, even where the most sophisticated software and instruments are used. As has been noted, since it is extremely difficult, if not even impossible in videoconferencing looking at both the camera lens and the image of other participants at the same time, this would compromise the impression of eye contact¹⁹.

If all this is true - this is the conclusion of the reasoning - it is highly questionable whether the remarkable expansion of participation by videoconference and, in particular, its transformation from a solution to be enforced when necessary to protect sources of testimony or to prevent the planning and commission of crimes by members of dangerous criminal

¹⁷ For example, without a full perception of the source of evidence and his or her reactions, the parties lack the information needed to decide whether to “squeeze” the witness or avoid insisting on a particular issue.

¹⁸ The argument is refuted by SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 231 ff. The Author claims that: «there is nothing inherent in the concept of online courts that requires the abandonment of the adversarial system [...]. At the heart of the adversarial system is not the oral hearing but that the arguments are presented from both sides and that a judge sits impartially in deciding between competing accounts of facts and law. An online court can happily accommodate this mode of disputation and decision-making – parties set out their arguments through online argument and submission of evidence, while judges can sit as impartially at their dining room tables as they do in the courtroom».

¹⁹ FALCONE, Antonella. Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalized Trials. In: BACHMAIER WINTER, Lorena. RUGGERI, Stefano (org.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*. Cham: Springer, 2022. p. 204. https://doi.org/10.1007/978-3-031-13952-9_9

associations to an option in the service of the efficiency of the criminal justice system is in conformity with the Constitution, in particular with art. 24 Cost. which declares the inviolability of the right of defense, and art. 111 co. 4 Cost., according to which the evidence in criminal proceedings must be gathered through the cross-examination in accordance with the adversarial model²⁰. The guarantee of a reasonable duration of the trial is not a legitimate objective for the use of audiovisual technologies, since efficiency cannot be pursued at the expense of fundamental rights - quite the opposite, an efficient criminal proceedings assumes as its premises the acknowledgement of guarantees²¹.

The suspicions of constitutional illegitimacy raised by scholars have so far been neither confirmed nor rejected by the Constitutional Court so far. Meanwhile exceptional circumstances have fostered a huge resorting to remote justice, like never before.

3. ANTI-COVID 19 LEGISLATION

The tendency to employ audiovisual links as a substitute for physical presence of the persons involved in the criminal proceedings – not

²⁰ See DANIELE, Marcello. *La partecipazione a distanza allargata*. Available at: <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/9865-daniele2017a.pdf>>. p. 6 ff. Accessed on: April 8, 2024. NEGRI, Daniele. La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio. *Archivio penale*, v. LXX, n. 1, supplemento, p. 582 ff., 2018. <https://doi.org/10.12871/978883318026729>

²¹ See Corte Cost., judgment n. 317 of 2009 where the Court clarified that the right of defence and the principle of reasonable duration of the trial cannot be compared, for balancing purposes, independently of the completeness of the system of guarantees. What matters is exclusively the duration of the 'fair' trial, as delineated by the same constitutional provision invoked as justification for the limitation of the right of defence. A different solution would introduce a logical and legal contradiction within Article 111 of the Constitution itself, which on the one hand would impose full protection of the confrontation principle and on the other would authorise all the exceptions deemed useful for the purpose of shortening the duration of proceedings. A trial that is not 'fair', because it lacks guarantees, does not conform to the constitutional model, whatever its duration.

only witnesses and defendants but also other parties and the judicial authority – hit a peak after the outbreak of the COVID-19 pandemic²².

In order to avoid the paralysis of judicial activities during the toughest phases of contagion, the legislator has relied heavily on remote justice²³. The regulatory interventions that took place between 2020 and 2022 were many and fast-paced. They followed a fluctuating trend, alternating pushes and backs up in line with the various phases of worsening and easing of the contagion in Italy²⁴.

The most innovative development was the decision to implement something close to the “virtual hearing” model, i.e. a hearing where all participants are outside the courtroom. The discrepancy with the model depended on the exception concerning the judge assistant who must be present in the courtroom in every case in order to fulfil his reporting duties.

It represented a significant step forward: under the anti-COVID 19 regulation video-links moved from being an option designed for selected people or specific evidentiary acts to a generalised and overarching solution covering the entire trial and affecting all those involved in it with the effect of making the proceedings a sum of virtual connections. This has been described as a form of «dematerialisation» of the criminal proceedings²⁵.

²² For an overview on the approach undertaken beyond the Italian borders during the pandemic period, see FALCONE, Antonella. Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalized Trials. In: BACHMAIER WINTER, Lorena. RUGGERI, Stefano (org.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*. Cham: Springer, 2022. p. 194 ff. https://doi.org/10.1007/978-3-031-13952-9_9

²³ Similarly to what has happened in other States. An overview of how European courts have dealt with videoconferencing during the COVID-19 pandemic is available at: <https://www.osce.org/files/f/documents/5/5/469170.pdf>. Accessed on: May 27, 2024.

²⁴ For a close perspective on this, see GALGANI, Benedetta. *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*. Milano: Wolters-Kluwer, 2022. p. 235 ff. NAPOLITANO, Sebastiano. *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale*. Available at: <https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1594123110_napolitano-2020a-udienza-penale-a-distanza-aula-virtuale-teams-dalla-legge-27-2020-alla-legge-70-2020.pdf>. Accessed on: May 27, 2024.

²⁵ MANCUSO, Enrico Maria. *La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19*. Available at: <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/05/EMMancuso_gp_2020_5.pdf>. Accessed on: April 8, 2024.

This remarkable progression was made under the pressure and urgency imposed by the spreading of the pandemic and with a short time horizon, in the sense that the solutions adopted were clearly seen as temporary.

This has had an impact on the way the legislator has worked. Scarce attention was paid to the rule of law (art. 111 co. 1 Cost.). In this sense, it has been highlighted the absence of a legislative regulation on the technical aspects of the virtual hearing (operating system, connection mode, etc.) and the decision to give the Director of the information technology services in the field of criminal justice the authority and capacity to determine these essential aspects²⁶. On a different note, it was noted that the chosen IT platforms (*Microsoft Teams* and *Skype for business*) were structured in such a way that did not guarantee the openness of the trial since they were accessible by a limited number of people and only by invitation²⁷, which had a negative impact on the principle of publicity, which is an expression of the principle of popular sovereignty (art. 1 Cost.) and one of the ways in which the participation of the people in the administration of justice is fulfilled (art. 102 co. 3 Cost.).

However, it was another aspect that attracted the strongest criticism. Initially the “quasi-virtual hearing” model was also to be applied to the sensitive phases of the trial namely the gathering of evidence and the closing statements of the parties. But due to the strong disapproval of scholars and lawyers’ associations the rule was soon abolished.

The criticism surrounding the perspective of an entire evidence-taking procedure carried out remotely called (and calls) into question art. 111 co. 4 Cost., the constitutional provision according to which evidence in criminal proceedings must be gathered through the cross-examination in accordance with the adversarial model. As already mentioned²⁸, the main opinion in the Italian literature is that confrontation, when carried out

²⁶ See MAZZA, Oliviero. *Distopia del processo a distanza*. *Archivio penale*, v. LXXII, n. 1, 2020. <https://doi.org/10.12871/97888331807316>

²⁷ See BORGIA, Gianluca. *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*. Available at: <https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_6_23_Borgia.pdf> p. 196. Accessed on: April 8 2024.

²⁸ See *supra*, § 2.

remotely, loses its strength and becomes something different from what is prescribed at the constitutional level. This means that audiovisual links are lawfully adopted only if one of the exceptions allowing a departure from the confrontation principle established by art. 111 co. 5 Cost. is met (consent, misconduct, impossibility of carrying out face-to-face confrontation)²⁹. At the time, the legislator did not follow this path (at least not immediately and not in a consistent and systematic way) and the proposal of an online evidence-taking procedure was strongly opposed.

With the Cartabia reform things turned out differently, as we will see in a moment.

4. CURRENT SETTING: CASES

We are now back to the starting point namely the Legislative Decree no. 150 of 2022 which is the latest piece in the legislative puzzle concerning remote justice. As already mentioned, the assumption underlying this piece of legislation is one of deep trust in technology and its ability to achieve the goals of the reform – making the proceedings faster and more efficient – without prejudice for defence rights and the general principles of criminal proceedings. In this perspective, the proposition was to provide a solid and comprehensive basis for the use of audiovisual links in order to make it a stable and secure (in terms of guarantees) mode of participation in the proceedings, also in light of the experience gained during the pandemic.

The legislator decided to work “by addition”. Basically the old cases provided for by art. 146-*bis* and 147-*bis* CCP imp. prov. have been retained and many new ones have been added. In this respect, the articulated framework resulting from the juxtaposition between pre-existent and new provisions can be examined from two different perspectives: one focused on the acts and hearings included within the scope of videoconferencing (objective perspective) and another one that looks at the subjects whose

²⁹ BORGIA, Gianluca. Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria. Available at: <https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_6_23_Borgia.pdf>, p. 191-192. Accessed on: April 8, 2024.

participation in the proceedings can be supported by technological facilities (subjective perspective).

From the first point of view, it can be said that the use of audiovisual links has no limits today, as it is an option not only at the trial phase, but also – at the request of the person concerned – at the preliminary stage and within the framework of precautionary measures' procedures (re-examination procedure for orders directing a coercive measure according to art. 309 CCP, confirmation hearings in case of arrest or temporary detention pursuant to art. 391 CCP). It also covers both hearings (in whole or in part) and individual acts (questioning of the suspected person, non-repeatable technical ascertainties etc.).

The choice to apply the remote justice paradigm also to the preliminary phase is, on the whole, commendable in the sense that it allows a concrete saving of time and resources without having a significant negative impact on guarantees. However, there are two options that seem to be controversial. The first concerns non-repeatable technical ascertainties. If remote participation appears to be perfectly suitable for preliminary activities, such as the appointment of experts, the same cannot be said for the technical assessment itself, which normally consists of complex activities and procedures³⁰. The case of confirmation hearings following arrest or temporary detention can also be criticised. In this respect, it should be stressed that, even if the judicial control of the measure does not explicitly include an assessment of the detained person's state of health, these are aspects that should nevertheless be taken into account, given the particular vulnerability of the person concerned³¹. After all, the evocative phrase used to refer to the need for judicial control

³⁰ See DEI-CAS, Eleonora A.A. *La partecipazione "parzialmente smaterializzata": il grimaldello del consenso a favore dell'economia processuale*. Available at: <<https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2023/04/DEI-CAS-Definitivo.pdf>> p. 18. Accessed on: April 8, 2024.

³¹ There is support for such a view in the document elaborated in October 2020 by OCSE on *The functioning of courts in the Covid-19 pandemic. Primer*, available at: <https://www.osce.org/files/i/documents/5/5/469170.pdf>. In the section dedicated to "fair trial concerns" relating to the use of audiovisual links it is recalled that the UN Human Rights Committee has clarified that detainees have the right to appear in person – physically – before the court when the legality of the restriction of personal liberty must be assessed by the competent legal authority.

of deprivation of liberty measures – *habeas corpus* – suggests a physical dimension of such an assessment – a physical dimension that is inevitably cut off by video-links³².

As for the trial phase, the rule contained in the new co. 2-*bis* of art. 496 CCP represents a step forward as compared to the previous regime (including pandemic legislation³³). It provides that, upon consent of the parties, the entire evidence-taking procedure may be carried out remotely.

Turning to the second perspective, there is also a broad and permissive approach at the subjective level. Under the new legislation, all private parties, legal representatives and sources of testimonial evidence (lay persons, experts, co-accused persons etc.) can participate in acts and hearings via audiovisual links. Only the judge and the public prosecutor are required to be physically present in court³⁴. It can be said that the legislator decided to maintain something in between a virtual and a traditional – physical – hearing: a *phygital* hearing³⁵.

Overall, the new scenarios are remarkable. The combination of innovations occurred at the objective and subjective levels gives us the image of an institution that is deeply and stably rooted in the system.

5. ... AND MODE OF VIDEOCONFERENCING

The wide recognition of videoconferencing and the aim of giving it a stable and rational allocation within the system can also be inferred

³² On structure and essential contents of the guarantee, see DANIELE, Marcello. *Habeas corpus. Manipolazioni di una garanzia*. Torino: Giappichelli, 2017.

³³ See § 3.

³⁴ It can be inferred by the joint consideration of art. 496 co. 2-*bis* CCP and 146-*bis* co. 4-*bis* CCP imp. prov. For the shared view that such provision is in breach of the equality of arms principle (art. 111 co. 3 Cost.) see NEGRI, Daniele. Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia penale. In: CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO, Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (org.). *Riforma Cartabia: la nuova procedura penale*. Milano: Wolters-Kluwer, 2023. p. 454.

³⁵ An evocative neologism referring to the coexistence and reciprocal interaction between digital and physical dimensions. It is available at: <[https://www.treccani.it/vocabolario/figitale_\(Neologismi\)/?search=figitale](https://www.treccani.it/vocabolario/figitale_(Neologismi)/?search=figitale)>. Accessed on: April 8, 2024.

from the introduction of a general and comprehensive regulation on the technical aspects of the use of video links and the range of guarantees to be recognised (art. 133-ter CCP).

Firstly, it is stated that, under the penalty of nullity, videoconferencing facilities must ensure «contextual, effective and reciprocal» visibility and audibility between those present in the courtroom and those connected from remote locations, in order to guarantee the right to confrontation and an effective participation in the act or hearing (co. 3).

As far remote locations are concerned, there is a fundamental distinction to be made: people facing custodial sentence or pre-trial detention participate from the place of detention, whereas people not subject to restrictions on their personal liberty participate from a judicial office (or police office) designated by the court, subject to verification of the availability of the necessary technical equipment (co. 4 and 5). In the latter case, the court may also authorise the connection from another place, provided that the parties have been heard (co. 6). Special rules apply to lawyers who may connect from their offices or any other adequate place, unless they prefer to be with the person they are assisting. In any event, the right to confidential communication between lawyers and clients is guaranteed (co 7).

An assistant to the judge or the public prosecutor or a police officer must be present at the place where the persons participating to the act or hearing by remote access are located in order to certify and report on the regularity of the procedure and the absence of obstacles to the exercise of rights (co. 8). It is also prescribed that the Ministry of Justice shall ensure the security and integrity of the transmission of data between the courtroom and the remote locations (art. 147 *quater* CCP imp. prov.).

In case of public hearing, the court ensures that what happens in the remote location can be seen and heard not only by the parties and the judicial authority but also by the public.

The influence of the constitutional jurisprudence (judgement no. 342 of 1999) and also of the Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings delivered in 2021 by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) can be seen behind this articulated set of rules. Both convey the idea that the quality, integrity and security of technological facilities play an essential role in guaranteeing the enjoyment

of rights. With regard to these aspects, the introduction of a nullity (of the decree authorizing the use of video links) in the event that the technological equipment does not guarantee effective participation in the act or hearing, and the attention paid to the need for security and integrity of the data transmitted over the links deserve particular recognition. On the other hand, more could have been done with regard to the description of the type, number and direction of the cameras, which are aspects of paramount importance in order to guarantee the realism of remote participation and the effective exercise of rights³⁶.

6. DUE PROCESS BY REMOTE: WHERE ARE WE?

Despite the faith in technology on which the broadening of remote justice is based, the new legislation does not support the idea that videoconferencing is perfectly comparable to the experience of being present. This is clear from the fact that, in all the cases recently introduced, in order for remote participation to be authorised, it is necessary for the persons concerned to express their will and for all the parties involved to agree when the use of audiovisual links relates to the taking of evidence (at the preliminary hearing or at trial).

Such a requirement reflects the view, shared by the majority of scholars³⁷, that virtual participation is not the same as in-person participation, that cross-examination is somewhat different when parties and witnesses are not face-to-face and, more generally, that justice is better served when litigants gather in the same place – a public physical space where everyone accommodated can look each other in the eyes.

Against this background, consent plays a key role in the new legal framework for remote justice, as already mentioned. With the exception of cases where participation by videoconference is based on art. 146-*bis* and 147-*bis* CCP imp. prov., the authorisation of audiovisual links depends on the expression of the persons concerned. Such an expression of will is essential in order to respect the constitutional guarantees. By requesting

³⁶ See GALGANI, Benedetta. La c.d. remote justice nella riforma Cartabia. *Giurisprudenza italiana*, v. 175, n. 5, p. 1183, 2023.

³⁷ See *supra*, § 2.

or accepting to participate in the act or hearing by videoconference the parties, and in particular the defendant, freely waive that part of the right of defence which is impeded by the virtual connection without prejudice to art. 24 Cost. Moreover, the consent of the defendant is one of the conditions under which the constitutional rule that the evidence-taking procedure must be adversarial may be derogated from (art. 111 co. 5 Cost.).

Is the overall picture satisfactory? Does it dispel any doubts of constitutional illegitimacy? Leaving aside the opinion that the extent of the dematerialization of judicial activities achieved by the “Cartabia reform” is such that the new virtual proceedings is so different from the traditional and constitutionally-driven criminal process that it cannot be considered constitutional despite the introduction of the consent clause³⁸, there is room for doubt that the legislator has achieved a satisfactory balance between efficiency and guarantees. If we look at the way in which consent is obtained, we can see that little or no attention is paid to essential aspects: is the consent to be expressed explicitly or implicitly? Is it a personal or a technical choice, in the sense that it can be validly expressed by the lawyer without special authorisation (*procura speciale*) from the client? Is the declaration of will revocable?

The vagueness of the law makes it difficult to find sure answers to these questions even though they concern delicate aspects. Given the structural asymmetry of powers between the State and the individual in the realm of criminal proceedings, provisions on the waiver of guarantees may in practice encourage haggling and bargaining to the detriment of the “weak part” in the proceedings – the accused – who may be tempted to give up his rights in order to obtain a “reward”³⁹. We see this, for example, in the area of agreements on the use of evidence gathered

³⁸ The opinion is supported by NEGRI, Daniele. Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia penale. In: CASTRINUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO, Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (org.). *Riforma Cartabia: la nuova procedura penale*. Milano: Wolters-Kluwer, 2023, p. 457.

³⁹ For a broad perspective on the relationship between procedural agreements and criminal justice, see CAMON, Alberto. Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata. *Rivista di diritto processuale*, vol. 63, n. 1, p. 55 ff., 2008.

during preliminary investigation for the establishment of facts. The judge is more inclined to be lenient and to recognise mitigating circumstances if the defendant agrees to the use of such acts. However, it is clear that behind this approach there is a recognition on the part of the system that consent is not a “neutral” choice as it should be⁴⁰.

Against this background, it is important to minimise the risk of expressions of will which are not personal, knowing and intelligent. Although the structural and unavoidable asymmetry of powers between the State and the individual will always make the criminal proceedings a slippery slope for negotiation – in the field of remote justice as well as in any other field where it is allowed – strict rules on the waiver of rights could certainly help to prevent injustice and abuse.

7. CONCLUSIVE REMARKS: THE IMPORTANCE TO TAKE THE CONSENT SERIOUSLY

The scenario described above invites the elaboration of a solid and clear scheme for the interpretation of the “consent clause” provided for in each of the new rules on participation in acts and hearings by videoconference. Given the importance of the consent clause for the respect of constitutional guarantees (art. 24 and 111 Cost.), a strong commitment to take it seriously would be a (small but) decisive step to open up the perspective of remote justice as a technological switch capable to pursue efficiency without (undue) prejudice to fundamental rights.

This means, on the one hand, that an explicit expression of will should always be required, even in cases where the implementation of audiovisual links is not subject to a specific request on the part of the persons concerned but the wording of the law refers generally to the “consent” of these persons⁴¹.

⁴⁰ See NICOLICCHIA, Fabio. *Consenso del difensore all’acquisizione dibattimentale degli atti d’indagine e riconoscimento delle attenuanti generiche. Riflessioni all’incrocio tra diritto e processo penale*. Available at: <<https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/06/Nicolicchia-opinioni.pdf>>. Accessed on: April 8, 2024.

⁴¹ In order to increase the awareness in relation to the potential disadvantages of virtual participation, there has been discussion about the possibility of

Secondly, the choice should not be considered as a “technical” one, in order to avoid the risk that the decision to accept the participation by videoconference could be driven by the personal interest of the lawyer (who may be tempted to give the consent in order to win the good will of the judge also with regard to other proceedings) or by his/her negligence⁴².

Thirdly, revocation of consent should be allowed. This is particularly important where the waiver does not relate to a single act or examination, but potentially to the entire evidence-taking procedure (art. 496 co. 2-*bis* CCP). The parties should be given the opportunity to reconsider their decision at any time during the trial, if circumstances so warrant.

REFERENCES

BARGIS, Marta. Videoconferenza. In ZAPPALÀ, Enzo (org.). *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè 1999.

BORGIA, Gianluca. *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*. Available at: https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_6_23_Borgia.pdf. Accessed on: April 8, 2024.

CAMON, Alberto. Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata. *Rivista di diritto processuale*, vol. 63, n. 1, p. 55, 2008.

CONTI, Carlotta. Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare? *Diritto penale e processo*, v. 6, n. 1, p. 79, 2000.

introducing information requirements in favour of the accused. Moreover, it has been argued that consent should refer not only to the acceptance of the virtual connection but also to the lawyer's decision to be connected from a location other than that of the defendant. See FALCONE, Antonella. *La videoconferenza nel procedimento penale italiano: riflessioni a margine della recente riforma Cartabia in materia di partecipazione a distanza*. Available at: https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2023/09/A.Falcone_La-videoconferenza.pdf. Accessed on: 27 May 2024 pp. 37 and 33.

⁴² See DEI-CAS, Eleonora A.A. *La partecipazione “parzialmente smaterializzata”: il grimaldello del consenso a favore dell'economia processuale*. Available at: <https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2023/04/DEI-CAS-Definitivo.pdf> p. 34. Accessed on: April 8, 2024

CURTOTTI, Donatella. *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2006.

CURTOTTI, Donatella. Esame a distanza. *Enciclopedia del diritto*, Annali II, t. 1, 2008.

CURTOTTI, Donatella. Dibattimento a distanza. *Enciclopedia del diritto*, Annali II, t. 1.

DANIELE, Marcello. *La partecipazione a distanza allargata*. Available at: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/9865-daniele2017a.pdf>. Accessed on: April 8, 2024.

DANIELE, Marcello. *Habeas corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Torino: Giappichelli, 2017.

DANIELE, Marcello. *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*. Torino: Giappichelli, 2012.

DE CARO, Agostino. La partecipazione al dibattimento a distanza. *Diritto penale e processo*, v. 23, n. 10, p. 1333, 2017.

DEI-CAS, Eleonora A.A. *La partecipazione "parzialmente smaterializzata": il grimaldello del consenso a favore dell'economia processuale*. Available at: <https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2023/04/DEI-CAS-Definitivo.pdf>. Accessed on: April 8, 2024.

FALCONE, Antonella. Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalized Trials. In: BACHMAIER WINTER, Lorena. RUGGERI, Stefano (org.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*. Cham: Springer, p. 189, 2022. https://doi.org/10.1007/978-3-031-13952-9_9

FALCONE, Antonella. *La videoconferenza nel procedimento penale italiano: riflessioni a margine della recente riforma Cartabia in materia di partecipazione a distanza*. Available at: https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2023/09/A.Falcone_La-videoconferenza.pdf

GALGANI, Benedetta. La c.d. remote justice nella riforma Cartabia. *Giurisprudenza italiana*, v. 175, n. 5, p. 1179, 2023.

GALGANI, Benedetta. *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*. Milano: Wolters-Kluwer, 2022.

LORUSSO, Sergio. La mutata fisionomia della partecipazione a distanza al dibattimento e il *vulnus* alle garanzie difensive. In: LORUSSO, Sergio (org.), *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, Torino: Giappichelli, 2020, p. 147.

MANCUSO, Enrico Maria. La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19. Available at: https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/05/EMMancuso_gp_2020_5.pdf. Accessed on: 8 April 2024.

MAZZA, Oliviero. Distopia del processo a distanza. *Archivio penale*, v. LXXII, n. 1, p. 73, 2020. <https://doi.org/10.12871/97888331807316>

NAPOLITANO, Sebastiano. *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale*. Available at: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1594123110_napolitano-2020a-udienza-penale-a-distanza-aula-virtuale-teams-dalla-legge-27-2020-alla-legge-70-2020.pdf. Accessed on: May 27, 2024.

NEGRI, Daniele. Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia penale. In: CASTRONUOVO, Donato; DONINI, Massimo; MANCUSO, Enrico Maria; VARRASO, Gianluca (org.). *Riforma Cartabia: la nuova procedura penale*. Milano: Wolters-Kluwer, 2023, p. 449.

NEGRI, Daniele. La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio. *Archivio penale*, *Archivio penale*, v. LXX, n. 1, supplemento, p. 582 ff., 2018. <https://doi.org/10.12871/978883318026729>.

NICOLICCHIA, Fabio. *Consenso del difensore all'acquisizione dibattimentale degli atti d'indagine e riconoscimento delle attenuanti generiche. Riflessioni all'incrocio tra diritto e processo penale*. Available at: <https://www.lalegislationepenale.eu/wp-content/uploads/2020/06/Nicolicchia-opinioni.pdf>. Accessed on: April 8, 2024.

SIGNORATO, Silvia. *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*. Available at: <https://www.lalegislationepenale.eu/wp-content/uploads/2017/11/S.-Signorato-Lampliamento-dei-casi-di-partecipazione-a-distanza.pdf>. Accessed on: April 8, 2024.

SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*, Oxford: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198838364.001.0001>.

TRIGGIANI, Nicola. La partecipazione a distanza. In: MEZZETTI, Enrico; LUPARIA, Luca (org.). *La legislazione antimafia*. Bologna: Zanichelli, 2020, p. 526.

VOENA, Giovanni Paolo. Il telesame. In: ZAPPALÀ, Enzo (org.) *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 1999.

Authorship information

Marianna Biral. Douttoraessa di riera e riera a tempo determinado (RtdA).
Università degli Studi di Trento, Trento, Italia. marianna.biral@unitn.it

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPPP/about>)

- | | |
|--|-----------------------------|
| ▪ Submission: 09/04/2024 | Editorial team |
| ▪ Desk review and plagiarism check: 10/04/2024 | ▪ Editor-in-chief: 1 (VGV) |
| ▪ Review 1: 18/04/2024 | ▪ Associated-editor: 1 (SL) |
| ▪ Review 2: 28/04/2024 | ▪ Reviewers: 5 |
| ▪ Review 3: 28/04/2024 | |
| ▪ Review 4: 01/05/2024 | |
| ▪ Review 5: 02/05/2024 | |
| ▪ Preliminary editorial decision: 11/05/2024 | |
| ▪ Correction round return: 27/05/2024 | |
| ▪ Final editorial decision: 29/05/2024 | |

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BIRAL, Marianna. The Italian Route towards Digitalisation of Criminal Proceedings. The Latest Developments in the Field of Remote Justice. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e1007, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.1007>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Smartjustice, process and evidence: special reference to its use in the court of appeal

Smartjusticia, proceso y prueba: especial referencia a su uso en los tribunales de apelación

Paulo Ramón Suárez Xavier¹

Universidad de Sevilla, Sevilla, España.

psuarez@us.es

 <https://orcid.org/0000-0002-6937-4209>

SUMMARY: The purpose of this work is to analyze the legal-procedural scenario in which the inclusion of new means of management, information processing, and decision-making is integrated with artificial intelligence systems today. It begins with a general perspective on the application of AI in the procedural context and leads to its use as a support system for the evaluation of evidence in the second instance, aiming to clarify the possibility and limits of its utilization.

KEYWORDS: artificial intelligence; process; jurisdiction; evidence; court of appeal.

RESUMEN: *El objetivo de este trabajo es analizar el escenario jurídico-procesal en el que se integra la inclusión de nuevos medios de gestión, tratamiento de la*

¹ Assistant Professor of Procedural Law at the University of Seville (accredited as Associate Professor). He holds a PhD in Procedural Law from the University of Malaga, where he also studied for a Master's Degree in Law and a Bachelor's Degree in Law. Extraordinary prize winner of the Master's Degree in International and Community Taxation at the University of Santiago de Compostela. He also holds a Master's Degree in Fundamental Rights from the University of Granada and a Master's Degree in Law and Public Administration from the University of Burgos. He has postdoctoral research stays at the Universities of Louvain, Barcelona and Salamanca. He is the author of six monographs, with more than ten scientific articles and more than thirty contributions to collective works. Currently a non-practicing lawyer at the Bar Association of Barcelona. Member of Probaticius and director of the Collections "Jóvenes Investigadores" and "Foro Procesal" at Editorial Colex.

información y toma de decisiones con sistemas de inteligencia artificial en la actualidad. Se parte de una perspectiva general sobre la aplicación de la IA en el contexto procesal y se llega a su utilización como sistema de apoyo a la valoración de la prueba en segunda instancia, pretendiendo esclarecer la posibilidad y límites de su utilización.

PALABRAS CLAVE: *inteligencia artificial; proceso; jurisdicción; prueba; tribunal de apelación.*

I. INTRODUCTION

Disruptive technologies generate enormous advances, but also great uncertainty, because they operate in the gray zone between the public and private spheres and may even offend the fundamental rights of citizens (Schwab, 2018).

It is clear that our objective is not, nor can should it be, to demonize new technologies, but to understand the effects of their implementation on the Administration of Justice and its environment.

Thus, it is imperative to understand that the process of adaptation of public administrations to new technologies is a necessity, since otherwise the Public Power would remain at the edge of the phenomenon of the technological revolution and would lose more and more space to the large business monopolies in the development and implementation of new technologies.

In this scenario, it is up to the Administration to adopt a proactive stance, which according to Ramió (2019, 10) involves “*solving a good part of its conceptual and organizational problems*”, since the different governments have always failed to fulfill the promises of public administration reform, always returning to their starting point. That is why he suggests that “*artificial intelligence and robotics may be the great opportunity to implement a radical institutional and organizational renewal of public institutions and contribute to their adaptation, relevance and survival in a governance context*”.

In our opinion, this reform depends on two fundamental factors. First, the implementation of management models that adapt and modernize the processes that already exist in the administration, generating the least

possible legal impact and, second, it depends on a broad legal reform, aimed at validating, adapting, modulating and regulating the use of these new technologies both within and outside the administration.

Such reforms must also be accompanied by mechanisms to reinforce the defense of citizens' fundamental rights, because the modernization of institutions cannot and should not mean that the State or private companies can set themselves up as a leviathan or panopticon capable of controlling people's lives and privacy. This task requires courage on the part of the State and debate on the part of society. Courage to bring these issues to public discussion and moderation to debate them seriously and with the sensitivity required for the progress of society and institutions.

Before discussing the phenomenon of *smartification* of public administration, it should be noted that this process originates from the need to reshape administrative management, including the phenomenon of *big data within the governance framework* of public bodies.

Administrative decisions are based, in some way, on objective or quantifiable data. In this sense, *big data* manifests itself as an infinite substratum of information that can and should be used for the adoption of such decisions, sometimes simple as the control of urban traffic or the management of public services like street lighting.

In this sense, recognizing the importance of the phenomenon of the *Smartification* of public administrations implies accepting that the citizens have the right not only to the provision of a public service, but also that this service must have certain qualities and a minimum efficiency, with the State being understood as a large service provider that, given its exclusive nature, must often act with the efficiency demanded by the citizenry.

For Rodrigues-Arana (2013, 38), good administration constitutes a fundamental right in the European Union and, therefore, "*public administrations, from this perspective, must be led and managed by a series of minimum criteria, called good administration*".

He also points out that the knowledge produced by means of new technologies *should help to improve the daily work of the organization and to improve the work of the people who form part of the public administration, without forgetting that there is an ethical dimension inherent to the administration itself.*

This perspective highlights two points that are fundamental for understanding the problem we are addressing. First, that the process of *smartification* of public administration should be understood as a natural step in the evolution of the State as an organization and, second, that this process is an opportunity to humanize the relationship between the State and those it administers, who come to have greater proximity between their daily realities and the action of the public authorities.

When the administration *smartifies* itself and uses *big data* as a determinant for those governance decisions that effectively depend on such information, its work becomes more efficient, effective and, above all, fulfills the fundamental right to good governance.

In this context, the question of the algorithm is of utmost importance. Its composition must seek to exclude data that could generate inequalities, thus avoiding episodes of bias caused by algorithmic misinterpretation (Castillejo Manzanares, 2022).

This discussion does not mean that algorithms should be considered public enemies, but it warns us that their use, as with any other technology, must take into account, as Rodríguez-Arana (2013, 30) rightly points out, that the person is at the center of the legal system and that all material or legal decisions of the administration, companies or citizens must uphold the dignity of the person as a fundamental value.

In this sense, the process of making public administration intelligent, far from transforming the State into a neutral applicator of statistical data, makes it possible to generate decision-making scales in administrative decisions, automating what is simple and supporting with objective and real data the decisions when complexity and volume of activities demand it.

All this implies a change in the institutional culture, with reflections in the way in which public administration is structured, abandoning the old model of paper and pencil next to the computer, of the civil servant stuck in time, to demand a much more dynamic and proactive profile.

In this sense, it can be said that intelligent administration is both a direct reflection and a consequence of the networked society, requiring the adoption of changes in administrative governance to expand and

improve the use of AI-based technologies, enabling, empowering and guaranteeing a substantial improvement in the provision of public services and considering a series of values that should guide the development of these technologies.

II. BASIC SOCIAL-LEGAL VALUES IN THE DEVELOPMENT OF THE IA: THE EUROPEAN STRATEGY

The development of new technological means, especially expert systems and artificial intelligence systems, must take into consideration the existence of certain values that are the foundation of the social order and that guarantee the respect and effectiveness of human rights (Suárez Xavier, 2023).

The current level of development of systems based on artificial intelligence has as a consequence the fact that there must be a regulation that imposes the recognition of these values in the process of algorithm development (Barona Vilar, 2019).

The major problem, which is the challenge to be faced by public authorities, is the demand for solutions capable of protecting people, their rights, freedoms and data at local and global level. However, the regulatory power of the State faces both territorial and temporal constraints and is also confronted with the difficulties arising from its technological backwardness vis-à-vis companies.

The first major difficulty relates to the form of control of data traffic and processing, since their content is normally stored on servers whose locations rarely coincide with that of the originating site, in addition to the problems generated by the limitations on access and the exercise of police powers in compliance with the rules regulating the use of this information.

Indeed, the powers and competences attributed to the supervisory authorities by Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation – GDPR) in Article 58 demonstrate the limitations of the system set up, which depends on the keeping of a register by the data processors, leaving room for violations of the provisions of both the Regulation and Organic Law no. 3/2018 of 05 December.

Violations can also emanate from the Public Authorities, as it sometimes incur violations in the use of citizens' personal data, beyond the list of exceptions contained in art. 23 of Regulation (EU) 2016/679.

These shortcomings are a consequence of the model chosen by the legislator for data protection in European Union law, having opted for the *notice and choice* model (Baruh, 2015, 15), a system where the user has the right to consent or not to the processing of their personal data.

It happens that such consent is neither free, because often the refusal to process such data implies a prejudice, with the deprivation of the use of a service, or the impossibility to enjoy a certain benefit, nor is it conscious, since the phenomenon of *big data* had as a fundamental consequence an enormous difficulty in determining which data are personal and protected by law.

In this sense, for consent to be truly free and effective, the individual should know which of the data collected may concern him, regardless of who has disseminated them, how they have been generated and how they will be processed; *what are the objectives, design and operation of the analysis system; what sensitive information may be revealed by the set of data analyzed in each of the phases of analysis and, therefore, over a prolonged period of time* (Suárez Gonzalo, 2017, 290).

This is an inversion of values that is analyzed from the point of view of the obligation of States to protect individuals and their privacy, since - in the model of *notice and choice* - the paradigm of informed consent charges the subject with the right and duty to protect his privacy, with the intention that the management is free.

A real and effective management of privacy demands a mixed model, capable of meeting the need for privacy protection of citizens and reducing the burden that self-management of privacy imposes on individuals, pointing out the existence of mixed models, such as the one supported by Solove (2013, 19), which suggests a combination of the self-management model with a series of decision aids when dealing with complex issues.²

² See: METCALF, Jacob; CRAWFORD, Kate (2016). "Where are human subjects in big data research? The emerging ethics divide". Big data and society. Available at: <https://doi.org/10.1177/2053951716650211>

The second and from our point of view main issue, regarding the legal management of the use of such data and intelligent systems, whether in the private or public sphere, concerns the difficulty of analyzing and monitoring the scope of data processing and regulation of ethical and legal issues regarding algorithmic architecture.

This issue, which is very topical, has been dealt with from different points of view by the state legal systems and now a strategy for artificial intelligence produced in the European Union is being developed, which is currently in a discussion stage whose main protagonist is the High Level Expert Group on Artificial Intelligence.

The group was created by the European Commission in June 2018. Its first communication to the Parliament, the Council and the Economic and Social and the Regions Committees was a draft released for consultation on December 18, 2018 and finalized on April 08, 2019. It should be noted that the only languages in which it was available for consultation in full version were English, German and French.

This is the first and fundamental criticism that can be made of the document, which seeks to be based on an air of publicity and collaboration, but whose consultation was not really open to all citizens of the European Union, since the restriction on the languages used for the consultation substantially affects the participation of citizens.

On the other hand, the strategy is prepared by a group of experts that is not really composed in a pluralistic manner with the purpose of listening to different points of view and social segments, taking into consideration business and banking, but with little representation of representatives of fundamental rights.

The document has no normative content, but marks the beginning of discussions on the subject at EU level. Its content sets out the requirements and rationale for trustworthy artificial intelligence, the technical methods for achieving such trust, how to assess such trustworthiness, and examples of existing AI opportunities and key concerns.

III. THE DRAFT TECHNICAL GUIDELINES ON RELIABLE ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Having highlighted the shortcomings of the Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems³ in some aspects such as advertising and the disregard for European linguistic plurality, as well as the low participation in its preparation⁴, we will now analyze the content of the charter.

The objective of the Guidelines is to promote a paradigm of trust in artificial intelligence, taking into account three components that must be observed throughout the life cycle of the system. It is determined that AI must be legal, complying with all applicable regulations, in addition to requiring that it be ethical, ensuring adherence to ethical principles and values and, finally, that it must be trustworthy, from both technical and social perspectives, since, even with good intentions, artificial intelligence systems can cause unintended harm.

Each component in itself is considered necessary, but not sufficient to achieve confidence in IA, acting in harmony and overlapping in their operation. But if tensions arise between the components, society must strive to align them.

Paradoxically, the document does not address the legal framework, which it considers the first pillar of trust in AI. Instead, it seeks to provide guidance on the other two components, which does not imply that the expansion of AI will be prevented, but rather that its regulation right now is based on an ethical framework, which establishes general principles that will influence the functioning of our justice systems and should therefore be discussed.

³ The document can be consulted at: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>. Accessed on 03/22/2024.

⁴ During the consultation period on the initial document, the draft received barely five hundred contributions, which does not reflect a high level of participation, given that this is an issue that directly affects citizens, and even more so considering that, as mentioned above, the document was not translated into all EU languages, including Spanish.

In its first chapter, the draft guidelines identify ethical principles and values that must be respected in the development, implementation and use of expert systems, based on fundamental rights, which are:

“(i) develop, implement, and use artificial intelligence systems in a manner that adheres to the ethical principles of: *respect for human autonomy, prevention of harm, fairness, and explainability*. In addition to recognizing and addressing potential tensions between these principles.

ii) pay special attention to situations affecting the most vulnerable groups, such as children, people with disabilities and other groups that are historically disadvantaged or at risk of exclusion, and to situations characterized by asymmetries of power or information, such as between employers and workers, or between companies and consumers;

iii) recognize that while bringing substantial benefits to individuals and society, AI systems also pose certain risks and may have a negative impact, including risks that may be difficult to anticipate, identify or measure (e.g., on democracy, the rule of law and distributive justice, or on the human mind itself). Take appropriate measures to mitigate these risks where appropriate, and commensurate with the magnitude of the risk.”

In his second chapter, it outlines seven requirements necessary for AI, the internet of things or expert system to be considered reliable:

“Ensure that the development, deployment, and use of AI systems meets the key seven requirements for AI Trust: (1) human action and oversight, (2) technical and security robustness, (3) privacy and data governance, (4) transparency, (5) diversity, nondiscrimination, and equity, (6) environmental and social welfare, and (7) accountability.”

It also recommends that technical and non-technical methods be considered to ensure the application of the requirements set forth, encouraging research and innovation to assist in the evaluation of AI systems, seeking the implementation of the requirements defined above.

In terms of policy, it raises the need to disseminate results and open questions to the general public and systematically train a new

generation of experts in AI ethics, clearly and proactively communicating information to stakeholders about the artificial intelligence system, its capabilities and limitations, to achieve a realistic expectation setting, influencing the way requirements are applied.

The system must be transparent, making clear to stakeholders the fact that they are dealing with data and decisions with an artificial intelligence system, and traceability and auditability must be possible, especially in critical contexts or situations. It is essential to involve stakeholders throughout the life cycle of the artificial intelligence system.

It advocates the need to promote training and education so that all stakeholders are aware and confident in the use of AIs, being aware that their use could generate tensions between the different principles and requirements of their use.

In short, the aim is to establish the ethical path that will guide the entire life cycle of an artificial intelligence system. The major problem with the strategy is that it lacks any normative value, either because the European Union lacks the necessary powers to regulate the functioning of the institutions of the Member States, or because it seems impractical to establish a system of rules capable of predicting the paths that the development of AI systems will follow.

In Chapter 3, the document provides a non-exhaustive *check-list* of the requirements that an AI must meet in order to become operational, stating that the ideal (and in our view almost automaton-like and not at all *smart*) way is self-assessment. However, it portrays itself and self-diagnoses, stating that “*it is not about checking boxes, but about continuous identification and implementation of requirements, evaluation of solutions, ensuring better results throughout the lifecycle of the AI system, and the involvement of stakeholders in this*”.

The list of questions set out on folios 26 to 31 of the document can be understood as nothing more than a self-assessment tool, which can be reproduced in different procedures and branches where AI is to be implemented, but it does not currently entail any obligations for public authorities, individuals, or companies.

Analyzing everything discussed up to this point in our work, it is clear that: (i) the framework for protecting citizens' personal data and privacy is the European and national regulations for the protection of personal

data to which we have already referred and (ii) the European initiative for reliability or trust in artificial intelligence lacks normative content, is still under development, and does not generate any legal obligation.

This is probably justified by the fact that, until very recently, the software development process did not require such transcendental concerns as those that arise with the implementation of artificial intelligence systems. We have never been at such an advanced point of technological development and, therefore, the legal system had never faced these issues, which are ethical, but have a background and a legal relevance that cannot be ignored, because their manifestations affect people's lives, especially when they are implemented by the public administration on a massive scale.

The landscape of legal gaps is almost universal, but it is worth noting that the United States, United Kingdom, China, United Arab Emirates, and Singapore have been prioritizing the development of artificial intelligence, each striving to develop a set of guidelines with different projects and action models, including their legislative plans and initiatives. For instance, the European Initiative sent a final communication to the European Parliament in 2020 and, after a series of procedures, culminated in the recent approval in 2024 of the Artificial Intelligence Regulation. This regulation only establishes limits on its use by risk categories, leaving aside a number of important issues such as data reuse, the means to oversee abuses related to the proposed regulations, and more. It does not fully establish sector-specific regulation or the duty to regulate, leaving it up to the Member States to do so, which could result in inconsistent regulations.

Thus, it is noticeable that the use of artificial intelligence in the era of *smartification* of the Administration, *smart citizenship* and *Smart cities* lacks a legal framework, but has an ethical framework, which, although criticizable, should be analyzed, since its content opens the first stage of an important debate for the future of institutions and society as a whole.

IV. THE DIGITALIZATION OF THE JUDICIAL OFFICE

Up to this point, we have been able to work on the concept of artificial intelligence and to make some incursions on the subject with

regard to its approach in the ethical charters that are being drawn up by the European Union.

It is worth noting that the massive investment in artificial intelligence is reflected in its consideration as one of the six priorities adopted by the EU in its Strategic Agenda for the five-year period 2019-2024⁵, where it is textually stated:

“Our policy must be defined in such a way that it reflects the values of our society, fosters inclusion and remains compatible with our way of life. To do this, *the EU must work on all aspects of the digital revolution and artificial intelligence: infrastructure, connectivity, services, data, regulation and investment*. This must be accompanied by the development of the service economy and by the integration of digital services.”

On the other hand, at the recent conference of Ministers of Justice of the Council of Europe, the Spanish State has made a strong commitment to the defense of artificial intelligence systems. According to the Spanish Secretary of State for Justice, at the conference held on October 14, 2019, it is necessary for both public and private institutions to have an Ethics Committee to ensure the ethical, legal and human aspects arising from the development and application of artificial intelligence in Justice. It has also called for reflection to respond to the questions posed by the digital revolution and artificial intelligence, two of the axes of the new strategic agenda of the European Union for the period 2019-2024.

All this leads to the need to understand from a double perspective the judicial office and the jurisdictional organ, which are unified in activity, but divided in functions, which leads us to the need to examine the content of Law 13 of 2009, of November 3, on the reform of procedural legislation for the implementation of the new judicial office.

In its preamble, the law summarizes the new judicial office, which should encourage judges and magistrates to devote all their efforts to the functions entrusted to them by the Constitution, of judging and enforcing what has been judged. These objective demands that they be relieved of *all those*

⁵ Document available at: <https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf>. Accessed on 05/23/2024

tasks not strictly linked to the constitutional functions just mentioned, and this is the aim of the new model of the Judicial Office. Therefore, those *responsibilities and functions that are not of a jurisdictional nature* will be attributed to other civil servants and, on the other hand, work organization systems will be established for all the personnel in the service of the Administration of Justice, so that their professional activity is carried out with maximum efficiency and responsibility. Drawing a panorama where the members of the Corps of Lawyers of the Administration of Justice gain relevance.

Thus, the judicial office is understood as the administrative center of the judicial body, where other eminently administrative tasks are performed and, therefore, not subject to the provisions of Article 117 of the Spanish Constitution, especially to the principles of exclusivity and responsibility.

Such acts, even if they have procedural relevance and for their adoption it is mandatory to act according to procedural rules, do not pose major obstacles to modernization, with the use of AI systems, either through the use of *machine learning* to support the drafting of documents - a tool that many word processors already use - or through the use of data mining to carry out investigative measures.

This whole process is reflected in the so-called digitalization of the judicial office, which is adopting new technologies to make proceedings faster and more effective.

Let us recall that Article 23 of Regulation (EU) 2016/679 contains a list of exceptions where data protection rules are not applicable, aiming to guarantee a series of values that overlap with the right to the protection of personal data, where even the existence of a protective system beyond the procedural and administrative rules aiming to prevent abuse in the use of such tools could be even cogitated.

On the other hand, it must be taken into account that the use of technologies such as facial recognition and other tools in administrative matters in courts and tribunals for access, for example, to the premises of the judicial body, provided that it is not compulsory, does not imply in any way a violation of fundamental rights, provided that, as we have said, the legal and regulatory provisions on the subject are observed. This is also because the parties often agree to provide such information as long as it improves the service (Suárez Xavier, 2023).

We refer to the authorized use of these technologies to support the judicial office, on a voluntary basis and through the transfer of data in accordance with the legal and regulatory provisions of the legislation and, on the other hand, of those data processing based on *mining data* (the aforementioned data mining) to find people, goods and values in civil executions proceedings for example, cases in which the legislation on personal data explicit authorizes its use.

Regarding the data that depend on the intervention of a notary public, such as the Judicial Counselors (hereinafter LAJ), it can be understood that the acts celebrated with the help of intelligent systems may be valid, provided that the senses used for the perception of the information are ultimately of the notary and it is not a fully automated process.

This means that these resources can assist the LAJ in the execution of his tasks, but not replace him, since he is the holder of the public faith, not the equipment, so that all actions involving the granting of effects of the public faith will necessarily require the direct action of the LAJ, the only one responsible for the actions carried out.

It should be considered, on the other hand, that the LAJ performs a series of procedural steps and activities that, however, not being of a jurisdictional nature, directly affect the right of action of the parties and, therefore, the use of the new technological means should be viewed with caution, since they entail a series of discussions that can and necessarily will generate problems in the future.

We will not go into these questions, since we understand that their quasi-jurisdictional nature means that these acts must be worked on in the same logic as jurisdictional acts, since although art. 117 of the Constitution does not apply to them, they have a direct reflection in what is said to respect the right to effective judicial protection, contained in art. 24 of our Magna Carta and, in this sense, they cannot and should not be understood as merely administrative acts, because they are not.

In this sense, the process of digitalization of the judicial office is based on the same idea that guided the implementation of the digital administration, but here the issue is to modernize the *back office*, because unlike the rest of the Public Administrations, which in most cases takes place outside the administrative body, in the Administration of Justice

the public service provided is developed almost in its entirety in the premises of the judicial office.

Perhaps this difference is the most striking in the case of the administration of justice, because while in administrative agencies this modernization can often be confused with automation and standardization of material acts, our society is not yet accustomed to the magnitude of tasks that AI mechanisms based on the aforementioned technologies can and have been developing for some time.

Hence, the 2019-2024 European Agenda rightly envisages massive investment in artificial intelligence and in preparing people to operate with these new technologies:

Over the coming years, the digital transformation will continue to accelerate and will have far-reaching implications. We must ensure that Europe is digitally sovereign and gets its fair share of the benefit of this evolution. Our policy must be defined in such a way that it reflects the values of our society, fosters inclusion and remains compatible with our way of life. To do this, the EU must work on all aspects of the digital revolution and artificial intelligence: infrastructure, connectivity, services, data, regulation and investment.

In this sense, AI-based systems can be used in different tasks as mentioned above, from improving filing techniques, generating reports, obtaining procedural information, preparing and managing the judicial office agenda, providing public information to citizens, modernizing the notification model and many other aspects that are not of a jurisdictional nature and should be subject to modernization, providing the judicial office with greater agility and optimizing its services, to allow better human attention to the litigants and other tasks of greater complexity for which AI is not enabled or is not reliable.

Such changes imply demanding a new profile of the different bodies of civil servants entering public employment. One can no longer expect from these people complete ignorance of these management mechanisms and total strangeness to such systems, because the future of public administrations will necessarily entail the fact that humans and robots will share the public service (Ramió, 2019, 156).

On this point there are no major questions, the judicial office is an administrative body and as such must meet minimum requirements of efficiency in its organization, which is why the massive use of artificial intelligence in the organization and evolution of the processes and flows carried out by it cannot and should not find greater limitations than those established by law.

It could be argued that these changes may result in a greater loss of jobs than those that will be generated and this is not the place to discuss such issues, but what should be clear is that the results of progress depend on the policies adopted.

Within these new technologies that must be implemented in the near future, a new profile of the civil servants at the service of justice is expected. This new profile could be defined in a single word as *smart people*, people who, in addition to knowing how the administration of justice works, are capable of working in an environment with a massive presence of computer tools and artificial intelligence.

However, such a society is not the result of a process of social fissiparity, but emerges from educational policies that invest in the formation of individuals capable of knowing and recognizing the language of technology. And this results solely and exclusively from the process of education.

In this sense, the modernization of the judicial office, as with the digital administration, entails a triple challenge: 1) to modernize the *back office in order* to obtain maximum efficiency, safeguarding fundamental rights and the legitimate interest of citizens; 2) to invest in training society and professionals, enabling them to work with new technologies and 3) to overcome the digital divide, the inequality that exists between citizens in access to and use of new technologies.

Thus, we conclude that the implementation of a judicial office that meets the need for the advancement of new technologies, more than a necessity, is an imperative, whose limits are framed in the procedural laws that must be adapted to the use of these new technologies and, on the other hand, that jurisdictional acts or those that are strictly related to the right of action defined in Article 24 of the Constitution obey another regime, which we will now focus on.

V. SMART JUDGE? CHALLENGES JURISDICTION IN THE SMARTIFICATION OF THE ADMINISTRATION OF JUSTICE.

5.1. LEGAL FRAMEWORK FOR THE USE OF INFORMATION SYSTEMS IN JUDICIAL ACTIVITY

Jurisdictional activity is the main task of the Judiciary, although according to Article 117 of the Constitution, paragraph 4 defines the possibility of entrusting other activities by law, in order to guarantee any right.

This task includes, in all types of proceedings, the competence to judge and enforce what has been judged, under the rule of law and through different types of tutelage, such as executive, declaratory and what some consider to be precautionary tutelage, conveyed by means of claims addressed to the courts.

As mentioned above, the Administration in general has been reformulated with regard to its *front office*, an affirmation applicable to the judicial office, which has undergone an extensive digitalization process, with the adoption of new management models and computer systems.

In our country, Law 18/2011, of July 5, 2011, regulating the use of information and communication technologies in the Administration of Justice, seeks to establish a framework of interoperability between the different computer systems adopted in the Administration of Justice, based on minimum guarantees of authenticity, confidentiality, integrity, availability, traceability, conservation and interoperability of the data, information and services it manages in the exercise of its functions.

The scope of application of the Law refers to the relations of the Administration of Justice with other Administrations, with citizens and professions in their relationship with Justice and other institutions, providing in its article 4 a series of guarantees with respect to the protection of data of the parties and the system of notifications:

- a) To choose, among those available at any given time, the channel through which to interact electronically with the Administration of Justice.

- b) Equality in electronic access to the services of the Administration of Justice.
- c) To know by electronic means the status of the proceedings in which they are a legitimate procedural party, under the terms established in the Organic Law 6/1985, of July 1, 1985, of the Judiciary, and in the procedural laws.
- d) To obtain electronic copies of electronic documents that form part of proceedings in which they are a party or in which they have a legitimate interest, under the terms established in Organic Law 6/1985, of July 1, 1985, of the Judiciary, and in procedural laws.
- e) To the conservation in electronic format by the Administration of Justice of the electronic documents that form part of a case file in accordance with the regulations in force on judicial archives.
- f) To use the identification and electronic signature systems of the national identity card or any other recognized document for any electronic procedure with the Administration of Justice, under the terms established by the procedural laws.
- g) To guarantee the security and confidentiality of the data contained in the files, systems and applications of the Administration of Justice under the terms established in Organic Law 15/1999, of December 13, on the Protection of Personal Data, in Organic Law 6/1985, of July 1, 1985, on the Judiciary, and in procedural laws.
- h) To the quality of public services provided by electronic means.
- i) To choose the applications or systems to interact with the Administration of Justice, provided that they use open standards or, as the case may be, those others that are widely used by citizens and, in any case, provided that they are compatible with those available to the courts and tribunals and that the guarantees and requirements established in the procedure in question are respected.

Given that Organic Law 15/1999 was repealed by Organic Law 3 of 2018, and that according to its fourth transitory provision and fourteenth additional provision, articles 22, 23 and 24 of LO 15/1999 continue to apply exclusively, as long as no new rule is established to regulate the matter, therefore, a tacit reference to Organic Law 3/2018 will be necessary.

On the other hand, with regard to what it calls the electronic management of judicial activity, the Law determines some criteria in

Article 25, especially that “the electronic management of judicial activity will respect compliance with the formal and material requirements established in the procedural rules”.

To this end, the application of electronic means to work processes and the management of procedures and judicial action will be promoted. Determining that the application of electronic means to the management of procedures, processes and services must be “preceded by the realization by the State Technical Committee of the Electronic Judicial Administration of an analysis of functional redesign and simplification of the procedure, process or service, in which the following aspects will be especially considered”:

- a) The possible suppression or reduction of the documentation required from citizens, by replacing it with data, data transmissions or certifications.
- b) Reduction of the time required to process the procedures.
- c) Rationalization of the distribution of workloads and internal communications and the introduction of management indicators.

The electronic judicial file is created, regulated by Article 26, defined as the set of electronic data, documents, procedures and proceedings, as well as audiovisual recordings corresponding to a judicial proceeding, regardless of the type of information it contains and the format in which they were generated, in addition to providing for a general identification number, and an electronic index for foliation, signed (by means of a digital certificate) by the signing judicial office as appropriate.

Judges, magistrates, prosecutors, State Attorneys, administration attorneys and civil servants in the service of the Administration of Justice, in accordance with Article 21, shall have a digital signature, in the form of a digital certificate to be provided by the General Council of the Judiciary.

In other words, the procedure is carried out by means of an electronic file, prepared, numbered, validated and whose processing is carried out in an environment that uses digital media, but is developed in a paper-like manner, since the files are stagnant and different media and storage devices are used, but without the necessary interoperability and fluidity demanded by the law itself.

It should be noted that the term interoperability is used fifty-five times in the text of the law, without any article defining the concept of interoperability, which in the words of Felipe Gómez (2007, 28) means:

“the ability of an information system to communicate and share data, information, documents and digital objects effectively (with minimal or no loss of their value and functionality), with one or more information systems (these systems being generally completely heterogeneous, distributed and geographically distant), through a free, automatic and transparent interconnection, while at no time ceasing to use the interface of the proprietary system”

The interoperability proposed by the legislator does not determine the conditions and forms under which the data will be shared, but seeks to make the systems used by the different administrations compatible with each other, theoretically allowing the information to be available at all times for the Administration of Justice and the citizens.

These data have a fundamental value, since they translate how, when, at what speed, under what conditions and what the decisional tendencies of the judge are. They are crucial for drawing models, establishing procedural strategies and defining deadlines for action, formatting the roadmap adopted by one or both parties to a litigation.

In this particular, regarding the use and availability of such data, our legal system does not offer just any regulation. Furthermore, this matter entails a triple axiological confrontation stemming from the state's obligation to ensure public processes, the citizens' right to information, and the principle of procedural equality, which establishes a right to equality of procedural means between the parties to make effective the intended judicial protection, which is diminished when one of the parties has prior knowledge of the means to make its action with the jurisdictional authority more effective, from a statistical point of view.

The content of this right to equality, beyond the formal equality raised from a merely proceduralist viewpoint, expands to accommodate the egalitarian notion raised by Carmona Cuenca (1994, 283), but its content can in no way be equated to the notion of existential minimum raised by him, since equality, as Wolfgang Sarlet (2010, 35) points out,

constitutes both a requirement of social balance and an instrument of emancipation of the citizen.

In this sense, there is an absolute lack of regulations capable of guaranteeing the rights of citizens before justice, in order to equalize the balance that the technological gap has formed between states, states and companies and companies, people and the State.

It is not enough to create a regulation to make up for the technological deficit of the State; it is necessary to modernize the State apparatus, especially the Administration of Justice, in order to establish the rules of the game, the rights, the limitations and the possibilities of the parties, since if one of them is granted the capacity to foresee by a statistical model the best ways to adopt procedurally, the same resource must be available to the other party.

Therefore, it was said that it is of fundamental importance the way in which the data concerning the sentences, appeals and other judicial procedures and their statistical treatment are made available, because considering their public nature and the publicity imposed by the constitution and the laws to the process, it is questioned what effects their treatment by a company has.

This complete absence of regulation entails a risk for the justice system itself, of becoming a hostage of such information, since in this model of predictive justice the deviation within the trends observed obeys a double axis, forcing the motivation of a new jurisprudential option and, on the other hand, preventing the adoption of creative solutions by the judge.

In conclusion, what is noticeable is that Law 18/2011 has introduced some important changes with regard to the digitalization of the judicial office, but it also generated a dissemination of information that unequally balances the scales of procedural equality, by not providing anything about these data and the way they are used, an error that is maintained today and that generates an inequality that is already beginning to manifest itself in the legal reality. It is therefore necessary to choose the path to follow, either by limiting the processing of this data, or by allowing it on equal terms to all litigants, ultimately adopting the model of predictive justice.

5.2. ALGORITHMS AND PREDICTIVE JUSTICE MODELING

Predictive justice, according to Viola (2018, 32) establishes a mathematical model for the exercise of jurisdiction. This mathematical model is based on the existence of an algorithm, which performs a series of conjunctive or disjunctive operations to reach a certain result. Let us recall that in contrast to expert systems, algorithms are fed with data and results to establish a routine, and not with routines to process data as was the case in the previous generation.

As arguments in favor of the predictive justice model, it is argued that the predictability of the outcome of a lawsuit is a value for the whole society and that judges will be able to decide more conscientiously when their decisions represent a change in jurisprudence, assuming a response to the “*demagogy that the judiciary is often a victim with respect to judicial errors*” (Viola, 2018, 169).

On the other hand, Viola (2018, 171) understands that it is not a matter of predicting with the utmost precision the device of a judgment, but of identifying the orientation of the judge’s reasoning, since judgments are not always linear, but are composed of different resources based on syllogisms, analogies, deductions and inductions.

The predictive justice system is not confused with the processes of automation and file analysis by *machine learning*, as Corvalán (2017, 4) seems to understand, since in these cases of automation a predictive scenario is not established but relies on a statistical model to perform a simple search by *mining data*, in order to then facilitate the choice of a writing model.

The predictive justice system allows individuals to know the tendencies of the courts, based on certain information which, the more information they provide, the more data the algorithm can use to define the predictable outcome in statistical terms.

On the other hand, this system generates risks such as the reduction of the judicial process to a mere mathematical scheme without major correlations with reality, the existence of analysis errors resulting from a misinterpretation of the situation by the algorithm, the formation of biases based on values that violate fundamental rights or violate the

right to effective judicial protection based on the inequality of the parties in the access to the data, which are the extract of the prediction process.

These data come from public files originating from the different electronic files owned by the Administration to the extent that they are necessary for the development of the process, but not the private documents that form the basis for the decision of the judicial body and, therefore, their processing by *mining data* systems must respect a series of principles and rules relating to the protection of personal data to which we have already referred above.

It is also true that the process of predicting judgments is something that every justice operator intuitively and logically performs before taking advantage of the legal resources available to act, choosing the one that is most appropriate to achieve success. The problem is revealed when this process of forecasting results generates procedural inequality, either because public data is used for the benefit of only one of the parties, or when one party has a wider range of data than those available to the other party.

To ignore this fact is to go back to the pure and simple formal equality that emerged from *l'ecole du exegesis* (Halpérin, 2017, 8), going backwards in the conquest of rights such as material equality as a principle to be observed by the State and, especially, the right to effective judicial protection enshrined in Article 24 of the Spanish Constitution.

This does not imply that the use of the predictive justice model by itself is capable of violating the right to effective judicial protection, but rather that its implementation, without due caution, may violate this right, because the digital divide is a reality and affects citizens, states and companies to different degrees within their respective realities, and therefore technological resources should be used to reduce these inequalities, not to widen them.

There are many ways to reduce the impact of these inequalities, especially in cases where one of the parties previously has a greater volume of data and information than the other, a fact that is accentuated by the use of artificial intelligence. One of them is to provide, on equal terms, the predictive justice system by the State for both parties, especially considering that the files used in such systems belong to the State.

Another way is to institute more protective judicial systems, not only with information systems, but with special jurisdictions, where the burden of proof is reversed to the party that has superiority over the other party, an experience that has achieved considerable acceptance and success in other jurisdictions, such as Brazil, for example.

However, what must be clear with regard to predictive justice is that this model precedes the exercise of jurisdiction, is based on statistical information related to similar cases, with a higher level of precision when there is a greater volume of information on the procedure, and that this system may violate, if its use is not regulated with caution, the right to effective judicial protection, due to the inequalities generated in the process.

In conclusion, it is incumbent upon the State, as a guarantee of art. 24 of the Spanish Constitution, to regulate the manner of processing the use of such files generated in the judicial offices, thus allowing equal access to all parties to such prediction systems.

VI. THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN JURISDICTIONAL FUNCTIONS

At this point of our work, having established some preliminary notions, we move on to the last and perhaps main, but not conclusive stage of our work, that of questioning whether it is possible to apply such remedies in the jurisdictional processes defined in art. 117 of the Spanish Constitution.

The first thing we must be clear about is that AI systems, whatever their nature, are not a substitute for the judge, but his auxiliary, just as at present there are human assistants, who exercise such activities without performing any jurisdictional task.

To deny that AI plays an important role nowadays is the same as ignoring that the very system from which we are writing this article - which is probably the same one used by a judge in Badajoz or Salamanca - uses different artificial intelligence tools, especially machine learning to learn the way we write, suggesting expressions or correcting mistakes.

Artificial intelligence does not replace judges, nor will it replace them, because the mechanism to carry out the decision-making process

is so complex that it would be not impossible, but unfeasible from the point of view of adequacy with the purposes of justice, for a robot to pass a sentence. Nor could it perform this task due to legal unfeasibility, since the Constitution in its art. 117 determines that jurisdiction is carried out exclusively by judges and magistrates.

However, the fact that decisions are still taken by the judge does not prevent the use of AI-based mechanisms from influencing his decision, either because the evidence used is based on a report produced in an automated way, i.e. by a robot, or because evidence obtained by data mining, facial recognition, or other ICT-related means is used.

Two fundamental perspectives come into play to resolve this issue. The first is that artificial intelligence is not currently adequately regulated in our legal system. Secondly, the process and procedural guarantees are crucial. Regarding the acquisition of evidence through data mining, we understand that there are no major issues as long as it does not violate any fundamental rights of the individuals involved. Article 23 of Regulation (EU) 2016/679 allows a judge, while respecting due process, to adopt measures that may interfere with the protection of personal data of the litigants.

The same applies to the issue of evidence obtained by means of AI systems, with important discussions safeguarding against the violation of fundamental rights, privacy, self-image, self-body, genetic information and other elements of personal dignity. In other words, the evidence will be lawful and acceptable in a jurisdictional process, regardless of the jurisdictional order to which we are referring as long as it does not violate fundamental rights, in accordance with what is determined by art. 287 of the Law 1/2000, of January 7, on Spanish Civil Procedure and correlates in the other jurisdictional orders.

However, when the use of such resources is related to the judgment in such a way that its importance cannot be dissociated from the content of the judgment, i.e., the content of the judgment would probably be different when the appeal to the IA was not used, we understand that the issue must be treated with caution, because first, as mentioned above, the right to effective judicial protection may be affected and, on the other hand, the fundamental rights of the defendants may be violated.

What must be clear, and this is a good point of the European Ethical Charter for the use of AI in Judicial Systems and its environment, is that, in any case of application of AI in judicial systems, the person must be considered as a fundamental value, without being reduced to a mere statistical system.

This Charter, as we have defined above, is not specified in a legal framework and cannot be invoked as a rule applicable to a specific procedure, but from its content we can infer some interpretative criteria in accordance with the respect for human rights enshrined in our legal system.

The charter defines that AI systems cannot be used to undermine the independence of judges in their decision making and must be used with respect for the principles of the rule of law and give ethical precedence to human rights, through a design approach.

This means that AI systems must be designed with an architecture whose algorithmic layers can have transparent criteria, harboring in their learning stages rules that prohibit direct and indirect violations of human rights.

The Charter determines, furthermore, that “when artificial intelligence tools are used to resolve a conflict or as a tool to collaborate in judicial decision-making or to guide public opinion, it is essential to ensure that they do not undermine the guarantees of the right of access to a judge and the right to a fair trial, privileging, as we have said above, the right to equality of arms and respect for the adversarial process”.

In this sense, considering the capacity of these processing methods to reveal existing discrimination, through the grouping or classification of data relating to individuals or groups of individuals, public and private actors, they must ensure that the methods do not reproduce or aggravate this discrimination and that they do not give rise to deterministic analyses or uses that undermine fundamental rights, causing the so-called discriminatory biases.

However, such statistical analyses can also be used to prevent discrimination, verifying whether a given authority denies all applications from people of a certain race or social status, belonging to so-called vulnerable groups, and can prevent it with the irrefutable statistical argument, because these are the cases in which AI can make an invaluable contribution to the construction of a freer, fairer and more caring society.

For this reason, the construction of machine learning models should try to reflect as clearly as possible the experience of professionals from the entire justice environment and researchers, providing feedback to the system based on ethical guarantees and preventing the existence of unsolved errors with an audit system of judgments based on sensitive information provided or elaborated by AI, as well as establishing a system of resources adequate to correct the errors that are detected.

With regard to security, the Charter is concerned with establishing that the models and algorithms created must also be capable of being stored and executed in secure environments, in order to guarantee the integrity of the system, its intangibility, which means the use of technologies such as *blockchain*, aiming to guarantee not only the security of the information, but also its unalterability by agents external to the process, ensuring that the information survives intact to possible cybernetic attacks.

In summary, we understand that AI can and should be considered an enormous ally of the court to carry out its function, but like any tool it should be viewed with caution, and its use should be regulated and limited, based on the ownership of the files with which it works, including files of public utility, but owned by the State, such as files from the electronic court file, since they may contain information of a private nature of the parties.

It is not a matter of simplifying what is complex, arguing that the interpretation of the law is already in itself a teleological operation and that more than one meaning can be given. Nor that any decision is a decision, since two coherent arguments can give rise to different judgments according to two different priorities (Linant De Bellefonds 1994, 705).

The fundamental issue to be understood is that justice is a fundamental service, provided by the State, and to dispense with the idea that justice is imparted by a human authority legally vested, responsible and subject to a legal regime in order to accept that it be done by an algorithm is the same as denying the impartation of justice, since we would be dealing with a fully-fledged automatic system.

In this sense, we maintain that artificial intelligence cannot be used to solve judicial conflicts by itself, nor to substitute judges or even to issue any act of knowledge that implies the exercise of the functions defined in art. 117 of the Spanish Constitution, because it violates the principle of the natural judge predetermined by Law, violates art. 24 of

the Constitution, which determines the effective judicial protection and definitively breaks with the value of legal certainty.

This does not mean, on the other hand, that its use is harmful or negative, since it can support judicial decisions with solid and statistical arguments and documents from different technical points of view, allowing the judge to better analyze the scenarios of each case, speeding up the processing of the files.

On the contrary, this employment must be based on the person as a fundamental value, not reducing people and their rights to mere cells of a staff, or mere percentages, by simple statistical findings, without further investigation, and this is what the European Union is trying to do right now with the Ethical Charter.

The big problem is that as long as its content is merely declarative and lacks normative force, we will not be guaranteeing justice or the rights of citizens, because what is clear is that artificial intelligence is advancing silently and uninterruptedly and the only solution to prevent violations of the rights of the justiciable from occurring in this advance is to accept this advance and regulate its effects, protecting the most basic value of the State, which are people and their dignity.

Therefore, we understand that artificial intelligence can and should be used to improve the work of the judicial office as an administrative body, improve the already archaic system of notifications of the Administration of Justice and support judges in technical as well as legal matters, but its use should be limited and subject to the limits imposed by human rights.

It is therefore necessary to define the model that the State intends to adopt in the exercise of these functions, and all this is based on the participation of the people in this decision-making process. There are many examples of AI systems that have been fulfilling this task, but which are being implemented outside any debate, such as “Prometea”, an AI developed by the Prosecutor’s Office of the City of Buenos Aires, or an AI called “Victor”, developed at the Federal Supreme Court of Brazil in conjunction with the University of Brasilia, which has already been analyzing a requirement for the admission of a class of appeals that reaches that Court⁶.

⁶ BRAZIL. Supreme Federal Court. Inteligência Artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. Available at: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/>

In addition to the Víctor robot, operational since 2018, the Rafa robot is also in operation. Rafa is designed to integrate the procedures of the Brazilian Supreme Federal Court into the UN's Agenda 2030. Furthermore, a new intelligence named VitórIA has been recently developed. VitórIA will be utilized to expand the recognition profiles of ongoing proceedings within the court.

Countries around us, such as France, have been developing studies on the subject and in other countries, such as the United States, some reports and analyses of judicial interest are prepared by these robots, thus generating most of the recognized cases of errors based on bias and discrimination.

The topic is too broad to reach a conclusion in this research work, but too important not to be debated. We are faced, as a networked society, with the moment of deciding on the model of justice that is imposed on us and as people we cannot forget that there will always be people without justice, but there is no justice without people.

This observation is fundamental to understand that, no matter how much the judicial systems advance, no matter how many new resources, expert systems, artificial intelligence or other technologies are implemented in the future, only a human being is capable of understanding the complexity of the unveiling of life, the fundamental philosophical and existential value that makes the subject perceive himself and be in the world⁷ and that if we distance ourselves as a judicial system from these values, we will not be advancing more than the already outdated Cartesian and positivist idea that the law and the facts of life can be reduced to mere syllogisms, when they are not.

In synthesis and without conclusive pretensions, we defend that artificial intelligence can and must be used to speed up and improve judicial systems, but the person must be the beginning, with the demand, the means, with a fair trial and the end of justice, with a sentence dictated by and for a person, or we will not be facing a true justice system, but a mere virtual one.

verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038

⁷ See Heidegger, 2018. Also Arendt, 2016.

VII. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND SECOND INSTANCE: QUESTIONS AND NOTES

If the use of artificial intelligence in the judicial environment and by judges and magistrates is already questionable from a procedural point of view at the trial level, as we have seen, its use in appellate proceedings also raises significant doubts.

In this sense, the incorporation of artificial intelligence at the appellate level presents a complex and highly relevant dilemma regarding the standards of evidence review and its potential impact on the right to effective judicial protection.

While it is undeniable that AI can offer significant advantages, such as the ability to process large volumes of data and evidence that can be used as evidence in a proceeding in a reduced time, it also generates several critical concerns that must be comprehensively addressed by the doctrine, as it brings with it a number of challenges, which we will summarily mention.

One of the main challenges lies in the ability of AI to perform analysis and assessments. As is well known, AI technology relies on algorithms, including machine learning, which means that its effectiveness and objectivity are highly dependent on the quality of the data it is trained on. If the training data contains biases, such as systematic biases, discrimination or inaccuracies, the AI may perpetuate these biases in its evidential analysis.

This raises a fundamental concern regarding fairness and the fundamental right to equality in the judicial system, as biased decision making can undermine the right to effective judicial protection, especially for those who have historically faced discrimination, including sex discrimination.

Another important issue is the lack of transparency in AI-based decision making. The algorithms used to analyze the evidence and the standards employed, which would cause it to recommend lines of reasoning that can be extremely complex and difficult to understand. Such a situation, raises the question of how the parties involved, lawyers and ultimately society as a whole, can evaluate and question the basis of judicial decisions when they are influenced by opaque algorithms.

Transparency and the use of rationality are essential to ensure confidence in the judicial system and to allow accountability in case of errors or injustices in the sentences. Not for any other reason, the legislator in the LEC has determined in Article 218 that judgments must be motivated, expressing the factual and legal reasoning that lead to the appreciation and evaluation of evidence, as well as the application and interpretation of the law. The reasoning must have an impact on the different factual and legal elements of the lawsuit, considered individually and as a whole, always in accordance with the rules of logic and reason.

The automation of the review of evidence in the second judicial instance could also lead to a loss of humanity in the process. The concreteness of legal mandates in sentences cannot be reduced to the mere automatism of a syllogism between rule and fact. It is not only a matter of coldly applying the law, but also of understanding and considering the individual circumstances and nuances of each case. AI, lacking empathy and the human condition itself and the ability to evaluate complex human factors, could miss crucial aspects in judicial decision-making, which could jeopardize the right to effective judicial protection.

An additional problem concerns the question of liability. If an error in the AI analysis leads to a judicial decision with an error in the appreciation of the evidence, who would be liable? Judges may argue that they simply followed the recommendations of the IA, which would make it difficult to attribute liability in these cases.

All this could result in violations of the right to effective judicial protection of the parties, since if the same algorithm evaluates the evidence in the second instance, these errors could eventually multiply and the knowledge of their existence could be delayed in time, making the adoption of appeals unfeasible (Pérez Estrada, 2021).

In terms of standards of evidence examination, AI could also influence how witness testimony and the credibility of the evidence presented are evaluated. AI could provide credibility indicators based on language and behavioral patterns, but these indicators could be incomplete or inaccurate. This raises the concern that judicial decisions will be based on automatic credibility assessments rather than a careful, contextual review of evidence, which could further undermine the right to a fair and effective trial.

In addition, the use of AI in the second judicial instance also raises privacy issues. The collection and analysis of personal data through AI to assess the credibility or validity of evidence could be an intrusion on the privacy of the parties involved in a case. Such an issue could become a particularly relevant problem in sensitive cases, such as those involving fundamental rights, where the privacy of individuals is of utmost importance, especially in view of the general mandate established by Article 18(4) of the Constitution.

In the future, an over-reliance on AI in judicial decision-making could also erode the central role of human judges in the judicial process. While AI can be a valuable tool to assist in the review of evidence, it should not replace the discernment, judgment, and decision-making ability that only a human being can provide.

In other words, we cannot turn the judge into Hannah Arendt's (2016) figure of the tool man, who, so dependent on tools, becomes a tool himself, which, figuratively speaking, implies the loss of the human condition itself, which is essential when interpreting the world around him.

In conclusion, the introduction of artificial intelligence in the second judicial instance brings with it a number of significant challenges in terms of the standards of review of evidence and the protection of the right to effective judicial protection.

While AI has the potential to streamline the judicial process and improve its efficiency, it also poses substantial risks related to bias, opacity, dehumanization, privacy and liability issues.

In this sense, to ensure that AI is used legally and effectively in the judicial system, it is essential to establish robust safeguards, guarantee transparency and preserve the central role of human judges in judicial decision-making, so that the right to effective judicial protection is not undermined by the adoption of AI technology, whether in the first or second instance (Suárez Xavier, 2023).

Finally, with regard to the latest and most recent changes related to this matter, while it is true that the newly approved Artificial Intelligence Regulation in the European Union provides a series of limitations on the use of AI based on levels of risk—acceptable and unacceptable depending on the degree of risk posed by the AI—this general framework remains

insufficient to meet the need to comply with the principle of legality in the procedural domain, as we understand it.

VIII. CONCLUSIONS

Modernity invented the singular subject, the atomized man who exists by himself and for himself. Overthrown the *noesis noesos*⁸, the search for a transcendental truth, the subject has become the architect of his own destiny, displacing the concepts of moral rationality, of moral superiority, of justice towards an atomized rationality and self-affirmation, creating a society that is self-reproducing from different models, in what philosophers call autopoiesis.

In this scenario, justice ceased to be a claim and is gradually becoming a product provided by the State and for which the Network Society demands a modification, just as it has been happening with the State Administration, the Administration of Justice is compelled to reinvent itself and adapt, reestablishing the rules of the game in order not to be crushed by the advance of companies and to continue providing the necessary public service of jurisdiction.

These changes cannot and should not occur without considering the need to respect fundamental rights, the privacy of individuals, the presumption of innocence and the dignity of the individual as fundamental values of the legal system.

Nor can it be accepted that such advances occur in a democratic society as an imposition of the State on society, and the debate on such issues should be initiated, aiming to allow society to know and implement such means.

It is not enough to establish Charters with programmatic values, but it is imperative to provide real and effective means for the defense of citizens' rights against the invasion of their privacy by the State and companies, forcefully regulating the use of personal or sensitive information by companies and by the State itself beyond the deficient system of *notice and choice*.

⁸ See: BLOCH, 1983. Available at: https://biblioteca.uazuay.edu.ec/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=39862

Beyond implementing a judicial office that preaches modernity, but where professionals are essentially unaware of the functioning of new technologies, it is necessary to promote the training of citizens with knowledge in artificial intelligence, its nature and its modes of use, thus aiming to prepare these professionals demanded by this new reality.

Ultimately, it is a matter of adopting public policies that promote awareness of these mechanisms and allow for the construction of a protective system based on the right to information, providing individuals with the certainty that their rights will not be violated in this modernization process and that justice continues to be dictated by and for people.

Reiterating what has already been stated, in conclusion, the introduction of artificial intelligence in the second judicial instance brings with it a number of significant challenges in terms of standards of review of evidence and the protection of the right to effective judicial protection.

While AI has the potential to streamline the judicial process and improve its efficiency, it also poses substantial risks related to bias, opacity, dehumanization, privacy and liability issues.

In this regard, to ensure that AI is used legally and effectively in the judicial system, it is essential to establish robust safeguards, guarantee transparency and preserve the central role of human judges in judicial decision-making, so that the right to effective judicial protection is not undermined by the adoption of AI technology, whether in the first or second instance.

The challenges are set and time is not an ally in the dispute for the implementation of a modern, free and essentially egalitarian and fair society. Therefore, it is not only up to the State, but to all professionals in the legal environment to understand, adapt and shape the technology around us into a servant of humanity, before we turn humanity into a servant of technologies.

BIBLIOGRAPHY

ARENDRT, Hannah. *La condición humana*. Ed. Paidós. 2016. <https://doi.org/10.4324/9781912281824>

BARONA VILAR, Silvia. *Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia*. Rev. Boliviana de Derecho, ISSN-e 2070-8157, N° 28, 2019, pp. 18-49. <https://hdl.handle.net/10550/72542>

BARUH, Lemi; POPESCU, Mihaela (2015). “*Big data analytics and the limits of privacy self-management*”. *New media & society*, pp. 1-18. <https://doi.org/10.1177/1461444815614001>

BLOCH, Ernest. *El pensamiento de Hegel*. 2 Ed. Fondo de Cultura de Mexico. 1983. https://biblioteca.uazuay.edu.ec/opac_css/index.php?lvl &id=39862

CARMONA CUENCA, Encarnación. *Igualdad Material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*. N. 84 v. 1. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/46902>

CASTELLS, Manuel. *La sociedad red*. Alianza Editorial. Madrid: 1997. <https://doi.org/10.5377/realidad.v0i81.4290>

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. “Nuevas tecnologías y prueba en el proceso penal. Especial incidencia en Inteligencia Artificial”¹. *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, 2022, no 11, p. 2. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8402093>

CORVALÁN, Jua Gustavo. *La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea*. *Diario La Ley*. 29/09/2017. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/doctrina47747.pdf>.

CRAWFORD, Kate; METCALF, Jacob. “*Where are human subjects in big data research? The emerging ethics divide*”. *Big data and society*. (2016) <https://doi.org/10.1177/2053951716650211>

FELIPE GÓMEZ, Laureano. *Interoperabilidad en los Sistemas de Información Documental*. *Revista Códice*. V. 3, nº 1 jun/2007. Ed. Universidad La Salle. <https://ciencia.lasalle.edu.co/co/vol3/iss1/2/>

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Ed. Biblioteca Nueva. Madrid, 2012. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=143517>

HALPÉRIN, Jean-Louis. *Exégesis*. *Revista de Derecho de Barranquilla*. N. 48, 2017. ISSN: 0121-8697. <https://doi.org/10.14482/dere.48.10148>

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre el humanismo*. Ed. Alianza. Madrid, 2000. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=166281>

HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Ed. Trotta. 3ª Ed. 2018. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=93354>

KAI-FU, Lee. *As superpotencias da inteligênci artificial*. Ed. Relógio D’Água. Lisboa, 2019. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=830980>

KAULR KALRA, Harsimran. *A Review Study on Humanoid Robot SOPHIA based on Artificial Intelligence*. <http://www.ijtc.org/download/volume-4/mar-4/IJTC201803001-20Intelligence-s320.pdf>

LINANT DE BELLEFONDS, Xavier. *L'utilisation d'un « système expert » en droit comparé*. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46, 1994, No. 2, p. 703-718. <https://doi.org/10.3406/ridc.1994.4899>

PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. “La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2021, vol. 7, no 2, p. 1385-1385. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.505>

PINO DIEZ, Raúl. *Introducción a la Inteligencia Artificial*. Universidad de Oviedo. Oviedo: 2001. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=64918>

RAMIÓ, Carles. *Inteligencia artificial y administración pública*. Ed. Catarata. Madrid: 2019. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7235331>

RODRIGUÉZ-ARANA, Jaime. *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*. *Revista Misión Jurídica*. n. 6 year 2013. <https://doi.org/10.25058/1794600x.60>

SANTOS, Milton. *La naturaleza del espacio*. Ed. Ariel S.A. Barcelona: 2000. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=99359>

SAPHIRO, Stuart C. *Encyclopedia Of Artificial Intelligence*. Ed. John Wiley & Sons. Nueva York, 1992. http://www.cse.yorku.ca/~tsotsos/Homepage%20of%20John%20K_files/teai-92.PDF

SCHWAB, Klaus. *La cuarta revolución industrial*. Ed. Debate, 4ª Ed. Barcelona, 2018. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9369856>

SOLOVE, Daniel J. (2013). “Introduction: Privacy self-management and the consent dilemma”. *Harvard law review*, v. 126, n. 7, pp. 1880-1903. http://cdn.harvardlawreview.org/wpcontent/uploads/pdfs/vol126_solove.pdf

SUÁREZ GONZALO, Sara. *Big social data*. *El profesional de la información*, 2017, marzo-abril, v. 26, n. 2. P. 283-292. eISSN: 1699-2407 <https://doi.org/10.3145/epi.2017.mar.15>

SUAREZ XAVIER, Paulo Ramón. *Informe sobre aspectos bioéticos, legales y procesales del derecho a la identidad y el uso de procedimientos de reconocimiento facial por las fuerzas y cuerpos de seguridad*. UNESCO Chair of Bioethics and Law and Bioethics and Law Observatory of the University of Barcelona, CITI, KU Leuven. Colex Publishing, 2023. <https://www.colexopenaccess.com/libros/>

informe-sobre-aspectos-bioeticos-legales-procesales-derecho-identidad-uso-procedimientos-reconocimiento-facial-fcse-5080

SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. *Justicia Predictiva: construyendo la justicia del Siglo XXI*. Aranzadi/Civitas, 2023.

SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. El Reto de la Regulación de la Inteligencia Artificial en el Sistema Judicial y su Entorno. *Revista Jurídica Portucalense*, 2022, p. 144-157. <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/26275/19641>

VIOLA, Luigi. *Interpretazione della legge con modelli matematici*. Vol. I., 2ª Ed. Ed. Diritto Avanzato. Milán, 2018.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Conocer el mundo, saber el mundo*. Ed. Siglo XXI. 2ª Ed. 2002, Buenos Aires. <https://arxiujosepserradell.cat/wp-content/uploads/2023/02/Conocer-el-mundo-saber-el-mundo-Immanuel-Wallerstein.pdf>

WOLFGANG SARLET, Ingo. *Los derechos constitucionales en el constitucionalismo contemporáneo*. In PRESNO SERNA, Miguel Ángel. (org.) *Los derechos sociales como un instrumento de emancipación*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2010. P.35-61.

Authorship information

Paulo Ramón Suárez Xavier. Assistant Professor of Procedural Law at the University of Seville (accredited as Associate Professor). He holds a PhD in Procedural Law from the University of Malaga, where he also studied for a Master's Degree in Law and a Bachelor's Degree in Law. Extraordinary prize winner of the Master's Degree in International and Community Taxation at the University of Santiago de Compostela. He also holds a Master's Degree in Fundamental Rights from the University of Granada and a Master's Degree in Law and Public Administration from the University of Burgos. He has postdoctoral research stays at the Universities of Louvain, Barcelona and Salamanca. He is the author of six monographs, with more than ten scientific articles and more than thirty contributions to collective works. Currently a non-practicing lawyer at the Bar Association of Barcelona. Member of Probaticius and director of the Collections "Jóvenes Investigadores" and "Foro Procesal" at Editorial Colex. psuarez@us.es

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: I would like to extend my gratitude, particularly to the UNESCO Chair in Bioethics and Law at the University of Barcelona, where I conducted the studies that led to this work. The support of Professor PhD. María Casado González and Professor PhD Itziar de Lecuona was indispensable. Additionally, I am grateful to the Center for IT & IP LAW – CITIP at the University of Leuven, where I undertook a postdoctoral stay and had the opportunity to discuss various aspects of this work. This stay was supported by Professor PhD Marie-Christine Janssens, Director of CITIP. My sincerest thanks go to Professor Leticia Fontestad, Chair of Procedural Law, who endorsed my postdoctoral research for funding by the University of Málaga. Finally, I would like to express my heartfelt thanks to my beloved Boris for assisting with English revisions and for his patience over the last five years.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 07/04/2024
- Desk review and plagiarism check: 10/04/2024
- Review 1: 25/04/2024
- Review 2: 26/04/2024
- Review 3: 28/04/2024
- Review 4: 30/04/2024
- Preliminary editorial decision: 11/05/2024
- Correction round return: 25/05/2024
- Final editorial decision: 29/05/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (SL)
- Reviewers: 4

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. Smartjustice, process and evidence: special reference to its use in the court of appeal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e1006, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.1006>




License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Towards a Digitalised Criminal Justice System: Lessons from Poland

Em direção a um sistema de justiça criminal digitalizado: exemplo da Polônia


Andrzej Sakowicz¹

University of Białystok, Białystok, Poland
sakowicz@uwb.edu.pl

 <http://orcid.org/0000-0001-6599-4876>

Sebastian Zieliński²

Warsaw University of Technology, Warsaw, Poland
sebastian.zielinski@pw.edu.pl

 <https://orcid.org/0000-0002-8443-8944>

ABSTRACT: The Covid-19 pandemic has accelerated technological advancements within the Polish criminal justice system, notably through the integration of remote communication tools for legal proceedings. This paper examines the introduction and impact of remote hearings, including those for detention on remand, arguing for the expansion of remote hearings beyond cases where the defendant is in custody. It highlights the existing legal framework's limitations, such as the conditional telephone contact between a defendant and their defense counsel, which infringes on the right to defense due to the lack of confidentiality and effectiveness in legal assistance. Furthermore, the paper discusses the potential benefits of digitizing criminal proceeding files, including improved efficiency, accessibility, and the safeguarding of the fair trial principle. Despite potential drawbacks like digital exclusion

¹ Professor at the University of Białystok, Poland; the Faculty of Law; the Department of Criminal Procedure. PhD in Law.

² Assistant Professor at the Warsaw University of Technology, Poland; the Faculty of Administration and Social Sciences; the Department of Administrative Law and Public Policy. PhD in Law.

and security concerns, the implementation of a unified digital system across all courts is proposed to facilitate data exchange and streamline proceedings. Additionally, the paper addresses the limitations of replacing human interpreters with automated translation software in criminal proceedings, emphasizing the necessity of human oversight to ensure fair trial guarantees. The study suggests a hybrid approach to translation that combines machine translation with human verification, drawing parallels with GDPR provisions for human intervention in automated decision-making processes.

KEYWORDS: remote hearings; digitization of criminal proceedings; automated translation; digital technology; Poland.

RESUMO: *A pandemia de Covid-19 acelerou os avanços tecnológicos dentro do sistema de justiça criminal da Polônia, especialmente por meio da integração de ferramentas de comunicação remota para os procedimentos legais. Este artigo analisa a introdução e o impacto das audiências virtuais, incluindo aquelas para prisão cautelar, propondo a expansão das audiências remotas para além dos casos em que o réu está sob custódia. Destacam-se as limitações do arcabouço legal existente, como o contato telefônico condicional entre um réu e seu advogado de defesa, que viola o direito à defesa devido à falta de confidencialidade e efetividade na assistência legal. Além disso, o trabalho discute os benefícios potenciais da digitalização dos arquivos dos processos criminais, incluindo melhoria da eficiência, acessibilidade e garantia do princípio do julgamento justo. Apesar de possíveis desvantagens como exclusão digital e preocupações com segurança, propõe-se a implementação de um sistema digital unificado em todos os tribunais para facilitar a troca de dados e otimizar os procedimentos. Adicionalmente, este artigo aborda as limitações da substituição de intérpretes humanos por software de tradução automatizada em processos penais, enfatizando a necessidade de supervisão humana para garantir o julgamento justo. O estudo sugere uma abordagem híbrida para tradução que combina tradução automática com verificação humana, estabelecendo paralelos com as disposições do GDPR para intervenção humana em processos de tomada de decisão automatizados.*

PALAVRAS-CHAVE: *audiências virtuais; digitalização do processo penal; tradução automática; tecnologia digital; Polônia.*

1. INTRODUCTION

Technological developments, new software, increased use of mobile devices (mobile Internet), and improved Internet accessibility have led in recent years to social, cultural, and economic changes. The benefits of technological developments were quickly discovered by the private sector, which values its time and money; it was only at the next stage that the benefits of computerization were discovered by public institutions, law enforcement agencies, and the judiciary. In particular, the adoption of emerging technologies in the judiciary has been rather slow. The vast majority of countries have resisted the use of information and communication technology systems to comprehensively handle court proceedings and conduct remote hearings. The obstacles to the widespread adoption of new technologies in the criminal process have been costs, security considerations, concern about the guarantees of the participants in the proceedings and respect for the attorney-client privilege, as well as data security³.

The dynamic and unpredictable development of the Covid-19 pandemic quickly put the previous normative reality to the test, prompted the search for new regulations, and raised awareness of the need and inevitability of using emerging technologies and the digitization of services in the justice system. Recent years have shown the beginning of changes towards e-justice⁴ not only through the creation of new solutions, but

³ See generally, WALLACE, Anne. Virtual Justice in the Bush: The Use of Court Technology in Remote and Regional Australia. *Journal of Law, Information and Science*, vol. 19, n. 1, 2008, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/JL-LawInfoSci/2008/2.html>; TURNER, Jenia I. Remote Criminal Justice. *Texas Tech Law Review*, vol. 53, 2021, p. 197-270; FACTORA, Roni; KARITIA, Dana; LERNAUB, Hagit; AYUBI Danielle Yaffe. Videoconferencing in Legal Hearings and Procedural Justice. *Victims & Offenders*, vol. 18, n. 8, 2023, p. 1557-1579, <https://doi.org/10.1080/15564886.2023.2248465>; BANNON, Alicia; KEITH, Douglas. Remote court: Principles for virtual proceedings during the COVID-19 pandemic and beyond. *Northwestern University Law Review*, vol. 115, iss. 6, 2021, p. 1875-1920; GORI, Pierpaolo; PAHLADSI-INGH, Aniel. Fundamental rights under Covid-19: An European perspective on videoconferencing in court. *ERA Forum*, vol. 21(4), 2021, p. 561-577, <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00643-5>.

⁴ By e-justice we will mean the use of information and communication technologies to improve citizens' access to justice and to make legal action

also through the adaptation of existing legislation to the possibility of using IT tools in the justice system. The Covid-19 pandemic also appears to have significantly weakened the mistrust of judicial authorities and legal practitioners toward the widespread use of remote communication technologies in the field of justice. The implementation and use of video conferencing tools, case management systems, digital communication and data exchange systems, and artificial intelligence (AI) systems, including machine learning technologies, is noticeable in the justice systems of many countries. But the use of IT tools also raises critical questions about how litigants' rights and their access to justice may be impacted, either positively or negatively.

These changes also have taken place in Poland. The purpose of this paper is to present legal solutions in the Polish criminal procedure relating to remote hearings, remote sessions concerning detention. This paper also explores the potential for the broad implementation of digitization of case files and extensive use of machine translation to ensure the realization of procedural rights and the timeliness principle of criminal proceedings. The analysis of individual legal solutions will be carried out in terms of both assessing their effectiveness and meeting fair trial standards, in particular the protection of the rights of defendants provided for in the European Convention on Human Rights (ECHR)⁵ and the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) that is based on the ECHR. It is clearly visible that the multi-level impact resulting from the deployment of technologies in the justice system goes well beyond technological issues and is immutably linked to the need to assess the impact of new technologies on the standard of respect of fundamental rights.

This paper contains observations on institutions already implemented in the Polish legal system, such as the hearing of witnesses

more effective, see Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee - Towards a European e Justice Strategy SEC(2008)1947 SEC(2008)1944, COM/2008/0329 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52008DC0329>, access: 18 May 2024.

⁵ European Convention on Human Rights, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, Rome, 4 November 1950. Council of Europe Treaty Series - No. 5.

by videoconference, remote hearings in Polish criminal proceedings, and remote court sessions concerning detention on remand. It also discusses institutions that are in the process of slow implementation, particularly the digitization of case files in criminal proceedings. Additionally, the paper addresses institutions that are not yet implemented but are technologically feasible and, in our view, permissible from the perspective of criminal procedure principles and desirable from the perspective of the objectives of the criminal process, such as the acceptability of the use of automated translation services in the criminal justice process.

2. HEARING OF WITNESS BY VIDEOCONFERENCE IN POLAND

Interrogations are among of the main evidentiary activities in criminal proceedings and an essential element of judicial decision-making⁶. Traditionally, most legal interrogations are conducted in the physical presence of the defendant or detainee. However, technological developments over the past few decades have led to growing use of video conferencing in criminal proceedings, which allows participants in a hearing to take part from remote locations and interact with each other using communication technologies⁷. The possibility of conducting a hearing remotely, using videoconferencing platforms, was introduced into the Polish criminal process in 2003⁸. This was part of the trend prevailing in Europe at the time, where such solutions appeared in a number of

⁶ FACTORA, Roni; KARITIA, Dana; LERNAUB, Hagit; AYUBI Danielle Yaffe. Videoconferencing in Legal Hearings and Procedural Justice. *Victims & Offenders*, vol. 18, n. 8, 2023, p. 1557, <https://doi.org/10.1080/15564886.2023.2248465>.

⁷ See ROSSNER, Meredith; TAIT, David. Presence and participation in a virtual court. *Criminology & Criminal Justice*, vol. 23, n. 1. 2023, 135-157. <https://doi.org/10.1177/17488958211017372>; WALLACE, Anne. Virtual Justice in the Bush: The Use of Court Technology in Remote and Regional Australia. *Journal of Law, Information and Science*, vol. 19, n. 1, 2008, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/JLInfoSci/2008/2.html>;

⁸ GORI, Pierpaolo; PAHLADSINGH, Aniel. Fundamental rights under Covid-19: An European perspective on videoconferencing in court. *ERA Forum*, vol. 21(4), 2021, p. 561-577, <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00643-5>.

countries at the turn of the 20th century and 21st centuries⁹. Initially such hearings included only witnesses and experts, but in subsequent years they were extended to defendants as well. These regulations were mainly intended to allow the hearing of witnesses who could not travel or pay travel expenses, who were intimidated or who faced threats to their life and health. In the case of defendants, the decisive factors were safety considerations and the cost of the proceedings, as well as the intention to ensure their right to counsel and the confidentiality of such contacts¹⁰.

In 2003, Article 177 (1a) of the Polish Code of Criminal Procedure (CCP)¹¹ was adopted; it provided for the possibility of questioning witnesses, including expert witnesses, using means that allow direct transmission of sound and video. It has been used in both court and preparatory proceedings¹². The videoconference may take place at the request of a party to the proceedings or *ex officio*. The authority conducting the criminal proceedings should carefully consider such a request and,

⁹ See e.g. Article of 9 and 10 the Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual

Assistance in Criminal Matters, European Treaty Series - No. 182, Strasbourg 8 November 2001, <https://rm.coe.int/168008155e> At present, work is continuing on a proposal of Third Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters. Among the proposed changes is facilitating the use of hearing by video conference, see Daft Third Additional Protocol To The European Convention On Mutual Assistance In Criminal Matters. Committee Of Experts on The Operation Of European Conventions on Co-Operation In Criminal Matters (PC-OC), <https://rm.coe.int/pc-oc-2023-07/1680ac805b>, access: 18 May 2024.

¹⁰ SANDERS, Anne. Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic. *International Journal for Court Administration*, vol. 12, n. 2, 2020, p. 2-10, doi: <https://doi.org/10.36745/ijca.379>; HAIGH, Richard; PRESTON, Bruce. The court system in a time of crisis: COVID-19 and issues in court administration special issue: Law in the time of COVID. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 57, iss. 3, 2021, p. 869-875, <https://doi.org/10.60082/2817-5069.3608>;

¹¹ Act of 6 June 1997 - the Code of Criminal Procedure (Dziennik Ustaw 1997, No. 89, item 555 as amended).

¹² See more LACH, Arkadiusz; KLUBIŃSKA, Maja; BADOWIEC, Renata. Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial - can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, 2022, p. 1177-1178, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.737>.

if there are no serious reasons to refuse it, examine the witness in this manner¹³. The conditions for the application of that article are general and do not include any specific prerequisites for the use of a remote hearing, nor does it indicate the circumstances when it would be particularly appropriate to conduct hearings in this form. As practice shows, video-hearings are used because of the financial cost of having a witness come to court or the prosecutor's office, and may be due to factual circumstances, such as the illness or age of the witness, including expert witness, who stays in a location away from the seat of the court. Video-hearing of a witness may be done with the assistance of an interpreter. It should be noted that the conditions of the remote hearing are included in a general and flexible manner, which means that in necessary cases this form of interrogation can effectively replace the traditional form. Besides, video-hearing is a form of interrogation that is in line with the principle of direct examination of evidence applies in force in the Polish criminal process, which requires the trial authority to have direct contact with the source of evidence and the means of evidence¹⁴.

¹³ SANDERS, Anne. Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic. *International Journal for Court Administration*, vol. 12, n. 2, 2020, p. 3, doi: <https://doi.org/10.36745/ijca.379>.

¹⁴ The principle of direct examination of evidence refers mostly to the court since the presentation of evidence is conducted in a direct form during court proceedings. It also plays an important role in preliminary proceedings, see more JASIŃSKI, Wojciech; KREMENS, Karolina. Poland. *International Encyclopedia of Laws: Criminal Law*. The Netherlands. Kluwer Law International, 2019, p. 199-200. Although the addressee of the principle of direct examination of evidence is, above all, the first-instance court as this court establishes facts which are the substantial basis of a ruling on the matter of litigation, this rule applies to all procedural bodies and litigants. With regard to the parties, taking evidence directly in a hearing should fully implement the right to defence and the rule of adversarial proceedings by the active participation of the parties in hearing of evidence. In consequence, the parties may have a direct access to each piece of evidence and participate actively in hearing evidence during a trial if they are present and express their will to participate actively in hearing evidence before the court. Thus the rule of immediacy guarantees that the court will rely on the evidence obtained and taken in a way allowing full examination of the case, which is also the implementation of the defendant's procedural guarantee.; see also SAKOWICZ, Andrzej. Commentary on the Judgment of the Supreme Court of 18 March 2015 (Ref. No. II KK 318/1). *Białostockie Studia Prawnicze*, vol. 21, 2016, p. 214-215, <http://doi.org/10.15290/bsp.2016.21.en.16>

The essence of the adopted solution is that videoconference can take place either at a court or a prosecutor's office closest to the location of the witness or expert witness, or at his or her location. The task of the court or prosecutor's office unit where the witness or expert witness appears is to ensure the proper conduct of the hearing. It is also possible to hear a person at his or her location, if he or she is unable to appear at the court or prosecutor's office (e.g. such as persons who are bedridden). In such a situation, a prosecutor or a police officer of the unit summoned as part of legal assistance (in preparatory proceedings) or a court registrar, an assistant judge, or an official employed by the court in whose district the witness is staying (in court proceedings) must be present at the location of the witness participating in the video-hearing. The literature indicates that the authority conducting a video-hearings should be able to observe the witness's facial expressions, gestures, and the way he or she speaks. These observations are essential for assessing the credibility of the witness¹⁵. Eye contact is particularly important, especially when video-hearing is conducted in court proceedings. In such a case, appropriate equipment should be installed in the courtroom to allow the participants in the proceedings to follow the course of the hearing¹⁶, observe the facial expressions of the person being heard, and ask questions of all parties. In particular, the procedural guarantee of the right to defense requires that the defendant and his or her counsel be able to see and hear the witness well, as well as ask him or her questions.

¹⁵ LACH, Arkadiusz. Przesłuchanie na odległość w postępowaniu karnym [Hearing by videoconference in criminal proceedings]. *Państwo i Prawo*, vol. 12, 2006, p. 80-87; LACH, Arkadiusz; KLUBIŃSKA, Maja; BADOWIEC, Renata. Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial - can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, 2022, p. 1180, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.737>. About the role of non-verbal communication in the judicial process, see DENAULT, Vincent; DUNBAR, Norah. Nonverbal communication in courtrooms: Scientific assessments or modern trials by ordeal? *The Advocates' Quarterly*, 2017, vol. 47, n. 3, pp. 280-308.

¹⁶ One has to agree with the ECtHR's view that a poor acoustics in the courtroom and hearing difficulties could give rise to an issue under Article 6 of the ECHR, see ECtHR judgment of 23 February 1994 in the case of *Stanford v. the United Kingdom*, application no. 16757/90, § 26 and § 29.

From the very beginning of the introduction of interrogation in the form of video-hearings, the legislature has provided for the recording of its course through video and audio recording pursuant to Article 147 (2) of the CCP.

Before the Covid-19 pandemic, video-hearings were rarely conducted in Poland as part of domestic proceedings. Typically, courts sought to have all parties attend the hearing in person. Video-hearings were an exception, and the decision to hold them was made by the court or the prosecutor. A thorough evaluation considering matters such as a person's wish to attend and the nature of the case has always been part of the court's (or prosecutor's) decision-making.

The video-hearings were introduced an efficient tool that facilitates and expedites cross-border proceedings and reduces the associated costs, can also reduce the stress of seeing the accused for some victims. Also, the ECtHR points out that video-hearings are an effective instrument of judicial cooperation that may be allowed for compelling reasons¹⁷. In the Council of Europe member states, the possibility to hold

¹⁷ The issue of videoconferencing has been analysed in the case law of the ECtHR and some conclusions can be drawn from this background concerning a remote hearing, especially Article 6 of the ECtHR does not always entail a right to be present in person, even where an appellate court has full jurisdiction to review the case on questions of both fact and law. First, defendant's participation in proceedings by videoconference is not as such contrary to the Convention. Nevertheless, recourse to this measure in any given case must serve a legitimate aim; and the arrangements for the giving of evidence must be compatible with the requirements of respect for due process, as laid down in Article 6 of the ECtHR. In *Marcello Viola v. Italy*, the Court the videoconferencing measure aimed at reducing the delays incurred in transferring detainees and thus simplifying and accelerating criminal proceedings (see, ECtHR judgment of 5 October 2006 in the case of *Marcello Viola v. Italy*, application no. 45106/04, § 67–69 and § 75–77, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-7724>). Second, all participants in the hearing should be allowed to observe the witness's demeanour during the examination. In the *Bocos-Cuesta* case, “neither the applicant nor the trial court judges were able to observe their demeanour under questioning and thus form their own impression of their reliability (...). It is true that the trial courts undertook a careful examination of the statements taken from the children and gave the applicant ample opportunity to contest them, but this can scarcely be regarded as a proper substitute for a personal observation of a witness giving oral evidence” (see judgment of the ECtHR of 10 November 2005 in case

such hearings was provided for in legislation on international cooperation, i.e. Articles 9 and 10 of the Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, adopted in 2001, and Articles 10 and 11 of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union, adopted in 2000. The persons covered by the scope of this legislation on international legal assistance in criminal matters in the field of video-hearings are witnesses, including expert witnesses, and defendants. However, Poland made a statement that video-hearings would not apply to defendants. It should be added that nowadays, regarding this method of hearings, the key role in the member states of the European Union is played by Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters¹⁸, which in Articles 24 and 25 regulated the rules of hearing by video conference and by hearing by telephone conference¹⁹.

of *Bocos-Cuesta v. the Netherlands*, application no. 54789/00, § 71, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70963>). It follows that the technical solutions should allow the witness to be visible during his/her testimony both to judges and jurors and to the accused and defence counsel. Third, a videoconference hearing is sometimes the only way to examine a witness, e.g. when the witness is abroad. See broadly BACHMAIER WINTER, Lorena. Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law. *Utrecht Law Review*, vol. 9, n 4, 2014, p. 127-146.

¹⁸ Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, Official Journal of the EU L 130, 1.5.2014, p. 1–36

¹⁹ It follows from the wording of the Directive's provisions that a remote hearing is permissible when it is not desirable or possible for the person concerned to appear in person in the territory of a Member State. This includes the questioning of witnesses, including expert witnesses, and defendants, and the consent of the defendant to take part in such questioning is necessary. On the other hand, the possibility of refusing an to take part in such a hearing exists only when conducting such a hearing in a particular case would be contrary to the fundamental principles of the law of the state conducting the hearing.

It is noted that some national implementation laws only allow the hearing of a suspected or accused person by videoconference if the person consents ('shall' refuse) while other national implementation laws are less rigid ('may' refuse). Furthermore, the Directive 2014/41/EU does not regulate any possibility for the suspect or the defendant to participate in the interrogation, during which the witness of defence or prosecution is questioned in the

Under the influence of international solutions and the needs of practice, as of July 1, 2015, the possibility of conducting video-hearings was expanded. This action now also includes defendants who were absent directly at the hearing (Article 177 (1a) and Article 377 (4), second sentence, of the CCP). In this situation, a video-hearing of a defendant involves the direct transmission of sound and vision. Since the activity can only be carried out in court, a court registrar, or a court assistant or clerk, takes part in the hearing at the defendant's location. In addition, the Polish legal system allows the use of video-hearings for anonymous witnesses (Article 184 (4) of the CCP) and witnesses who are at least 15 years old at the time of the hearing, when there is a reasonable fear that the direct presence of the defendant at the hearing could have an embarrassing effect on the witness and thus affect his or her testimony, or could have a negative impact on the witness's mental state (Article 185b (2) of the CCP)²⁰.

executing state according to the request of the issuing State, see JURKA, Raimundas; ZAJANČKAUSKIENĖ, Jolanta. Movement of evidence in the European Union: Challenges for the European Investigation Order. *Baltic Journal of Law & Politics*, vo. 2, 2016, p. 77, doi: 10.1515/bjlp-2016-0012. This is not the only controversy. It is not obvious that in light of Article 24 of the Directive 2014/41/EU, which allows the possibility for 'witnesses' or 'experts' to be heard by videoconference, the victim of the crime can also be interrogated. Although 'victims' are not explicitly mentioned and, according to some national legal systems, 'victims' are not 'witnesses', most Member States of the EU seem to accept that they fall within the remit of Article 24 of the Directive 2014/41/EU, see Joint Note of Eurojust and the European Judicial Network on the practical application of the European Investigation Order, June 2019, p. 12, https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejnupload/news/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_last.pdf Finally, it should be pointed out that Directive 2014/41/EU has not been fully implemented in Poland, as it does not allow for a video conference with the suspect.

²⁰ LACH, Arkadiusz; KLUBIŃSKA, Maja; BADOWIEC, Renata. Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial - can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, 2022, p. 1188, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.737>. This special mode of hearing is also applied with regard to victims of offences against sexual freedom, who are at least 15 years of age at the time of an examination, special rules of hearing apply only to the victims of rape, sexual exploitation of insanity or helplessness and sexual exploitation of a relationship of dependence and critical situation (Article 185c § 1 and 1a of the CCP).

The Polish legislation, in Article 390 § 1 of the CCP, provides a general rule that the accused has the right to attend all evidentiary procedures. However, in exceptional circumstances, when there is a reason to fear that the presence of the accused might inhibit the explanations of a co-accused or the testimonies of a witness or an expert, the presiding judge may order that the accused should leave the courtroom for the duration of a given person's examination (Article 390 (2) of the CCP). Until April 8, 2015, there was only the possibility of the accused physically leaving the courtroom. After that date, due to a change in the law, the presiding judge was given the power to order a hearing by videoconference. In the case provided for in Article 390 § 2 of the CCP, the presiding judge may also carry out the examination with the use of technical devices allowing this procedure to take place remotely, with a simultaneous transmission of sound and vision. At the place where explanations or testimonies are provided, the procedure is attended by a court referendary, assistant of a judge or a court clerk.

Undoubtedly, in addition to the protection of the mental health of the witness and considerations of procedural efficiency, understood as the desire to eliminate the lengthiness of procedural activities, the COVID-19 pandemic played a significant role in the choice of the method of video-hearings. On the one hand, the COVID-19 crisis forced more frequent use of this form of hearings, including in the area of cross-border judicial cooperation in the EU, and on the other hand, it demonstrated how poorly judicial authorities were equipped and how incompatible the technologies used were.

3. REGULATION OF REMOTE HEARINGS IN POLISH CRIMINAL PROCEEDINGS

3.1. REMOTE HEARINGS BEFORE THE COVID-19 PANDEMIC

The legal grounds for video-hearings that were in effect prior to the Covid-19 pandemic in Poland enabled the legislature to adopt remote hearing and remote detention hearing during the pandemic. The remote-hearing formula itself was not a novelty, as such a form of trial was first introduced into the Polish Code of Criminal Procedure by the

Act of August 31, 2011 as part of summary proceedings. This form of hearings was intended to ensure that the perpetrators of so-called stadium crimes associated with the 2012 European Football Championship could be adjudicated within a reasonable timeframe (UEFA EURO 2012). The aforementioned act contained provisions adopted for the duration of UEFA EURO 2012, which remained in force to this day, in a slightly modified form²¹. The remote form of summary proceedings is optional. Whether this form of trial is chosen depends only on the decision of the authority carrying out the preparatory proceedings (i.e., the Police) and technical conditions.

The essential feature of remote trials of perpetrators of so-called stadium crimes is the ability to conduct the trial while ensuring the participation of the defendant and/or his or her defense counsel via devices that allow for the direct transmission of sound and video (Article 517b (2) of the CCP)²². Most often, the defendants are in a detention center and can attend the trial from there. A court registrar or assistant judge employed by the court in whose district the perpetrators resides must be present at his or her location. In addition, if a defense attorney has been appointed in the case, he or she also participates in the remote hearing at the offender's location. In some situations, when the defendant is a foreigner with insufficient command of the Polish language, the participation of an interpreter is also necessary. The interpreter also takes part in the remote hearing at the defendant's location. The presence of a defense counsel and, if necessary, an interpreter at the defendant's location is intended to ensure an effective contact between the defendant and the defense counsel and to make the exercise of the right to defense

²¹ Currently, summary proceedings are allowed in cases in which an investigation is conducted (i.e. ones that involve offenses that are usually punishable by up to 5 years of imprisonment), if the perpetrator was caught in the act of committing the offense or immediately afterwards, arrested, and brought by the Police and handed over to the court within 48 hours with a request to hear the case in summary proceedings.

²² See MORGALA, Dominik. Rozprawa odmiejscowiona jako środek do walki z chuligaństwem stadionowym? [Virtual Court as the measure to fight against football hooliganism]. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, vol. 3, 2012, p. 171-131; KOSOWSKI, Jakub. Rozprawa „odmiejscowiona” [“Remote” court hearing]. *Prokuratura i Prawo*, vol. 1, 2012, p. 37-53

more realistic, in particular by ensuring the unhindered communication between the defendant and his or her counsel.

Since the hearing is held in two locations, during the court's activities in which the defendant participates using technical devices that allow these activities to be conducted remotely, other participants in the proceedings who are at the court may only submit motions and other statements orally into the record. The court is obliged to inform the defendant and his or her counsel at the next procedural action about the content of all pleadings that have been received in the case file since the referral to the court for trial. At the request of the defendant or the defense counsel, the court is required to read the contents of these pleadings (Article 517ea of the CCP). Sometimes, however, the defendant and his or her defense counsel are unable to send the pleading before the remote hearing begins. These pleadings can then be read during the hearing, and from the moment they are read, they have a procedural effect.

The institution of a remote hearing was opposed and criticized by law enforcement practitioners, judges, and attorneys²³. Allegations were raised relating to the lack of technical preparedness of courts and the inability to observe and respect the basic procedural principles when the hearing is conducted remotely. This resulted in sporadic use of this solution in judicial practice.

3.2. LEGAL CHANGES DURING THE COVID-19 PANDEMIC REGARDING REMOTE HEARINGS

The need for changes to the regulations applicable to remote hearings arose with the outbreak of the COVID-19 pandemic. Recognizing that the crisis caused by the SARS-CoV-2 coronavirus would not end quickly, on June 19, 2020 the Polish parliament passed an amendment to the Code of Criminal Procedure²⁴. The amendment introduced remote hearings as

²³ See MORGALA, Dominik. Rozprawa odmiejscowiona jako środek do walki z chuligaństwem stadionowym? [Virtual Court as the measure to fight against football hooliganism]. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, vol. 3, 2012, p. 171-131.

²⁴ Act of June 19 2020 on interest rate subsidies for bank loans granted to businesses affected by the effects of COVID-19 and on simplified proceedings for

an alternative way of conducting trials. It should be added that although remote hearings were introduced by an amendment adopted in connection with the COVID-19 pandemic, Article 374 (3-9) of the CCP does not specify conditions such as the occurrence of difficulties or threats related to an epidemic. This means that after meeting certain conditions, a remote hearing can be held in any case and for any procedural action, and this form of hearing was made a permanent part of the Code of Criminal Procedure. In this hearing form, the court is in the courtroom, and other parties participate remotely, being in a place other than the court at the same time.

It would seem that the remote hearing formula allows for a wide range of application. Nothing could be further from the truth, as it is possible only if the defendant is deprived of liberty (first condition). Any deprivation of liberty is acceptable, regardless of the legal grounds. It can result from either pre-trial detention or serving a prison sentence in connection with a conviction in another case. The condition for a remote hearing is no longer met when the defendant regains his freedom. The second condition for holding a remote hearing is related to the compulsory appearance for a hearing²⁵, which may result: a) from a decision of the court or the presiding judge; b) from the law - in cases of crimes, but only in terms of the first hearing date, and c) from the decision of a defendant who is deprived of liberty and who has requested to be brought to the hearing²⁶. If none of these three situations occur, then the condition of

approval of an arrangement in connection with the occurrence of COVID-19 (Journal of Laws of 2020, item 1086). This Act took effect on June 24, 2020.

²⁵ In the Polish criminal procedure, the defendant has the right to participate in a hearing. The presiding judge or the court may deem his presence compulsory (Article 374 (1) of the Code of Criminal Procedure). Only in felony cases, which involve crimes punishable by imprisonment for at least three years, does the defendant have a statutory obligation to appear only at the beginning of the hearing (the first date of the hearing).

²⁶ This provision was added in connection with the implementation of the Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support, and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, Official Journal of the UE L 315 of 14.11.2012. ŚWIECKI, Dariusz. In ŚWIECKI, Dariusz (ed.). *Komentarz do Kodeksu postępowania karnego* [Commentary to the Code of Criminal Procedure], Warszawa: Wolters Kluwer, 2108, p. 1500-1501.

compulsory appearance, which is required for a remote hearing, is not met for a defendant deprived of liberty.

The procedure for initiating a remote hearing is not precisely regulated in the provisions of the Code of Criminal Procedure. Article 374 (3) of the CCP stipulates that the prosecutor has to submit a request and, in addition, the presiding judge must give his or her consent. At the same time, the court's consent depends on the fulfillment of one condition: whether the technical considerations allow it. Therefore, when technical considerations do not stand in the way, the presiding judge is obliged to give consent to a remote hearing. The phrase "technical considerations" includes both obstacles of an organizational nature, such as the lack of suitable equipment or its malfunction, too little technical equipment, etc. The other parties to criminal proceedings can at most indicate the need for a remote hearing, and the presiding judge does not have to take a position on this issue in response to such indications. In other words, the judge can keep silent about such requests. Such a definition of the way of initiating a remote hearing puts the prosecutor in a privileged position compared to other parties and participants of the trial. The prosecutor's request to allow holding a remote hearing is binding on the court, which is an unjustified manifestation of the prosecutor's domination over the presiding judge. We believe that the preservation of equal positions for all litigants requires that each litigant have an identical opportunity to initiate a remote hearing. Only in this way can any claims be made as to the implementation of the principle of equality of the parties in choosing the form of their participation in the hearing.

In a remote hearing, the court is in the courtroom, while the other litigants can be in the party's room, which may be located inside or outside the courthouse. The defendant, on the other hand, may be in a detention center or in prison. With this hearing format, the participation of a defense counsel is not mandatory. If the defendant has a defense attorney, he or she is given the right to choose where to be during the remote hearing. Thus, the defendant's defense counsel can attend the hearing either at the defendant's location or in the court. If the defense counsel and the defendant are in different locations, the court, at the request of the defense counsel or the defendant, may order a recess to

allow the defendant to contact the defense counsel by telephone, “unless the filing of the request clearly does not serve the implementation of the right to defense and, in particular, aims to disrupt or unreasonably prolong the hearing” (Article 374 (7) of the Code of Criminal Procedure)²⁷.

The literature rightly points out that the choice of the location of the defense counsel should be agreed with the defendant, who should at least have telephone contact his or her counsel²⁸. However, it is worth noting that both options regarding the defense counsel’s location (in the courtroom or at the defendant’s location) during a remote hearing have their drawbacks. If the defense counsel is at the defendant’s location, difficulties may arise in meeting the requirements of an effective defense, especially when it is necessary to question witnesses who are in the courtroom, or to access documents that have also been filed in court. If the defense counsel is in the court, the defendant or the defense counsel may request a recess in the hearing to make telephone contact. Whether this request is granted depends on the decision of the presiding judge, who may consider that the recess will not serve the exercise of the right to defense and may thus refuse to order the recess.

The confidentiality of contacts between a defense counsel who is in court and a defendant who is in a prison or a detention center should be evaluated critically. According to Article 374 (5) of the Code of Criminal Procedure, a court registrar or an assistant judge, employed by the court, or a representative of the administration of a penitentiary or detention center, may be present next to the defendant. The question arises as to whether any of the designated persons will be present when the defendant wishes to contact his or her defense counsel by phone. The wording of Article 374 (5) of the Code of Criminal Procedure does not indicate that the person accompanying the defendant should leave the room while he or she is talking to his lawyer. However, it goes without saying that the relationship between the lawyer and his or her client should be based on mutual trust and understanding. The defendant’s

²⁷ Pursuant to Article 96a added to the CCP, the above provisions on the participation of the parties in an online hearing may also be applied to sessions.

²⁸ KULESZA, Cezary. Remote Trial and Remote Detention Hearing in Light of the ECHR Standard of the Rights of the Accused, *Białystok Legal Studies*, vol. 26, no 3/2021, p. 215, DOI: 10.15290/bsp.2021.26.03

right to communicate with his or her lawyer without the risk of being overheard by a third party is one of the basic requirements of a fair trial in a democratic society and follows from Article 6 (3) (c) of the Convention²⁹. If a lawyer were unable to confer with his or her client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his or her assistance would lose much of its usefulness.

The case law of the ECtHR, by accepting the conduct of a hearing in the remote form in exceptional situations (e.g., the protection of public order, the safety of witnesses and victims of crimes, as well as meeting the requirement of a “reasonable time” for the conduct of the case), requires that defendants be assisted by a counsel, receive audio and video of the hearing without interference, and themselves be seen and heard by the court and other participants in the hearing³⁰. The case law of the ECtHR adds that if a defense counsel cannot confer with his or her client and receive confidential instructions without supervision, the legal assistance provided may lose much of its effectiveness, while the Convention is supposed to guarantee rights that are real and effective³¹. In particular, the right to effective legal assistance must be respected in all circumstances.

In order to guarantee the confidentiality of the defendant’s interactions with his or her defense counsel during a remote hearing, there should be a separate, two-way encrypted connection between the defendant and the defense counsel if the defense counsel is not at the same location as the defendant. It is also possible to appoint a separate, additional defense counsel to be present at the defendant’s location. This demand goes far beyond the minimum standard derived from the case law of the European Court of Human Rights. The ECtHR’s judgments in

²⁹ See ECtHR judgment of 13 March 2007 in the case of *Castravet v. Moldova*, application no. 23393/05, § 49, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-79767>.

³⁰ ECtHR judgment of 5 October 2006 in the case of *Marcello Viola v. Italy*, application no. 45106/04, § 67–69 and 75–77, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-7724>; ECtHR judgement of 27 November 2007 in the case of *Asciutto v. Italy*, application no. 35795/02, § 68–72, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83511>.

³¹ ECtHR judgment of 28 November 1991 in the case of *S. v. Switzerland*, § 48, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57709>.

cases *Viola v. Italy*³², and *Asciutto v. Italy*³³, *Zagaria v. Italy*³⁴, and *Gorbunov and Gorbachev v. Russia*³⁵, unequivocally show that the difficulty of remote communication between the defendant and the court in a remote hearing should prompt the court to provide the defendant with a defense counsel, if the defendant does not have one, as well as to ensure the correct quality of video and audio to enable following the course of the hearing³⁶.

In assessing the Polish model of remote hearings according to the ECtHR's standard, respect for the right to an interpreter is to be evaluated positively. If a defendant participating in a remote hearing is assisted by an interpreter because he or she does not have sufficient command of the Polish language (Article 72 (1) of the Code of Criminal Procedure), the interpreter must participate in the hearing at the defendant's location, unless the presiding judge orders otherwise (Article 374 (8) of the Code of Criminal Procedure).

3.3. A REMOTE COURT SESSION CONCERNING DETENTION ON REMAND

Remote sessions concerning detention on remand have been a part of the Polish legal system since June 24, 2020 (Article 250 (3b-3h))

³² ECtHR judgment of 5 October 2006 in the case of *Marcello Viola v. Italy*, application no. 45106/04, § 67–69 and 75–77, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-7724>.

³³ ECtHR judgment of 27 November 2007 in the case of *Asciutto v. Italy*, application no. 35795/02, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83511>.

³⁴ ECtHR judgment of 27 November 2007 in the case of *Zagaria v. v. Italy*, application no. 58295/00, § 32–36, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83492>.

³⁵ ECtHR judgment of 26 June 2008 r. in the case of *Shulepov v. Russia*, application no. 15435/03, § 34–39, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87229>; ECtHR judgment of 1 March 2016 r. in the case of *Gorbunov and Gorbaczov v. Russia*, application no. 43183/06 and 27412/07, § 37–39, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160993>; see also LACH, Arkadiusz. *Rzetelne postępowanie dowodowe w świetle orzecznictwa strasburskiego* [Reliable hearing of evidence in the light of Strasbourg case law], Warsaw: WoltersKluwer, 2018, p. 104.

³⁶ ECtHR judgment of 2 November 2010 in the case of *Sakhnovskiy v. Russia*, application no. 21272/03, § 98, 102–104, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101568>.

of the Code of Criminal Procedure)³⁷. The possibility of conducting electronic sessions concerning detention on remand is a recent occurrence in the Polish criminal process. Although this solution emerged during the Covid-19 pandemic and was related to the need to protect litigants from possible infection, it has since become a permanent feature of the Polish justice system.

The Code of Criminal Procedure does not specify the prerequisites that must be fulfilled for the court to be able to conduct a remote session. The Code points out that the court “may dispense with the forcible bringing of a suspect to the court if the suspect’s participation in the hearing, in particular the submission of explanations by the suspect, is ensured using technical devices that allow the session to be conducted remotely with simultaneous direct transmission of video and audio” (Article 250 (3b) of the Code of Criminal Procedure). At the same time, the Code rules out such a form of a session for a suspect who is deaf, mute, or blind (Article 250 (3f) of the Code of Criminal Procedure). This means that the new regulation applies to a suspect who is deprived of liberty. This includes both a detainee for whom the prosecutor has requested detention on remand and a detainee who is serving a concurrent prison sentence in another case. The final decision is made by the court at its own discretion. If the court considers that the suspect’s presence at the session is necessary, then it decides not to hold a remote session and instead chooses its standard form. The court’s decision is independent of the position of the suspect and his or her defense counsel. In principle, we this position should be approved of. The participant in the proceedings does not have the right to choose the form of the session: stationary or remote. It is not the form of the session that determines respect for the principle of due process and the guarantees of the defendant, but rather the shape of the session and the actual possibility of realizing the process guarantees³⁸.

³⁷ On the grounds for detention on remand) in Poland, see: SAKOWICZ, Andrzej. The impact of the case law of the Constitutional Tribunal on the standard of detention on remand in Poland, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 1, 2022, pp. 58-64.

³⁸ Differently MISZAT, Piotr. E-arrest meetings under the terms of art. 250 § 3b–3h of the Code of Criminal Procedure. Postulates *de lege lata* and *de lege ferenda*. *Studia Prawnoustrojowe*, n. 54, 2021, p. 408-409, doi: 10.31648/sp.718.

The rule that governs remote sessions concerning detention on remand in Poland is that the suspect's defense counsel must be present at the defendant's location during the session. This is appropriate from the point of view of the implementation of the right to defense and the guarantee of the confidentiality of the contacts between the defense counsel and the suspect (Article 250 (3d) of the Code of Criminal Procedure). There are two exceptions to this rule. First, the defense counsel can decide for that he or she will appear in court rather than at the suspect's location. Second, the court may oblige the defense counsel after all to attend the session at the courthouse.

The literature indicates that this may occur when, for example, the appearance of a defense counsel at the suspect's location involves the risk of not resolving the motion for detention on demand before the expiration of the permissible period of the defendant's detention³⁹. Allowing for such a situation, however, we believe that the legislature should stipulate the possibility of requiring the defense counsel to appear in court only in extraordinary situations. Until then, one can at most count on the fact that the court, in deciding to oblige the defense counsel to appear in court, notices that its decision restricts the suspect's right to defense, in particular, the suspect's right to unrestricted and confidential contact with his or her counsel. This is because a court registrar or an assistant judge employed by the court in whose district the suspect is staying, or a representative of the administration of the penitentiary or detention center, if the suspect is staying in a penitentiary or detention center, is present at the suspect's location (when it is, for example, a pre-trial detention facility).

In order to ensure the implementation of the right to defense, the law provides for ensuring the possibility of telephone contacts between the suspect and the defense counsel during the session when the defense counsel is in a different location than the suspect. In order to implement this right, the court, at the request of the suspect or the defense counsel, may order a recess in the session for a specified period

³⁹ In Poland, the duration is a maximum of 72 hours after the person is arrested. See e.g. KULESZA, Cezary. Remote Trial and Remote Detention Hearing in Light of the ECHR Standard of the Rights of the Accused, *Bialystok Legal Studies*, vol. 26, no 32021, p. 217, DOI: 10.15290/bsp.2021.26.03

of time in order for the suspect to call the counsel (Article 250 (3e) of the Code of Criminal Procedure). It seems that, in such a situation, it is necessary to give the suspect access to a telephone in order to enable him or her to call his or her defense attorney in a way that ensures the confidentiality of their conversation. However, the court may disregard such a request if granting it would interfere with the orderly conduct of the session or would create the risk of not considering the request for detention on remand before the expiration of the permissible period of the suspect's detention. Again, it should be noted that the possibility of a telephone contact between the suspect and his or her defense counsel is not an absolute requirement. As with respect to a remote hearing, it is up to the court to decide. Anyway, this contact is not fully confidential. A court registrar or an assistant judge employed by the court in whose district the suspect is staying, or a representative of the administration of the penitentiary or detention center, if the suspect is staying in a penitentiary or detention center, is present at the suspect's location (when it is, for example, a pre-trial detention facility). In our opinion, this solution, rather than the form of the session itself, significantly weakens the right to defense.

As with respect to a remote hearing, an interpreter is also allowed to participate in a session concerning detention on remand. If the suspect does not speak Polish, an interpreter may also attend the session at the suspect's location. However, this does not preclude the interpreter from being present in the courthouse.

It should be added that during the court's activities in which the suspect participates using technical devices that allow these activities to be conducted remotely, other participants in the proceedings may submit motions and other statements, as well as make process-related activities only orally into the record. The court is obliged to inform the suspect and his or her defense counsel of the content of all pleadings received in the case file since the request for detention on remand was submitted to the court. In addition, at the request of the suspect or defense counsel, the court is required to read the contents of these pleadings.

4. DIGITIZATION OF CRIMINAL PROCEEDINGS FILES

4.1. PRELIMINARY COMMENTS

The remote hearing formula alone is not enough for a smooth course of the hearing with a guarantee of the necessary procedural guarantees of the parties and other participants in the proceedings. A necessary element is the digitization of case files, the lack of which effectively prevents streamlining of the work of the justice system. Digitization of files itself is one thing, but remote access to the digitized files is another. It would be impractical for a defense counsel present next to the defendant at the place of his or her detention to rely on photocopies during a remote hearing. Remote access to digitized case files supports the effective implementation of procedural guarantees. The right of access to files, although not explicitly guaranteed in the ECHR, derives in principle from its Article 6(3)(b), which provides that anyone accused of committing an act punishable by law has at least the right to have adequate time and opportunity to prepare his or her defense⁴⁰. One of the purposes of this provision is to ensure equality of arms between the prosecution and the defense by allowing the defendant to see the results of the investigation in order to prepare his or her defense⁴¹. The ECtHR points out that the ECHR is violated by a restriction of a defendant's access to at least a part of the evidence that may present circumstances favorable to the defendant, i.e., evidence ruling out or limiting the guilt of the defendant or at least having a mitigating effect on the penalty⁴². The practice of national authorities that involves withholding documents that may affect the defense of the defendant or suspect, especially when providing full access to these files to the prosecution, violates the principle of equality of arms, thus restricting the right to defense established in

⁴⁰ Article 6, paragraph 3, letter b of the European Convention on Human Rights.

⁴¹ Commentary to Article 6 of ECHR, In: NOWICKI, Marek A. (ed.), *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [About the European Convention on Human Rights. A Commentary]. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2021.

⁴² ECtHR judgement of 14 December 1981 in the case of *Jespers v. Belgium*, application no. 8403/78, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95751>.

the Convention⁴³. In some cases, the principle of equality of the parties may be violated if the defendant's access to the case file is just limited, even for reasons of public interest⁴⁴. What is significant for the further considerations, the ECtHR has considered it sufficient for the defense counsel alone to be able to familiarize himself or herself with the file, while providing a possibility to discuss the evidence with the defendant⁴⁵.

Similar regulations are contained in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)⁴⁶; according to its Article 14(3)(b), any person accused of a crime has the right, on a fully equal basis, to at least the following guarantees: to have adequate time and possibility to prepare his or her defense and to communicate with a defense counsel of his or her choice. The provisions of the EU Charter of Fundamental Rights are more limited in this regard and only indicate that every defendant is guaranteed the right to defense (Article 48(2)). At the level of the European Union, this matter is additionally regulated, among others, in Directive 2012/13/EU⁴⁷. Its recitals note that access to evidence, in accordance with national law, should include access to materials such as documents and, where appropriate, photographs and audio and video recordings, whether advantageous or disadvantageous for the suspect or defendant, which are in the possession of the competent authorities in connection with the criminal case in question, and should be granted free of charge⁴⁸. According to Article 7 of Directive 2012/13/EU, where

⁴³ ECtHR judgment of 19 April 2011 in the case of *Kwiatkowski v. Poland*, application no. 24254/05, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104543>.

⁴⁴ ECtHR judgement of 27 April 2007 in the case of *Matyjek v. Poland*, application no. 38184/03, § 65, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-80219>; ECtHR judgement of 9 December 2004 in the case of *Moiseyev v. Russia*, application no. 62936/00, § 217, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67849>.

⁴⁵ Commentary to Article 6 of ECHR, In: NOWICKI, Marek A. (ed.), *Wokół...*, and cited thereof: ECtHR judgement of 19 December 1989 in the case of *Kamasinski v. Austria*, application no. 9783/82, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57614>.

⁴⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171.

⁴⁷ European Parliament and of the Council, Directive 2012/13/EU of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, Official Journal of the European Union, L 142, 1.6.2012, p. 1–10.

⁴⁸ Recitals 31, 34.

a person is arrested and detained at any stage of criminal proceedings, Member States shall ensure that detained persons or their counsels have access to documents in the possession of the competent authorities that are related to the specific case and are relevant for effectively challenging, in accordance with national law, the lawfulness of the arrest or detention. Access to the evidence must be provided in time for the effective exercise of the right to defense, but at the latest when the basis of the accusation is submitted to the court for evaluation. If the competent authorities come into possession of further evidence, access to it must be provided in a timely manner so that that evidence can be taken into account⁴⁹. The Court of Justice of the European Union makes an assessment of whether there have been other violations of due process rights in the case, including, for example, the obligation to promptly inform suspects or defendants of their right to refuse to testify, dependent on proper access of a party to the records of the proceedings.⁵⁰

Without fair rules governing defendants' access to case files, there can be no real possibility of implementing his right to defense. Such a process does not meet the requirements of a fair trial, including the principle of equality of arms in structural terms, which consists, among other things, of the right to participate in procedural activities, the guarantee of adequate time to prepare a defense, or precisely the right of access to the files of the proceedings⁵¹.

⁴⁹ Article 7 (2) of Directive 2012/13/EU.

⁵⁰ Judgment of the Court of Justice of the European Union of 22 June 2023 in Case C-660/21, K.B. and F.S. (Relevé d'office dans le domaine pénal), ECLI:EU:C:2023:498

⁵¹ CZERNIAK, Dominika. Europeizacja postępowania dowodowego w polskim procesie karnym. Wpływ standardów europejskich na krajowe postępowanie dowodowe [Europeanization of Evidence Proceedings in Polish Criminal Trials. The Impact of European Standards on National Evidence Procedures]. Warszawa: CH Beck, 2021, p. 134. See also cited thereof: WĄSEK-WIADEREK M., Proces karny a międzynarodowe standardy w dziedzinie praw człowieka In: HOFMAŃSKI Piotr (ed.), System Prawa Karnego Procesowego. Zagadnienia ogólne. Tom I, cz. 2, Warszawa: LexisNexis, 2013; HOFMAŃSKI, Piotr (ed.), System Prawa Karnego Procesowego. Tom I. Zagadnienia ogólne. Część 2 [System Prawa Karnego Procesowego. Tom I. Zagadnienia ogólne. Część 2 [System of Criminal Procedural Law. Volume I. General Issues. Part 2], Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2013.

4.2. THE CURRENT STATUS IN THE EU AND POLAND

The European Commission indicates in its publications, that the use of information and communication technologies (ICT) can strengthen the Member States' justice systems and make them more accessible, efficient, resilient, and ready to face current and future challenges⁵². The European Commission regularly conducts annual overviews providing comparative data on the efficiency, quality, and independence of justice systems among the EU Member States⁵³. These reports indicate the ability to carry out specific steps in a judicial procedure electronically as an important aspect of the quality of justice systems. The reports' conclusions indicate, among other things, that 26 Member States provide some online information about their judicial system, including websites with clear information on accessing legal aid, on court fees, and on eligibility criteria for reduced fees. The situation in this regard is improving, while an uneven development of EU countries is noticeable. Only 8 Member States have digital-ready procedural rules which allow fully or mostly for the use of distance communication and for the admissibility of evidence in digital format only. In this regard, the situation is also steadily improving⁵⁴.

The EU Justice Scoreboard 2023 shows a significant difference between the introduction of such solutions in civil/commercial and administrative cases and in criminal cases. In 22 Member States, the possibility for clients to access the electronic file of their ongoing cases in civil/commercial and administrative cases has been established. In only 14 countries have digital solutions to conduct and follow court proceedings in criminal cases, where Defendants can access their ongoing case electronically⁵⁵.

Due to the fact that this paper refers in part to Polish regulations, it should be pointed out that they were relatively highly rated in the EU Justice Scoreboard 2023. Introducing technological innovations in the

⁵² EU Justice Scoreboard 2023, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2023.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ EU Justice Scoreboard, p. 35.

⁵⁵ EU Justice Scoreboard, p. 36. Figure 46.

courts has been an important part of the Ministry of Justice's efforts for at least several years⁵⁶. In the field of criminal proceedings, implementation is underway of, among other things, the National Prosecutor's Office's PROK-SYS system, which is expected to provide automatic access to databases for public and private entities as well as remote communication with all participants in proceedings, and allow procedural activities to be conducted remotely. Finally, the ongoing work also involves the digitization of documents and case files, which would lead to much easier access to process files and materials for all authorized entities⁵⁷. For the above reasons, Polish regulations appear to be one of the valuable models for assessing the course of digitization of judicial processes in democratic law-abiding states. At the same time, despite Poland's high ranking in the EU Justice Scoreboard 2023, it cannot be said that Polish criminal proceedings are very digitized in terms of access to files. The current regulations in this regard are selective and usually only provide for the permissibility (not the obligation) to provide access to files in this form. Therefore, the remarks in this section of the paper are primarily of a *de lege ferenda* nature, unless explicitly stated otherwise that they pertain to the current legislation.

Thus, according to Article 156 (5) of the Code of Criminal Procedure, if there is no need to secure the proper course of the proceedings or to protect an important interest of the state, in the course of preparatory proceedings, parties, defense counsels, attorneys, and legal representatives must be given access to files, allowed to make copies, and issued certified copies against payment. According to that provision, prosecutors may provide access to files in electronic form. The provision provides no

⁵⁶ Digital revolution in courts - next steps - Ministry of Justice - Gov.pl website (www.gov.pl). The important achievements presented by the Ministry include the implementation of the following state-of-the-art systems: Electronic Writ-of-Payment Proceedings, Electronic Land and Mortgage Registers, and e-KRS (electronic National Court Register), limited introduction of e-delivery (electronic equivalent of registered letter with acknowledgement of receipt), Electronic National Debtors Register supporting restructuring and bankruptcy proceedings, e-court payments, and digital registration of cases.

⁵⁷ It should be emphasized that as of the date of this paper going to print, the system does not have the functionality that would allow case files to be viewed in digitized form by litigants in all cases.

guidance in this regard and is technology-neutral, but shifts the burden of decision-making to the prosecutor. If files are made available in paper form, the decision can be made by anyone conducting the proceedings (not just the prosecutor). In addition, the Polish Code of Criminal Procedure also provides for the possibility (not an obligation) to provide an expert witness with access to selected documents from the case file in electronic form (Article 198 (1-2) of the Code of Criminal Procedure)⁵⁸.

Last but not least, in the course of an investigation, if there are grounds for closing the investigation, at the request of the suspect or his or her defense counsel for a final disclosure of the materials of the proceedings, the investigator must notify the suspect and his or her defense counsel of the date of the final disclosure, advising them of the right to review the file in advance within a period appropriate to the gravity or complexity of the case, as determined by the authority conducting the process. Final disclosure of the case file in preparatory proceedings may involve the prosecutor providing access to the file in electronic form (Article 321 (1) of the Code of Criminal Procedure).

The current legislation does provide the possibility for a prosecutor to provide access to files via the nationwide ICT system of common organizational units of the prosecutor's office, namely the PROK-SYS, using the functionality available in the system⁵⁹. The regulations generally provide for authorized persons to review case files during and after preparatory proceedings by providing access to paper files, files digitized in the PROK-SYS System - via the Internet, or digitized files in the reading room of the unit⁶⁰. However, as indicated above, the PROK-SYS system is still being implemented, and it is impossible to speak of the widespread use of this method of providing access to criminal investigation files.

⁵⁸ It should be pointed out that a similar procedure is provided for copies of traditional files.

⁵⁹ § 144 of the Regulation of the Minister of Justice of April 7, 2016 - Rules of internal office work of common organizational units of the prosecutor's office (consolidated text: Journal of Laws of 2023, item 1115, as amended).

⁶⁰ § 67 of the Order of the Minister of Justice of July 21, 2021 on the organization and scope of activities of secretariats and other administrative departments in common organizational units of the prosecutor's office (Official Gazette of the Ministry of Justice of 2021, item 170).

All of the aforementioned solutions relate to the provision of criminal proceedings files in digital form at the pre-trial stage. Currently, the rules of criminal procedure do not provide for the disclosure of criminal case files to parties at the court stage.

Digitization of files involves creating a digital representation of the files, documents, and data collected in the course of criminal proceedings⁶¹. For this reason, digitization of case files is seen as an example of electronization of the criminal process, i.e., the introduction of electronic devices into the proceedings⁶². In this context, one can mention the creation of electronic files, with two types of such files being distinguished: primary electronic files (documents produced only electronically and, for example, bearing digital signatures) and secondary electronic files (traditional files produced in paper form and then, through digital reproduction, transformed into the form of an electronic document)⁶³. The above process is not just about digitizing documents in paper form: it can refer to the creation of a digital reproduction of graphic images in the form of printouts, sketches, and drawings, sound recorded in analog form on VHS or cassette tapes, and most often a printout of the text contained in the indicated case files, and the transformation of the indicated content in its entirety into digital (binary) form⁶⁴. Digitization of criminal proceedings files, understood in this way, is a process that

⁶¹ These issues are defined similarly in: Order of the Minister of Justice of July 21, 2021 on the organization and scope of activities of secretariats and other administrative departments in common organizational units of the prosecutor's office (Official Gazette of the Ministry of Justice of 2021, item 170).

⁶² KOSOWSKI, Jakub, *Elektroniczne akta postępowania w świetle udostępniania akt sprawy karnej* [*Electronic Case Files in Light of Access to Criminal Case Files*], In: STEFAŃSKI Ryszard A. (ed.), *Srebrna księga jubileuszowa upamiętniająca XXV-lecie Wydziału Prawa i Administracji* [*Silver Jubilee Book Commemorating the 25th Anniversary of the Faculty of Law and Administration*], Warszawa: Uczelnia Łazarskiego. Oficyna Wydawnicza., 2022. p. 357.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ CZARNECKI Paweł, *Zasada elektronizacji (cyfryzacji) procesu karnego* [*The Principle of Electronization (Digitization) of Criminal Proceedings*], In: SZUMIŁO-KULCZYCKA Dobrosława (ed.), *W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosowi*, [*In Pursuit of a Fair Criminal Trial. Book Dedicated to Professor Stanisław Waltos*] Warszawa: Wolters Kluwer Polska, p. 439-448, 2022.

does not create new content or information, but only changes the form of already existing content and information as well as the medium on which it is recorded.

Digitization of criminal proceedings files is not only a lengthy process, but also one that can ultimately lead to varying degrees of digitization of files. The legislature may opt for selective digitization (e.g., assuming the need to digitize only strictly defined materials from proceedings, such as minutes of sessions and hearings), partial digitization, or digitization of specific scopes (e.g., only court files or preparatory proceedings files), or comprehensive digitization of criminal proceedings files (ultimately leading to the creation of the original electronic files of proceedings in digital form).

Given the above, an analysis of the needs, opportunities, and risks associated with the progressive digitization of criminal proceedings files should be carried out with focus on the purpose that this process is intended to serve. The European Justice Scoreboard 2023 raised that “Digitalisation of justice is the key to increasing the effectiveness of justice systems and a highly efficient tool for enhancing and facilitating access to justice”. The objective, therefore, is to improve the efficiency of the justice system and to make it more accessible, efficient, resilient, and ready to face current and future challenges⁶⁵. However, in terms of the fair trial principle, the key question is what objective we will adopt for digitizing criminal proceedings files from the perspective of the goals of the criminal proceedings themselves. The key objective in this regard should be considered the requirement to shape criminal proceedings so that the perpetrator of a crime is detected and held criminally responsible, and so that an innocent person does not bear this responsibility⁶⁶. In

⁶⁵ EU Justice Scoreboard, p. 32.

⁶⁶ The aim of criminal proceedings, as formulated in Article 2 of the Polish Code of Criminal Procedure, is to “shape criminal proceedings in such a way that: the perpetrator of the crime is detected and held criminally responsible, while the innocent person does not bear this responsibility; by the accurate application of measures provided for in criminal law and the disclosure of circumstances conducive to the commission of the crime, the objectives of criminal proceedings are achieved not only in combating crimes but also in preventing them and strengthening respect for the law and principles of social coexistence; the legally protected interests of the victim are taken into

addition to the issues of quality, efficiency, and accessibility of justice, the need for, and the opportunities and risks associated with, the progressive digitization of criminal proceedings files have been considered through the lens of that objective.

4.3. THE OPPORTUNITIES ASSOCIATED WITH THE DIGITIZATION OF CRIMINAL PROCEEDINGS FILES

The fundamental opportunity associated with the digitization of criminal proceedings files lies in the possibility of significantly enhancing and facilitating the accessibility of these files to the parties to the proceedings. As a rule, the place where traditional (paper) files are kept and made available is the office of the authority conducting the proceedings (usually a court or a prosecutor's office). Files in traditional form are mostly created in one copy, which only one participant can review at a time. This means that, first of all, such files are available only to one participant at a time (if the prosecutor or the court is currently reviewing them, the suspect or the victim, for example, cannot see them). In addition, reading the case file requires the physical presence of the participant in the authority's building. Taking into account the voluminousness of the case file - for example, in complex economic criminal cases - this activity usually takes many hours and not infrequently several days⁶⁷. In addition, the opportunity to review the proceedings file is limited to office hours.

However, the case law of the European Court of Human Rights emphasizes that unrestricted access to the case file and unrestricted use of notes (and in some cases copies of the file) are important safeguards of a fair trial - their disregard leads to a violation of the aforementioned principle of equality of parties⁶⁸.

account while simultaneously respecting their dignity; the resolution of the case occurs within a reasonable timeframe”.

⁶⁷ For this reason, in these cases, the parties usually carry out a kind of digitization of the proceedings files on their own by taking photographs of them, as allowed by Polish regulations.

⁶⁸ See: ECtHR judgement of 24 April 2007 in the case of *Matyjek v. Poland*, application no. 38184/03, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-80219> and ECtHR judgement of 15 January 2008 in the case of *Luboch v. Poland*, application

Digitization of criminal proceedings files eliminates these problems. Electronic proceedings files constitute a record of data that is easily reproducible (copied) and accessible. Access is then granted not so much to the medium on which the data is stored, but to the record of information, which is a digital reproduction of the files, documents, and data collected in the course of criminal proceedings. The same information can be made available to multiple participants in proceedings at the same time without limiting its availability to other participants and the authority conducting the proceedings. Finally - time does not limit the availability of the files. They can be made available to parties on media that allow them to be reproduced using a computer or other electronic equipment, or through remote, permanent access using data storage services based on the cloud computing model. In this context, the digitization of criminal proceedings files directly enhances the equality of parties in criminal proceedings and indirectly facilitates the implementation of the right to representation of a party in a process, including the right to defense.

Time savings reasonably lead to thinking about the potential cost savings that the digitization of files can provide. The possible savings can be considered in two aspects. First of all, a party using the assistance of a defense counsel (or an attorney in the case of a victim) often also uses his or her services to become familiar with the case file. The lack of the need to repeatedly appear at the premises of the authority conducting the proceedings to review files in traditional form reduces the cost of legal services for participants in the proceedings, which may indirectly contribute to an improved availability of attorneys' services for these participants. This is important because Article 6 (3) of the ECHR also recognizes the right of the defendant to be assisted by a public defender when he or she does not have sufficient funds to pay for a defense attorney and the interests of justice require it. The financial situation of the defendant is assessed at the time relevant to the case by the national court, which may, as part of this assessment, take into account, among other things, the reduced time that the defense counsel has to spent

no. 37469/05, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-84373>. ECtHR judgement of 18 March 2014 in the case of *Beraru v. Romania*, application no. 40107/04, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-141910>.

on attendance at the premises of the relevant authorities, and thus the reduced costs of the defense⁶⁹.

On the other hand, properly conducted digitization of criminal proceedings files can result savings for the state as well. Initially, digitization involves significant costs related to the need to purchase and use of appropriate hardware and software, as well as the involvement of personnel. However, one should also bear in mind that storing documents digitally is usually cheaper and requires less space than storing the same documents in paper form. Digitization can also reduce the costs associated with sending and copying of documents.

Another opportunity involves potential improvements in the efficiency and timeliness of criminal proceedings. Digitization of documents allows faster access to information, which can significantly expedite the adjudication of some criminal cases. It certainly helps avoid obstructions, which typically involve, for example, the need to provide access to proceedings files during the trial to other participants or, for example, to an expert witness, which sometimes prevents or impedes other procedural activities. Easier and faster exchange of documents between law enforcement agencies and courts can reduce the length of proceedings.

At the same time, according to Article 6 of the ECHR, everyone has the right to a fair and public hearing within a reasonable time. The purpose of the guarantee regarding hearing of a case within a reasonable time is to ensure that defendants do not have to continue be accused beyond the time necessary to carry out the relevant actions, and that the case is adjudicated as soon as possible after the crime is committed and a specific person is charged⁷⁰. The principle of conducting criminal proceedings within a reasonable timeframe is also sometimes seen as a guarantee of reaching the material truth, which is the basis of adjudication

⁶⁹ See: ECtHR judgement of 18 December 2001 in the case of *R.D. v. Poland*, application no. 29692/96 and 34612/97, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59992>.

⁷⁰ ECtHR judgement of 27 June 1968, in the case of *Wemhoff v. The Federal Republic of Germany*, application no. 2122/64, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57595>.

in a criminal trial⁷¹. This principle represents, among other things, the demand to reduce to a minimum the time that elapses from the moment of perpetration of a criminal act to the moment of its detection and the time necessary to identify the perpetrator and impose on him or her the appropriate criminal-law response measures⁷². Quick conduct of a case allows for better concentration of evidence and faster collection of evidence, thus also reducing the risk of its loss due to the passage of time (including, for example, misplacing, destroying, or distorting of evidence). This clearly contributes to the achievement of the objectives of criminal proceedings. On the other hand, the adjudication should take place as quickly as possible, since delayed justice is in fact a denial of justice⁷³. Prolonged adjudication undermines public confidence in the effectiveness of the justice system and trust in the state as a whole⁷⁴.

Also, the digitization of criminal proceedings files is a prerequisite for the introduction of any automation in adjudication activities, or for the use of, for example, artificial intelligence systems to support the work of judges and prosecutors. The use of artificial intelligence systems as a kind of assistant judge is a solution that is already being tested in some jurisdictions around the world⁷⁵. No such tools will be able to be

⁷¹ WITKOWSKA, Krystyna. Znaczenie szybkości postępowania karnego oraz koncentracji czynności procesowych dla realizacji celów i zadań procesu karnego [Importance of penal procedure speed and con-centration of actions for meeting penal process goals]. *Prokuratura i Prawo*, n. 3, 2009, p. 73–86.

⁷² KANIA, Agnieszka, Postulat szybkości postępowania karnego a ograniczenie jego formalizmu [*Demand for speedy criminal proceedings versus reduced formalism of the criminal proceedings*]. *Prokuratura i Prawo*, n. 6, 2017, p. 16–35.

⁷³ Commentary to Article 45, In: SAFJAN, Marek (ed.), BOSEK, Leszek (ed.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86 [Constitution of the Republic of Poland. Volume I. Commentary on Articles 1-86]*, Warszawa: CH Beck, 2016.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ PILITOWSKI, Bartosz (ed.); KOCIOŁOWICZ-WIŚNIEWSKA, Bogna (ed.), Sądy dostępne przez Internet, *Lekcje z Polski i 12 krajów świata*, Toruń: Fundacja Court Watch Polska, 2020 and cited thereof: Wenting, Zhou (China Daily). 2017. AI takes a look at legal evidence. https://www.chinadaily.com.cn/china/2017-07/11/content_30064693.htm [access: 06.05.2020] Jiang Wei (China Daily). 2019. China uses AI assistive tech on court trial for first time <https://www.chinadaily.com.cn/a/201901/24/WS5c4959f9a3106c-65c34e64ea.html> [access: 06.05.2020]. For example, a pilot program was carried out in Shanghai as early as in 2019, in which, during hearings, the so-called

implemented without ensuring the digitization of criminal proceedings files. At the same time, equipping the authorities conducting proceedings, including judges and prosecutors, with specialized tools for analyzing files based on artificial intelligence can help better achieve the goals of criminal proceedings, especially in complex cases based on large evidence.

It is important to point out the significant opportunity to improve the security of criminal proceedings files as a result of their digitization. Electronic files can be better protected from damage, destruction, or loss than paper documents. The ability to use advanced encryption and access authorization methods can provide effective protection for sensitive information contained in files. In this regard, authorities conducting criminal proceedings should use good business practices, according to which all data should be backed up on a regular (or even ongoing) basis, which should be the responsibility of a person exclusively dedicated to this task⁷⁶. Digitization of criminal proceedings files also helps protect them from accidental loss or intentional destruction, for example by participants in the proceedings to whom they are made available. Digitization of files will also allow the use of tools to secure the authenticity and integrity of the information contained in the files through the use of, for example, the blockchain technology⁷⁷. According to the European Justice Scoreboard 2023, only 5 EU Member States make any use of distributed ledger technologies (including blockchain) in their justice systems⁷⁸.

System 206 was used. System 206 is software based on artificial intelligence that records the proceedings of a hearing in real time, while distinguishing the voices of the participants, responding to orders, and displaying the requested information on screens that are placed in such a way that any person in the courtroom - including the public - could use them. The system is also designed to analyze evidence in terms of its reliability and consistency, drawing the judge's attention to possible inaccuracies that could distort his assessment and lead, for example, to the conviction of an innocent person. The system "learns" to identify potential gaps in evidence by analyzing data from archived cases.

⁷⁶ NCUBUKEZI, Tabisa; MWANSA, Laban, Best Practices Used by Businesses to Maintain Good Cyber Hygiene During Covid19 Pandemic, *Journal of Internet Technology and Secured Transactions*, v. 9, n. 1, p. 714–721, 2021.

⁷⁷ WU, Hong; ZHENG, Guan. Electronic evidence in the blockchain era: New rules on authenticity and integrity, *Computer Law & Security Review*, v. 36, 2020.

⁷⁸ European Justice Scoreboard 2023, figure 42.

4.4. THE RISKS ASSOCIATED WITH THE DIGITIZATION OF CRIMINAL PROCEEDINGS FILES FROM THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF ACCURATE CRIMINAL RESPONSE AND OTHER PRINCIPLES

Of course, the digitization of criminal proceedings files also involves some potential risks. The clear disadvantage of a systemic change intended to achieve full digitization of criminal proceedings files is the need to incur the costs associated with the development, implementation, and maintenance of the related information technology system. As indicated earlier, any technological change involves costs, but in this case one can also reasonably expect to save money, if only by changing the way files are stored and handled to provide access.

Any process of digitization of public life involves the risk of excluding the availability of state services for those who are less digitally educated. The term digital exclusion refers to the differences between those who have regular access to digital and information technologies and are able to use them effectively and those who do not have such access⁷⁹. The transformation of the justice system through the introduction of the aforementioned electronic system for primary files, where all case documents are created and all files are kept only in digital form, may make access to such files difficult for those who do not have sufficient digital competence or tools to reproduce such files (e.g., when they are made available on a storage medium). While 87% of people (aged 16-74) in the European Union used the Internet regularly in 2021, only 54% possessed at least basic digital skills⁸⁰. It should be emphasized that there are ongoing initiatives in the European Union aimed at digital inclusion⁸¹. At the same time, it is possible

⁷⁹ BATORSKI, Dominik. Wykluczenie cyfrowe w Polsce. [*Digital Exclusion in Poland*] *Studia Biura Analiz Sejmowych*, v. 19, n. 3, 2009, p. 223–249.

⁸⁰ The Digital Economy and Society Index (DESI), digital-strategy.ec.europa.eu, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi>. access: 23 march 2024.

⁸¹ On 15 December 2022, President of the European Commission Ursula von der Leyen signed the European Declaration on Digital Rights and Principles, together with the President of the European Parliament Roberta Metsola, and Czech Prime Minister Petr Fiala for the rotating Council presidency. The signatories of the document committed to “a digital transformation that leaves nobody behind. It should benefit everyone, achieve gender balance, and include notably elderly people, people living in rural areas, persons with

to introduce a model in which the principle is to maintain and make available files in electronic form, while adopting exceptions to justify making digital files available in another form, such as the printed form.

It should be emphasized that, in principle, all conceivable disadvantages of the digitization of criminal proceedings files from the perspective of the objectives of the criminal process can be eliminated with the correct implementation of this solution, and are not immanent to the very idea of digitization of files. Thus, the doctrine argues, among other things, that work on the digitization of courts and court proceedings must also take into account the risk of a hacking attack on the court⁸². Of course, this is not an argument against the digitization of files in criminal proceedings, but rather an important factor that should be taken into account in the implementation of specific solutions. The process of digitization of files of criminal proceedings should be carried out taking into account the protection of the interests of the participants in the proceedings and the public interest, including, for example, the secrecy of the preparatory proceedings. Digitization of criminal proceedings files should be carried out in a way that ensures the security and integrity of the data and reduces as far as possible the risk of occurrence and the consequences of possible data leakage.

5. THE ACCEPTABILITY OF THE USE OF AUTOMATED TRANSLATION SERVICES IN THE CRIMINAL JUSTICE PROCESS

In terms of the digitization of the justice system, the EU Justice Scoreboard 2023 does not address the use of the developing automated

disabilities, or marginalised, vulnerable or disenfranchised people and those who act on their behalf. It should also promote cultural and linguistic diversity” (see: European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade (2023/C 23/01)).

⁸² KARDAS, Piotr; GUTOWSKI, Maciej, Epidemia a digitalizacja działalności prawniczej – czyli o korzyściach i szkodach przyspieszonej cyfryzacji polskiego wymiaru sprawiedliwości [Digitalisation of the legal world through the prism of epidemic-related change – on the opportunities and threats of fast digitalisation of the Polish justice system], *Palestra*, 6 April 2020. <http://127.0.0.1:9511/e-palestra/16/2020/epidemia-a-digitalizacja-dzialalnosci-prawniczej-czyli-o-pozytkach-i-szkodach-przyspieszonej-cyfryzacji-polskiego-wymiaru-sprawiedliwosci>, access: 23 March 2024.

translation technologies. However, the issue appears to be extremely important in the context of ensuring the accessibility of justice. According to information made available by the European Commission, there are 23,800,000 citizens of countries other than EU Member States residing in the European Union, which accounts for 5.3% of the total population of the EU⁸³. The percentage is increasing due to international crises. Following Russia's military invasion of Ukraine on February 24, 2022, 4.2 million registrations for Temporary Protection in the EU+ were made by February 6, 2024⁸⁴. Therefore, it is not controversial to say that the demand for translation services in the justice system is increasing. Consequently, there is an obvious temptation to take advantage of the developing technologies, including for example, artificial intelligence systems based on the Large Language Models (LLMs) technology⁸⁵. Research shows that while LLMs are not explicitly trained for translation tasks, they can still demonstrate strong performance and outperform previously available software in this area⁸⁶. Studies demonstrate that minimal fine-tuning of an off-the-shelf pre-trained LLM enables competitive simultaneous translation results without advanced training techniques⁸⁷. An important question that arises in this regard is whether machine translation systems should be

⁸³ Statistics regarding migration to Europe - European Commission, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-of-life/statistics-migration-europe_pl, access: 23 March 2024.

⁸⁴ Migration management: Welcoming refugees from Ukraine, https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/migration-management/migration-management-welcoming-refugees-ukraine_en, access: 23 March 2024.

⁸⁵ Language models (LMs) are computational models that have the capability to understand and generate human language and Large Language Models (LLMs) are advanced language models with massive parameter sizes and exceptional learning capabilities, see: CHANG, Yupeng (among others), A Survey on Evaluation of Large Language Models, *Journal of the ACM*, v. 37, n. 4, p. 111–156, <https://doi.org/10.1145/3641289>.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ FENG, Zhaopeng, ZHANG, Yan; LI, Hao (among others), Improving LLM-based Machine Translation with Systematic Self-Correction, arXiv preprint arXiv:2402.16379, 2024., <https://arxiv.org/abs/2402.16379v2>, access: 23 March 2024.

used in the justice system from the perspective of achieving the goals of criminal proceedings and the guarantees to their participants.

The right to an interpreter is presented as a natural complement to the other process guarantees enjoyed by defendants under the ECHR. Without that right, exercising the other rights provided for in Article 6 of the ECHR would be downright impossible in a situation where the defendant does not speak the language spoken in the country where the proceedings are conducted - it ensures the equality of the chances of the defense of a defendant who does not speak the official language and the defense of defendants who do speak it⁸⁸. According to Article 6(3)(e) of the ECHR, anyone accused of a criminal act has the right to the free assistance of a translator or interpreter if he or she cannot understand or speak the language used in the court. The scope of the obligation to provide translation services also includes translation or interpretation of all documents or statements in criminal proceedings if their understanding is necessary for the defendant to exercise his or her right to a fair trial⁸⁹. This should be interpreted as a requirement to ensure that such documents are understood, rather than the requirement to provide a written translation of every document in the case⁹⁰. The

⁸⁸ Commentary to Article 6 of ECHR, In: GARLICKI, Leszek, HOFMAŃSKI, Piotr; WRÓBEL, Andrzej, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. T. 1, Komentarz do artykułów 1-18*, [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Vol. 1, Commentary on Articles 1-18], Warszawa: CH Beck, 2010, and cited thereof: ECtHR judgement of 1 March 2006 in the case of *Sejdovic v. Italy*, application no. 56581/00, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72629>.

⁸⁹ See: ECtHR judgement of 28 November 1978 in the case of *Luedicke, Belkacem and Koc v. Germany*, application no. 6210/73; 6877/75; 7132/75, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57530> and ECtHR judgement of 18 October 2006 in the case of *Hermi v. Italy*, application no. 18114/02, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77543>, ECtHR judgement of 14 January 2003 in the case of *Lagerblom v. Sweden*, application no. 26891/95, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60884>.

⁹⁰ The above indicates that oral language assistance from a translator may be sufficient to meet the requirements of the Convention. See: ECtHR judgement of 18 October 2006 in the case of *Hermi v. Italy*, application no. 18114/02, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77543> and ECtHR judgement of 19 December 1989 in the case of *Kamasinski v. Austria*, application no. 9783/82, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57614>.

ECHR also points at the need to control the quality of the translation - the services of a translator or interpreter are intended to provide the defendant with effective assistance in conducting his or her defense and the quality of these services should contribute to the fairness of the trial⁹¹.

This matter is regulated similarly by Article 14(3)(f) of the ICCPR, according to which any person accused of a crime has the right, on a basis of full equality, to the free assistance of an interpreter if he or she does not understand or speak the language used in the court. That provision is interpreted as including only the right to interpretation, without the need to give the defendant a translation of the documents used in the proceedings⁹².

Title VI of the EU Charter of Fundamental Rights⁹³ concerning the justice system does not contain provisions on the right to a translator or interpreter. However, Directive 2010/64/EU provides important guidance on that assistance⁹⁴. According to Article 2 (1) of Directive 2010/64/EU, EU Member States (including Poland) are obliged to provide suspects or defendants who do not speak or understand the language of the criminal proceedings with interpretation services during criminal proceedings before law enforcement and judicial authorities⁹⁵. In addition,

⁹¹ Failure by national courts to examine the reliability of a translator's or interpreter's assistance provided in certain situations may be considered a violation of Article 6(3)(e) of the ECHR. See: ECtHR judgement of 24 January 2019 in the case of *Knox v. Italy*, application no. 76577/13, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189422>.

⁹² Commentary to Article 14 of ICCPR, In: GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra, SĘKOWSKA-KOZŁOWSKA, Katarzyna; SOBCZAK, Witold, WIERUSZEWSKI Roman (red.), *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz [International Covenant on Civil and Political Rights. Commentary]*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012.

⁹³ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 18 December 2000, Official Journal of the European Communities, C 364/1, 18 December 2000.

⁹⁴ Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280, 26.10.2010, p. 1–7.

⁹⁵ This right is also valid during interrogation by the police, all court hearings, and any necessary sessions. Member States must make sure that, where necessary to ensure the fairness of the proceedings, interpretation is available of the communications between suspects or defendants and their defense counsels that are directly related to any questioning or provision of explanations

the subsequent provisions of Directive 2010/64/EU impose an obligation to make available to defendants within a reasonable period of time a translation of all documents relevant to ensuring his or her ability to exercise his or her right to defense and to guaranteeing the fairness of the proceedings (Article 3(1)). In addition, it should be noted that Article 5 of Directive 2010/64/EU, which discusses the quality of translation or interpretation, indicates the need to ensure the right quality of translation or interpretation by ensuring that it is carried out by suitably qualified independent human translators or interpreters⁹⁶. Since Directive 2010/64/EU draws attention to the need to establish registers of independent translators and interpreters, it would be contrary to its intent and purpose to allow only automated translation services to be used for the translation and interpretation services it cover.

De lege lata, it should be noted that current Polish solutions regarding the right to a translator or interpreter in criminal proceedings are in compliance with the standard established in Article 6(3)(e) of the ECHR and EU legislation (in general⁹⁷), which stipulate that the defendant has the right to use the gratuitous assistance of a translator or interpreter

during the proceedings or to the filing of appeals or other procedural requests (par. 2)

⁹⁶ Once created, such a register or registers is made available, where appropriate, to the defense counsel and the relevant authorities.

⁹⁷ In the same context, it should be noted that in Polish legal doctrine it is rightly pointed out that Directive 2010/64/EU has not been fully implemented, as Polish regulations have not been properly supplemented to include the possibility for the defendant to file a complaint in which they could demand the examination of the validity of decisions regarding: the refusal to provide an interpreter, the refusal to change the interpreter due to insufficient quality of translation, and the refusal to translate important documents from the case files as requested by the defendant (see: FINGAS Maciej. Prawo oskarżonego do tłumaczenia ustnego oraz pisemnego w polskim procesie karnym w świetle unormowań dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/64/UE z 20.10.2010 r. [The Defendant's Right to Oral and Written Translation in Polish Criminal Proceedings in Light of the Provisions of Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010], *Przegląd Sądowy*, nr 6, 2019, p. 107-123); KOTZUREK, Magdalena. Die Richtlinie 2010/64/EU zum Dolmetschen und Übersetzen in Strafverfahren: Neues Qualitätssiegel oder verpasste Chance? *Eucrim* vol. 4, 2020, pp. 314-321, <https://doi.org/10.30709/eucrim-2020-027>

if he or she does not have sufficient command of Polish. A translator or interpreter must be “called in” for activities involving such a defendant, particularly for the purpose of enabling the defendant to communicate with his or her defense counsel. Thus, current Polish regulations include requirements for interpreting (for activities with the participation of the defendant and, in some cases, contacts with the defense counsel) and translating some of the documents produced in the course of criminal proceedings⁹⁸. Recognizing these circumstances, it is necessary to take the position that current Polish regulations refer to the concept of “calling in” a translator or interpreter, which clearly involves a person performing the duties of a translator or interpreter, as opposed to software developed to translate documents.

The lack of a legal basis in the current Polish procedure for the use of software for automatic translation of documents or statements of participants in criminal proceedings does not mean that such a way of exercising the right to translation or interpretation should be ruled out. In our opinion, the use of software for automatic translation of content in criminal proceedings can bring a number of benefits; in particular, it can improve the timeliness of translation or interpretation and cover more documents. The purpose of the right to translation or interpretation is to ensure that the defendant understands his or her legal standing, actively participates in the process activities, and challenges the decisions made in the process⁹⁹. This purpose can be fulfilled even now to a significant degree through the use of machine translation, at least with regard to documents served to a defendant who does not speak the official language. One of the biggest advantages of automated translation is its ability to translate large amounts of text instantly. In the context of a criminal process,

⁹⁸ An order on the presentation, supplementation, or change of charges, an indictment, and a decision subject to appeal or terminating proceedings must be served to a defendant with a translation; with the consent of the defendant, the translated decision terminating proceedings may only be announced, if it is not subject to appeal.

⁹⁹ According to Directive 2010/64/EU, interpretation and translation must be of sufficient quality to guarantee the fairness of the proceedings, in particular by ensuring that suspects or defendants understand the charges and evidence against them and are able to exercise their right to defense (see Article 5 (1) and Articles 2 (8) and 3 (9) of the Directive).

where time is of the essence, the ability to quickly obtain a translation of minutes (e.g., questioning of witnesses), rulings (e.g., judgments), or even summonses issued by the authorities conducting the proceedings can significantly expedite criminal proceedings. The cost of using automatic translation programs, which will be significantly lower compared to the cost of using professional translators and interpreters in proceedings, may also be an important consideration.

However, the introduction of widespread use of software for automated translation of content in criminal proceedings and thus the replacement of the services of professional translators and interpreters involves significant risks. One of the primary concerns relates to the risk of inaccurate translation and the communication problem associated with the defendant's failure to understand the translated content. Automated translation, despite significant technological advances, still suffers from problems of inaccuracy, especially with complex legal texts or specialized terminology related to the criminal process. Despite the significant advances in the machine translation technology, studies still indicate, for example, that while Neural Machine Translation (NMT) represents the leading approach to Machine Translation (MT), the outputs of NMT models still require post-editing translation to rectify errors and enhance quality under critical settings¹⁰⁰. However, such a translation is better than no translation (which is often a problem that even leads to the need to suspend criminal proceedings). Nevertheless, it does not seem reasonable to recommend accepting a reduction in the quality of translation services intended to provide a thorough defense for the defendant in the name of ensuring the timeliness of the proceedings. Inaccurate translation can lead to misunderstandings, misinterpretation of evidence, testimony, explanations, and, as a result, to an erroneous (inconsistent with the intentions of the defendant or resulting from a misunderstanding of the evidence) taken position by the defendant, which in turn can significantly affect the outcome of the proceedings, thus undermining its fairness. With interpreting, a human interpreter can adjust and correct the translation

¹⁰⁰ RAUNAK, Vikas, SHARAF, Amr, WANG, Yiren (among others), Leveraging GPT-4 for Automatic Translation Post-Editing. 2023, <http://arxiv.org/abs/2305.14878>, access: 23 March 2024.

immediately in response to feedback from both the speaker and the recipient of the interpretation. In the case of automated translation, this is not possible.

6. CONCLUSION

The Covid-19 pandemic has accelerated the technological changes taking place in the Polish criminal justice process, particularly through the use of devices that enable remote communication during process activities. The possibility has expanded to conduct remote hearings, and a remote hearing concerning detention on remand has been introduced. This modernization aims to increase efficiency and accessibility but is currently limited to specific conditions, primarily involving defendants who are deprived of liberty. There is no doubt that the very idea of creating such legal solutions is good, since they meet the needs of the justice system. However, we think that introducing this possibility only when the defendant is deprived of liberty is a conservative step. We believe that remote hearings should also be conducted in situations where the defendant is at liberty. Taking into account the fact that in the Polish criminal process (as a rule) participation in a hearing is optional, the remote form could be more suitable for defendants, for example, due to time savings.

The existing solutions for remote hearings and remote sessions concerning detention on remand are not free from shortcomings. It is a mistake to make telephone contact between a defense attorney who is in court and a defendant who is in a place of detention conditional on the court's assessment of whether or not it will serve the purpose of exercising the right to defense, or whether or not it will unreasonably prolong the hearing. This is an example of the legislature's restriction of the right to defense. This limitation and the procedural requirements highlight an imbalance favoring the prosecutor, making it crucial to ensure equality among all litigants. The lack of guarantee of confidentiality of the conversation between the defense counsel and the defendant should be criticized. The right to effective legal assistance must be respected in all circumstances, including during process activities carried out in remote form. While remote hearings offer practical solutions during crises, their

successful implementation requires careful attention to safeguarding procedural rights and ensuring the effectiveness and confidentiality of legal counsel.

The arguments presented above lead to the conclusion that the digitization of criminal proceedings files can contribute to better implementation of the goals of the criminal process. Digitization of criminal proceedings files is likely to improve the quality, efficiency, and accessibility of the justice system. Facilitating access to files in this form reinforces the fair trial principle. The possible savings associated with the storage of criminal proceedings files and the better chances of protecting them from destruction for a sufficiently long period of time are also not insignificant. Finally, the digitization of criminal proceedings files is a prerequisite for the implementation in the justice system of modern solutions based on artificial intelligence systems, which could make it easier for judges and prosecutors, for example, to analyze large criminal proceedings files. At the same time, the potential drawbacks of digitization of criminal proceedings files, including concerns about the accessibility of electronic files to digitally excluded persons and fears of hacking attacks, appear to be minimized by the proper implementation of a system of digitized criminal proceedings files. An additional issue that should be taken into account in the process of implementation of these solutions is the possibility of adopting an interoperable system not only for criminal proceedings files, but a single system used in all courts (and by authorities conducting preparatory proceedings). It seems that the implementation of a single consistent system can then facilitate the exchange of data between proceedings of different types. Such a need is not uncommon, for example, when the perpetrator is tried for a crime in a criminal court and the victim seeks compensation from the perpetrator in a civil court in separate proceedings. In such situations, files are often lent between courts, thus slowing down the proceedings. Consistent digitization of files in the justice system (including criminal proceedings) would also help avoid these problems.

The provisions of the ECHR, Directive 2010/64/EU, and the Polish and other legislation analyzed herein do not allow for the replacement of the presence of an interpreter by the authorities' use of software designed for automated translation of content, including the

statements of participants in the proceedings. The purpose of calling in a human translator or interpreter is not just to translate the content, but to provide assistance to the person in question, including, for example, ensuring that the defendant fully understands his or her legal situation and the legal steps and procedural decisions that affect him or her. This purpose would not be fulfilled by machine translation alone, which could lead to a weakening of the position of such persons in the proceedings.

The above does not completely preclude the use of machine translation in criminal proceedings. However, given the importance of translation services in this area, it makes sense at this stage to preserve the human factor in the translation of content by at least requiring a final assessment of the quality of translation by a suitably qualified human translator. In this regard, an analogous solution could be applied as the one used in connection with the content of Article 22 of the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (GDPR)¹⁰¹. Article 22 of the GDPR is understood to establish the right to human intervention in the process of automated decision-making and to clarification with regard to significant or legally binding decisions made automatically and without human participation¹⁰². Therefore, it can be advocated to introduce regulations that allow automatic translation of documents produced or collected in the course of criminal proceedings, while ensuring the right of the defendant to receive adequate explanations

¹⁰¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88, (the “GDPR”). This provision stipulates that a data subject has the right not to be subject to a decision that is based solely on automated processing, including profiling, and that produces legal effects or affects that person to a similar extent.

¹⁰² Thus, for example, under Polish law, banks may, for the purpose of assessing creditworthiness and analyzing credit risk, make decisions based solely on automated processing, including profiling, provided that the person affected by the automated decision has the right to receive an adequate explanation of the grounds for the decision made, to obtain human intervention for the purpose of making a new decision, and to express his or her own position (see Article 105a of the Act of August 29, 1997 - Banking Law, Journal of Laws, no. 140, item 939).

of the content of the translated documents or to obtain human intervention to improve the translation. Such a solution would be acceptable from both the perspective of both the purpose of the regulation imposing the obligation to provide the assistance of a translator or interpreter and the perspective of other guarantees related to a fair criminal trial.

In conclusion, the digitization of criminal proceedings files presents a significant opportunity to enhance the efficiency, accessibility, and overall functionality of the justice system. By allowing remote access to digitized files, the justice system can ensure defense counsels have timely access to necessary documents, promoting equality of arms as guaranteed by Article 6(3)(b) of the ECHR. Additionally, digitization can lead to cost savings and support the timeliness principle by expediting the adjudication process and the integration of advanced technologies like artificial intelligence can further assist judges and prosecutors in managing complex cases more efficiently. However, at least in Poland, the digitization process is still in its early stages. Despite the lack of technological barriers, institutional resistance and habits pose challenges. This resistance hinders the achievement of process goals that digitization would facilitate. Addressing risks such as digital exclusion and cybersecurity threats through comprehensive security measures and alternatives for those lacking digital literacy can make the digitization process more inclusive and secure.

REFERENCES

- BACHMAIER WINTER, Lorena. Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law. *Utrecht Law Review*, vol. 9, n 4, 2014, p. 127-146, <https://doi.org/10.18352/ulr.246>
- BATORSKI, Dominik. Wykluczenie cyfrowe w Polsce, [*Digital Exclusion in Poland*] Studia BAS, v. 19, n. 3, p. 223–249, 2009.
- CHANG, Yupeng (among others), A Survey on Evaluation of Large Language Models, *Journal of the ACM*, v. 37, n. 4, p. 111–156, <https://doi.org/10.1145/3641289>.
- CZARNECKI Paweł, Zasada elektronizacji (cyfryzacji) procesu karnego [*The Principle of Electronization (Digitization) of Criminal Proceedings*], In: SZUMIŁO-KULCZYCKA Dobrosława (ed.), W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosiowi, [*In Pursuit of a Fair Criminal*

Trial. Book Dedicated to Professor Stanislaw Waltoś] Warszawa: Wolters Kluwer Polska, p. 439-448, 2022.

CZERNIAK, Dominika. Europeizacja postępowania dowodowego w polskim procesie karnym. Wpływ standardów europejskich na krajowe postępowanie dowodowe [*Europeanization of Evidence Proceedings in Polish Criminal Trials. The Impact of European Standards on National Evidence Procedures*]. Warszawa: CH Beck, 2021.

FACTORA, Roni; KARITIA, Dana; LERNAUB, Hagit; AYUBI Danielle Yaffe. Videoconferencing in Legal Hearings and Procedural Justice. *Victims & Offenders*, vol. 18, n. 8, 2023, p. 1157-1579, <https://doi.org/10.1080/15564886.2023.2248465>.

FENG, Zhaopeng, ZHANG, Yan; LI, Hao (among others), Improving LLM-based Machine Translation with Systematic Self-Correction, arXiv preprint arXiv:2402.16379, 2024., <https://arxiv.org/abs/2402.16379v2>, access: 23 March 2024.

FINGAS Maciej. Prawo oskarżonego do tłumaczenia ustnego oraz pisemnego w polskim procesie karnym w świetle unormowań dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/64/UE z 20.10.2010 r. [*The Defendant's Right to Oral and Written Translation in Polish Criminal Proceedings in Light of the Provisions of Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010*], *Przegląd Sądowy* 2019, nr 6, p. 107-123

GARLICKI, Leszek, HOFMAŃSKI, Piotr; WRÓBEL, Andrzej, Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. T. 1, Komentarz do artykułów 1-18, [*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Vol. 1, Commentary on Articles 1-18*], Warszawa: CH Beck, 2010.

GORI, Pierpaolo; PAHLADSINGH, Aniel. Fundamental rights under Covid-19: An European perspective on videoconferencing in court. *ERA Forum*, vol. 21(4), 2021, p. 561-577, <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00643-5>

DENAULT, Vincent; DUNBAR, Norah. Nonverbal communication in courtrooms: Scientific assessments or modern trials by ordeal? *The Advocates' Quarterly*, 2017, vol. 47, n. 3. pp. 280-308.

GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra, SĘKOWSKA-KOZŁOWSKA, Katarzyna; SOBCZAK, Witold, WIERUSZEWSKI Roman (red.), Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz [*International Covenant on Civil and Political Rights. Commentary*], Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012.

HAIGH, Richard; PRESTON, Bruce. The court system in a time of crisis: COVID-19 and issues in court administration special issue: Law in the time of

COVID. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 57, iss. 3, 2021, 869–904, <https://doi.org/10.60082/2817-5069.3608>

HOFMAŃSKI, Piotr (ed.), System Prawa Karnego Procesowego. Tom I. Zagadnienia ogólne. Część 2 [*System of Criminal Procedural Law. Volume I. General Issues. Part 2*]. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2013.

JURKA, Raimundas; ZAJANČKAUSKIENĖ, Jolanta. Movement of evidence in the European Union: Challenges for the European Investigation Order. *Baltic Journal of Law & Politics*, vo. 2, 2016, p. 77, doi: 10.1515/bjlp-2016-0012

KANIA, Agnieszka, Postulat szybkości postępowania karnego a ograniczenie jego formalizmu [*Demand for timely criminal proceedings versus reduced formalism of the criminal proceedings*]. *Prokuratura i Prawo*, n. 6, p. 16–35, 2017.

KARDAS, Piotr; GUTOWSKI, Maciej, Epidemia a digitalizacja działalności prawniczej – czyli o korzyściach i szkodach przyspieszonej cyfryzacji polskiego wymiaru sprawiedliwości [Digitalisation of the legal world through the prism of epidemic-related change – on the opportunities and threats of fast digitalisation of the Polish justice system], *Palestra*, 6 April 2020. <http://127.0.0.1:9511/e-palestra/16/2020/epidemia-a-digitalizacja-dzialalnosci-prawniczej-czyli-o-pozytkach-i-szkodach-przyspieszonej-cyfryzacji-polskiego-wymiaru-sprawiedliwosci>, access: 23 March 2024.

KOSOWSKI, Jakub, Elektroniczne akta postępowania w świetle udostępniania akt sprawy karnej [*Electronic Case Files in Light of Access to Criminal Case Files*], In: STEFAŃSKI Ryszard A. (ed.), Srebrna księga jubileuszowa upamiętniająca XXV-lecie Wydziału Prawa i Administracji [*Silver Jubilee Book Commemorating the 25th Anniversary of the Faculty of Law and Administration*], Warszawa: Uczelnia Łazarskiego. Oficyna Wydawnicza., 2022.

KOSOWSKI, Jakub. Rozprawa „odmiejscowiona” [“Remote” court hearing]. *Prokuratura i Prawo*, vol. 1, 2012, p. 37-53.

KOTZUREK, Magdalena. Die Richtlinie 2010/64/EU zum Dolmetschen und Übersetzen in Strafverfahren: Neues Qualitätssiegel oder verpasste Chance?“ *Eucrim* vol. 4, 2020, pp. 314-321, <https://doi.org/10.30709/eucrim-2020-027>.

KULESZA, Cezary. Remote Trial and Remote Detention Hearing in Light of the ECHR Standard of the Rights of the Accused, *Białystok Legal Studies*, vol. 26, no 32021, p. 217, DOI: 10.15290/bsp.2021.26.03

LACH, Arkadiusz. Rzetelne postępowanie dowodowe w świetle orzecznictwa strasburskiego [Reliable hearing of evidence in the light of Strasbourg case law], Warsaw: WoltersKluwer, 2018, p. 104.

LACH, Arkadiusz. Przesłuchanie na odległość w postępowaniu karnym [Hearing by videoconference in criminal proceedings]. *Państwo i Prawo*, vol. 12, 2006, p. 80-87.

LACH, Arkadiusz; KLUBIŃSKA, Maja; BADOWIEC, Renata. Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial - can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1157-1199, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.737>

MORGAŁA, Dominik. Rozprawa odmiejscowiona jako środek do walki z chuligaństwem stadionowym? [Virtual Court as the measure to fight against football hooliganism]. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, vol. 3, 2012, p. 171-131.

NCUBUKEZI, Tabisa; MWANSA, Laban, Best Practices Used by Businesses to Maintain Good Cyber Hygiene During Covid19 Pandemic, *Journal of Internet Technology and Secured Transactions*, v. 9, n. 1, p. 714-721, 2021.

NOWICKI, Marek A. (ed.), Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka [About the European Convention on Human Rights. A Commentary]. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2021.

PILITOWSKI, Bartosz (ed.); KOCIOŁOWICZ-WIŚNIEWSKA, Bogna (ed.), Sądy dostępne przez Internet, Lekcje z Polski i 12 krajów świata, Toruń: Fundacja Court Watch Polska, 2020.

RAUNAK, Vikas, SHARAF, Amr, WANG, Yiren (among others), *Leveraging GPT-4 for Automatic Translation Post-Editing*. 2023, <http://arxiv.org/abs/2305.14878>, access: 23 March 2024.

ROSSNER, Meredith; TAIT, David. Presence and participation in a virtual court. *Criminology & Criminal Justice*, vol. 23, n. 1. 2023, 135-157. <https://doi.org/10.1177/17488958211017372>

SAFIAN, Marek (ed.), BOSEK, Leszek (ed.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86 [Constitution of the Republic of Poland. Volume I. Commentary on Articles 1-86]*, Warszawa: CH Beck, 2016.

SAKOWICZ, Andrzej. Commentary on the Judgment of the Supreme Court of 18 March 2015 (Ref. No. II KK 318/1). *Białostockie Studia Prawnicze*, vol. 21, 2016, p. 211-217, <http://doi.org/10.15290/bsp.2016.21.en.16>

SAKOWICZ, Andrzej. The impact of the case law of the Constitutional Tribunal on the standard of detention on remand in Poland, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 1, 2022, pp. 58-64, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.682>

ŚWIECKI, Dariusz (ed.). Komentarz do Kodeksu postępowania karnego [Commentary to the Code of Criminal Procedure], Warszawa: Wolters Kluwer, 2108, p. 1500-1501.

WĄSEK-WIADEREK M., Proces karny a międzynarodowe standardy w dziedzinie praw człowieka [*Criminal Procedure and International Human Rights Standards*] In: HOFMAŃSKI Piotr (ed.), System Prawa Karnego Procesowego. Zagadnienia ogólne. Tom I, cz. 2, [*System of Criminal Procedural Law. Volume I. General Issues. Part 2*] Warszawa: LexisNexis, 2013.

TURNER, Jenia I. Remote Criminal Justice. *Texas Tech Law Review*, vol. 53, 2021, p. 197-270.

WITKOWSKA, Krystyna, Znaczenie szybkości postępowania karnego oraz koncentracji czynności procesowych dla realizacji celów i zadań procesu karnego [Importance of penal procedure speed and con-centration of actions for meeting penal process goals]. *Prokuratura i Prawo*, n. 3, p. 73–86, 2009.

WU, Hong; ZHENG, Guan. Electronic evidence in the blockchain era: New rules on authenticity and integrity, *Computer Law & Security Review*, v. 36, 2020. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105401>

Authorship information

Andrzej Sakowicz. Professor at the University of Białystok, Poland; the Faculty of Law; the Department of Criminal Procedure. PhD in Law. sakowicz@uwb.edu.pl

Sebastian Zieliński. Assistant Professor at the Warsaw University of Technology, Poland; the Faculty of Administration and Social Sciences; the Department of Administrative Law and Public Policy. PhD in Law. sebastian.zielinski@protonmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Andrzej Sakowicz*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

- *Sebastian Zieliński*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 24/03/2024
- Desk review and plagiarism check: 30/03/2024
- Review 1: 20/04/2024
- Review 2: 26/04/2024
- Review 3: 26/04/2024
- Preliminary editorial decision: 11/05/2024
- Correction round return: 26/05/2024
- Final editorial decision: 29/05/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (SL)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SAKOWICZ, Andrzej; ZIELIŃSKI, Sebastian. Towards a Digitalized Criminal Justice System: Lessons from Poland. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e995, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.995>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Remote trial in criminal proceedings as a threat to the implementation of the principle of immediacy? Reflections on the background of the Polish legal order¹

Julgamento remoto em processos criminais como uma ameaça à implementação do princípio da imediação? Reflexões à luz do ordenamento jurídico polonês

Renata Badowiec²

Nicolaus Copernicus University in Toruń, Toruń, Poland.

r.badowiec@umk.pl

 <https://orcid.org/0000-0001-7912-1363>

ABSTRACT: This article establishes whether a trial conducted with the use of technical devices with simultaneous direct transmission of video and audio can cause a limitation or even a threat to the realization of the principle of immediacy in criminal proceedings, which is an element of a fair trial. The author identified how the principle of immediacy is implemented in selected orders of European countries, i.e. Poland, Austria, Germany and England. The author analyzed the provisions for conducting a remote trial in Polish criminal proceedings. The author paid particular attention to the technical issues that limit the realization of the principle of immediacy during a remote trial, and presented the results of a survey of members of legal profession in Poland who also perceive these threats (also in the context of the standards of a fair trial). These considerations led the author to conclude that cases of conducting the trial with the use of technical devices with simultaneous

¹ This work was supported by the Polish National Science Centre, grant number 2020/37/B/HS5/02752.

² PhD in Law, assistant at the Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń (Poland).

direct transmission of video and audio may constitute a limitation of the principle of immediacy and, consequently, pose a threat to fair trial standards.

KEYWORDS: main trial; videoconference; principle of immediacy; fair criminal trial.

RESUMO: *Este artigo analisa se um julgamento conduzido com o uso de dispositivos técnicos, com transmissão direta simultânea de vídeo e áudio, pode causar uma limitação ou até uma ameaça à realização do princípio da imediação em processos criminais, que é um elemento do justo processo. Identificou-se como o princípio da imediação é implementado em ordenamentos jurídicos selecionados de países europeus, quais sejam, Polônia, Áustria, Alemanha e Inglaterra. Então, foram examinadas as disposições para a condução de um julgamento remoto em processos criminais na Polônia, com especial atenção às questões técnicas que limitam a realização do princípio da imediação durante um julgamento remoto, e apresentou os resultados de uma pesquisa com operadores do Direito na Polônia, que também percebem essas ameaças (ao se considerar os standards de um julgamento justo). Essas considerações levaram à conclusão de que os casos de condução do julgamento com o uso de dispositivos técnicos, com transmissão direta simultânea de vídeo e áudio, podem acarretar restrições ao princípio da imediação e, conseqüentemente, ameaçar os parâmetros do devido processo.*

PALAVRAS-CHAVE: Juízo oral; videoconferência; princípio da imediação; processo justo.

INTRODUCTION

As a result of the entry into force of the Act of June 19, 2020, on Interest Subsidies on Bank Loans to Entrepreneurs Affected by COVID-19 and on Simplified Proceedings for Approval of Arrangement in Connection with the Occurrence of COVID-19³, regulations have been introduced into the Polish Code of Criminal Procedure⁴, based on which it is possible to

³ Journal of Laws of 2020, item 1086 – hereafter referred to as Act of June 19, 2020.

⁴ Act of 6 June 1997 – Code of Criminal Procedure, Journal of Laws of 1997, No. 89, item 555 as amended, hereafter referred to as the CCP.

conduct trial activities remotely, or for a trial participant to participate in such form of a trial or court session.

The purpose of this article is to analyze the provisions in force in the Polish legal order, based on which the trial can be carried out using technical devices with simultaneous direct transmission of video and audio, as well as to analyze the impact of these technical devices on the implementation of the principle of immediacy in criminal proceedings. The study will use the following methods: dogmatic and empirical, the latter of which will in the presentation consist of some results of a survey conducted among members of the legal profession as part of implementing the grant 'Remote procedural acts in criminal process'.

The first part of the article will present issues related to the concept, implementation and exceptions related to the principle of immediacy in the legal orders of select European countries. The next part will discuss the provisions regulating the possibility of conducting a remote trial in Polish criminal proceedings. The last part of the article will be dedicated to the impact of the trial conducted using technical devices with the simultaneous direct transmission of images and sound in the Polish legal order on the realization of the principle of immediacy in criminal proceedings, as well as to answer the question presented in the study title, i.e. does conducting a trial remotely pose a threat to realizing the principle of immediacy? In conclusion, the study will formulate conclusions, and it postulates proposals *de lege ferenda*, in which it will be indicated in which cases a remote trial via criminal proceedings can be carried out without a negative impact or possible restrictions on the realization of the principle of immediacy.

1. THE PRINCIPLE OF IMMEDIACY IN THE LEGAL ORDERS OF SELECT EUROPEAN COUNTRIES

2.1 POLAND

One of the basic guarantees of a fair criminal trial is the principle of immediacy in the formal sense, i.e. in the form of a requirement to meet the demand for physical contact between the deciding court and

the evidence presented at trial. This is because it creates the possibility of a full and thorough analysis and, consequently, the most accurate evaluation of the evidence presented in the case. This especially applies to evidence that is of fundamental importance to determining the limits of the criminal responsibility of the defendant⁵. As such, the principle of immediacy is counted among the guiding principles of criminal trials in Poland as a principle affecting its model. In fact, in the abstract, this idea that influences the shape of the complaint process to the greatest extent, deciding, along with the principles of accusatorial procedure, adversariality, and transparency, as well as the right of the defendant to a defense, to distinguish this developmental form of the criminal trial. Only in the complaint process, initiated by a complaint about an authorized subject, can there be a dispute between parties, and the court has the opportunity to get as close as possible to the subject of proof⁶.

The principle of immediacy is not only a directive to know the facts in the best way and to get as close as possible to the truth using primary evidence first⁷. In fact, in Polish criminal proceedings, the content of the principle of immediacy is usually presented in the form of three postulates. According to the first, secondary evidence must not be given priority over primary evidence, an indication that is simultaneously a reflection of the desire to establish the material truth. The second postulate dictates that the adjudicating court must directly encounter the sourced the evidence. The third postulate states that the court's decision should be based solely on the evidence presented at the trial. This is because only at the trial can the conditions for reliable verification of evidence be fully met⁸.

⁵ BŁACHNIO-PARZYCH, Anna; KOSONOĞA, Jacek. Rzetelny proces karny w orzecznictwie Sądu Najwyższego. In: WILIŃSKI, Paweł (ed.). *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer, 2009, p. 251.

⁶ PALUSZKIEWICZ, Hanna. Zasada bezpośredniości. In: HOFMAŃSKI, Piotr; WILIŃSKI, Paweł (eds). *System Prawa Karnego Procesowego. Tom III. Cz. 2. Zasady procesu karnego*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer, 2014, p. 1010.

⁷ Ibidem, p. 1012.

⁸ WILIŃSKI, Paweł. *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków: Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska, 2006, p. 235.

The principle of immediacy in Polish criminal proceedings is in force, even though it is not explicitly defined in the provisions of the Code of Criminal Procedure. Indeed, it is derived from the norm of Article 174 of the CCP ('Evidence from the explanations of the defendant or from the testimony of a witness may not be substituted for by the contents of writings, notes, or official notes.') and *a contrario* from the provisions constituting exceptions to the principle of immediacy⁹. In addition, it is necessary to bear in mind the provision of Article 410 of the CCP, according to the content of which only the totality of the circumstances disclosed during the main trial may form the basis of the judgment.

Constituting exceptions to the principle of immediacy in Polish criminal proceedings, in the course of the main trial, it is possible to read, to an appropriate extent, the records of the defendant's explanations previously made as a defendant in this or other cases in pre-trial proceedings, before a court, or in other proceedings provided for by law if they fail to appear at trial, refuse to explain or explains differently from before, or declares that they do not remember certain circumstances¹⁰. In addition, if a witness without legal grounds refuses to testify, testifies differently from before, or declare that they do not remember certain circumstances, are abroad, could not be served with a summons, failed to appear due to immovable obstacles, or the presiding judge failed to summon a witness owing to the circumstances indicated in Article 350a of the CCP (the presiding judge may refrain from summoning to trial witnesses who has been examined, who is abroad, or whose circumstances are not so momentous as to necessitate directly examining these witnesses at trial). Meanwhile, a witness has died, it is permissible to read, to an extent appropriate, the records of testimony previously given by the witness in pre-trial proceedings or before a court in this or other cases or in other proceedings provided by law¹¹. It is also permissible to read at the main trial the records of the hearings of witnesses and defendants made in pre-trial proceedings, or before a court, or in other proceedings

⁹ ORŁOWSKA-ZIELIŃSKA, Bogna; SZCZECZOWICZ, Krystyna. Wybrane aspekty odstępstwa od zasady bezpośredniości w procesie karnym i ich zgodność z Konstytucją. *Studia Prawnoustrojowe*, n. 23, 2014, p. 151.

¹⁰ See Article 389 § 1 of the CCP.

¹¹ See Article 391 § 1 of the CCP.

provided for by law, when direct evidence taking is not necessary and no parties present objects to this¹². It is also permissible to read at the trial the inspection, search, and seizure of things reports, as well as opinions from expert institutes, establishments, or institutions, criminal record data, the results of the community interviews, and any official documents filed in pre-trial, during court proceedings, or during other proceedings provided by law¹³. However, it is not permissible to read the notes of activities for which a record is required¹⁴. In addition, any private documents created outside the criminal proceedings, such as statements, publications, letters, and notes, may be read at the main trial¹⁵.

1.2 AUSTRIA

In Austria, the principle of immediacy is explicitly included in the Code of Criminal Procedure¹⁶, however, the principle was not introduced into Austrian law until 2004¹⁷. It is clear from the wording of Section 13 of the öStPO that the main trial is the focal point of criminal proceedings, during which time the evidence on which a decision is to be made is presented. It is important to note that evidence can be gathered directly, but it cannot be replaced by secondary evidence. Conversely, the contents of files and other documents may only be used to the extent permitted by the provisions of the Austrian Code of Criminal Procedure.

The principle of immediacy takes the forms of both a formal aspect and a substantive aspect, the former of which states that the court must present all evidence necessary for the decision in the main proceedings. Accordingly, when issuing a judgment, the court may consider only the

¹² See Article 392 § 1 of the CCP.

¹³ See Article 393 § 1 of the CCP.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ See Article 393 § 3 of the CCP.

¹⁶ Strafprozeßordnung 1975 (StPO), StF; BGBl. No. 631/1975, hereafter referred to as öStPO; see MIKLAU, Roland. Austria, principles of criminal procedure and their application in disciplinary proceedings. *Revue internationale de droit pénal*, v. 74, n. 3, 2003, p. 799.

¹⁷ Strafprozessreformgesetz 2004 BGBl I 2004/19.

evidence that was submitted during the main trial¹⁸. In the context of the substantive aspect of the principle of immediacy, it should be borne in mind that the court, when it can obtain evidence from various sources, should use the source whose information has been obtained to most directly about the historical facts proving the course of events¹⁹.

As in Polish criminal procedure, the legislator in Austrian criminal procedure allows certain exceptions to the principle of immediacy. One example is the content of Section 252 of the öStPO, based on which, in cases specified by the law, it is possible to read the records of the co-defendant and witnesses, records of evidence, official notes and other official documents containing the testimonies of witnesses or explanations of the co-defendant, expert opinions, and audio, and video recordings of the hearings of the co-defendant or witnesses.

In addition, it should be noted that Austrian jurisprudence indicates that conducting a hearing remotely is an exception to the principle of immediacy, and the possibility of such a hearing derives from Section 247a of the öStPO. Based on this provision, a witness who is unable to appear in court owing to age, illness, disability, or other valid reason may be questioned using technical devices that allow remote participation in the hearing with simultaneous direct video and audio transmission. The Supreme Court of Justice in Austria has indicated that a request for a videoconference hearing simply cannot be considered a request for a witness hearing, as such a hearing is simply a substitute for an in-person hearing before the adjudicating court²⁰. In one case, the Supreme Court of Justice in Austria found a violation of the principle of immediacy because the criminal proceedings failed to provide adequate means for witnesses to appear in person, which was a violation of the principle of immediacy, especially because the court made no attempt to summon witnesses to appear in person for the hearing²¹. The Supreme Court of Justice in Austria also adopted the rule that a videoconference

¹⁸ GILHOFER, Daniel. Use of Administrative Evidence in Criminal Proceedings in Austria. *Eucrim*, n. 4, 2022, p. 270; see also Section 258 para. 1 öStPO.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ OGH 30.09.2020 15 Os 70/20p, see also OGH 15.12.2011 13 Os 135/11v.

²¹ OGH 30.09.2020 15 Os 70/20p.

hearing, which is a substitute for face-to-face hearing before the sentencing court, is allowed only in cases where the witness is unable or unwilling to appear in court due to residing abroad²².

1.3 GERMANY

In German criminal proceedings, the principle of immediacy is based primarily on the contents of Section 250 of the StPO²³, a norm referred to as the principle of personal hearing, which is based on the fact that if evidence of a fact is based on a person's experience, said person must be examined during the main trial²⁴. At the trial, it is necessary to consider evidence from the hearing of a specific person whenever the court intends to base a decision on such evidence. As a rule, it is not possible to replace this activity, neither by reading the content of a previously submitted testimony (explanation) recorded in the record nor by submitting a written statement²⁵. It follows from the wording of Section 261 of the StPO that the court decides on and issues a decision based solely the material presented at the main trial²⁶. In German criminal proceedings, therefore, as in Poland, there is no specific provision indicating the existence of the principle of

²² Ibidem, see also OGH 02.10.2013 15 Os 97/13y.

²³ Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 25. März 2022 (BGBl. I S. 571), hereafter referred to as StPO.

²⁴ See ŚWIECKI, Dariusz. Postępowanie apelacyjne w niemieckim procesie karnym. *Prokuratura i Prawo*, n. 5, 2011, p. 110; see also HOFMANN, Robin. Formalism versus pragmatism – A comparative legal and empirical analysis of the German and Dutch criminal justice systems with regard to effectiveness and efficiency. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 28, n. 4, 2021, p. 469.

²⁵ KUCZYŃSKA, Hanna. *Analiza porównawcza modelu rozprawy głównej. Między kontradycyjnością a inkwizycyjnością*, Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska, 2022, p. 374.

²⁶ See DUMITRESCU, Adrian. Das Unmittelbarkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Strafprozessrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 130, n. 1, 2018, p. 109; JACKSON, John D.; WEIGEND, Thomas. Witness Evidence in Pre-Trial and Trial Procedure. In: AMBOS, Kai; DUFF, Antony; HEINZE, Alexander; ROBERTS, Julian; WEIGEND, Thomas (eds). *Core concepts in Criminal law and Criminal justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 264.

immediacy, which is based on the individual regulations indicated above and which follows *a contrario* from the exceptions to the principle of immediacy.

In the context of exceptions to the principle of immediacy, it is worth pointing to Section 249 of the StPO, according to which documents (including electronic documents if they can be read) may be read at the main trial. In addition, based on Section 251 of the StPO, under the conditions set forth therein, the hearing of witnesses, experts, or the co-defendant may be replaced by a reading of the record of their hearing or their written statement. Under Section 253 of the StPO, it is possible to read the records of the examination of a witness or expert during the main trial if they say that they cannot remember certain facts. The records may also be read if there are contradictions to previously given testimonies that arose during the hearing, particularly when they cannot be clarified or otherwise resolved without interrupting the main trial. In addition, under Section 254 of the StPO, the defendant's explanations that were previously included in the record or the transcript of the audiovisual recording may be read at the trial as evidence of the defendant's confession. The record of the defendant's explanations may also be read if contradictions with previously made statements arise that cannot be clarified or resolved without interrupting the main trial. Moreover, the wording of Section 256 of the StPO makes it possible to read official documents during the main trial.

1.4 ENGLAND

An English criminal trial is essentially a model of the style of criminal trial rooted in the common law system, from which the subordination of evidentiary proceedings to the rule against hearsay evidence (principle of hearsay) comes, which is considered characteristic of and distinguishes this system from the continental system. In a sense, this principle is the equivalent of the principle of immediacy. The principle of rule against hearsay evidence implies the prohibition of proof by means of the hearsay testimony of a witness, intended to ensure adjudication based on the best evidence, free from distortions and risks of falsity²⁷.

²⁷ PALUSZKIEWICZ, Hanna. Zasada bezpośredniości. In: HOFMAŃSKI, Piotr; WILIŃSKI, Paweł (eds). *System Prawa Karnego Procesowego. Tom III. Cz. 2.*

In the Anglo-Saxon model, the purpose of prohibiting the admission of secondary evidence is to ensure adjudication based on the ‘best evidence’ (best evidence rule). It is assumed that the principle of immediacy is a necessary guarantee that members of the jury will maintain impartiality and objectivity. Secondary evidence, being less reliable, is generally considered inadmissible due to having a lower evidentiary value²⁸.

In the context of exceptions to the above-mentioned rule, it is permissible to take evidence from the statement of a witness not present in court, if it has been signed and served to the opposing party, who has not objected to its presentation as evidence. Thus, crucial to the possibility of admitting such evidence is obtaining the consent of the opposing party before reading such a statement. If there is an objection, the court has no possibility of admitting such evidence²⁹. A witness statement may also be read when the witness is unavailable because they have died, are living abroad and it is impossible for them to appear at trial, whether because the person is unfit to be a witness due to a physical or mental condition, the witness cannot be found despite steps having been taken to locate this person, or when owing to a well-founded fear the witness does not want to testify³⁰. If the witness states (or it is proven) that they have previously made a statement that contradicts the content of their current testimony, such a statement may be used as evidence³¹. In addition, a witness’s prior statement may be admitted as evidence

Zasady procesu karnego. op. cit., p. 1037; see also *Evidence: Report on Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Scottish Law Commission (Scot Law Com No. 149), Edinburgh 1994, p. 15. Available at: <<https://www.scotlawcom.gov.uk/files/9412/7989/7413/rep149.pdf>>. Accessed on 23 February 2024; VOGLER, Richard. *The Principle of Immediacy in English Criminal Procedural Law*. *Zeitschrift für die gesamte Strarechtswissenschaft*, v. 126, n. 1, 2014, p. 241.

²⁸ KUCZYŃSKA, Hanna. *Analiza porównawcza modelu rozprawy głównej. Między kontradiktoryjnością a inkwizycyjnością*. op. cit., p. 378.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Criminal Justice Act 2003, Section 116; see also BRODIN, Mark S. *The British Experience with Hearsay Reform: A Cautionary Tale*. *Fordham Law Review*, v. 84, Issue 4, 2016, pp. 1422.

³¹ Criminal Justice Act 2003, Section 119; see also BRODIN, Mark S. *The British Experience with Hearsay Reform: A Cautionary Tale*. op. cit., p. 1425.

to rebut the suggestion that his oral testimony was fabricated. Such a statement is admissible as evidence in any case in which the witness's oral testimony has been deemed admissible³². In English criminal proceedings, certain documents, such as professional documents, invoices, records, and hospital records are considered secondary evidence, and because it would be unreasonable to question as a witness every person who knows the contents of the document, the law makes an exception regarding the prohibition of admitting secondary evidence, allowing it to be used at trial if it meets certain criteria³³. Documentation of criminal proceedings - hearing reports prepared both in this and other proceedings - is also secondary evidence. They can be presented as evidence only if the conditions specified by law are met³⁴.

2. THE POSSIBILITY OF CONDUCTING A REMOTE TRIAL IN CRIMINAL PROCEEDINGS - REGULATIONS IN FORCE IN THE POLISH LEGAL ORDER

Concerning the Act of June 19, 2020, § 3-9 was added to Article 374 of the CCP, regulations that set the conditions for holding a trial remotely. In accordance with the introduced regulations, the presiding judge, at the request of the prosecutor, agrees to begin the trial using technical devices that allow remote participation in the trial, with the simultaneous direct transmission of video and audio, if not prevented by technical considerations³⁵. Another issue is that the presiding judge may be exempt from the obligation to appear at the trial with the remote participation of the defendant, an auxiliary prosecutor, or a private prosecutor who are deprived of their liberty, if it is ensured these parties can engage in the trial using technical devices that allow remote participation with simultaneous direct video and audio transmission³⁶. In such a case, a court registrar or assistant judge employed by the court in whose district the party resides, or a representative of the administration

³² Criminal Justice Act 2003, Section 120.

³³ Criminal Justice Act 2003, Section 117.

³⁴ Criminal Justice Act 2003, Section 117(4)–(5).

³⁵ See Article 374 § 3 of the CCP.

³⁶ See Article 374 § 4 of the CCP.

of a penitentiary or detention center, if the party is housed therein, is present at the party's location³⁷. As a rule, counsel for the defense will take part in the trial conducted remotely at the defendant's place of residence, unless they appear in court for this purpose. However, in the event that the counsel for the defense participates in the trial while residing at a location different from that of the defendant, the court, upon the request of the defendant or counsel for the defense, may order a recess for a specified period before continuing the trial on the same day to allow the counsel for the defense to contact the defendant by telephone, unless the request clearly does not serve to exercise of the right of defense, and, in particular, aims to disrupt or unreasonably prolong the trial³⁸. If there is a need for the participation of an interpreter in a trial conducted remotely, the interpreter will participate from the place of residence of the defendant who is not sufficiently proficient in Polish or at the place of residence of a deaf or mute person, when communication with them by means of a letter is insufficient, unless otherwise ordered by the presiding judge³⁹. In addition, the legislator has introduced the corresponding application of the regulation in force in summary proceedings, i.e. during court actions in which the defendant participates with the use of technical devices that allow these actions to be conducted remotely, participants in the proceedings may submit motions and other statements and perform procedural actions only orally into the record. The court is then obliged to inform the defendant and the counsel for the defense at the next procedural action of the content of all pleadings that have been received in the case file since the transfer of the motion for trial to the court. At the request of the defendant or the counsel for the defense, the court is obliged to read the contents of these pleadings. Then, the pleadings of the defendant and his counsel for the defense, which could not be transmitted to the court, may be read by them at the trial, immediately after which they have a procedural effect and are treated as actions made orally⁴⁰.

³⁷ See Article 374 § 5 of the CCP.

³⁸ See Article 374 § 6 - § 7 of the CCP.

³⁹ See Article 374 § 8 of the CCP.

⁴⁰ See Article 374 § 9 and Article 517ea of the CCP.

In the explanatory memorandum to the Act of June 19, 2020, the drafters pointed out that the regulations in force to date were insufficient and did not account for technical developments affecting the spread of solutions for remote communication and the need to hasten proceedings, reduce inconveniences for participants, and reduce risks associated with epidemic or emergency states⁴¹. It was also pointed out that the draft provides solutions allowing the participation of parties, including the counsel for the defense and proxies, in the trial at the stage of court proceedings using technical devices that allow participation at a distance with the simultaneous direct transmission of video and audio, regulating precisely the issues related to the conditions for the application of such a possibility and the manner of its implementation, as well as including norms to ensure the effective exercising of the right to defense by the defendant and the protection of the rights of other participants in the proceedings⁴².

Of note, the remote form has also been introduced into court sessions (Article 96a and Article 250 § 3b-3h of the CCP), so it must be emphasized that despite the introduction by the Act of June 19, 2020 of the possibility of a remote trial in criminal proceedings, the provisions regulating it do not contain a condition in the form of the existence of difficulties or threats related to the epidemic situation, which were raised in the justification of said law. This means a trial in remote form, once certain conditions are met, can be held in any case, and this rule has been permanently introduced into the Code of Criminal Procedure⁴³. This was confirmed by the Supreme Court, which indicated that the subject matter scope of the application form of a remote trial has not been explicitly defined. Thus, it can be stated that in virtually every case, it is permissible to hold a trial remotely, and this scope is determined based on the subject criterion, namely, concerning the parties referred to in Article 374 § 4

⁴¹ Explanatory Memorandum to the government draft act on interest subsidies on bank loans granted to provide liquidity to COVID-19-affected entrepreneurs and on amendments to certain other laws, print No. 382, 22.05.2020, p. 25.

⁴² Ibidem, p. 26.

⁴³ ŚWIECKI, Dariusz. Art. 374. In: ŚWIECKI, Dariusz (ed.). *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, LEX 2023.

of the CCP, two conditions for holding a trial remotely are required. The first is the factual premise of the deprivation of liberty, and the second is ensuring these parties participate in the trial using technical devices that enable remote engagement in the trial with the simultaneous direct transmission of video and audio. In doing so, the Supreme Court stressed that when proceeding remotely, it is necessary to ensure the proper and effective exercising of the defendant's right of defense, as the law does not and cannot impose any restrictions on this right⁴⁴.

3. THE IMPACT OF A REMOTE TRIAL ON IMPLEMENTING THE PRINCIPLE OF IMMEDIACY IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Juxtaposing the provisions governing remote trials in Polish criminal proceedings with the demands of the principle of immediacy, one could argue this form of trial satisfies the principle. First, the directive mandating evidence be presented during the main hearing is fulfilled. Indeed, the parties might not be physically present in the courtroom, but the hearing continues regardless according to the wording of the provision of Article 374 § 4 of the CCP. The case examination takes place at trial, despite the party being in another location, and contact with the court is carried out using technical devices that allow real-time participation in evidence-taking through the direct transmission of video and audio. The non-present party can thus see and hear everything occurring in the courtroom and thus has direct contact with the trial participants, making it possible, for example, to enquire of those being questioned⁴⁵. In the context of the second directive of the principle of immediacy, which mandates the court have direct contact, a remote hearing is not a direct hearing, as it is executed through technical devices⁴⁶. However, owing to the direct transmission of images and sound, the court sees and hears the parties and other participants in the proceedings and observes their behavior. Thus, from this perspective, the court's perception of

⁴⁴ Decision of the Supreme Court of 22.06.2022, IV KK 79/22, LEX n. 3454989.

⁴⁵ ŚWIECKI, Dariusz. Art. 374. In: ŚWIECKI, Dariusz (ed.). *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*. op. cit., LEX 2023.

⁴⁶ *Ibidem*.

behaviors is the same as when in direct contact with the trial participants in the courtroom. Formally, therefore, in the case of a remote hearing, the court does not have direct contact with the person being examined, but thanks to technical devices, the purpose of this directive is achieved. Conversely, such a hearing method makes it possible to implement the third directive of the principle of immediacy in full, as the court can introduce primary evidence⁴⁷.

In the literature, even before the introduction of the regulations allowing remote trials to be conducted, but when the regulation of Article 177 § 1a of the CCP was already in force, according to which it is possible to question a witness remotely using technical devices with the simultaneous direct transmission of video and audio, it was pointed out that a remote hearing should not be feared. This is because if properly planned and conducted, it prevents any allegations of violations of procedural principles, primarily concerning the principles of immediacy, adversarialism and the defendant's right to defense. It has also been stressed that the principle of immediacy is undoubtedly realized remotely better during a hearing by an appointed judge or a summoned court⁴⁸, because the trial body comes into direct contact with the evidentiary source and can access the primary evidence. In judicial proceedings, the entire panel can also to encounter the evidence at trial⁴⁹, with indications that using at form of videoconferencing when examining a witness enables the realization of not only the principle of immediacy, but also the principle of transparency. In addition, the conduct of a remote trial may be, from the viewpoint of the counsel for the defense, a more favorable form of obtaining evidence from witness testimony than via a traditional hearing by the court. This is because the counsel for the defense can then participate in the hearing as if they were present in the courtroom, but without having to incur additional expenses, such as for travel to the court. In fact, they can ask

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ LACH, Arkadiusz. Przesłuchanie na odległość w postępowaniu karnym. *Państwo i Prawo*, n. 12, 2006, p. 87.

⁴⁹ LACH, Arkadiusz. Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze videokonferencji. *Prokuratura i Prawo*, n. 9, 2009, p. 32.

questions on the fly and verify the answers given, observe the witness reactions, and adjust their hearing tactics accordingly⁵⁰.

However, it should be emphasized that appropriate technical equipment is required both for the court venue and for the trial participant taking part remotely. First, there must be a camera pointing at the trial participant and a screen showing the person being questioned. Second, there should be a camera pointing at the trial participant and a screen showing an image of the person asking questions. The principles of adversariality and the right of defense require that the defendant and their counsel for the defense be able to see and hear the trial participants clearly⁵¹. Therefore, to conduct a full-fledged remote trial, based on a sound tactical plan to lead the trial body to the most satisfactory results, it is necessary to adopt a system of multiple cameras and microphones to transmit accurately reflected images and voices of the trial participants, as well as of the situation taking place in the courtroom and of the other participants in the main trial located elsewhere⁵².

Despite the above-mentioned advantages of conducting a trial using technical devices with the simultaneous direct transmission of video and audio (efficiency and speed of proceedings, the possibility for the court to encounter primary evidence, the economy of the trial), it should be borne in mind that during a remote trial, the principle of immediacy can be violated to a serious degree, because panel members have a limited opportunity to encounter evidence sources. Explanations or testimonies given through remote trial devices are not performed directly before the court, and there may be interference with the transmission of video or audio, which may ultimately affect the evaluation of this evidence⁵³. The court can only make findings based on the evidence to which the parties have access and on their ability to exercise their rights, that is,

⁵⁰ DEMENKO, Anna. *Prawo do obrony formalnej w transgranicznym postępowaniu karnym w Unii Europejskiej*, LEX 2013.

⁵¹ LACH, Arkadiusz. Przesłuchanie na odległość w postępowaniu karnym. op. cit., pp. 83-84.

⁵² DUTKIEWICZ, Marcin. Przesłuchanie świadka na odległość w świetle art. 177 § 1a k.p.k. *Palestra*, n. 3-4, 2008, p. 75.

⁵³ GRUBALSKA, Aleksandra. Rozprawa zdalna na gruncie art. 374 kodeksu postępowania karnego. *Roczniki Administracji i Prawa*, n. 3, 2021, p. 104.

to ask questions and make statements during the main trial. In this way, active participation of the parties in the trial is ensured. However, owing to technical difficulties that can occur, for example, when listening to a witness remotely, this activity can be shortened to a minimum, and the court can order the parties to prepare for the possibility of this event beforehand. Therefore, the aim is to prevent repeating the activity, unless for good reason, thus hastening the proceedings and reducing their costs. However, it should be considered that speed and ready-made lists of questions can give the impression of a poorly conducted procedural activity and could prevent a party from asking additional questions, the necessity for which arises only during the hearing⁵⁴.

As indicated above, the principle of immediacy, which applies in criminal proceedings, dictates that the trial authority must make direct contact with the evidence source. This directive, conversely, is most fully realized when the procedural authority and other persons participating in the hearing are guaranteed the opportunity to encounter and observe the person being examined directly, while being in the same room as them⁵⁵. This is because these circumstances create the best conditions for a full perception of the messages transmitted by the examined person in a non-verbal manner, especially those transmitted unconsciously and involuntarily⁵⁶. Non-verbal communication, on the other hand, is of considerable importance, referring to the sending or receiving of information derived from a person's facial features, facial expressions, gaze, posture, or movements. This behavior that can signal the intentions of the participants in the proceedings and form impressions among panel members and other participants who observe the person. Alternatively, the use of technical devices for

⁵⁴ DUTKIEWICZ, Marcin. Przesłuchanie świadka na odległość w świetle art. 177 § 1a k.p.k. op. cit., p. 80.

⁵⁵ PALUSZKIEWICZ, Hanna. Zasada bezpośredniości. In: HOFMAŃSKI, Piotr; WILIŃSKI, Paweł (eds). *System Prawa Karnego Procesowego. Tom III. Cz. 2. Zasady procesu karnego*. op. cit., p. 1037.

⁵⁶ See LACH, Arkadiusz; KLUBIŃSKA, Maja; BADOWIEC, Renata. Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial – can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 3, 2022, pp. 1177-1178.

video and audio transmission during remote trials limits the scope of the vision and the ability of proceeding participants to evaluate the evidence being collected, including during the defendant and witness hearings⁵⁷. Thus, of note, remote participation in a trial deprives the participant connecting remotely of or significantly limits their access to the non-verbal information being communicated by other persons. Non-verbal messages containing information about the other person's attitude, emotions, mental state, or treatment of others person help regulate conversation and serve to create the desired impression⁵⁸.

It should be emphasized that direct communication between people interacting in the same space (in this situation, the courtroom) increases the chances that the trial will better achieve its purpose and accomplish its stated tasks. In addition, the implementation of the principle of immediacy during the trial has a positive impact on society, as such a process increases the feeling that the state, through the court, is serious about resolving a particular case. From this perspective, remote trials can be considered an instrument for mediating contact between trial participants. Admittedly, the lack of direct personal contact during a main trial conducted remotely does not in itself necessarily entail a complete violation of the principle of immediacy. However, there is an impression that the immediacy of the main hearing renders it of an 'inferior quality', as this form leads to the imposition of restrictions on the court's contact with trial participants in the form of screens and computer programs that allow remote participation in the proceedings⁵⁹.

Thus, even if a trial conducted remotely considers the principle of immediacy to some extent, this is not equivalent to realizing the

⁵⁷ DENAULT, Vincent; PATTERSON, Miles L. Justice and Nonverbal Communication in a Post-pandemic World: An Evidence-Based Commentary and Cautionary Statement for Lawyers and Judges. *Journal of Nonverbal Behavior*, v. 45(1), 2021, pp. 4-5; see also DENAULT, Vincent; DUNBAR, Norah. Nonverbal communication in courtrooms: Scientific assessments or modern trials by ordeal? *The Advocates' Quarterly*, v. 47(3), 2017, pp. 280-308.

⁵⁸ HALL, Judith A.; HORGAN, Terrence G.; MURPHY, Nora A. Nonverbal Communication. *Annual Review of Psychology*, n. 70, 2019, pp. 271-294.

⁵⁹ INCHAUSTI, Fernando G. Challenges for Orality in Times of Remote Hearings: Efficiency, Immediacy and Public Proceedings. *International Journal of Procedural Law*, v. 12, n. 1, 2022, pp. 20-21.

postulates of this principle during a traditional trial. This is because, as indicated above, physical, face-to-face communication consists of both verbal and non-verbal information (body language, eye contact, facial expressions), whereas communication via computers is limited because much of the non-verbal information is lost. It should also be emphasized that cameras are often not set up so the person can look directly into the camera, so it is difficult to make eye contact with the interlocutor⁶⁰. Another problem is that during a remote hearing it is impossible to communicate with only select people, as the same screen is broadcast to all participants in the trial, so all messages are transmitted to all participants partaking in the trial⁶¹.

Finally, it should also be clarified that when communicating at a distance as is the case in a remote trial, there can be an increased cognitive load, which is caused by, among other things, the asynchronicity of communication caused by delays, and poor natural regulation of conversations (the brain has a natural need to work in full synchronization)⁶² and the lack of non-verbal communication or eye contact, which serves to coordinate joint activities and maintain concentration during activities and conversations⁶³.

⁶⁰ HJORT Maria A. Orality and Digital Hearings. *International Journal of Procedural Law*, v. 12, n. 1, 2022, p. 32; see also BENABOU, Valérie-Laure; JEULAND, Emmanuel. From the Principle of Immediacy to the Principle of Presence: A French Example and a Comparative Law Perspective. *International Journal of Procedural Law*, v. 12, n. 1, 2022, p. 47.

⁶¹ HJORT, Maria A. Orality and Digital Hearings. op. cit., p. 33.

⁶² WIEDERHOLD, Brenda K. Connecting Through Technology During the Coronavirus Disease 2019 Pandemic: Avoiding “Zoom Fatigue”. *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, Jul;23(7), 2020, pp. 437-438.

⁶³ SCHILBACH, Leonhard; WILMS, Marcus; EICKHOFF, Simon B.; ROMANZETTI, Sandro; TEPEST, Ralf; BENTE, Gary; SHAH, N Jon; FINK, Gereon R.; VOGELY, Kai. Minds made for sharing: initiating joint attention recruits reward-related neurocircuitry. *Journal of Cognitive Neuroscience*, Dec;22(12), 2010, pp. 2702-2715.

4. LIMITATIONS OF REALIZING THE PRINCIPLE OF IMMEDIACY DURING REMOTE TRIAL IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE POLISH LEGAL ORDER – THE RESULTS OF A QUESTIONNAIRE SURVEY

As part of the ongoing research project implementation of the grant ‘Remote procedural acts in criminal process’ funded by the National Science Centre under the OPUS 19 competition, the research team (Arkadiusz Lach⁶⁴, Maja Klubińska⁶⁵, Bartosz Sitkiewicz⁶⁶, Renata Badowiec) conducted between October 2022 and March 2023 a survey of individuals representing judges, prosecutors, attorneys, and solicitors regarding procedural actions conducted remotely in criminal proceedings (excluding executive proceedings).

The survey was completed by 96 representatives of the group of judges (and judicial assessors), accounting for almost 25% of all those surveyed; by 257 prosecutors (and assistant prosecutors), accounting for more than half of all those surveyed; 30 attorneys (and trainee attorneys), accounting for less than 10% of all those surveyed; and 40 representatives of the group of solicitors (and trainee legal solicitors), but the results of only 21 questionnaires can be considered (owing to the others’ incomplete surveys).

In the context of the problem analyzed in this article, the relevant question asked of those surveyed was whether, given the standards and functions of a fair criminal trial, the preparedness of the courts to conduct procedural actions remotely, and the degree of advancement of digitization in Polish society, it is reasonable to introduce into the Code of Criminal Procedure, in the near future, regulations allowing a trial or court session to be conducted entirely remotely. In total, 204 people offered a negative answer to this question, while 184 people answered positively. Thus, as can be seen, there was a slight preponderance of people

⁶⁴ Professor of criminal procedure, Head of Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń (Poland).

⁶⁵ PhD in Law, Assistant Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń (Poland).

⁶⁶ PhD in Law, District Court judge in Toruń (Poland).

who indicated that it would be unreasonable to introduce into the Code of Criminal Procedure, in the near future, regulations allowing a trial or court session to be conducted entirely remotely, but what is important is the justification for such a response by those surveyed.

Representatives of the group of judges justified their response based on, among other things, the incompatibility of such provisions with the principle of immediacy, as they pointed out that only direct contact with witnesses and parties in the courtroom allows the fullest evaluation of the explanations and testimonies given, as well as enable such activities as confrontation or presentation of a person to be carried out. By participating in the main trial conducted remotely, there is a fear of influence on the testimony and explanations, and there may be shortcomings in the ability to create conditions for the person being questioned to give a free account. In addition, remote contact can prolong the proceedings and interfere with the proper perceptions of the person participating in the trial when using technical devices with the simultaneous direct transmission of video and audio in the Polish legal order. According to the judges, direct contact with trial participants allows better jury work and an improved assessment of the credibility of the interviewed persons. The judges also stressed that during the remote trial, there are limitations on the possibility of showing documents from the case file. Representatives of prosecutors also pointed out that the introduction of regulations in the Code of Criminal Procedure, in the near future, allowing a trial or court session to be conducted entirely remotely could contradict the principle of immediacy. According to this group of respondents, the immediacy of the evidence-taking makes it possible to observe the witness behaviors in full, which the remote mode, however, lacks, and there may also be reduced control over the independence of the statements of witnesses and other persons questioned. Furthermore, the trial body evaluates testimony or explanations based on not only verbal, but also non-verbal behavior, and the remote process does not allow such a full evaluation. There may also be concern about influencing personal evidence sources. Representatives of the group of attorneys and solicitors also pointed out that holding a traditional trial makes it possible to assess and confront the credibility of witnesses and the defendant better, as well as the freedom and spontaneity of their statements:

activities conducted remotely, on the other hand, do not allow a full assessment of the behavior of the person being questioned.

Representatives of the group of judges who pointed out that the implementation of the principle of immediacy may be limited by conducting trials remotely stressed that this may concern in particular the inability of the court to assess the statements of witnesses, experts, or defendants properly. According to the judges, assessing the credibility of personal evidence is also largely reliant on the evaluation of non-verbal communication. Thus, the lack of independence of the statements of defendants and witnesses, the vagueness of statements, or the difficult-to-predict situations that would not occur in direct contact in the courtroom can also be serious threats. Representatives of the prosecutors' group considered that violations of the principle of immediacy during proceedings conducted remotely can occur through misrepresentations in the record due to poor sound quality, others' influence on the content of testimony and the freedom of expression of those being questioned, the inability to assess the behavior of the person being questioned in its entirety, as only parts of the body are visible, which can affect or impair credibility assessments, or the possibility of the witness preparing statements and reading them. Representatives of the group of attorneys and solicitors, who indicated that they perceive threats to the realization of the standards of a fair criminal trial and the realization of its functions as a result of conducting activities remotely, considered the most important of these to be difficulties in assessing evidence credibility, such as fear of obstruction, lack of spontaneity in testimony or explanations, influence on testimony, ease of lying during explanations or testimony given remotely, and difficulty in asking questions. They pointed out that the lack of immediacy prevents trial authorities from making adequate findings in the case.

CONCLUSIONS

The considerations made in this study show the importance of how the principle of immediacy factors into the conduct of criminal proceedings. Regardless of whether it is explicitly included as a principle

in the provisions of the Code of Criminal Procedure (as in Austria) or whether it is derived from other regulations, it impacts the shape of evidentiary proceedings and, ultimately, the decision of the court that will be made after the main trial. The way the court encounters a particular means and source of evidence affects its evaluation, rendering it important for the court to use primary evidence and to encounter it directly during the main trial.

In Polish criminal proceedings it is currently possible to conduct a remote trial, and while there are no subject matter restrictions, the legislator has not indicated in what categories of cases there is a possibility of conducting the trial using technical devices with the simultaneous direct transmission of video and audio. Admittedly, such a form of conducting proceedings promotes speed and efficiency (while also assuming the courts and participants in the proceedings are technologically prepared), as well as cost reduction, but it should be clearly stated that in no case can the principle of immediacy be fully realized during a remote trial. Even with the best-organized criminal proceedings, having top-quality equipment and an elevated level of digitization, the barrage of monitor screens will at least minimally distort the jury members' perceptions of the evidence collected. Computer equipment also causes delays in the transmission of either images or sound, and the entire person and their surroundings may not be visible on the screen. Moreover, non-verbal communication is of considerable importance in the evaluation of evidence, so a remote trial limits the court's perception of the evidence being collected.

Meanwhile from the survey results presented, it appears representatives of the legal practice perceive problems that can arise during a trial conducted using technical devices with simultaneous direct video and audio transmission. Those partaking in the survey acknowledged the dangers of such a form of trial in its realization of the principle of immediacy. In particular, the limitation of the court in observing the full behavior of the participants in the proceedings should be pointed out here, including those being questioned, which also negatively impacts the free evaluation of evidence by the panel deciding the case. Thus, in this context, technical equipment is a barrier, so there can be no direct contact between the court and the evidence collected during the main trial. The lack of this immediacy has even more dire consequences,

impacting the implementation of other principles, such as the defendant's right of defense, the principle of adversariality, or the aforementioned principle of the free evaluation of evidence. The court is thus reduced to observing only what is visible on the monitor, and often, the picture is not complete and only a fragment of the person being questioned can be seen, which may result in a different assessment by the court than if the person were in the courtroom.

Following these considerations, it is worth noting that the decision concerning the possibility of holding a trial remotely should rest with the court, which has the fullest knowledge of the proceedings and the evidence that must be given in the case. In addition, the court's ability to choose the form of remote trial should be limited only to cases in which the facts are uncomplicated and especially when the defendant has either pleaded guilty or there has been at least one motion based on which there can be a consensual conclusion to the proceedings.

REFERENCES

BENABOU, Valérie-Laure; JEULAND, Emmanuel. From the Principle of Immediacy to the Principle of Presence: A French Example and a Comparative Law Perspective. *International Journal of Procedural Law*, v. 12, n. 1, pp. 40-56, 2022.

BŁACHNIO-PARZYCH, Anna; KOSONOĞA, Jacek. Rzetelny proces karny w orzecznictwie Sądu Najwyższego. In: WILIŃSKI, Paweł (ed.). *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer, 2009. pp. 233-201.

BRODIN, Mark S. The British Experience with Hearsay Reform: A Cautionary Tale. *Fordham Law Review*, v. 84, Issue 4, pp. 1417-1427, 2016.

DEMENKO, Anna. Prawo do obrony formalnej w transgranicznym postępowaniu karnym w Unii Europejskiej, LEX 2013.

DENAULT, Vincent; DUNBAR, Norah. Nonverbal communication in courtrooms: Scientific assessments or modern trials by ordeal? *The Advocates' Quarterly*, v. 47(3), pp. 280-308, 2017.

DENAULT, Vincent; PATTERSON, Miles L. Justice and Nonverbal Communication in a Post-pandemic World: An Evidence-Based Commentary and Cautionary

Statement for Lawyers and Judges. *Journal of Nonverbal Behavior*, v. 45(1), pp. 1-10, 2021. <https://doi.org/10.1007/s10919-020-00339-x>

DUMITRESCU, Adrian. Das Unmittelbarkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Strafprozessrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strarechtswissenschaft*, v. 130, n. 1, pp. 106-155, 2018. <https://doi.org/10.1515/zstw-2018-0005>

DUTKIEWICZ, Marcin. Przesłuchanie świadka na odległość w świetle artykułu 177 § 1a k.p.k. *Palestra*, n. 3-4, pp. 74-82, 2008.

GLIHOFER, Daniel. Use of Administrative Evidence in Criminal Proceedings in Austria. *Eucrim*, n. 4, pp. 266-273, 2022. <https://doi.org/10.30709/eucrim-2022-017>

GRUBALSKA, Aleksandra. Rozprawa zdalna na gruncie art. 374 kodeksu postępowania karnego. *Roczniki Administracji i Prawa*, n. 3, pp. 99-109, 2021. <https://doi.org/10.5604/01.3001.0015.7578>

HALL, Judith A.; HORGAN, Terrence G.; MURPHY, Nora A. Nonverbal Communication. *Annual Review of Psychology*, n. 70, pp. 271-294, 2019. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-010418-103145>

HJORT Maria A. Orality and Digital Hearings. *International Journal of Procedural Law*, v. 12, n. 1, pp. 29-39, 2022.

HOFMANN, Robin. Formalism versus pragmatism – A comparative legal and empirical analysis of the German and Dutch criminal justice systems with regard to effectiveness and efficiency. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 28, n. 4, pp. 452-478, 2021. <https://doi.org/10.1177/1023263x211005983>

INCHAUSTI, Fernando G. Challenges for Orality in Times of Remote Hearings: Efficiency, Immediacy and Public Proceedings. *International Journal of Procedural Law*, v. 12, n. 1, pp. 8-28, 2022.

JACKSON, John D.; WEIGEND, Thomas. Witness Evidence in Pre-Trial and Trial Procedure. In: AMBOS, Kai; DUFF, Antony; HEINZE, Alexander; ROBERTS, Julian; WEIGEND, Thomas (eds). *Core concepts in Criminal law and Criminal justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. pp. 260-299. <https://doi.org/10.1017/9781009037136.008>

KUCZYŃSKA, Hanna. *Analiza porównawcza modelu rozprawy głównej. Między kontradycyjnością a inkwizycyjnością*, Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska, 2022.

LACH, Arkadiusz. Przesłuchanie na odległość w postępowaniu karnym. *Państwo i Prawo*, n. 12, pp. 80-87, 2006.

LACH, Arkadiusz. Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze videokonferencji. *Prokuratura i Prawo*, n. 9, pp. 25-35, 2009.

LACH, Arkadiusz; KLUBIŃSKA, Maja; BADOWIEC, Renata. Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial – can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 3, pp. 1157-1199, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.737>

MIKLAU, Roland. Austria, principles of criminal procedure and their application in disciplinary proceedings. *Revue internationale de droit pénal*, v. 74, n. 3, pp. 793-799, 2003. <https://doi.org/10.3917/ridp.743.0793>

ORŁOWSKA-ZIELIŃSKA, Bogna; SZCZECHOWICZ, Krystyna. Wybrane aspekty odstępstwa od zasady bezpośredniości w procesie karnym i ich zgodność z Konstytucją. *Studia Prawnoustrojowe*, n. 23, pp. 149-156, 2014.

PALUSZKIEWICZ, Hanna. Zasada bezpośredniości. In: HOFMAŃSKI, Piotr; WILIŃSKI, Paweł (eds). *System Prawa Karnego Procesowego*. Tom III. Cz. 2. Zasady procesu karnego. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer, 2014. pp. 1005-1119.

SCHILBACH, Leonhard; WILMS, Marcus; EICKHOFF, Simon B.; ROMANZETTI, Sandro; TEPEST, Ralf; BENTE, Gary; SHAH, N Jon; FINK, Gereon R.; VOGLEY, Kai. Minds made for sharing: initiating joint attention recruits reward-related neurocircuitry. *Journal of Cognitive Neuroscience*, Dec;22(12), pp. 2702-2715, 2010. <https://doi.org/10.1162/jocn.2009.21401>

ŚWIECKI, Dariusz. Postępowanie apelacyjne w niemieckim procesie karnym. *Prokuratura i Prawo*, n. 5, pp. 104-113, 2011.

ŚWIECKI, Dariusz. Art. 374. In: ŚWIECKI, Dariusz (ed.). *Kodeks postępowania karnego*. Tom I. Komentarz aktualizowany, LEX 2023.

VOGLER, Richard. The Principle of Immediacy in English Criminal Procedural Law. *Zeitschrift für die gesamte Strarechtswissenschaft*, v. 126, n. 1, pp. 239-247, 2014. <https://doi.org/10.1515/zstw-2014-0013>

WIEDERHOLD, Brenda K. Connecting Through Technology During the Coronavirus Disease 2019 Pandemic: Avoiding “Zoom Fatigue”. *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, Jul;23(7), pp. 437-438, 2020. <https://doi.org/10.1089/cyber.2020.29188.bkw>

WILIŃSKI, Paweł. *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków: Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska, 2006.

Authorship information

Renata Badowiec. PhD in Law, assistant at the Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń (Poland). r.badowiec@umk.pl

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Acknowledgement: This work was supported by the Polish National Science Centre, grant number 2020/37/B/HS5/02752.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 11/03/2024
- Desk review and plagiarism check: 31/03/2024
- Review 1: 23/04/2024
- Review 2: 24/04/2024
- Preliminary editorial decision: 11/05/2024
- Correction round return: 27/05/2024
- Final editorial decision: 29/05/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (SL)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BADOWIEC, Renata. Remote trial in criminal proceedings as a threat to the implementation of the principle of immediacy? Reflections against the background of the Polish legal order. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e985, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.985>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Las audiencias orales en formato virtual: un análisis comparado en la búsqueda de estándares para la justicia penal latinoamericana

Virtual oral hearings: a comparative analysis in the search for standards for Latin American criminal justice

Leonel González Postigo¹

Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile.

lgonzalezp@uahurtado.cl

 <https://orcid.org/0000-0001-7924-7791>

RESUMEN: El uso de la videoconferencia en el proceso penal, en el marco de la pandemia por COVID-19, puso en tensión la materialización de los principios que informan el debido proceso. Los sistemas de justicia debieron adaptarse rápidamente para seguir brindando los servicios de justicia en aquellas causas consideradas urgentes. Luego, y en virtud de la duración de la pandemia, debieron adoptar nuevas medidas que permitieran seguir con el conocimiento de casos. Una vez terminada la crisis sanitaria y los estados de calamidad decretados, los sistemas de justicia continuaron con el uso de la videoconferencia y dictaron nuevas normas para su utilización. Sin embargo, se ha detectado que estas normas se aplican de un modo discrecional por parte de los tribunales y no existe claridad sobre los criterios para el uso de la videoconferencia. Este estudio realiza un análisis de tres países representativos de América Latina y extrae información que permite abordar cuatro interrogantes: (1) ¿cómo reaccionaron los sistemas de justicia penal ante la contingencia del COVID-19?; (2) ¿qué discusiones se dieron alrededor de los principios de inmediatez, contradicción y publicidad?; (3) ¿cómo está regulada actualmente la virtualidad?; y (4) ¿qué criterios podrían orientar su uso?

¹ Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de York, Canadá). Académico de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (Chile).

PALABRAS CLAVE: audiencias orales; videoconferencia; debido proceso; intermediación.

ABSTRACT: *The use of videoconferencing in criminal proceedings, in the context of the COVID-19 pandemic, put a strain on the materialization of the principles that inform due process. Justice systems had to adapt quickly to continue to provide justice services in cases deemed urgent. Then, due to the duration of the pandemic, they had to adopt new measures to continue handling cases. Once the health crisis and states of calamity were overcome, the justice systems continued with the use of videoconferencing and issued new rules for its use. However, it has been detected that these norms are applied in a discretionary manner by the courts and there is no clarity on the criteria for the use of videoconferencing. This study analyzes three representative Latin American countries and extracts information to address four questions: (1) how did the criminal justice systems react to the COVID-19 contingency?; (2) what were the discussions of the principles of immediacy, contradiction and publicity?; (3) how is virtuality currently regulated?; and (4) what criteria could guide its use?*

KEYWORDS: oral hearings; videoconference; due process; immediacy.

CONTENIDO: Introducción; 1. Impacto de la pandemia en la instalación de la videoconferencia; 2. El debate sobre los principios procesales y la virtualidad en las audiencias; 3. Superada la crisis ¿cuál es la situación actual de las audiencias virtuales en la justicia penal?; 4. Balance y criterios posibles; 4.1. Categorización de los tipos de audiencias; 4.2. Decisión sobre el uso de la virtualidad; 4.3. Cumplimiento de los principios procesales; Conclusiones; Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

La llegada del COVID-19 a América Latina significó una gran crisis de salud, económica y social en todos los países de la región². La

² BÁRCENA, Alicia.; ETIENNE, Carissa. Salud y economía: una convergencia necesaria para enfrentar el COVID-19 y retomar la senda hacia el desarrollo

administración de justicia no fue la excepción y dio lugar, en un principio, a la suspensión masiva de audiencias, dando continuidad sólo a aquellas consideradas urgentes. Posteriormente, se utilizaron diversas plataformas tecnológicas que permitieron la realización de audiencias virtuales, lo que masificó el uso de esta herramienta en los sistemas de justicia de los países latinoamericanos³.

Pese a que la introducción de las audiencias virtuales ha generado fuertes críticas, lo cierto es que su llegada se trata de una respuesta a una situación fáctica que atravesaba no solo la región, sino que todo el mundo⁴. Pero, además, no se trata de un quiebre del curso histórico en los sistemas de justicia, sino que se trata de la aceleración de un proceso de integración de herramientas o tecnologías de la información en los distintos procesos judiciales que se viene gestando desde hace ya algunas décadas. En efecto, hemos sido testigos de la inclusión de diversas plataformas de digitalización de expedientes, creación de expedientes virtuales, tramitación electrónica, inclusión de firma electrónica, creación de páginas web, entre otras. Esto nos permite vislumbrar que la utilización de tecnologías de la información dentro del proceso ha sido una constante que ha ido en aumento a medida que transcurren los años⁵.

Además, las mismas audiencias virtuales no resultan una novedad en los sistemas de justicia, ya que existe data de su utilización incluso antes de la pandemia por COVID-19, sin perjuicio de que se hayan realizado en menor medida. Así, por ejemplo, en Brasil, mediante la Ley No. 11.900

sostenible en América Latina y el Caribe. Disponible en: <<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52536>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

³ ARELLANO, Jaime.; CORA, Laura.; GARCÍA, Cristina.; SUCUNZA, Matías. Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19: medidas generales y uso de TICs en procesos judiciales. Disponible en: < <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5648>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

⁴ MORENO TORRES, María Camila. Los nuevos entornos tecnológicos y su impacto en la garantía del derecho humano al acceso a la justicia: Un enfoque en época de covid-19. *Revista chilena de derecho y tecnología*, Santiago, vol. 10, n. 1, p. 309-327, 2021. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58830>

⁵ LILLO, Ricardo. El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial. Experiencias y Precauciones. Disponible en: <<https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/3868>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

del año 2009⁶ se autorizó el uso excepcional de la videoconferencia en los procesos penales, para el interrogatorio de los procesados privados de la libertad. En Venezuela, por su parte, la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales de 2006 contempla el uso de la videoconferencia para la protección de las personas que deban declarar⁷. En Chile, en el año 2005 se introdujeron reformas al Código Procesal Penal que permiten que, ante situaciones graves y difíciles de superar, los peritos y testigos que no puedan comparecer a la audiencia de juicio, podrán declarar a través de videoconferencia u otro medio que permita realizar el interrogatorio y contrainterrogatorio correspondientes⁸. En Perú se dictó la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, que modifica el Código Procesal Penal. Esta modificación introdujo el uso excepcional de la videoconferencia en casos de detenidos con dificultades de traslado al tribunal debido a la distancia o riesgo de fuga⁹.

Los ejemplos anteriormente citados dan cuenta de que, si bien la virtualidad de las audiencias tenía un carácter excepcional en la región, no eran desconocidas dentro de la gran mayoría de los países, aunque sí tuvo variaciones significativas. La más evidente de estas variaciones dice relación con la intervención telemática de la mayoría de los intervinientes, ya que la virtualidad pre pandémica correspondía a sujetos específicos tales como peritos, testigos o personas privadas de libertad y no era pensada para los intervinientes institucionales como jueces y juezas o acusadores y defensores. De todas formas, podemos apreciar que el impacto de la pandemia provocó una amplificación de estas medidas, convirtiéndola en

⁶ Ley 11.900 de 8 de enero de 2009 que modifica las disposiciones del Decreto Ley N° 3.689, de 3 de octubre de 1941 (Código Procesal Penal), para prever la posibilidad de realizar interrogatorios y otros actos procesales por el sistema de videoconferencia, y dicta otras disposiciones.

⁷ AMONI, Gustavo. El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, v. 31, p. 67-85, 2013. <https://doi.org/10.35487/rius.v7i31.2013.21>.

⁸ Ver Artículo 329 del Código Procesal Penal. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595&idParte=8646954>

⁹ TAYRO TAYRO, Erwin Arthur. La videoconferencia. Un nuevo enfoque del principio de intermediación procesal. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, v. 8, n. 10, p. 547-559, 2016. <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.251>

la regla general en los tiempos de excepción que se vivían, a la vez que permitió la aceleración de los procesos de instalación de estas herramientas en los sistemas de justicia de una manera más generalizada¹⁰. Ahora bien, es necesario dejar constancia de que la introducción de este tipo de audiencias no ha estado exenta de debates, sobre todo respecto a la correcta verificación de los principios que informan al proceso penal oral, cuestión que será analizada en este texto.

Este artículo tiene como objetivo abordar cuatro interrogantes: (1) ¿cómo reaccionaron los sistemas de justicia penal ante la contingencia del COVID-19?; (2) ¿qué discusiones se dieron alrededor de los principios de inmediación, contradicción y publicidad?; (3) ¿cómo está regulada actualmente la virtualidad?; y (4) ¿qué criterios podrían orientar su uso?

Con esta finalidad se han seleccionado tres países que resultan interesantes al objeto de esta investigación: México, Brasil y Chile, siendo los dos primeros analizados a nivel federal. Existen dos razones metodológicas para esta elección: por un lado, se han escogido tres sistemas de justicia penal que responden a modelos procesales concebidos y sancionados en distintas etapas históricas: Brasil en 1941, Chile en el 2000 y México en 2014. Esto implica que se trata de Códigos Procesales Penales de distintas generaciones, esto es, con culturas de trabajo asociadas a diferentes grados de oralidad. Por lo mismo, resulta interesante tomar como fuente a tres sistemas que son representativos de la realidad latinoamericana pues expresan los distintos modelos procesales que rigen en la actualidad en todos los países de la región. Por otro lado, se han elegido sistemas de justicia penal sobre los que existe alta disponibilidad de información pública, esto es, datos estadísticos y fuentes de carácter cualitativo¹¹.

¹⁰ ARELLANO, Jaime.; CORA, Laura.; GARCÍA, Cristina.; SUCUNZA, Matías. Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19: medidas generales y uso de TICs en procesos judiciales. Disponible en: < <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5648>>. Acceso en: 21 mayo 2024

¹¹ En base a las definiciones sobre derecho comparado de Zweigert y Kotz, en este trabajo se ha hecho una “macro comparación” entre los sistemas de justicia penal de México, Brasil y Chile. Esto implica que la investigación se concentra en métodos para la gestión de los recursos, procesos para resolver disputas o roles de las personas involucradas en la aplicación de la ley, entre otros aspectos. Ver ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein: *An introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 1998.

Si bien la virtualidad resulta controvertida en todas las materias del derecho procesal, interesa destacar que este trabajo ha hecho una delimitación en la sede penal al tratarse de una estructura procesal que contiene una mayor cantidad de audiencias en comparación a la sede no penal. Por lo tanto, permite realizar un abordaje más amplio sobre la utilización y los desafíos de los formatos virtuales para la realización de las audiencias orales. Es por este motivo que el análisis no se ha limitado a una etapa particular del proceso penal, sino que se ha realizado una exploración general sobre la oralidad en toda la estructura del procedimiento.

Por último, en cuanto a las fuentes de información, cabe destacar que el proceso de investigación se realizó en base a la revisión normativa, documental, de artículos académicos y entrevistas a actores relevantes expertos de cada uno de los tres países¹².

1. IMPACTO DE LA PANDEMIA EN LA INSTALACIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA

Como ya hemos señalado, la pandemia por COVID-19 puso en tensión la institucionalidad de justicia, especialmente en lo referido a la realización de audiencias penales, las que en un primer momento fueron suspendidas o aplazadas, con excepción de aquellas que revestían un carácter especialmente urgente o crítico. El desconocimiento inicial que se tuvo sobre la duración de la pandemia hizo pensar en el aplazamiento de las audiencias, pero a medida que su extensión crecía y su fin se volvía más incierto, se comenzaron a plantear medidas que permitieran continuar con la tramitación de las causas que se encontraban acumuladas¹³. En este

¹² Se entrevistó a los siguientes actores relevantes: en Brasil, al Juez Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Juez João Felipe Menezes Lopes, la Defensora Caroline Xavier Tassara, el abogado Vítor Stegemann Dieter y al asistente jurídico del PNUD Mario Henrique Ditticio; en Chile, al Secretario de la Corte Suprema Jorge Sáez; y en México al Juez Federal Eduardo Osorio.

¹³ CHAVEZ ALOR, Jaime.; JEAN-BAPTISTE, Marie-Claude.; GOMES WERNECK, María Paula.; MCINTOSH, Lauren. Justicia en el tiempo de COVID-19: Desafíos del Poder Judicial en América Latina y el Caribe. Disponible en: <<https://ilacnet.org/publications/justicia-en-el-tiempo-de-covid-19-america-latina/>> Acceso en: 21 mayo 2024.

contexto las audiencias virtuales fueron una solución idónea para, por un lado, proseguir con el funcionamiento de los servicios de justicia penal y, por otro lado, cumplir con las medidas de seguridad sanitaria que buscaban prevenir los contagios y su masificación.

Para ello, los países implementaron una serie de acciones que permitieran la habilitación legal y práctica de realización de audiencias virtuales. En Brasil, el día 26 de marzo de 2020, el Supremo Tribunal Federal dictó la resolución N° 672 que permitió el uso de la videoconferencia en los juicios presenciales del pleno y de las salas especializadas¹⁴. Para su materialización, el Consejo Nacional de Justicia de dicho país celebró un convenio con una empresa tecnológica que permitió contar con una herramienta gratuita a los tribunales para la celebración de los actos procesales y administrativos correspondientes, incluso a distancia¹⁵. En el marco de este convenio se realizaron “1,2 millones de reuniones, entre audiencias, juicios, seminarios y cursos de calificación. Involucraron a más de 7,5 millones de participantes en eventos que superaron el millón de horas de actividades. La plataforma de videoconferencia Cisco Webex fue utilizada por 83 tribunales, atendiendo a más de 20 mil usuarios”¹⁶. Con posterioridad, cada tribunal fue responsable de buscar sus propias soluciones que permitieran mantener en funcionamiento el servicio de justicia.

En México, el Consejo de la Judicatura Federal dictó acuerdos generales prontamente, los cuales suspendieron la actividad jurisdiccional, ordenaron privilegiar el teletrabajo y determinaron aquellos asuntos urgentes que debían seguir siendo conocidos. En efecto, se dictó el Acuerdo General 8/2020¹⁷, cuyo artículo 8 señalaba que “se podrán celebrar las

¹⁴ Ver resolución N°672 del 26 de marzo de 2020. Permite el uso de la videoconferencia en los juicios presenciales del pleno y salas especializadas. Supremo Tribunal Federal. Disponible en: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao672.pdf>

¹⁵ Consejo Nacional de Justicia de Brasil. Videoconferencia: la asociación entre CNJ y Cisco continúa hasta finales de enero. Noticias CNJ. Disponible en: <https://www.cnj.jus.br/videoconferencia-parceria-entre-cnj-e-cisco-segue-ate-final-de-janeiro/>. Última visita: 21 mayo 2024.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Acuerdo General N°8/2020, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal de México, relativo al esquema de trabajo y medidas de contingencia en los

audiencias y sesiones a través del sistema de videoconferencia en tiempo real, tanto en asuntos urgentes como para los ya radicados en los órganos jurisdiccionales. Lo anterior se realizará a criterio razonable de cada órgano jurisdiccional, atendiendo a sus circunstancias y a si la naturaleza del asunto y las condiciones técnicas y logísticas permiten su realización”.

En Chile, la Corte Suprema dictó un auto acordado y un instructivo sobre la materia. El auto acordado de 13 de marzo de 2020 regula el teletrabajo y el uso de la videoconferencia en el Poder Judicial¹⁸. Por su parte, el instructivo derivado del auto acordado anterior entrega instrucciones para la prestación del servicio de justicia en el contexto de la Alerta Sanitaria decretada por motivo del brote de coronavirus¹⁹. La videoconferencia tenía carácter voluntario, disponiendo en los tribunales de base, y en las altas cortes, de salas habilitadas para que las partes realizaran los alegatos desde ese lugar. De todas maneras, el uso de la videoconferencia no fue obligatorio tampoco para los jueces, por lo que su uso quedó a criterio de cada tribunal, los que optaron por el uso de videoconferencias para conocer de aquellos casos urgentes y que, en consecuencia, no podían suspender²⁰.

En Brasil, por su parte, el Consejo Nacional de la Judicatura reguló esta materia a través de la Resolución N° 328, del 30 de julio de 2020²¹, que reglamenta y establece criterios para la realización de

órganos jurisdiccionales por el fenómeno de la salud pública derivado del COVID-19. Disponible en: https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral8_2020.pdf. Última visita: 21 mayo 2024

¹⁸ Auto acordado N° 41 de la Corte Suprema de Chile, que regula el teletrabajo y el uso de la videoconferencia en el Poder Judicial. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143549>. Última visita: 21 mayo 2024.

¹⁹ Acta N° 42-2020 de la Corte Suprema de Chile. Instructivo derivado del auto acordado 41-2020. Disponible en: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs-download/7157>. Última visita: 21 mayo 2024

²⁰ RIEGO, Cristian. Audiencias orales durante la pandemia en Chile. ¿Y el debido proceso? Disponible en <<https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/audiencias-orales-durante-la-pandemia-en-chile-y-el-debido-proceso>>. Acceso en: 21 mayo 2024

²¹ Resolución N° 328, de 30 de julio de 2020, que reglamenta y establece criterios para la realización de audiencias y otros actos procesales por videoconferencia en los procesos penales y de ejecución penal durante el

audiencias y otros actos procesales por videoconferencia en los procesos penales y de ejecución penal durante el estado de calamidad pública. En este instrumento, se entregó la determinación sobre el uso de la videoconferencia a cada tribunal, a través de una decisión fundada del juez, siempre y cuando dicha decisión no colisione con lo señalado en esta resolución²². Se estableció además que solamente no se realizarán aquellas audiencias en las que una de las partes presente alegaciones por imposibilidad técnica o instrumental, sin posibilidad de sancionar esta situación por parte de los jueces. El artículo 4 establece que las videoconferencias deben observar los principios constitucionales del debido proceso y la garantía de los derechos de las partes, en especial, la paridad de armas, la presunción de inocencia, el contradictorio, participación del reo en la audiencia, oralidad e inmediatez y publicidad, entre otras, siendo estos los estándares sustanciales para la determinación de la conveniencia de uso de la videoconferencia.

2. EL DEBATE SOBRE LOS PRINCIPIOS PROCESALES Y LA VIRTUALIDAD EN LAS AUDIENCIAS

La instalación de las videoconferencias en los procesos penales no estuvo exenta de debates. La discusión se centró en la determinación de la concurrencia y correcta verificación de los principios informadores de los sistemas procesales orales, de corte acusatorio, en audiencias que no contaban con la corporalidad o presencialidad de las partes. De esta manera, se pusieron en cuestión principios tales como la inmediatez, la contradicción y la publicidad.

Esta discusión se dio principalmente en foros académicos y a través de debates doctrinales. Las personas entrevistadas para esta investigación declararon que, si bien esta discusión fue presentada en

estado de calamidad pública. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Última visita: 21 mayo 2024.

²² CHAVEZ ALOR, Jaime.; JEAN-BAPTISTE, Marie-Claude.; GOMES WERNECK, María Paula.; MCINTOSH, Lauren. Justicia en el tiempo de COVID-19: Desafíos del Poder Judicial en América Latina y el Caribe. Disponible en: < <https://ilacnet.org/publications/justicia-en-el-tiempo-de-covid-19-america-latina/> > Acceso en: 21 mayo 2024.

algunas ocasiones a través de la vía judicial, la jurisprudencia que se asentó rápidamente fue la de permitir el uso de la videoconferencia. No obstante, previenen que las motivaciones de su rechazo estuvieron centradas en el contexto sanitario que se atravesaba. De este modo, los especialistas entrevistados coinciden en que, en ese momento, la videoconferencia se presentaba como la única herramienta que permitía brindar los servicios de justicia desde los confinamientos decretados por la autoridad.

Una de las discusiones que se presentó con mayor fuerza fue la relativa a la manifestación del principio de inmediación en el uso de la videoconferencia. Este, conforme la ha definido Cabanellas, es el principio orientador del proceso penal que determina una relación directa entre el juez y las partes, sin intermediarios, obligando a los jueces a conocer y valorar directamente la prueba²³. En este sentido, Amoni sostiene que la intermediación podría desglosarse en tres dimensiones: la proximidad entre el juez y lo que evaluará o a quienes evaluará; la inexistencia de intermediarios, bien fueren cosas o personas; y la bilateralidad²⁴.

En la interpretación de este principio, algunos sostienen que sólo se produce a través de la presencialidad, puesto que es la única manera de percibir subjetividades que se manifiestan, sobre todo, en la rendición de la prueba pericial y testimonial²⁵. Por otro lado, hay quienes indican que la videoconferencia es un medio que permite satisfacer el principio de inmediación, toda vez que permite a los jueces conocer de primera fuente a las partes y la prueba²⁶.

Este artículo adscribe a la segunda de estas interpretaciones, ya que respecto de la prueba testimonial, consideramos que para su

²³ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Buenos Aires: Heliasta, 2012.

²⁴ AMONI, Gustavo. El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, v. 31, p. 67-85, 2013. <https://doi.org/10.35487/rius.v7i31.2013.21>

²⁵ MONTESINOS GARCÍA, Ana. *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

²⁶ SCHIAVO, Nicolás. Juicios bajo plataforma virtual. Inmediación y derecho al recurso. En: *Juicios Orales en tiempo de Pandemia. Experiencias locales. Desafíos, límites y necesidad de pensar la nueva presencialidad*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020, p. 102-124.

correcta valoración no es necesaria la presencialidad, sino que deben desarrollarse formas más rigurosas de analizar el contenido de los testimonios. Al respecto, en otro trabajo²⁷ hemos sostenido que, desde hace muchos años, desde la psicología experimental del testimonio, la evidencia científica nos dice que la capacidad que tenemos de discriminar si alguien miente o dice la verdad, fundado en indicadores asociados a la apariencia, comportamiento o contenido son equivalentes a la probabilidad estadística de lanzar una moneda al aire, es decir, equiparable al azar. Por lo mismo, fundar la inmediación en razones de proximidad con la prueba testimonial implica desconocer que la inmediación no requiere una cercanía física sino la inexistencia de barreras u obstáculos que le impidan al juez tener un conocimiento directo de la prueba. En este sentido, consideramos que la inmediación se vería satisfecha con la virtualidad en tanto se cumplan los supuestos que referenciamos a propósito de la tesis de Amoni: el conocimiento directo del juez con el medio de prueba, la inexistencia de obstáculos y la presencia de ambas partes para ejercer un control respecto de la información que se pretenda incorporar al proceso.

El principio de contradicción ordena que el “proceso debe desarrollarse de tal forma que cada una de las partes tenga oportunidad razonable de tomar posición, de pronunciarse y de contradecir las afirmaciones, pretensiones o pruebas presentadas por la contraparte”²⁸. Hay quienes afirman que este principio no se verifica en las audiencias virtuales, por razones de conectividad o la intervención de terceros en la rendición de la prueba testimonial.

²⁷ GONZÁLEZ, Leonel. Sobre la evaluación de credibilidad de los testigos y los juicios orales en formato virtual. En: *Juicios Orales en tiempo de Pandemia. Experiencias locales. Desafíos, límites y necesidad de pensar la nueva presencialidad*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020, p. 84-94. Véase también: MACÍAS SANGOQUIZA, Génesis Ivonne, RIVERA VELASCO, Luis Antonio, MORENO ARVELO, Pamily Milagros. El Principio de inmediación en el desarrollo de audiencias virtuales en materia penal, *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminológicas*, Santa Ana de Coro, vol. 6, N°. 11, p. 114-125, 2021. <https://doi.org/10.35381/racji.v6i11.1397>

²⁸ ZABALETA ORTEGA, Yarleys de Carmen. La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano. *Revista CES Derecho*, Medellín, v. 8, n. 1, p. 172-190. <https://doi.org/10.21615/cesder.8.1.9>

No obstante, la concurrencia de la contradicción es totalmente posible en los contextos virtuales²⁹. Los problemas de los que se alertaba previamente tienen más que ver con una desconfianza en este tipo de formatos³⁰ y con cuestiones externas más que con vicios propios de la videoconferencia. En efecto, la conectividad estable a internet se trata de una herramienta que se puede asegurar a través de la disposición de lugares con buena conectividad en las dependencias de tribunales, en caso de no utilizarlos, o entregar la carga de la obligación a las partes, de modo que éstas se aseguren de contar con buena conectividad, tal como lo veremos más adelante. Por otro lado, la intervención de terceros en la prueba testimonial tiene más que ver con las (malas) prácticas de los litigantes que con un problema de la videoconferencia. De todos modos, esta es una cuestión que se puede resolver a través del establecimiento de mecanismos que permitan verificar que el testigo no se encuentra recibiendo información de terceros, o disponiendo de dependencias institucionales donde se pueda garantizar la imparcialidad de su declaración. En este sentido, la contradicción podría ser un elemento que favorezca al juez que conduzca la audiencia, al corroborar que el testigo no esté recibiendo órdenes y permitiendo que la contra parte pueda ejercer el control de la información de forma posterior a la rendición de la prueba testimonial de cargo.

Por último, el principio de publicidad de los juicios penales orales tiene dos funciones: por un lado, obrar como herramienta de la prevención general de la pena y, por otro lado, operar como herramienta para el control ciudadano de las instituciones de justicia³¹. Este principio operaba a través del libre ingreso de los ciudadanos y la prensa a las salas en las que se desarrollaban las audiencias, cuestión que no se podía

²⁹ ABA-CATOIRA, Ana. La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas. Disponible en <<https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/7504>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

³⁰ GONZÁLEZ, María de los Ángeles. El uso de videoconferencias: ¿desconfianza en la tecnología o en los medios de prueba declarativos?, *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 11, n. 2, p. 27-46, 2022. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2022.63970>

³¹ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

producir en las audiencias virtuales. Lo anterior es subsanable a través de la transmisión de las audiencias a través de todos los medios digitales disponibles, de libre acceso al público, que permitan que tanto la prensa como las personas puedan dar seguimiento a esta, de manera sincrónica y, además, asincrónica³².

De hecho, la posibilidad de que las audiencias puedan ser grabadas y alojadas en los canales de transmisión de los Poderes Judiciales representa un avance notable en la comprensión del principio de publicidad, pues implica un alcance mayor al habitual. El hecho de que puedan ser visitadas de forma asincrónica permite que un número más alto de personas puedan observarlas y en definitiva conocer sobre las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, como todo principio del debido proceso, la publicidad debe ser evaluada en función de los requerimientos del caso concreto. Existen audiencias que precisan de una problematización acerca de la posibilidad de que se transmitan públicamente (como los casos que deciden sobre hechos de abuso sexual o que involucran a niños, niñas o adolescentes) y de hecho se han generado planteos de inconstitucionalidad al respecto³³, pero entendemos que de todas maneras son discusiones que son transversales tanto en la presencialidad y virtualidad.

Como ya adelantamos, esta discusión no se agotó en los foros académicos, sino que también fue llevado a la justicia, con la finalidad de buscar pronunciamientos de los tribunales con la finalidad de asegurar el resguardo del debido proceso en los procedimientos penales. Así las cosas, en Chile una de las primeras discusiones en llegar a la sede judicial giró en torno a la locación desde la que se desarrollaría la audiencia virtual de control de detención, que es aquella audiencia en la que se verifica que la

³² MÉXICO EVALÚA. Las audiencias judiciales virtuales en México después de la pandemia. Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/las-audiencias-judiciales-virtuales-en-mexico-despues-de-la-pandemia/>. Acceso en: 21 mayo 2024.

³³ A propósito de la constitucionalidad de las audiencias virtuales y, en particular, la garantía de publicidad mediante su transmisión a través de medios digitales, véase: HERRERA ARVAY, Arcadio Vicente. El impacto de las audiencias virtuales en el debido proceso. *Revista Jurídica Piélagus*, Neiva, vol. 20, N.º. 1, 2021. <https://doi.org/10.25054/16576799.2781>

detención de la persona haya cumplido con todos los requisitos legales³⁴. En una primera instancia se decidió que los detenidos sostuvieran las audiencias virtuales desde los cuarteles policiales para evitar demoras y traslados³⁵. Esta cuestión fue resuelta por la Corte Suprema, en fallo dividido, ordenando trasladar a los detenidos a dependencias aledañas a los tribunales, administradas por la guardia penitenciaria, para entrevistarse con su defensor y luego participar de la audiencia virtual³⁶, garantizando así el acceso al abogado defensor y que el contradictorio pudiese llevarse a cabo sin presiones externas. Del mismo modo, se alegó ante la justicia que las audiencias virtuales no permitían el cumplimiento de las garantías básicas, cuestión que también fue desestimada por las altas cortes³⁷. De esta manera, podemos apreciar que los Tribunales fueron de la opinión de que las audiencias virtuales permitían el cumplimiento de las garantías básicas del debido proceso, sin perjuicio de subsanar aquellas afectaciones evidenciadas, pero sosteniendo el uso de las audiencias virtuales.

En México, la información disponible sobre los procesos de impugnación judicial al uso de las videoconferencias es escasa. No obstante, un informe de México Evalúa³⁸ realizó un levantamiento de información en el que dan cuenta de que existieron impugnaciones, pero estas fueron rechazadas ya que se consideró que durante la emergencia sanitaria:

“la protección a la salud justificaba las afectaciones pequeñas que las audiencias virtuales podían causar al debido proceso. Posterior a la emergencia sanitaria, dado que en general las partes siempre tienen

³⁴ ARIAS VICENCIO, Cristian. El control jurisdiccional de la detención. *Revista Estudios de la Justicia*, Santiago, v. 6, p. 225–253. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2005.15075>

³⁵ RIEGO, Cristian. Audiencias orales durante la pandemia en Chile. ¿Y el debido proceso? Disponible en <<https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/audiencias-orales-durante-la-pandemia-en-chile-y-el-debido-proceso/>>. Acceso en: 21 mayo 2024

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ MÉXICO EVALÚA. Las audiencias judiciales virtuales en México después de la pandemia. Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/las-audiencias-judiciales-virtuales-en-mexico-despues-de-la-pandemia/>. Acceso en: 21 mayo 2024.

*la posibilidad de que su participación en la audiencia se realice de manera presencial si así lo desean, tampoco se consideró que existieran afectaciones al debido proceso*³⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, se alerta que las impugnaciones decían relación con afectaciones específicas en casos concretos por lo que, incluso en el caso de acoger dichas impugnaciones, el resultado hubiese sido “la reposición de esa actuación o, en casos extremos, la reposición total del procedimiento”⁴⁰. Pero como el objeto de las impugnaciones no son las videoconferencias “cuando se repone el procedimiento, dichas actuaciones pueden desarrollarse utilizando audiencias virtuales”⁴¹.

En el caso de Brasil las impugnaciones judiciales también se dieron prontamente, ya que en el 2020 hubo un caso en el que se recurrió de habeas corpus por decretarse prisión preventiva a través de una videoconferencia. El caso es relevante porque el Tribunal Superior de Justicia manifestó que:

*“En este caso, si bien la regla general -que debe prevalecer siempre es que las audiencias deben ser presenciales y el imputado debe ser interrogado personalmente por el Juez, el contexto actual justifica la realización de estos actos vía videoconferencia”*⁴².

De esta manera, se asienta la comprensión en el país de que la videoconferencia se encuentra justificada por el contexto sanitario más que por la posibilidad del uso de herramientas tecnológicas para su desarrollo. Así, la sentencia también expone que “deberán adoptarse

³⁹ MÉXICO EVALÚA. Las audiencias judiciales virtuales en México después de la pandemia. Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/las-audiencias-judiciales-virtuales-en-mexico-despues-de-la-pandemia/>. Acceso en: 21 mayo 2024.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Superior Tribunal de Justicia de Brasil. Habeas Corpus N° 590.140 - MG, (2020/0146502-7). Disponible en: https://processo.stj.jus.br/processo/revisita/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=115024448&num_registro=202001465027&data=20200925&tipo=91&formato=PDF. Última visita: 21 mayo 2024.

todas las medidas necesarias para buscar la máxima equivalencia con el acto realizado de manera presencial⁴³.

Como pudimos demostrar, el uso de la videoconferencia en el proceso penal oral de manera extendida tuvo como principal motivación la no suspensión de los servicios de justicia con motivo de los confinamientos decretados a raíz de la crisis sanitaria. Los datos analizados nos permiten comprender que los criterios y forma de uso quedaron entregados a los mismos tribunales de justicia y no mediante leyes emanadas de los otros poderes del Estado. El uso de la videoconferencia tuvo niveles bajos de impugnación, lo que se podría explicar por el hecho de que fueron las mismas estructuras de los Poderes Judiciales las que fijaron los lineamientos de su uso. Del mismo modo, en razón del contexto sanitario que se atravesaba, todos los intervinientes de los procesos penales vieron en la videoconferencia la única posibilidad de continuar con el conocimiento de los casos y la prestación del servicio de justicia.

De todas maneras, los sistemas de justicia hicieron un esfuerzo relevante en armonizar las exigencias de funcionamiento en un contexto anormal, con el respeto a las garantías del debido proceso y los derechos de las partes e intervinientes. Así, lograron establecer marcos generales de funcionamiento de los tribunales, los cuales fueron adaptando periódicamente para asegurar la materialización del debido proceso en aquellos casos en que se viera vulnerado.

3. SUPERADA LA CRISIS ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS AUDIENCIAS VIRTUALES EN LA JUSTICIA PENAL?

Tal como hemos indicado, los procesos de implementación de las audiencias virtuales o videoconferencias en sede penal vienen ligados al estado de crisis sanitaria de la pandemia. Como es evidente, los procedimientos, regulaciones y formas de uso estaban ligados a este contexto. Por lo tanto, es necesario analizar si los países seleccionados han avanzado en procedimientos y regulaciones para contextos ordinarios,

⁴³ Ibid

sin crisis sanitaria, donde las labores presenciales han sido retomadas en un amplio espectro de los servicios públicos.

En Chile, la regulación viene dada por ley. En efecto, se dictó la Ley 21.394⁴⁴ que introduce reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública. En ella, se estableció la voluntariedad de las audiencias remotas pudiendo cualquier parte solicitarlo al tribunal, cuando cuente con los medios idóneos para su celebración, esta forma de comparecencia sea eficaz y no tenga como resultado la indefensión. La asistencia a las audiencias mediante videoconferencias se puede realizar desde cualquier lugar, siempre que los medios por los que se realicen sean compatibles con los del Poder Judicial. Ahora bien, se establece que para aquellas personas que se encuentren en regiones distintas a la que se encuentra el tribunal, podrán asistir virtualmente desde las dependencias de otros tribunales, si es que estos cuentan con las herramientas tecnológicas y dependencias habilitadas y disponibles para ello. Como este modo de asistencia es voluntario, será considerado un deber de la parte contar con buena conexión. De todos modos, podrá alegarse entorpecimiento en caso de que las fallas de conectividad no sean atribuibles a ellas, lo que, de ser aceptado por el tribunal, dará lugar a la suspensión de la audiencia, decretándose su continuidad en otra ocasión.

Podemos observar que la ley recoge las formas de funcionamiento de las audiencias penales virtuales en el contexto de la crisis sanitaria, dando jerarquía legal a esta regulación. Esta forma de funcionamiento provocó que incluso, en sus primeros momentos, las partes estuvieran presentes en las salas de audiencias y el juez se encontrara de manera telemática dirigiendo la audiencia⁴⁵.

En México, por su parte, se reporta que la mayoría de los Estados cuenta con protocolos o regulaciones de los procedimientos mediante

⁴⁴ Ley 21.394, de 25 de noviembre de 2021. Introduce reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1168803>. Última visita: 21 mayo 2024

⁴⁵ Entrevista al Secretario de la Corte Suprema Jorge Sáez.

videoconferencias⁴⁶. En el levantamiento de información sobre esta materia, un rol relevante lo ha jugado México Evalúa, quienes sostienen que, de un estudio de los protocolos de los Poderes Judiciales estatales, pueden concluir que:

“suelen comenzar con definiciones de los términos técnicos que se utilizan en el protocolo. También regulan elementos como la plataforma que se utilizará para la celebración de audiencias virtuales, las características técnicas de los equipos que se utilizarán, así como la manera en que se hará llegar a las partes la información sobre la forma de tener acceso a la sesión virtual en la que se desarrollará la audiencia. Además, establecen la manera de identificar a las partes, la forma de organizar la participación de las diferentes personas que intervendrán y la manera de resolver los imprevistos relacionados con la tecnología”⁴⁷.

Estos protocolos también establecen que “cuando la audiencia no pueda desarrollarse en formato virtual, se reprogramará para desarrollarse en formato presencial”⁴⁸.

Lo anterior, nos permite apreciar que los protocolos norman cuestiones concretas del uso de la videoconferencia y orientan tanto a las partes como a los jueces sobre las formas de concurrir, actuar y resolver en el marco de una audiencia oral virtual. En estos protocolos no aparece regulación sobre cuáles casos son susceptibles de ser conocidos a través de la videoconferencia y cuáles no. El experto entrevistado indica que en la práctica son los jueces quienes deciden qué casos conocer o no a través de videoconferencias⁴⁹. Esto se encuentra en consonancia con lo detectado en los estudios sobre el uso de la videoconferencia, que declaran que hay estados donde se manifiestan no haber realizado audiencias virtuales, mientras que hay otros que realizan las audiencias

⁴⁶ MÉXICO EVALÚA. Las audiencias judiciales virtuales en México después de la pandemia. Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/las-audiencias-judiciales-virtuales-en-mexico-despues-de-la-pandemia/>. Acceso en: 21 mayo 2024.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Entrevista a al Juez Federal Eduardo Osorio

a través de videoconferencias, a no ser que alguna de las partes solicite realizarlas de modo presencial, pero en todos ellos se declara que queda entregado a criterio del juez⁵⁰. Entre estos dos extremos se encuentran los Estados que declaran que la presencialidad es la regla general y sólo en casos excepcionales se utiliza la videoconferencia⁵¹.

En Brasil, las regulaciones sobre el uso de la videoconferencia en las audiencias penales vienen desde el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), el que dictó una serie de resoluciones que tenían por objeto normar diversas cuestiones relativas al proceso penal en la pandemia. Destacan entre ellas la Resolución N° 329, de 30 de julio de 2020, que ya hemos analizado anteriormente; la Resolución N° 465 del 22 de junio de 2022, mediante la cual se establecen lineamientos para la realización de videoconferencias en el ámbito del Poder Judicial, que es la regulación que reglamenta estos asuntos actualmente. Su análisis nos permite identificar que las dimensiones normadas dicen relación con los aspectos de forma en el desarrollo de las audiencias, tales como la utilización de vestimenta adecuada, utilización de fondos acordes, entre otras. De modo que, la regulación sobre los casos a ser conocidos mediante videoconferencia es la dictada con ocasión del estado de calamidad pública, quedando entregado a la decisión de los jueces, quienes mediante resolución fundada podrán realizar una audiencia de forma virtual, sin perjuicio de subsistir el derecho de las partes a solicitar que ésta sea de manera presencial por imposibilidad técnica o instrumental de que cualquiera de las partes asista a través de la videoconferencia.

Respecto a la cantidad de audiencias virtuales penales llevadas a cabo en estos tres países, los expertos entrevistados estuvieron de acuerdo en señalar que el uso de la videoconferencia ha tenido un retroceso respecto de su utilización en la pandemia. Esto obviamente viene dado porque en la pandemia, sobre todo en sus momentos más álgidos, la videoconferencia era la única forma de posibilitar el desarrollo de audiencias y permitir que los casos siguieran su curso. Actualmente,

⁵⁰ MÉXICO EVALÚA. Las audiencias judiciales virtuales en México después de la pandemia. Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/las-audiencias-judiciales-virtuales-en-mexico-despues-de-la-pandemia/>. Acceso en: 21 mayo 2024.

⁵¹ Ibid.

en cambio, la presencialidad es otro método posible, hacia el cual se inclinan las partes. De todas maneras, todos los entrevistados coinciden en que las audiencias desarrolladas a través de videoconferencias tienen una mayor aplicación que en los tiempos previos a la pandemia, por lo tanto, se hace necesaria su regulación.

4. BALANCE Y CRITERIOS POSIBLES

Analizada la información de los apartados previos, podemos concluir que los criterios de regulación para el uso de la videoconferencia con posterioridad a la crisis sanitaria, son los mismos o muy similares a aquellos dictados con ocasión de la declaración de estado de calamidad pública, sin perjuicio que estos consten en instrumentos dictados de forma más reciente. Esto nos alerta sobre la necesidad de discusiones más profundas sobre esta materia, para garantizar la igualdad de las personas ante el sistema de justicia en su conjunto, mediante el establecimiento de estándares o lineamientos universales que guíen la actividad de los jueces y de las partes en esta materia y que hagan compatible el uso de las herramientas digitales con el ejercicio de las garantías del debido proceso⁵². Esto es relevante ya que es arriesgado suponer que la regulación de procedimientos penales desarrollados de forma presencial servirá para normar los procedimientos virtuales de la misma manera.

A su vez, es importante tener en consideración que, de conformidad a lo señalado por los expertos entrevistados, el uso de la videoconferencia resultó cómodo para las partes intervinientes porque les permite estar presentes en audiencias en locaciones distintas con muy poco tiempo de diferencia y les permite trabajar desde espacios que les resultan más cómodos que sus despachos. En este contexto, es relevante que la discusión sobre la regulación del uso de la videoconferencia no se vea permeada por estas cuestiones, sino que el foco sea el respeto de los principios y garantías que informan el debido proceso.

⁵² ARELLANO, Jaime.; CORA, Laura.; GARCÍA, Cristina.; SUCUNZA, Matías. Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19: medidas generales y uso de TICs en procesos judiciales. Disponible en: < <https://biblioteca.ceja-mericas.org/handle/2015/5648>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

En el marco de este artículo, abordaremos los tópicos que debiesen ser tenidos en consideración para la regulación del uso de las videoconferencias, entregando lineamientos generales que sirvan como pautas transversales para los sistemas de justicia penal en Latinoamérica y que puedan adaptarse en función de la realidad local en cada país.

4.1. CATEGORIZACIÓN DE LOS TIPOS DE AUDIENCIAS

El debate sobre la forma de lograr un equilibrio entre la eficiencia de los tribunales y el respeto a los principios que informan el debido proceso, debe darse considerando a los múltiples actores que intervienen en las audiencias orales mediante videoconferencia. El espacio de confluencia entre las distintas miradas institucionales y operativas permite establecer de manera más eficiente y expedita las posibilidades de acción y permite concordar de manera más fluida los aspectos fundamentales para la celebración de este tipo de audiencias. Además, la participación institucional puede generar una apropiación de los compromisos de dichas instituciones que puede facilitar la implementación de los acuerdos⁵³.

Luego, se debe discutir sobre el tipo de audiencias en las que se permitirá el uso de la videoconferencia, determinando los elementos que deben concurrir para hacer aconsejable o desaconsejable su uso⁵⁴. Al respecto, en la investigación que motiva este trabajo hemos constatado que en los tres países se hace una utilización genérica de la videoconferencia, sin una distinción o categorización clara entre los distintos tipos de audiencias que se celebran en el proceso penal. Es sabido que las audiencias de la estructura procesal no tienen la misma dinámica y método de producción de información pues guardan diferentes objetivos.

⁵³ Secretaria Nacional de Planificación de Ecuador. Guía metodológica para la formulación de Política Pública. República del Ecuador. Recuperado de: <https://oei.int/downloads/blobs/GuiaMetodologicaParaLaFormulacionDeLaPoliticaPublica-17-02-2022.pdf>. Última visita: 21 mayo 2024

⁵⁴ ARELLANO, Jaime.; BLANCO, Rafael.; CORA, Laura.; DECAP, Mauricio.; GALLARDO, Eduardo.; GUZMÁN, Fernando.; QUILICHINI, Manuel. Tecnología, proceso penal, audiencias y juicio oral. *Revista Sistemas Judiciales*, Buenos Aires, v. 1, n. 24, p. 138-157, 2021.

En este sentido, entendemos que una primera pauta para la organización de audiencias virtuales está vinculada con el establecimiento de tipologías de audiencias que ayuden a la toma de decisiones al momento de definir cuáles se realizarán de forma virtual o presencial.

La primera distinción que debemos hacer es entre las audiencias argumentativas y las de producción probatoria. Las primeras, generalmente asociadas a la etapa previa al juicio oral, se distinguen por el hecho de girar en torno a debates argumentales basados en el contenido de las carpetas de investigación sin necesidad de que concurren los medios de prueba; en cambio, las segundas, asociadas al juicio oral y público, requieren de la concurrencia de la prueba y de su producción a través del examen directo y de su control mediante el contra examen⁵⁵.

Como criterio general podríamos establecer una tendencia favorable a la virtualidad en el supuesto de las audiencias argumentativas ya que no exigen la producción de prueba y por lo mismo su litigio se basa en un ejercicio fuertemente argumentativo. Ahora bien, como excepción a este criterio se encuentran aquellas audiencias previas al juicio oral en las que se discute acerca de la situación de privación de libertad de la persona imputada. Son casos como los del control de detención, medidas cautelares en general y prisión preventiva en particular. También existen audiencias que tratan temas que, por su significancia, hacen desaconsejable el uso de la videoconferencia. Por ejemplo, aquellas audiencias en las que se tratan denuncias de tortura institucional, en donde la revictimización o el desamparo de la víctima se puede acrecentar por la virtualidad y la poca acogida del sistema⁵⁶. Sobre todo, si se tiene en consideración que las torturas ocurren mayoritariamente en espacios de custodia institucional, donde la virtualidad puede inhibir la denuncia de los hechos de tortura, especialmente si las audiencias se realizan desde las mismas dependencias penitenciarias⁵⁷.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ FAIR TRAILS. Informe Técnico Previo a la Audiencia Temática sobre el Uso de Audiencias Virtuales en Procedimientos Penales en la Región en el Contexto de la Pandemia de COVID-19. Disponible en: <<https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/UsodeAudienciasVirtualesenProcedimientosPenales.pdf>>. Acceso en: 21 mayo 2024

⁵⁷ COMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA DE CHILE. Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile.

Habiendo sentado este criterio, una segunda distinción está dada por los diferentes tipos de juicios orales que pueden ocurrir. Como regla general podríamos establecer una tendencia desfavorable a la virtualidad en estos casos ya que requieren de un ejercicio más intenso de control de la información, pero diferenciando entre los diferentes supuestos de juicios.

Al respecto, si bien existen diferencias normativas entre los distintos países de la región latinoamericana, en general podríamos identificar que existen siete tipologías de juicios⁵⁸: (1) Juicios de pena con tribunal unipersonal; (2) Juicios de pena con tribunal colegiado; (3) Juicios de responsabilidad con tribunal unipersonal; (4) Juicios de responsabilidad con tribunal colegiado y menos de diez testigos; (5) Juicios de responsabilidad con tribunal colegiado y más de diez testigos pero menos de veinticinco; (6) Juicios de responsabilidad con tribunal colegiado y más de veinticinco testigos; (7) Juicios por jurados populares.

En las primeras dos tipologías, esto es, los juicios de determinación de pena (cesura), en general no se produce prueba pues se utiliza la producida en el juicio de responsabilidad o se produce, pero en muy baja cantidad. Por lo mismo, podríamos sostener que se trata de audiencias de carácter fuertemente argumentativo y que podría ser realizada en forma virtual. En los supuestos de juicios de responsabilidad, siguiendo a Lorenzo, se hace una distinción que considera tipo de tribunal (profesional unipersonal o colegiado y con jurados populares) y cantidad de prueba (menos de diez, entre diez y veinticinco y más de veinticinco testigos).

Como criterio general podríamos establecer que en los juicios de responsabilidad se realicen audiencias presenciales, pudiendo excepcionalmente realizar de forma virtual aquellos juicios de responsabilidad con tribunal unipersonal dada la intensidad de la materia.

Primer Informe Anual 2020. Disponible en: <<https://mnpt.cl/wp-content/uploads/2021/09/74830-INFORME-ANUAL-CPT-INTE-web-INDH.pdf>>. Acceso en: 21 mayo 2024

⁵⁸ En este punto tomaremos como base: LORENZO, Leticia. *Ideas para retomar la actividad jurisdiccional en el fuero penal Colegio del Interior de la Provincia*. Ciudad de Neuquén, 2020. Manuscrito inédito.

4.2. DECISIÓN SOBRE EL USO DE LA VIRTUALIDAD

La forma de tomar la decisión respecto del uso de la videoconferencia es, tal como muchas otras decisiones judiciales, un debate no zanjado⁵⁹. En este caso específico, se debe determinar si la decisión debe estar contenida en las normas regulatorias o, por el contrario, estar entregada a los jueces o administradores bajo ciertos lineamientos. En nuestra opinión debe tratarse de una decisión que sea adoptada desde el ámbito de la gestión administrativa, ya que la cantidad inestimable de factores que condicionan el desarrollo de una audiencia no hace posible su determinación por la vía normativa⁶⁰. Ahora bien, reconocemos la existencia de ciertas complejidades respecto de esta decisión, por lo que para entregar garantías de la correcta aplicación de la videoconferencia y hacer posible su revisión, es recomendable que la determinación del uso de esta se haga a través de una decisión motivada. Ello hará posible una revisión de la decisión a la luz de los estándares previos establecidos y, en caso de existir desacuerdo, hará posible que esta decisión sea analizada por las instancias superiores correspondientes. Así, lo normativo deberá establecer los criterios generales, pero la aplicación particular quedará entregada a los administradores de la Oficina Judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que la voluntad de las partes puede jugar un rol esencial en la etapa de instalación de la videoconferencia en contextos de normalidad. Más aún si consideramos que para el correcto funcionamiento del sistema de justicia se requerirán garantías de que las audiencias se podrán llevar a cabo de manera correcta y sin interrupciones. Así fue hecho, por ejemplo, en el sistema procesal de Chile, donde se estableció que, en virtud de la voluntariedad del uso de la videoconferencia, las partes son las responsables de contar con los medios idóneos para su realización. De esta manera, la parte es la que se debe asegurar de contar con conexión estable que le permita no salir de

⁵⁹ SUÁREZ MANRIQUE, Wilson. La decisión judicial limitada. *Iustitia*, Bucaramanga, n.11, p. 143-162, 2013. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i11.866>.

⁶⁰ MORENO HOLMAN, Leonardo. Litigación virtual, guía y manual de mejores prácticas para audiencias telemáticas. Disponible en: <<https://derecho.uahurtado.cl/web2021/wp-content/uploads/2021/08/libroleo.pdf>>. Acceso en: 21 mayo 2024

la audiencia en ningún momento, no aceptándose alegato en contrario, con la excepción de cuando la parte compruebe que las afectaciones se produjeron por causas ajenas a ella.

La forma anteriormente descrita permite darle viabilidad al uso de la videoconferencia, sobre todo cuando se tiene en consideración que nos encontramos ante una etapa de transición de su implementación. De lo contrario, al hacerla obligatoria para las partes, en contextos en los que existen importantes brechas digitales, haría imposible su implementación.

De todas maneras, la voluntariedad de las partes quedaría limitada por la garantía de la efectiva defensa que tiene el detenido o acusado, no siendo posible el uso de la videoconferencia cuando esta cause indefensión.

4.3. CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Si bien los países estudiados cuentan con regulación en torno a los procedimientos, estas son más bien formales y no establecen criterios que actúen como estándares que guíen la decisión de determinar si una audiencia se desarrollará de manera presencial o virtual, con la finalidad de uniformar los procedimientos, garantizando criterios objetivos.

Dentro de las cuestiones que son necesarias tener en consideración, partimos por indicar que el principal aspecto a tener en cuenta es que la audiencia oral se deberá realizar cuando su celebración pueda dar seguridad del cumplimiento de los principios, garantías y derechos que informan los procesos penales. De esta manera, si a través de la videoconferencia se vulneran derechos de las partes o se transgreden los principios del proceso, se recomienda desestimar su uso hasta la corrección de estas deficiencias.

Desde instancias internacionales se han hecho algunas recomendaciones en este sentido. Se recomienda realizar un análisis para verificar que no existan limitaciones al acceso a la justicia⁶¹. Esto se logra determinando si existe acceso a Internet, a dispositivos tecnológicos, capacidad de acceso para revisar pruebas y documentos clave; y teniendo

⁶¹ Instituto de las Naciones Unidas para la Formación y la Investigación (UNITAR). Remote Hearing Toolkit. Disponible en: < <https://www.unitar.org/learning-solutions/publications/remote-hearing-toolkit>>. Acceso en 21 mayo 2024

en consideración la concurrencia de analfabetismo, discapacidades, barreras lingüísticas; acceso a un espacio físico adecuado para asistir virtualmente a una audiencia, entre otras⁶²

A su vez se debe garantizar el acceso a la asistencia letrada y la representación de las personas, especialmente aquellas que se encuentren detenidas. Esto hará procedente la audiencia virtual cuando existan mecanismos que permitan la comunicación entre el detenido y su abogado antes, durante y después de la audiencia de manera confidencial⁶³.

Por último, la plataforma debe garantizar el contradictorio. Primero permitiendo que el acusado pueda ejercer su derecho a defensa y luego asegurándose de contar con un canal que permita hablar en simultáneo a dos o más personas y que estas sean escuchadas por los demás intervinientes y el juez. Esto permitirá, por ejemplo, realizar la objeción a las preguntas de la prueba testimonial y que se interrumpa a tiempo su realización para no contaminar a los testigos ni al juez.

CONCLUSIONES

En la presentación de este trabajo adelantamos que nos haríamos cargo de cuatro interrogantes acerca de las audiencias en formato virtual: (1) ¿cómo reaccionaron los sistemas de justicia penal ante la contingencia del COVID-19?; (2) ¿qué discusiones se dieron alrededor de los principios de inmediación, contradicción y publicidad?; (3) ¿cómo está regulada actualmente la virtualidad?; y (4) ¿qué criterios podrían orientar su uso?

En cuanto al primer interrogante, la crisis provocada por la pandemia de COVID-19 generó que los sistemas de justicia tuvieran que adoptar medidas de emergencia que permitieran continuar, en una primera instancia, con el conocimiento de aquellos casos catalogados como urgentes, y luego, brindando los servicios de justicia que se habían visto suspendidos por el estado de calamidad decretado. La videoconferencia fue la herramienta más utilizada por las judicaturas penales para el desarrollo de audiencias virtuales. Su uso no fue una cuestión pacífica

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

ni en la doctrina ni en sede judicial, dando lugar a diversas posturas que acogían o rechazaban su implementación, sin perjuicio de que estas no resultaban desconocidas en los tres sistemas judiciales analizados. En estos ordenamientos jurídicos se contemplaba su utilización, aunque de manera excepcional, de forma previa a la pandemia.

Las disputas judiciales a este respecto fueron resueltas acogiendo el uso de la videoconferencia. Las razones de esta decisión estuvieron muy fuertemente permeadas por el contexto sanitario que se vivía en ese momento, por sobre el resguardo de las garantías del debido proceso y derechos de las partes. En definitiva, las videoconferencias representaban la única manera posible de seguir brindando los servicios de justicia a la vez que se respetaban las medidas de aislamiento y distanciamiento social.

En relación al segundo aspecto, hemos abordado las definiciones conceptuales de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, dando cuenta de los estándares que fijan y las prácticas esperables en un sistema de justicia penal. A propósito de la instalación de la virtualidad, hemos visto que estos principios se han puesto en tensión a partir de la necesidad de reinterpretarlos en el marco de un sistema por audiencias en formato telemático.

En particular, las discusiones más intensas se dieron alrededor de la concepción del principio de inmediación dado que en un primer momento se entendió que la virtualidad imposibilitaba su cumplimiento en función a la necesidad de que exista proximidad entre la judicatura y los medios de prueba. A partir de una reflexión desde las lecciones aprendidas en el ámbito de la psicología experimental, en este trabajo hemos visto que la inmediación y la capacidad de realizar correctos juicios de valoración probatoria no dependen de la cercanía física con el medio de prueba, sino de elementos vinculados al contenido de los testimonios.

El tercer interrogante se vincula con la regulación actual de la virtualidad. Los Poderes Judiciales realizaron grandes esfuerzos regulatorios y administrativos para la implementación de la videoconferencia. En una primera instancia para la regulación de su uso en los contextos de crisis sanitaria y luego para su uso en contextos de normalidad. Pese a estos esfuerzos regulatorios, no se logró abordar la totalidad de las dimensiones necesarias que dieran garantía de verificación del debido proceso. En efecto, se evidenció que las regulaciones existentes abordan aspectos

formales o administrativos de las audiencias virtuales y no tratan asuntos sustanciales que permitan determinar los tipos de audiencias que resultan compatibles con el uso de la videoconferencia y permitan, a su vez, dar garantía de un debido proceso.

Es por ello que, como cuarto punto de este trabajo, se ha considerado la necesidad de establecer lineamientos o estándares comunes que guíen la toma de decisiones sobre el uso de la videoconferencia en los procesos penales. Esto permitirá garantizar la verificación de los principios que informan el debido proceso y generar garantías de igualdad de trato e igualdad ante la ley de todas las personas que sean sometidas a un proceso penal, ya que permitirá estandarizar los procesos de trabajo en esta materia.

En particular hemos abordado tres lineamientos para comenzar a dotar de organicidad a la realización de audiencias virtuales: el establecimiento de categorías de audiencias, haciendo una clasificación y fijando criterios para el empleo de la virtualidad entre cada una de ellas; la fijación de una posición en relación al ámbito en el cual debe residir la toma de decisiones sobre la presencialidad o virtualidad de las audiencias; y la entrega de pautas mínimas para dar cumplimiento a los principios procesales de la justicia penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABA-CATOIRA, Ana. La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas. Disponible en <<https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/7504>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

AMONI, Gustavo. El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, v. 31, p. 67-85, 2013. <https://doi.org/10.35487/rius.v7i31.2013.21>

ARELLANO, Jaime.; CORA, Laura.; GARCÍA, Cristina.; SUCUNZA, Matías. Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19: medidas generales y uso de TICs en procesos judiciales. Disponible en: < <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5648>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

ARELLANO, Jaime.; BLANCO, Rafael.; CORA, Laura.; DECAP, Mauricio.; GALLARDO, Eduardo.; GUZMÁN, Fernando.; QUILICHINI, Manuel. Tecnología,

proceso penal, audiencias y juicio oral. *Revista Sistemas Judiciales*, Buenos Aires, v. 1, n. 24, p. 138-157, 2021.

ARIAS VICENCIO, Cristian. El control jurisdiccional de la detención. *Revista Estudios de la Justicia*, Santiago, v. 6, p. 225–253. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2005.15075>

BÁRCENA, Alicia.; ETIENNE, Carissa. Salud y economía: una convergencia necesaria para enfrentar el COVID-19 y retomar la senda hacia el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe. Disponible en: <<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52536>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Buenos Aires: Heliasta, 2012.

COMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA DE CHILE. Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile. Primer Informe Anual 2020. Disponible en: <<https://mnpt.cl/wp-content/uploads/2021/09/74830-INFORME-ANUAL-CPT-INTE-web-INDH.pdf>>. Acceso en: 21 mayo 2024

CHAVEZ ALOR, Jaime.; JEAN-BAPTISTE, Marie-Claude.; GOMES WERNECK, María Paula.; MCINTOSH, Lauren. Justicia en el tiempo de COVID-19: Desafíos del Poder Judicial en América Latina y el Caribe. Disponible en: < <https://ilacnet.org/publications/justicia-en-el-tiempo-de-covid-19-america-latina/>> Acceso en: 21 mayo 2024.

FAIR TRAILS. Informe Técnico Previo a la Audiencia Temática sobre el Uso de Audiencias Virtuales en Procedimientos Penales en la Región en el Contexto de la Pandemia de COVID-19. Disponible en: <<https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/UsodeAudienciasVirtualesenProcedimientosPenales.pdf>>. Acceso en: 21 mayo 2024

GONZÁLEZ, Leonel. Sobre la evaluación de credibilidad de los testigos y los juicios orales en formato virtual. En: *Juicios Orales en tiempo de Pandemia. Experiencias locales. Desafíos, límites y necesidad de pensar la nueva presencialidad*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020, p. 84-94.

GONZÁLEZ, María de los Ángeles. El uso de videoconferencias: ¿desconfianza en la tecnología o en los medios de prueba declarativos?, *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 11, n. 2, p. 27-46, 2022. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2022.63970>

HERRERA ARVAY, Arcadio Vicente. El impacto de las audiencias virtuales en el debido proceso. *Revista Jurídica Piélagus*, Neiva, vol. 20, N.º. 1, 2021. <https://doi.org/10.25054/16576799.2781>

Instituto de las Naciones Unidas para la Formación y la Investigación (UNITAR). Remote Hearing Toolkit. Disponible en: < <https://www.unitar.org/learning-solutions/publications/remote-hearing-toolkit>>. Acceso en 21 mayo 2024.

LILLO, Ricardo. El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial. Experiencias y Precauciones. Disponible en: <<https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/3868>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

LORENZO, Leticia. *Ideas para retomar la actividad jurisdiccional en el fuero penal Colegio del Interior de la Provincia*. Ciudad de Neuquén, 2020. Manuscrito inédito.

MACÍAS SANGOQUIZA, Génesis Ivonne, RIVERA VELASCO, Luis Antonio, MORENO ARVELO, Pamily Milagros. El Principio de intermediación en el desarrollo de audiencias virtuales en materia penal, *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, Santa Ana de Coro, vol. 6, N.º. 11, p. 114-125, 2021. <https://doi.org/10.35381/racji.v6i11.1397>

MÉXICO EVALÚA. Las audiencias judiciales virtuales en México después de la pandemia. Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/las-audiencias-judiciales-virtuales-en-mexico-despues-de-la-pandemia/>. Acceso en: 21 mayo 2024.

MONTESINOS GARCÍA, Ana. *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

MORENO HOLMAN, Leonardo. Litigación virtual, guía y manual de mejores prácticas para audiencias telemáticas. Disponible en: <<https://derecho.uahurtado.cl/web2021/wp-content/uploads/2021/08/libroleo.pdf>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

MORENO TORRES, María Camila. Los nuevos entornos tecnológicos y su impacto en la garantía del derecho humano al acceso a la justicia: Un enfoque en época de covid-19. *Revista chilena de derecho y tecnología*, Santiago, vol. 10, n. 1, p. 309-327, 2021. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58830>

RIEGO, Cristian. Audiencias orales durante la pandemia en Chile. ¿Y el debido proceso? Disponible en <<https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/audiencias-orales-durante-la-pandemia-en-chile-y-el-debido-proceso>>. Acceso en: 21 mayo 2024.

SCHIAVO, Nicolás. Juicios bajo plataforma virtual. Intermediación y derecho al recurso. En: *Juicios Orales en tiempo de Pandemia. Experiencias locales. Desafíos, límites y necesidad de pensar la nueva presencialidad*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020, p. 102-124.

SUÁREZ MANRIQUE, Wilson. La decisión judicial limitada. *Iustitia*, Bucaramanga, n.11, p. 143-162, 2013. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i11.866>

TAYRO TAYRO, Erwin Arthur. La videoconferencia. Un nuevo enfoque del principio de intermediación procesal. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, v. 8, n. 10, p. 547-559, 2016. <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.251>

ZABALETA ORTEGA, Yarleys de Carmen. La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano. *Revista CES Derecho*, Medellín, v. 8, n. 1, p. 172-190. <https://doi.org/10.21615/cesder.8.1.9>

ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein: *An introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 1998.

Authorship information

Leonel Gonzalez Postigo. Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de York, Canadá). Académico de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (Chile). lgonzalezp@uahurtado.cl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: En este trabajo de investigación se entrevistó a expertos que compartieron opiniones e informaciones muy relevantes: en Brasil, el Juez Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Juez João Felipe Menezes Lopes, la Defensora Caroline Xavier Tassara, el abogado Vitor Stegemann Dieter y al asistente jurídico del PNUD Mario Henrique Ditticio; en Chile, el Secretario de la Corte Suprema Jorge Sáez; y en México el Juez Federal Eduardo Osorio.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 23/03/2024
- Desk review and plagiarism check: 30/03/2024
- Review 1: 09/04/2024
- Review 2: 18/04/2024
- Preliminary editorial decision: 11/05/2024
- Correction round return: 22/05/2024
- Final editorial decision: 02/06/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (SL)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GONZALEZ POSTIGO, Leonel. Las audiencias orales en formato virtual: un análisis comparado en la búsqueda de estándares para la justicia penal latinoamericana. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e993, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.993>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


El proceso penal mediado por inteligencia artificial

The criminal process mediated by artificial intelligence

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados¹

Universidad Tecnológica de Bolívar, Cartagena, Colombia.

jperilla@utb.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0001-5283-7601>

RESUMEN: En el contexto penal, la congestión judicial se justifica, entre otras causas, en que las etapas procesales son lideradas, de forma casi exclusiva, por la actividad humana, generando un desgaste importante de la estructura institucional. Por lo tanto, este artículo busca responder esta pregunta de investigación: ¿la inteligencia artificial puede ser adoptada como una estrategia para descongestionar la jurisdicción penal marcada por desempeños humanos desde diferentes niveles y en el marco de los parámetros estatales propios del contexto global actual? Para dar una respuesta se sistematizan los desempeños propios del derecho penal, los cuales son clasificados en cuatro niveles: un primer nivel descriptivo, uno segundo procedimental, uno tercero argumentativo y uno cuarto estratégico. Al analizar cada uno de estos niveles se plantea en qué ocasiones es posible vincular en mayor o menor medida a la inteligencia artificial, sugiriendo un apoyo para la actividad humana de cara a cumplir los fines previstos desde y para realidades concretas.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial; niveles de desempeño; descongestión judicial; transformación digital; proceso penal digital.

¹ Doctor en Derecho, magíster en Educación y en Derecho Privado, especialista y abogado de la Universidad de los Andes. Es Investigador Senior acreditado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colombia). Se ha desempeñado como decano, director de programas y asesor. Profesor de la Universidad Tecnológica de Bolívar, Cartagena, Colombia.

ABSTRACT: *In the legal context, judicial congestion is due, among other causes, to the fact that the stages of the criminal process are led, almost exclusively, by human activity, generating significant wear and tear on the institutional structure. Therefore, this article seeks to answer this research question: can artificial intelligence be adopted as a strategy to decongest criminal jurisdiction marked by human performances from different levels and within the framework of state parameters typical of the current global context? To provide an answer, the performances of criminal law are systematized, which are classified into four levels: a first descriptive level, a second procedural level, a third argumentative level and a fourth strategic level. When analyzing each of these levels, it is considered on which occasions it is possible to link to artificial intelligence to a greater or lesser extent, suggesting support for human activity in order to fulfill the intended purposes from and for specific realities.*

KEYWORDS: *artificial intelligence; performance levels; decongestion of justice; digital transformation; digital criminal process.*

CONTENIDO: Introducción; 1. Sistematización de desempeños humanos en el proceso penal; 1.1. Actividades humanas para el acceso a la justicia; 1.2. Actividades humanas para la gestión del conflicto; 1.3. Actividades humanas para la gestión del conflicto; 2. Clasificación por niveles de los desempeños humanos en el proceso penal; 3. Niveles de desempeño que pueden ser asumidos por la inteligencia artificial en el proceso penal; Conclusiones; Referencias.

INTRODUCCIÓN

Los sistemas jurídicos están divididos por áreas del derecho, cada una de las cuales cuenta con un alcance sustancial y procesal. Ninguno de estos alcances puede ser considerado como superior a otro, pues son complementarios entre ellos; el derecho sustancial requiere del procesal para ser plenamente aplicado y el derecho procesal requiere del sustancial para tener contenido. Así, mientras que el alcance sustancial del derecho tiende a centrarse en debates sobre la conducta humana regulada, el derecho procesal busca llevar esos debates a casos ubicados en situaciones concretas. Y en la medida en que estos dos alcances jurídicos

se complementen armónicamente, el Estado propio de cada país tiene la evidente posibilidad de materializar las aspiraciones desde y para las cuales fue adoptado por la norma superior; en últimas, si el derecho sustancial y procesal cumplen su función, el Estado en sí mismo materializa sus propósitos de cara al conglomerado social.

A pesar de este postulado, la falencia de los Estados actuales radica en que es difícil mantener la armonía pretendida entre el derecho sustancial y el derecho procesal. Se trata de problemáticas estructurales que, bajo una falsa dicotomía, se ha tendido a responsabilizar a uno y otro alcance jurídico. Así, por ejemplo, en ocasiones, desde la perspectiva sustancial se afirma que no se alcanzan sus pretensiones, por las imposibilidades procesales de acceso a la justicia. Y al mismo tiempo, el alcance procesal cuestiona la imposibilidad de aplicarse plenamente dadas las disposiciones sustanciales que son interpretadas como un obstáculo. En este debate dicotómico ha tendido a ubicarse al derecho procesal penal, al cual el alcance sustancial le reclama desde criterios tanto utilitaristas como realistas y esto implica que se echa de menos una plena utilidad en situaciones concretas para responder a las condiciones contextuales en las cuales se ubica.

No obstante, más allá de defender o cuestionar de manera aislada el alcance sustancial o procesal, lo cierto es que el derecho penal conlleva en sí mismo falencias estructurales que impiden materializar plenamente las aspiraciones del Estado en el cual se enmarca; por falencias estructurales debe entenderse un problema que no es exclusivo del derecho sustancial o del procesal, sino que involucra a ambos alcances de cara a los mandatos superiores que les son aplicables simultáneamente. Una de estas falencias estructurales es la congestión de la justicia, la cual involucra el acceso, la gestión del conflicto y la decisión de fondo; las personas tienen dificultades para poder acceder a la justicia de forma directa o a través de apoderados, una vez que acceden, la gestión de sus situaciones toma un tiempo considerable y, finalmente, los pocos que alcanzan una decisión de fondo difícilmente lo lograrán oportunamente. Así, el derecho penal no cumple en todas las ocasiones sus aspiraciones tanto sustanciales como procesales.

Sobre el particular se han formulado múltiples estrategias para procurar la descongestión de la justicia, entre las cuales se encuentra la

creación de nuevos tribunales, la contratación de más personal dentro de los juzgados e, incluso, el fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Sin embargo, y a pesar de todos estos esfuerzos, parecería que el conglomerado social encuentra la forma de desbordar cada día las capacidades instaladas estructuralmente desde el Estado; a medida que el Estado genera una respuesta, la sociedad ya tiene un nuevo reto. Y en un contexto globalizado y cambiante en el cual la inteligencia artificial ha tomado un notable protagonismo, se cuestiona si las capacidades meramente humanas pueden ser acompañadas por estas nuevas herramientas tecnológicas para aportar a la descongestión de la justicia desde la perspectiva del derecho penal. Se trata de un asunto tan polémico como novedoso, pero que frente a las nuevas posibilidades se justifica su análisis a manera de punto de partida para futuros desarrollos.

Es de esta manera que el presente artículo de investigación adopta como pregunta la siguiente: ¿la inteligencia artificial puede ser adoptada como una estrategia para descongestionar la jurisdicción penal marcada por desempeños humanos desde diferentes niveles y en el marco de los parámetros estatales propios del contexto global actual? Frente a esta pregunta se formula una respuesta parcialmente positiva, en la medida en que la inteligencia artificial delimitada desde alcances declarativos y procedimentales concretos tiene la posibilidad de optimizar el tiempo para que los operadores jurídicos se centren en los debates esquemáticos y estratégicos, sin ser reemplazos en la toma de decisiones sustanciales. Esto significa que, desde la delimitación de la inteligencia artificial, se constituye en un complemento de la actividad humana pero en ningún caso en su reemplazo en el proceso judicial. Se trata de una hipótesis multidimensional que se validará desde un enfoque hermenéutico crítico, que encuentra su desarrollo en métodos cualitativos de investigación y utiliza la revisión bibliográfica como principal fuente de información.

De manera coherente con la pregunta, hipótesis y diseño metodológico, el objetivo general de investigación de este artículo consiste en determinar si la inteligencia artificial puede ser adoptada como una estrategia para descongestionar la jurisdicción penal marcada por desempeños humanos desde diferentes niveles el marco de los parámetros

estatales propios del contexto global actual. Adviértase que se propone una formulación general, pero se requiere contextualizarse según las condiciones de cada uno de los contextos desde los cuales pretenda ser interpretada. Así, para desarrollar este objetivo de investigación general se adoptan los siguientes objetivos específicos: primero, sistematizar las actividades humanas que se desarrollan actualmente en el proceso penal según etapas propias de la actividad jurisdiccional; segundo, clasificar las actividades humanas adelantadas en el proceso penal desde niveles de desempeño según la complejidad que representan actualmente para los operadores jurídicos; y tercero, establecer los posibles alcances de la inteligencia artificial para la descongestión de la justicia en el contexto del derecho procesal penal actual. Estos objetivos específicos determinan la estructura argumentativa del artículo, por lo cual a continuación se encuentran tres secciones y cada una de ellas desarrolla uno de los objetivos específicos. De los hallazgos alcanzados en estas secciones se formularán conclusiones que darán cuenta de la validación de la hipótesis y, en consecuencia, de la respuesta a la pregunta en coherencia con el desarrollo del objetivo general.

1. SISTEMATIZACIÓN DE DESEMPEÑOS HUMANOS EN EL PROCESO PENAL

La congestión de la justicia debe ser entendida como un fenómeno generado por relaciones dispares entre oferta y demanda, puesto que el conglomerado social genera una mayor demanda de servicios judiciales que aquellos que se tienen para ofrecer desde la capacidad instalada con que cuenta cada Estado. En consecuencia, si se tiene más demanda que oferta en la jurisdicción penal, es esperable que las respuestas judiciales no se obtengan con los parámetros de celeridad esperados. Esta situación tiene tantas causas como consecuencias, muchas de las cuales son externas al proceso penal en sí mismo². Ejemplos de estas causas externas al proceso penal son las condiciones de la sociedad, en la medida

² Al respecto de los problemas que afectan estructuralmente al derecho procesal penal se recomienda consultar: ARIZA, Libardo. Constitución y cárcel: la judicialización del mundo penitenciario. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 630-660, 2019. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39501>

en que hay condiciones humanas que aumentan los índices de comisión de delitos³. Y ejemplo de consecuencias puede ser la imposibilidad de alcanzar fines como la resocialización, puesto que la falta de respuesta oportuna reduce el posible impacto frente al procesado⁴.

Sería reprochable pretender que desde el proceso penal se puedan resolver todas esas variables, pues la competencia de los operadores jurídicos se desbordaría en relación con las funciones que tienen asignadas otras autoridades. Por lo mismo, las variables propias del proceso penal se entienden aquí delimitadas desde tres aspectos concretos relacionados con la justicia: primero, el acceso; segundo, la gestión del conflicto; y tercero, la solución de la problemática desde los estrados judiciales. Se trata de los momentos previos, concomitantes y posteriores que atañen directamente al proceso penal, sobre los cuales pueden tener injerencia directa los operadores jurídicos desde la oferta de servicios que se encuentra instalada para el ejercicio jurisdiccional⁵; entiéndase por operadores jurídicos aquellos que tienen la función de llevar a cabo las diferentes etapas del proceso penal, entre los cuales se encuentra el ente acusador, la defensa, las víctimas, el Ministerio Público o los jueces, según la audiencia o instancia de la cual se trate.

En este sentido, el primer momento procesal en el cual se puede configurar el fenómeno de congestión es el referente al acceso a la justicia, el cual incluye de manera enunciativa la presentación de la denuncia, el proceso de reparto y la admisión o archivo por parte del ente acusador. El segundo momento procesal referente a la gestión del conflicto incluye

³ Sobre el particular se sugiere consultar este trabajo de investigación: VALENCIA, Germán. Incidencia de la violencia y la criminalidad en la calidad de la democracia en América Latina. *Estudios Políticos*, Medellín, n. 66, p. 9-26, 2023. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n66a01>

⁴ Sobre el fin resocializador de la pena en contextos latinoamericanos se puede consultar: ARRIETA, Enán. La responsabilidad del Estado colombiano frente a la emergencia carcelaria y penitenciaria por la COVID-19. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, v. 51, n. 134, p. 177-211, 2021. <https://doi.org/10.18566rfdcp.v51n134.a08>

⁵ Estas etapas se acogen desde investigaciones previas, una de las cuales se puede consultar aquí junto con los fundamentos documentales que lo sustentan en el texto: DORIA, Teddy. El acceso a la administración de justicia y a la defensoría pública en el posconflicto. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 60, 2023. <https://doi.org/10.14482/dere.60.519.516>

la actuación en audiencias, el trabajo en torno a memoriales escritos y el cumplimiento de los tiempos legales, pues en ocasiones pueden aplicarse prescripciones por su inobservancia. Y el tercer momento procesal es el referente a la solución de la problemática, la cual incluye la adopción de la decisión y el impacto concreto que se deriva de la decisión. Si bien cada sistema jurídico puede tener sus particularidades, se adoptan estos momentos transversales al proceso penal para comprender de manera enunciativa la actividad humana que aquí se involucra según las acciones concretas que a continuación se sistematizan.

1.1 ACTIVIDADES HUMANAS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

El proceso penal tiende a activarse con la presentación de una denuncia relacionada con un suceso que presuntamente configura un delito, para lo cual se requiere una primera actividad humana de narrar aquello que sucedió en un contexto específico; esta narración podrá ser oral o escrita, pero al final la denuncia debe ser materializada de forma escrita. La narración de sucesos requiere la construcción de expresiones con sentido, que den cuenta de circunstancias básicas de tiempo, modo y lugar; el desconocimiento de estos mínimos lleva a que sea difícil adelantar una investigación pertinente por parte del ente acusador⁶. Una vez identificados los sucesos se deberá adecuar la conducta a un posible delito, lo cual es un reto importante para quien pretende denunciar por carecer, en ocasiones, del conocimiento suficiente sobre las conductas tipificadas por la ley como delito. De ahí que se puede creer que una conducta es delictiva, siendo que no es así, o lo contrario.

Hasta este punto se evidencia un reto que aumenta la dificultad para acceder al acceso a la justicia, pues no solo se tienen límites en la narración de lo acontecido, sino que no hay precisión plena sobre la tipificación de tales sucesos. Pese a ello, se trata del insumo que acciona

⁶ En relación con los debates de denuncia en el proceso penal se puede consultar: CISTERNAS, Luciano. ¿La denuncia de un delito inexistente como obstrucción grave a la investigación? Dos problemas en la praxis judicial. *Política criminal*, Santiago, v. 16, n. 32, p. 846-874, 2021. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992021000200846>

el proceso penal, por lo cual, una vez presentada la denuncia, sea de forma oral o escrita, se tendrá un documento escrito que será analizado por el ente acusador de manera preliminar⁷. Este análisis exige hacer un análisis de los sucesos narrados en relación con posibles conductas delictivas, a partir de lo cual se pueden tomar diferentes decisiones: primero, decidir continuar con el proceso al tener indicios suficientes para adelantar una acusación ante un juez; segundo, archivar la denuncia por falta de elementos probatorios suficientes que permitan adelantar una investigación; o tercero, archivar la denuncia por considerar que en efecto no se configura una conducta que sea sancionable por la normatividad penal. Y cualquiera de estas decisiones debe ser notificada al denunciante.

Curiosamente, el primer escenario es el más excepcional de todos en contextos como el latinoamericano y esto se puede justificar en falencias propias de la presentación de la denuncia; la mayoría de las denuncias son archivadas por parte de quien analiza el contenido fáctico y jurídico en un momento preliminar⁸. Así, se generan en este punto, por lo menos, dos consecuencias negativas, a saber: los denunciantes no encuentran acceso pleno a la justicia por factores formales en la presentación de la denuncia y el ente acusador se enfrenta a un alto nivel de trabajo que se dificulta al analizar documentos con falencias estructurales⁹. En consecuencia, se puede analizar si en alguna de estas actividades humanas es posible vincular el uso de la inteligencia artificial para optimizar las actividades que se desarrollan, para lo cual es fundamental en un primer momento sistematizar estas actividades humanas en relación con la etapa y la actividad concreta que adelantan personas responsables en el proceso penal.

⁷ Sobre el particular se recomienda consultar: CORTEZ, Gaby. La debida motivación de la prueba indiciaria, relacionada con el principio de presunción de inocencia en Perú. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 59, p. 51-63, 2023. <https://doi.org/10.14482/dere.59.400.439>

⁸ En este artículo de investigación se pueden consultar algunas prácticas sobre la denuncia en el proceso penal: PASCUAL, Oliver. Mejores prácticas en los canales de denuncias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 2, p. 575-607, 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.823>

⁹ Sobre el particular se recomienda consultar: ORTÍZ, Horacio. Impunidad, corrupción y derechos humanos. *Perfiles latinoamericanos*, Ciudad de México, v. 29, n. 57, p. 167-194, 2021. <https://doi.org/10.18504/pl2957-007-2021>

TABLA 1. Actividades humanas de la etapa de acceso a la justicia

ETAPA	ACTIVIDAD	DESEMPEÑO	RESPONSABLE
ACCESO A LA JUSTICIA	PRESENTACIÓN DE DENUNCIA	Narrar de los sucesos presuntamente delictivos	Cualquier persona (incluye funcionarios públicos)
		Redactar sucesos jurídicamente relevantes	
		Adecuar el suceso a un delito presunto	
	ANÁLISIS DE LA DENUNCIA	Leer la denuncia escrita	Ente acusador o análogo
		Evaluar la pertinencia de los sucesos redactados	
		Determinar la adecuación típica de la conducta	
	DECISIÓN PRELIMINAR	Archivar la denuncia por falta de claridad en los sucesos para continuar la investigación	Ente acusador o análogo
		Archivar la denuncia por falta de adecuación típica de la conducta	
		Continuar la investigación	
		Notificar la decisión preliminar al denunciante	

Elaboración propia

Adviértase en este punto que, una vez adoptada la decisión preliminar por parte del ente acusador, o el operador jurídico análogo al cual la ley le haya confiado esta actividad, se podrá gestionar el conflicto solo de aquellas denuncias sobre las cuales se haya decidido continuar la investigación. Las denuncias archivadas pueden tomar dos vías: fortalecer la narración de sucesos para que una vez se tengan más elementos fácticos el ente acusador vuelva a analizar la denuncia para determinar si es posible adelantar la investigación; o, quizás, descartar de plano la posibilidad de acceder a la justicia por esta vía¹⁰. Por lo tanto, se estaría llamando a iniciar

¹⁰ Para profundizar sobre las variables a las que se enfrentan los operadores jurídicos se recomienda consultar: BRAGA, Fernando. Pensando a qualidade

nuevamente la etapa de acceso a la justicia, en una serie de actividades que pueden resultar redundantes si no se cuenta con el apoyo adecuado para cumplir estas funciones y es así cuando esta etapa aumenta sus niveles de congestión; estos procesos cíclicos son en sí mismos una falencia estructural. Evidenciado este asunto problemático, a continuación, se analizará la etapa excepcional de gestión del conflicto para aquellas denuncias adecuadamente construidas.

1.2. ACTIVIDADES HUMANAS PARA LA GESTIÓN DEL CONFLICTO

Una vez admitida la denuncia para ser gestionada, se debe considerar que los distintivos operadores jurídicos deben adelantar actividades humanas en el marco del proceso penal y están claramente delimitadas por la ley. Téngase en cuenta que cada sistema jurídico cuenta con sus propias particularidades, por lo cual aquí se hace una enunciación general que puede contextualizarse según la realidad de cada lector¹¹. Así, la primera actividad en torno a la gestión del conflicto estará en cabeza del ente acusador, o la autoridad análoga que determine la ley, para preparar la formulación de la acusación. Se debe tener en cuenta que la denuncia admitida no es en sí misma la acusación que se pueda presentar ante el juez, pues el ente acusador debe dotarla del rigor necesario para que el caso tenga vocación de prosperar. En este caso, se debe realizar en un primer momento la validación de los sucesos denunciados desde las pruebas aportadas. Esto significa que la información aportada debe ser revisada con detenimiento a través de estrategias como la triangulación de la información, la corroboración en campo, entre otras posibilidades.

Algunas de estas posibilidades exigen profundizar en la investigación, para lo cual se requiere adelantar un trabajo en campo

do juízo fático-probatório: um modelo de evolução baseado no aprendizado com erros. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 1213-1256, 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.900>

¹¹ Sobre la gestión del conflicto en el proceso penal se recomienda consultar este artículo: BERNAL, Narda. Resignificar la justicia penal: un análisis entre la práctica de Ecuador y México. *Boletín mexicano de derecho comparado*, Ciudad de México, v. 54, n. 162, p. 1-34, 2021. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17072>

para recaudar mayor material probatorio o confrontar el ya existente. Para estos efectos, el ente acusador cuenta con personal especializado, que incluye policía judicial, o quienes hagan sus veces, desde una actividad que requiere máxima atención para la garantía de los mínimos jurídicos exigidos para estas labores. Adviértase que aquí se incluyen actividades como interrogatorios a los involucrados, posibilidad de hacer acuerdos con el presunto culpable, vinculación de peritos, entre otras posibilidades que aseguren contar con suficiente acervo probatorio para tener un convencimiento en torno a lo que fue denunciado¹². Este convencimiento permite construir la teoría del caso, la cual es una hipótesis que el ente acusador pretende validar ante el juez para procurar tener un fallo según sus apreciaciones jurídicas; una teoría del caso fuerte es lo que permite una gestión judicial adecuada, optimizando los tiempos y evitando invertir recursos diversos en asuntos no relevantes para el derecho.

Una vez que el ente acusador construye la mencionada teoría del caso se realizan las diferentes audiencias del proceso penal, las cuales exigen que el ente acusador presente su construcción ante el juez y que los demás operadores jurídicos adelanten su actividad en torno a ello. Así, se esperaría que la defensa controvierta, en todo o en parte, la hipótesis formulada en relación con su defendido; las víctimas intervengan según los intereses y necesidades propios de cada situación; el ministerio público, cuando así lo contemple la ley, valide el cumplimiento de los mínimos constitucionales como los derechos humanos, que incluyen el debido proceso; entre otras actividades propias de cada proceso penal según el sistema jurídico del cual se trate¹³. No se descarta la posibilidad de solicitar medidas preventivas como la privación de la libertad del sujeto enjuiciado o la práctica de pruebas adicionales. Todo esto con un cumplimiento

¹² Algunos otros ejemplos de gestión del conflicto pueden ser consultados a continuación: VIDAURRI, Manuel. Derecho Penal Constitucional: Algunos apuntes para su caracterización. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, Guadalajara, v. 8, n. 23, p. 109-131, 2023. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v8i23.533>

¹³ Algunos otros ejemplos de gestión del conflicto pueden ser consultados a continuación: WALTER, Luisa. La necesidad de consentimiento del Ministerio Público para la aprobación de un acuerdo de culpabilidad firmado por la autoridad policial. *Revista Brasileña de Derecho Procesal Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 457-489, 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.718>

estricto de términos determinados por la ley, para el recto y leal ejercicio de la justicia procesal penal. Estas actividades pueden ser sistematizadas de manera genérica tal como se indica en Tabla 2 (actividades humanas de la etapa de gestión del conflicto).

TABLA 2. Actividades humanas de la etapa de gestión del conflicto

ETAPA	ACTIVIDAD	DESEMPEÑO	RESPONSABLE
GESTIÓN DEL CONFLICTO	FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN	Validar los sucesos denunciados desde las pruebas aportadas	Ente acusador o análogo
		Profundizar en la investigación, de ser necesario	
		Construir la teoría del caso	
	REALIZACIÓN DE AUDIENCIAS	Presentar el caso ante el juez competente	Ente acusador
		Controvertir el caso ante el juez	Defensa
		Intervenir según sus intereses y necesidades	Víctima(s)
		Solicitar medidas preventivas	Cualquier operador jurídico
		Validar cumplimiento de mínimos constitucionales	Ministerio Público
		Practicar pruebas adicionales	Autoridad judicial o análogo
		Cumplir tiempos legalmente establecidos	Cualquier operador jurídico

Elaboración propia

Se evidencia hasta este punto un conjunto de actividades adelantadas por los operadores jurídicos, las cuales desde la práctica exigen desempeños complejos que trascienden en gran medida los asuntos meramente de trámite analizados en la etapa de acceso a la justicia. En este punto se requieren actividades volitivas con un nivel de complejidad tal que variarán significativamente caso a caso, por lo cual la inclusión de la

inteligencia artificial debe ser considerada desde desarrollos tecnológicos igualmente sofisticados. Para ello se debe analizar qué actividad debe ser obligatoriamente desarrollada por el ser humano y cual requiere solamente su supervisión. Este análisis dependerá en última instancia de la etapa referente a la solución de la problemática, pues se requiere analizar aquello que se requiere para dictar sentencia y hacer un seguimiento concreto a las órdenes allí expresadas. Es por esto que la siguiente sección analizará las actividades humanas tendientes a solucionar la problemática gestionada desde el proceso penal.

1.3. ACTIVIDADES HUMANAS PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Una vez presentada la denuncia y gestionado procesalmente el enjuiciamiento penal, se debe dar una solución final al problema jurídico. Al ser un contexto jurisdiccional, la solución final estará contenido en una sentencia que profiere un juez y que puede tener diferentes contenidos jurídicos, según se trate de una sentencia absolutoria o condenatoria¹⁴. Cuando se trata de una sentencia absolutoria se deben garantizar las reivindicaciones que correspondan frente al sujeto procesado, pues no basta solo con declarar su inocencia, sino que se deberá indemnizar cualquier daño generado causalmente por una decisión injusta; tal es el caso de la medida preventiva de aseguramiento en centro carcelario, pues se deberá resarcir el daño por haber sido privado de la libertad sin merecerlo. Y así como este tipo de órdenes deberán ser incluidas en las sentencias absolutorias, lo mismo se esperará de las sentencias condenatorias. Pues se requiere tener certeza concreta de la condena, sea privativa de la libertad, indemnizatoria y/o resarcitoria. En estos casos se deberá considerar adicionalmente a la víctima y a los demás sujetos que requieran de una orden judicial para ver materializados los postulados de cada uno de los Estados donde se adelante el respectivo proceso.

¹⁴ Sobre el alcance y la calidad de las sentencias en el contexto procesal penal se recomienda revisar: FONSECA, Roberto. Calidad de las sentencias en el sistema penal acusatorio. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá D.C., v. 24, n. 2, p. 1-32, 2022. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.11333>

A partir de la adopción de estas sentencias se debe considerar la posibilidad de presentar y decidir los recursos que por ley correspondan, pues la solución final del problema jurídico solo estará satisfecha cuando la decisión quede en firme. Los recursos pueden ser ordinarios como la reposición o la apelación, pero también extraordinarios según cada sistema jurídico en particular¹⁵. Todos ellos buscan asegurar en el marco de la ley el cumplimiento de los derechos, deberes y fines para los cuales se estructura el derecho penal. Y una vez en firme, se debe proceder con los trámites a que haya lugar a favor o en contra de los sujetos procesales; hállese del enjuiciado, de las víctimas, del ente acusador, defensa, ministerio público o el que corresponda. De ahí que la solución del problema jurídico no finalizada en estricto sentido con la sentencia en firme, sino con su cumplimiento estricto. Se trata de una posibilidad que más allá del formalismo exige una interpretación disruptiva de la concepción tradicional del derecho penal.

Y como un aporte adicional, el cumplimiento requiere seguimiento a través del tiempo; no basta con tomar las decisiones por una única vez, sino que es necesario asegurar que se mantengan adecuadamente durante el tiempo que haya dispuesto la sentencia. Por lo mismo, la presentación de informes periódicos es fundamental, para efectos de asegurar en última instancia que se cumplen los efectos esperados para la pena impuesta o la absolución sentenciada. Es de anotar que cada sistema jurídico le otorga un fin distinto a la pena, entre los cuales se encuentra la resocialización del condenado, la reparación de la víctima, la erradicación del ilícito, el castigo conmutativo, entre otras muchas posibilidades acordadas por cada Estado en particular¹⁶. Siendo así, la solución del problema jurídico

¹⁵ Para profundizar en el tema de recursos propios del proceso penal se puede consultar: LEÓN, Constanza. El interés general como criterio diferenciador entre el recurso de casación en el fondo chileno y español. *Latin american legal studies*, Santiago, v. 11, n. 1, p. 107-148, 2023. <https://dx.doi.org/10.15691/0719-9112vol11n1a4>

¹⁶ Al respecto de los alcances del proceso penal en relación con las exigencias estructurales, consultar: HERNÁNDEZ, Norberto. Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia: In memoriam de Bernardo Gaitán Mahecha. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 1263-1298, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.734>

se da en la medida en que el fin de la pena sea satisfecho y en ese punto se evidencia que no basta solo con una sentencia, sino que se requiere del seguimiento de su cumplimiento. Estas actividades humanas son sistematizadas genéricamente a Tabla 3 (actividades humanas de la etapa de solución del problema jurídico).

TABLA 3. Actividades humanas de la etapa de solución del problema jurídico

ETAPA	ACTIVIDAD	DESEMPEÑO	RESPONSABLE
SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO	ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN	Proferir sentencia.	Juez.
		Presentar recursos contra la sentencia proferida.	Operador jurídico competente
		Decidir los recursos presentados.	Juez.
	CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN	Proceder a adelantar trámites administrativos a favor o en contra del sujeto absuelto o condenado.	Operador jurídico competente
		Adoptar medidas a favor de las víctimas, en caso de sentencia condenatoria.	
	SEGUIMIENTO A LA DECISIÓN	Presentar informes.	Operador jurídico competente
		Evaluar efectos en torno al fin de la pena.	

Elaboración propia

Se evidencian hasta este punto un conjunto de actividades humanas propias del proceso penal desde las etapas previas, concomitantes y posteriores, que incluyen la presentación de la denuncia, la gestión del conflicto y la solución final del problema jurídico. Se trata de una formulación genérica que tendrá alcances concretos desde cada Estado en particular, pero que en cualquiera de los casos ha llevado a un alto nivel de congestión no solo en el acceso, sino en la materialización misma de los fines del proceso penal. Por lo mismo, se procederá en la sección siguiente a analizar las posibilidades existentes para que esta congestión pueda ser superada con la vinculación de la inteligencia artificial actualmente en

desarrollo. No se trata de sustituir al ser humano en el proceso penal, sino asegurar que la inteligencia artificial se constituya en una herramienta de apoyo que pueda aportar significativamente a estos contextos judiciales. En este sentido, a continuación, se formularán una serie de alcances posibles de la inteligencia artificial, que, si bien pueden seguir siendo validados, se constituyen en un punto de partida importante para optimizar las actividades humanas que acaban de ser sistematizadas.

2. CLASIFICACIÓN POR NIVELES DE LOS DESEMPEÑOS HUMANOS EN EL PROCESO PENAL

Hasta este punto se han sistematizado de manera genérica las actividades humanas propias del proceso penal, según tres etapas que conllevan actualmente fenómenos de congestión que impiden el acceso, la gestión del conflicto y la solución de problemas jurídicos. Por lo mismo, mientras no se asegure una estrategia para superar la congestión de la justicia, será difícil que estas etapas logren materializar los fines establecidos por cada Estado para el derecho penal. Aunque las variables que generan la congestión en mención son múltiples, se puede analizar la posibilidad de fortalecer las actividades humanas con las tendencias en inteligencia artificial¹⁷. Sobre el particular se deben hacer un par de salvedades iniciales, a saber: no significa que se esté proponiendo que la justicia sea ejercida de manera exclusiva por la tecnología, sino que se propende por analizar cuál apoyo se puede generar en contextos concretos; y segundo, la inteligencia artificial es un concepto amplio que contiene en sí mismo diferentes ambigüedades, por lo cual se entenderá como la posibilidad de gestionar actividades que antes realizaba el ser humano con el uso de tecnologías programadas para generar desempeños concretos que pueden variar según el caso específico del cual se trate.

En este sentido, la inteligencia artificial debe ser entendida como una herramienta de apoyo para la actividad humana del proceso

¹⁷ Sobre los alcances de la inteligencia artificial aplicados al derecho procesal se recomienda revisar: RINCÓN, Erick. Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales. *Revista Direito GV*, Sao Paulo, v. 17, n. 1, p. 1-29, 2021. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202101>

penal y recaerá sobre aquellos desempeños específicos que pueden ser programados tecnológicamente. Esto implica que la inteligencia artificial tiene la posibilidad de tener una programación para desarrollar tareas que antes eran humanas, al tiempo que tomar decisiones según flujogramas de actuación que pueden variar según cada caso concreto. Para comprender con mayor precisión este alcance específico, los desempeños propios de la inteligencia humana y de la inteligencia artificial pueden ser establecidos en cuatro niveles: primero, los desempeños declarativos; segundo, los desempeños procedimentales; tercero, los desempeños esquemáticos; y cuarto, los desempeños estratégicos¹⁸. El hecho de hablar de niveles no significa que uno sea más importante que otro, sino del nivel de dificultad que implica según las exigencias de cada proceso penal en particular y que bien pueden implicar dependencia necesaria o no con la actividad del ser humano.

El primer nivel, referente a los desempeños declarativos, conlleva aquellos que exigen responder preguntas descriptivas, a saber: ¿quién(es)? ¿qué? ¿dónde? ¿cuál(es)? ¿cuándo? O ¿cuánto(s)? Se trata de desempeños fundamentales desde una perspectiva inicial del proceso, pues se requiere determinar, por ejemplo, quién es el sujeto que se procesará, qué delito se configuró presuntamente, dónde tuvieron lugar los sucesos, cuáles son las eventuales causales de exclusión, atenuación o agravación de la conducta, cuando ocurrió la situación o, incluso, cuántos son los sujetos implicados. Se trata de desempeños que, en sí mismos, permiten conocer información propia para impulsar la acción penal, sea fáctica o jurídica propiamente¹⁹. Y aunque este primer nivel contiene conocimientos fundamentales para cualquier actuación procesal, será difícil cumplir los fines de la actividad penal limitándose solo a dar estas respuestas

¹⁸ Los niveles de desempeño que aquí se plantean provienen de la teoría pedagógica y curricular, la cual se sistematiza aquí: PERILLA, Juan. Los niveles del conocimiento para el diseño curricular de las facultades de derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Santiago de Chile, v. 10, n. 1, p. 71-90, 2023. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2023.69799>

¹⁹ Sobre la definición aplicada de los conocimientos declarativos en contextos profesionales concretos, se recomienda revisar: BLANCO, Ángel. Gestión del conocimiento y agilidad corporativa; sistemas disciplinarios para el manejo de entornos volátiles. *Trascender, contabilidad y gestión*, Hermosillo, v. 8, n. 23, p. 116-136, 2023. <https://doi.org/10.36791/tcg.v8i23.215>

desde una perspectiva descriptiva; el proceso penal requiere activar más desempeños que solamente describir condiciones fácticas específicas o repetir contenidos normativos aplicables a cada caso.

En el caso de las actividades humanas formuladas en la primera parte de este artículo, es posible determinar que algunas muy concretas tienden a ubicarse en este nivel y esto se justifica en la medida en que se exige la descripción de información puntual que es necesaria para la acción penal. Así, por ejemplo, de la etapa referente al acceso a la justicia se puede considerar que la narración de los sucesos, su consecuente redacción fáctica y la adecuación preliminar al delito presunto responden en gran medida a posibles descripciones. Por su parte, en la etapa de gestión del conflicto, estos conocimientos declarativos se pueden evidenciar en el cumplimiento de los términos legalmente establecidos, dado que es información puntual que no se debate, sino que solo se acata Y finalmente, en la etapa de solución del problema jurídico se tiene la presentación de informes, pues contienen información puntual que solo describe el cumplimiento de una sentencia que requiere de un seguimiento riguroso. En este sentido, en Tabla 4, se encuentran los desempeños que según cada etapa pueden ser considerados de un primer nivel descriptivo.

TABLA 4. Desempeños del proceso penal del nivel declarativo

ETAPA	ACTIVIDAD	DESEMPEÑO
ACCESO A LA JUSTICIA	PRESENTACIÓN DE DENUNCIA	Narrar de los sucesos presuntamente delictivos
		Redactar sucesos jurídicamente relevantes
		Adeuar el suceso a un delito presunto
GESTIÓN DEL CONFLICTO	REALIZACIÓN DE AUDIENCIAS	Cumplir tiempos legalmente establecidos
SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO	SEGUIMIENTO DE LA DECISIÓN	Presentar informes.

Elaboración propia

Ahora bien, en un segundo lugar, aparece el nivel de los desempeños procedimentales, los cuales responden a la pregunta acerca del ¿cómo? Esto significa que una vez que los desempeños han alcanzado descripciones en el primer nivel, es posible aplicarlos a través de actividades prácticas que les otorguen operatividad en contexto²⁰. Así, por ejemplo, si el ente acusador cree tener información sobre quién es el sujeto presuntamente responsable de la comisión de un delito y cuenta con pruebas que así lo corroboren, necesitará saber cómo construir la teoría del caso, cómo presentar la acusación ante un juez o, tal vez, cómo adecuar la conducta a las exigencias tipificadas por la ley penal. Se trata, entonces, de uno de los principales desempeños esperables de la actividad de los operadores jurídicos en el proceso penal; mientras que el derecho sustancial podría satisfacerse en parte desde información del primer nivel, el derecho procesal requiere necesariamente la activación del segundo nivel para darle sentido práctico.

Es posible enmarcar en este nivel algunas otras actividades humanas del proceso penal que fueron enunciadas previamente, pues su labor es meramente operativa y requiere no solo describir, sino aplicar pasos concretos legalmente previstos. En la primera etapa referente al acceso a la justicia se tendrán como procedimentales aquellos desempeños que implican la lectura de la denuncia escrita y la notificación de las decisiones preliminares en torno a la activación de la acción penal. En la etapa de gestión del conflicto se considerarán todas aquellas actividades referentes a validación de sucesos, profundización en material probatorio y construcción de la teoría del caso desde cómo sucedió el presunto delito. Y finalmente, en la solución del problema jurídico se hace referencia al cumplimiento estricto de la decisión, pues solo se requiere saber cómo adoptar las órdenes dadas por el juez en la sentencia. Nótese que no se incluyen aquí actividades meramente descriptivas, ni tampoco aquellas que requieren construir esquemas argumentativos ni estrategias como

²⁰ Para profundizar en conocimientos procedimentales desde contextos profesionales prácticos se recomienda revisar: LANDAETA, Carlos. Innovación de Estrategias de Gestión en el Proceso Práctico Preprofesional. *Revista Tecnológica-Educativa Docentes 2.0*, Barquisimeto, v. 14, n. 1, p. 5-12, 2022. <https://doi.org/10.37843/rted.v14i1.292>

fin último. Así, en Tabla 5 se encuentra la lista sistematizada de los desempeños de segundo nivel.

TABLA 5. Desempeños del proceso penal del nivel procedimental

ETAPA	ACTIVIDAD	DESEMPEÑO
ACCESO A LA JUSTICIA	ANÁLISIS DE LA DENUNCIA	Leer la denuncia escrita
	DECISIÓN PRELIMINAR	Notificar la decisión preliminar al denunciante
GESTIÓN DEL CONFLICTO	FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN	Validar los sucesos denunciados desde las pruebas aportadas
		Profundizar en la investigación, de ser necesario
		Construir la teoría del caso
	REALIZACIÓN DE AUDIENCIAS	Practicar pruebas adicionales
SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO	CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN	Proceder a adelantar trámites administrativos a favor o en contra del sujeto absuelto o condenado.
		Adoptar medidas a favor de las víctimas, en caso de sentencia condenatoria.

Elaboración propia

Como un desempeño más complejo que hacer descripciones y seguir procedimientos, se encuentra el tercer nivel que contiene los asuntos esquemáticos. La construcción de esquemas se refiere a la pregunta de ¿por qué?, es decir, a los ejercicios de argumentación propiamente dicha. La argumentación se diferencia de la descripción y de los procedimientos, en la medida en que se requieren construir esquemas de razonamiento que vinculan diferentes proposiciones para persuadir acerca de un punto específico²¹; aquello de lo cual se quiere convencer es la proposición de la

²¹ Se puede ampliar la fundamentación de los conocimientos esquemáticos en esta investigación aplicada: RODRÍGUEZ, Angélica. Modelos argumentativos:

conclusión y aquello que sustenta la conclusión son las proposiciones de las premisas²². Un ejercicio argumentativo exige que los esquemas sean tan sólidos que resistan la posibilidad del cuestionamiento externo, lo cual es esperable de un proceso penal; los operadores jurídicos de esta área del derecho buscan convencer de su propia estructura argumentativa al juez y para ello se exige desvirtuar el esquema del razonamiento de los demás. Sin embargo, no es un asunto solo del ente acusador o de la defensa, puesto que todos los intervinientes en el proceso están llamados a presentar sus esquemas argumentativos en algún momento de la actividad judicial.

Siendo así, en la primera etapa referente al acceso a la justicia se tiene que el ente acusador requiere justificar la pertinencia de los sucesos de la denuncia, la adecuación a un tipo penal y su decisión en torno a la denuncia, dado que tanto el archivo como la continuación de la investigación deben ser debidamente sustentadas. En la segunda etapa de gestión del conflicto se tienen desempeños con un alto nivel argumentativo, pues para asegurar los propósitos de cada uno de los intervinientes se requiere estructurar razonamientos rigurosos tendientes a asegurar el convencimiento de los demás. En este sentido, son desempeños esquemáticos los que consisten en presentar el caso ante el juez, controvertirlo, intervenir para hacer aportes adicionales, solicitar medidas diversas y hasta validar el cumplimiento de mínimos constitucionales. Y finalmente, la tercera etapa referente a la solución del problema jurídico exige proferir sentencias debidamente motivadas, presentar recursos que controvertan los argumentos de la sentencia y decidir los recursos con fundamentaciones esquemáticas rigurosas²³. En Tabla 6 se incluyen sistematizados los desempeños del tercer nivel.

análisis tipológico para su aplicabilidad. *Revista Guillermo de Ockham*, Cali, v. 21, n. 2, p. 639-656, 2023. <https://doi.org/10.21500/22563202.5980>

²² Sobre la construcción de razonamientos esquemáticos con suficiente claridad para persuadir se recomienda revisar: ROZO, Diana. Uso de evidencias en el razonamiento argumentativo. *Revista Brasileira de Educação*, Río de Janeiro, v. 28, p. 1-29, 2023. <https://doi.org/10.1590/S1413-24782023280083>

²³ La relevancia de los conocimientos esquemáticos se pueden validar en esta investigación: GUIBOURG, Ricardo. Función y límites de la argumentación jurídica. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 19, p. 17-30, 2019. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1730>

TABLA 6. Desempeños del proceso penal del nivel esquemático

ETAPA	ACTIVIDAD	DESEMPEÑO
ACCESO A LA JUSTICIA	ANÁLISIS DE LA DENUNCIA	Evaluar la pertinencia de los sucesos redactados
		Determinar la adecuación típica de la conducta
	DECISIÓN PRELIMINAR	Archivar la denuncia por falta de claridad en los sucesos para continuar la investigación
		Archivar la denuncia por falta de adecuación típica de la conducta
		Continuar la investigación
GESTIÓN DEL CONFLICTO	REALIZACIÓN DE AUDIENCIAS	Presentar el caso ante el juez competente
		Controvertir el caso ante el juez
		Intervenir según sus intereses y necesidades
		Solicitar medidas preventivas
		Validar cumplimiento de mínimos constitucionales
SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO	ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN	Proferir sentencia.
		Presentar recursos contra la sentencia proferida.
		Decidir los recursos presentados.

Elaboración propia

Finalmente, y como último nivel de desempeños, se encuentra el alcance estratégico que responde a la pregunta acerca del ¿para qué? Se trata de una pregunta que se cuestiona sobre la utilidad de los desempeños que se adelantan, pues no solo describe lo que sucede, aplica los procedimientos o argumenta sus pretensiones, sino que se centra en preguntarse sobre el

sentido de todo aquello que se realiza²⁴. Muchos procesos son adelantados por los operadores jurídicos sin consciencia del sentido de utilidad que se tendría para un contexto concreto enmarcado en el Estado del cual se trate. Así, en ocasiones se presentan casos que despliegan todo el aparato judicial, pero que al fin de cuentas su relevancia o utilidad no justifican el desgaste institucional generado²⁵. Si se hubiese analizado el para qué desde antes de iniciar todo el proceso penal, quizás se hubiese concluido que era mejor dedicar esos esfuerzos a situaciones que en realidad ameritan tal despliegue institucional y que quizás pueden estar desatendidos por invertir los pocos recursos existentes en aquello que al fin de cuentas carece de pleno sentido desde los fines esperados para el proceso penal.

Resulta, entonces, relevante analizar que, dentro de las conductas propias del proceso penal, aquella referente a los asuntos estratégicos se ubica en la tercera etapa y se refiere a evaluar los efectos de lo actuado en torno al fin de la pena. Es cuestionable que tienda a ubicarse al final de todas las actividades, o que incluso no sea tenida en cuenta en algunas ocasiones, pues se trata de un asunto que debe establecerse desde los parámetros estatales que sean aplicables²⁶. Antes de presentar una denuncia, de decidir continuar con la investigación, de presentar la acusación o de proferir una sentencia, se requerirá determinar el sentido de utilidad que esto tiene para los propósitos del Estado del cual se trate; se debe establecer si todo el proceso penal, una vez llevado a cabo, asegura la resocialización, la reparación, la no repetición o cualquier otro fin adoptado en ese contexto en particular. Esto aseguraría no solo un derecho procesal penal útil, sino

²⁴ Al respecto de los conocimientos estratégicos se puede consultar esta investigación: TASAYCO, Abel. Gestión del Conocimiento en Organizaciones 4.0. *Horizontes Revista de Investigación en Ciencias de la Educación*, La Paz, v. 7, n. 27, p. 278-294, 2023. <https://doi.org/10.33996/revistahorizontes.v7i27.513>

²⁵ A continuación se incluye un ejemplo de la situación descrita: SEGURA, Romina. Inteligencia artificial y administración de justicia: desafíos derivados del contexto latinoamericano. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 58, p. 45-72, 2023. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2023.58.40601>

²⁶ Para contextualizar los fines de la pena como conocimiento estratégico se recomienda consultar la siguiente investigación a manera de ejemplo aplicado: CALLE, Melba. Dinámicas y tensiones entre los fines retributivos y los fines restaurativos de la pena en el modelo de justicia. *Revista Criminalidad*, Bogotá D.C., v. 64, n. 2, p. 143-159, 2022. <https://doi.org/10.47741/17943108.360>

también posiblemente descongestionado. Así, el desempeño del nivel estratégico se puede consultar gráficamente en Tabla 7.

TABLA 7. Desempeños del proceso penal del nivel estratégico

ETAPA	ACTIVIDAD	DESEMPEÑO
SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO	SEGUIMIENTO DE LA DECISIÓN	Evaluar efectos en torno al fin de la pena.

Elaboración propia

Se establece hasta este punto que las actividades humanas que se adelantan en el proceso penal pueden ser establecidas en cuatro niveles diferentes, los cuales dependen de los desempeños pretendidos; algunos desempeños serán descriptivos, procedimentales, esquemáticos o estratégicos. De esta clasificación se concluye que no todos los desempeños tienen el mismo nivel de complejidad, pero el hecho que el ser humano los adelante todos pueden representar una causa para la congestión de la justicia y la disminución de la calidad del desempeño; a mayor cobertura, menor calidad. Por lo tanto, esta clasificación por niveles del conocimiento puede llevar a proponer que algunos pueden ser realizados exclusivamente por herramientas tecnológicas mientras que otros necesitan de manera exclusiva la actividad humana. En consecuencia, se propone que entre más complejo sea el nivel se requiere mayor protagonismo humano, pero que entre más tienda el desempeño al primer nivel se podrán asignar mayores tareas a desarrollos tecnológicos de inteligencia artificial.

3. NIVELES DE DESEMPEÑO QUE PUEDEN SER ASUMIDOS POR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO PENAL

Hasta este punto se ha evidenciado que el proceso penal contiene un conjunto de desempeños asumidos por la actividad humana, los cuales responden a cuatro niveles diferentes. Estos niveles deben ser interpretados desde la complejidad del desempeño, para lo cual se interpretan desde preguntas específicas; algunas preguntas tienen respuestas más puntuales

o elementales que otras. Así, un primer nivel de desempeño se refiere a los asuntos descriptivos, los cuales declaran información concreta. El segundo nivel atiende a procedimientos, los cuales son establecidos expresamente por la ley en el proceso penal. Por su parte, el tercer nivel exige construir esquemas para vincular diferentes proposiciones con sentido en un argumento tendiente a convencer. Y el último nivel se refiere a la estrategia que le da sentido de utilidad a la actividad que se desarrolla en el proceso penal. Considerando estas diferencias, se propone que los primeros niveles sean asumidos por desarrollos tecnológicos de inteligencia artificial, mientras que los más complejos aseguren mayor protagonismo a la actividad humana²⁷.

En este sentido, se propone que los desempeños descriptivos de primer nivel sean asumidos por tecnologías propias de inteligencia artificial, las cuales se alimentan de información solicitada a las personas humanas²⁸. De manera específica, se sugiere la adopción de generadores de respuestas automáticas a través de información dada por los usuarios y ampliada según las necesidades que identifique el aplicativo²⁹. Así, por ejemplo, si una persona desea presentar una denuncia, debería responder preguntas concretas ante un aplicativo y ese aplicativo debería estar en la capacidad de consolidar la información para construir sucesos completos³⁰.

²⁷ Como un contexto general de la inteligencia artificial al servicio de la justicia se recomienda consultar: CORVALÁN, Juan. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades. Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 295-316, 2018. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55334>

²⁸ Como un marco hermenéutico para aplicar la inteligencia artificial en los procesos de la jurisdicción penal, se recomienda vincular la siguiente obra: LOHMANN, Anna. *Strafrecht im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz: Der Einfluss von autonomen Systemen und KI auf die tradierten strafrechtlichen Verantwortungsstrukturen*. Würzburg: Nomos, 2021.

²⁹ Sobre los generadores de respuestas automáticas mediados por inteligencia artificial se puede revisar: SICHE, Raúl. (2023). El modelo de lenguaje basado en inteligencia artificial sensible - ChatGPT. *Scientia Agropecuaria*, Trujillo, v. 14, n. 1, p. 111-116, 2023. <https://dx.doi.org/10.17268/sci.agropecu.2023.010>

³⁰ Téngase como lineamientos para acoger la inteligencia artificial en el derecho los postulados planteados en esta obra: BARONA, Silvia. *Algoritmización del Derecho y de la Justicia: De la inteligencia artificial a la Smart Justice*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2021.

A partir de la información entregada, el mismo generador de respuestas automáticas podría solicitar más información en caso de considerar, según su programación, que existe información incompleta, ambigua o insuficiente³¹. Y finalmente, a partir de una comparación con los verbos rectores de las normas, podría también generar adecuaciones típicas; se trata de actuaciones generalmente silogísticas que puede encontrar patrones y coincidencias con mucha mayor agilidad que la gestión humana.

Además de los desempeños propios de la primera etapa referente al acceso a la justicia, en las etapas de gestión del conflicto y de solución del problema jurídico se podría vincular, igualmente, la inteligencia artificial desde desarrollos específicos. Así, este tipo de desarrollos podrían atender el cumplimiento de términos y la elaboración de informes, generando alertas, posibilidades de acción y solicitud de información concreta³². Lo que se necesitaría es entregar al aplicativo toda la información referente a los tiempos que se deben cumplir en un proceso penal, la información relevante que se debe tener en cuenta para generar un informe y aquellas órdenes que necesitan especial atención desde la perspectiva judicial; desde un aporte de información riguroso, el rol de la inteligencia artificial desde preguntas meramente descriptivas aseguraría optimizar tiempos y recursos en labores puntuales que pueden demandar un trabajo humano que puede ser totalmente reemplazado³³.

Diferente sucede con los desempeños procedimentales, los cuales no pueden ser totalmente reemplazados sino proyectados para revisión. Esto se justifica al considerar que los desempeños procedimentales deben

³¹ Para comprender las interacciones con los generadores de respuestas automáticas es posible consultar: CRUZ, Gustavo. Capacidad de aprendizaje y razonamiento de ChatGPT. *Colombian Journal of Anesthesiology*, Bogotá D.C., v. 52, n. 1, p. 3-12, 2023. <https://doi.org/10.5554/22562087.e1092>

³² Sobre las oportunidades en torno a la inteligencia artificial generativa se recomienda consultar: LOPEZOSA, Carlos. La Inteligencia artificial generativa en la comunicación científica: retos y oportunidades. *Revista de investigación e innovación en ciencias de la salud*, Medellín, v. 5, n. 1, p. 1-5, 2023. <https://doi.org/10.46634/riics.211>

³³ Este tipo de actividades realizadas por la inteligencia artificial pueden ser profundizadas en esta investigación: AVARO, Dante. La industria de la inteligencia artificial: una carrera por su liderazgo. *Problemas del desarrollo*, Ciudad de México, v. 54, n. 212, p. 105-127, 2023. <https://doi.org/10.22201/iiec.20078951e.2023.212.69959>

cumplir reglas legalmente establecidas de manera expresa, por lo cual se podría programar un desarrollo tecnológico para que cumpla en detalle etapas organizadas con relaciones causales, secuenciales y condicionadas³⁴. Una vez que el aplicativo desarrollado tenga proyectado cómo aplicar el procedimiento, se podría presentar ante un operador jurídico humano que valide si se cumple o no lo esperado por la ley, evitando que tenga que estructurar el desempeño sin base alguna, sino que ya tenga un avance suficiente para una tarea reglada. Así, por ejemplo, un aplicativo podría vincular la información que tiene para proponer la teoría del caso, la cual sería analizada por el ente acusador desde sus conocimientos y podría generar ajustes según su criterio jurídico³⁵; se sugiere mucho más pertinente empezar a trabajar con fundamento en un avance, que iniciar desde un punto vacío.

Siendo así, los desarrollos de inteligencia artificial podrían asumir en su totalidad los desempeños declarativos y proyectar para revisión los procedimentales. No obstante, sería un tanto diferente para los desempeños esquemáticos, dado que los aplicativos de inteligencia artificial estarían en la capacidad de otorgar insumos para que el ser humano sea el que en últimas construya su argumento. Así, por ejemplo, a medida que un juez estructura su sentencia podría solicitarle a un aplicativo que le aporte un suceso concreto, una prueba específica o una norma jurídica concreta que se refiera a un caso igual o análogo³⁶. Con fundamento en esta información descriptiva o procedimental, el juez tendría la posibilidad de estructurar su decisión desde el contenido, más no centrar solo sus esfuerzos en los asuntos de contexto; si el juez enfoca sus esfuerzos en tomar una decisión

³⁴ Puede consultarse ejemplos de este tipo de desarrollos en esta reciente investigación: DÍAZ, Diego. Inteligencia artificial, aplicaciones y desafíos en la educación basada en simulación. *Colombian Journal of Anesthesiology*, Bogotá D.C., v. 52, n. 1., p. 23-45, 2023. <https://doi.org/10.5554/22562087.e1085>

³⁵ Ejemplos sobre la aplicación de la inteligencia artificial en el contexto jurídico se encuentran en esta investigación: JALÓN, Edmundo. Las limitaciones de la aplicación de la inteligencia artificial al derecho y el futuro de la educación jurídica. *Revista Conrado*, Cienfuegos, v. 17, n. 83, p. 439-450, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.734>

³⁶ Este tipo de situaciones en las que prevalece la actividad humana sobre la inteligencia artificial son evidenciadas en la siguiente investigación: ALMONACID, Juan. Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado. *Revista de Derecho Privado*, n. 38, p. 119-142, 2020. <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.05>

ajustada a derecho y los insumos de la decisión pueden ser entregados por la inteligencia artificial, el operador jurídico podrá dedicar mayores esfuerzos en el análisis de fondo.

Toda esta optimización de tiempos y recursos en los tres primeros niveles podrían permitir que los operadores jurídicos fortalezcan sus desempeños estratégicos de último nivel; los operadores jurídicos podrán centrar sus esfuerzos en analizar el sentido de utilidad de su trabajo no solo al finalizar el proceso sino de forma transversal a él. Por lo mismo, los operadores jurídicos tendrían la oportunidad de analizar si con su labor se cumplen los propósitos previstos para el derecho procesal penal en general y para la pena en particular, tomando decisiones sobre la manera y forma en que se deberá o no gestionar determinado caso. Darle sentido de utilidad a las actuaciones permite que el proceso penal logre tener un sentido dúctil, más allá de un mero conjunto de formalidades³⁷. En últimas, los cuatro niveles de desempeño se complementarían de forma dinámica para que el proceso penal cumpla sus propósitos superiores, dando prevalencia a la actividad humana en la medida en que la complejidad de la situación lo amerite y asignando tareas automatizadas a la inteligencia artificial.

Nótese cómo la inteligencia artificial no colisiona con la actividad humana, sino que se complementan. Y esto se evidencia al considerar que al interior de cada uno de los niveles de desempeño se configuran una serie de roles, a saber: primero, el rol de la fuente de información, es decir, aquella de donde surge aquel material fáctico o jurídico para actuar procesalmente; segundo, el responsable directo de gestionar esta información desde desempeños específicos; tercero, aquel sujeto que validaría la gestión de la información desde criterios jurídicos contextualizados a realidades concretas; y cuarto, aquel que estaría llamado a generar el resultado final del desempeño. Adviértase que es una relación dinámica, es decir, pueden existir variaciones según la realidad del caso que se analice. Sin embargo, sí constituye un criterio orientador desde una naturaleza enunciativa de roles concretos al interior de los niveles de conocimiento, según se plantea en Tabla 8.

³⁷ Sobre el particular se puede consultar: PINEDA, Jeison. Garantías procesales en la aplicación de la inteligencia artificial y el Big Data en el estándar de la prueba penal. *Revista CES Derecho*, Medellín, v. 12, n. 1, p. 108-125, 2021. <https://doi.org/10.21615/cesder.12.1.6>

TABLA 8. Roles según los niveles de desempeño

NIVEL DE DESEMPEÑO	FUENTE DE INFORMACIÓN	GESTOR DEL DESEMPEÑO	VALIDACIÓN	RESULTADO FINAL
Primero: DECLARATIVO.	ACTIVIDAD HUMANA	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Segundo: PROCEDIMENTAL.	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
Tercero: ESQUEMÁTICO.	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
Cuarto: ESTRATÉGICO	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA

Elaboración propia

Esto significa que el primer nivel exige que el ser humano aporte información puntual para que sea la inteligencia artificial aquella que la gestione, la valide y genere un resultado final desde la programación declarativa a ella presentada. Este resultado final generado en el primer nivel por la inteligencia artificial se constituye en la fuente de información del segundo nivel, de tal manera que a partir de este insumo es posible proyectar un posible desempeño. El desempeño procedimental proyectado es validado por la actividad humana y, en consecuencia, asegura la obtención del resultado final. Una vez se tiene el resultado final, la inteligencia artificial lo acoge como fuente de información del tercer nivel, para que la actividad humana sea aquella que lo gestione, lo valide y lo construya. Y con fundamento en todos estos desempeños, será posible adelantar una actividad meramente humana en el nivel estratégico clasificado como cuarto. Se sugiere un proceso cíclico, porque el primer nivel inicia con la actividad humana y el cuarto finaliza de la misma manera; se consolida de esta forma la inteligencia artificial como un medio que parte de un punto humano y finaliza en un contexto igualmente humano. En este sentido, la Tabla 9 contiene la que sería una proyección para conjugar la actividad humana con la inteligencia artificial en el proceso penal.

TABLA 9. Las actividades del proceso penal según desempeños de la actividad humana y la inteligencia artificial

ETAPA	ACTIVIDAD	DESEMPEÑO	FUENTE DE INFORMACIÓN	GESTOR DEL DESEMPEÑO	VALIDACIÓN	RESULTADO FINAL
ACCESO A LA JUSTICIA	PRESENTACIÓN DE DENUNCIA	Redactar sucesos jurídicamente relevantes	ACTIVIDAD HUMANA	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL
		Adecuar el suceso a un delito presunto	ACTIVIDAD HUMANA	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL
	ANÁLISIS DE LA DENUNCIA	Estudiar la denuncia escrita	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Evaluar la pertinencia de los sucesos redactados	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Determinar la adecuación típica de la conducta	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
	DECISIÓN PRELIMINAR	Archivar la denuncia por falta de claridad en los sucesos para continuar la investigación	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Archivar la denuncia por falta de adecuación típica de la conducta	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Continuar la investigación	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Notificar la decisión preliminar al denunciante	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA

ETAPA	ACTIVIDAD	DESEMPEÑO	FUENTE DE INFORMACIÓN	GESTOR DEL DESEMPEÑO	VALIDACIÓN	RESULTADO FINAL
GESTIÓN DEL CONFLICTO	FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN	Validar los sucesos denunciados desde las pruebas aportadas	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Profundizar en la investigación, de ser necesario	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Construir la teoría del caso	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
	REALIZACIÓN DE AUDIENCIAS	Presentar el caso ante el juez competente	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Controvertir el caso ante el juez	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Intervenir según sus intereses y necesidades	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Solicitar medidas preventivas	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Validar cumplimiento de mínimos constitucionales	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Practicar pruebas adicionales	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Cumplir tiempos legalmente establecidos	ACTIVIDAD HUMANA	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL

ETAPA	ACTIVIDAD	DESEMPEÑO	FUENTE DE INFORMACIÓN	GESTOR DEL DESEMPEÑO	VALIDACIÓN	RESULTADO FINAL
SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO	ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN	Proferir sentencia.	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Presentar recursos contra la sentencia proferida.	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Decidir los recursos presentados.	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
	CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN	Proceder a adelantar trámites administrativos a favor o en contra del sujeto absuelto o condenado.	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
		Adoptar medidas a favor de las víctimas, en caso de sentencia condenatoria.	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA
	SEGUIMIENTO A LA DECISIÓN	Presentar informes.	ACTIVIDAD HUMANA	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL	INTELIGENCIA ARTIFICIAL
		Evaluar efectos en torno al fin de la pena.	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA	ACTIVIDAD HUMANA

Elaboración propia

Se trata de una formulación enunciativa que bien puede orientar la posterior programación de aplicativos tecnológicos adscritos a la inteligencia artificial, teniendo en cuenta la posibilidad de hacer ajustes según el contexto desde el cual se haga el ejercicio hermenéutico de la propuesta. Por lo pronto, se evidencia que la inteligencia artificial

se constituye en un apoyo importante para las actividades del proceso penal que inicialmente eran desarrolladas en su totalidad por la actividad humana. Si se planteara un dato cuantitativo, se tendría del cien por ciento de las actividades, la inteligencia artificial serviría de apoyo en un cuarenta por ciento y la actividad humana conservaría un protagonismo aproximado del sesenta por ciento; se reduciría en casi la mitad la carga que deben asumir los operadores jurídicos actualmente. Esto puede representar un reto significativo, no solo porque optimizaría tiempos y recursos, sino porque representa una oportunidad valiosa para descongestionar la justicia y aportar al fortalecimiento estructural de los apartamentos estatales.

Es de esta forma que se evidencia que las actividades del proceso penal pueden ser catalogadas en tres etapas: una del acceso, otra de la gestión del conflicto y otra referente a la solución del problema jurídico. Cada una de estas etapas tiene una serie de actividades y desempeños, los cuales pueden ser clasificados en niveles según se trate de descripciones, procedimientos, argumentos o estrategias. Estos niveles se pueden entender a través de preguntas, las cuales fijan desempeños con diferentes grados de complejidad. Aquellos desempeños con complejidades menores pueden ser asumidos por la inteligencia artificial programada por la actividad humana, mientras que las complejidades mayores seguirán siendo asumidas por los operadores jurídicos. Se trata de una propuesta que puede reducir casi a la mitad las actividades desarrolladas por el ser humano, aportando no solo a la descongestión sino a la transformación estructural de la administración de justicia. Se trata de una propuesta enunciativa que requiere ser discutida desde y para realidades concretas, pues el reto consiste en darle sentido de utilidad en contextos específicos.

CONCLUSIONES

El derecho penal cuenta con alcances sustanciales y procesales que se complementan armónicamente para cumplir los fines de cada uno de los Estados. Así, el derecho sustancial otorga contenido al derecho procesal y el derecho procesal asegura la materialización del sustancial

en situaciones concretas. Y este comportamiento armónico asegura la posibilidad de responder estructuralmente a los compromisos que el diseño institucional plantea para cada conglomerado social; las normas en sí mismas no cumplen su fin, mientras no sea posible materializarlas en contextos específicos. Sin embargo, desde una perspectiva general y enunciativa, se puede afirmar que el derecho penal no siempre cumple sus propósitos, dado que hay marcados límites en el acceso a la justicia, la gestión del conflicto y la solución definitiva de los problemas jurídicos; la realidad demuestra que la justicia puede estar disponible, pero por múltiples razones evade la responsabilidad para la cual fue implementada. Aunque se trata de un fenómeno multicausal, se pueden identificar como posibilidades de explicación la congestión judicial, relacionada con una alta carga de desempeños a la actividad humana.

Esto se justifica al considerar que, en el contexto actual visto desde un criterio generalizado, las actividades del proceso penal son asumidas en su totalidad por el desempeño humano. En la etapa del acceso a la justicia se encuentran las actividades que hacen referencia a la presentación de la denuncia, el análisis de la denuncia y las decisiones preliminares sobre su archivo o investigación. Por su parte, en la etapa de gestión del conflicto se encuentran las actividades propias de la formulación de la acusación y la realización de audiencias. Y en la tercera etapa se encuentran las actividades de la adopción, el cumplimiento y el seguimiento de la decisión. En cada una de estas actividades hay desempeños concretos, que en conjunto aportan a surtir una serie de pasos para que el proceso penal cumpla con las disposiciones legales que le son aplicables; de forma enunciativa esos desempeños incluyen desde la narración de los sucesos en un primer momento de la denuncia, hasta la evaluación que se debe hacer de una decisión en relación con los fines de la pena que persigue cada uno de los Estados.

Ahora bien, cada uno de esos desempeños pueden ser clasificados en cuatro niveles y esto depende en gran medida de la pregunta que se responda en cada situación. El primer nivel se refiere a los desempeños declarativos, es decir, aquellos que describen desde preguntas como ¿quién(es)? ¿qué? ¿dónde? ¿cuál(es)? ¿cuándo? O ¿cuánto(s)? La descripción es un ejercicio puntual que tiene como fundamento elementos fácticos y jurídicos. El segundo nivel corresponde a los desempeños

procedimentales, los cuales responden a la pregunta acerca del ¿cómo? Estos desempeños tienden a seguir rigurosamente una serie de etapas legalmente establecidas, para la garantía de mandatos superiores como el debido proceso. En un tercer lugar está el nivel esquemático que adopta la pregunta de ¿por qué?, el cual se refiere a desempeños argumentativos que implican la construcción de estructuras del razonamiento para persuadir. Y finalmente se encuentra el nivel estratégico, que desde un cuarto lugar propone la necesidad de evaluar la actuación de cada operador jurídico desde la pregunta de ¿para qué? Se da con este nivel sentido de utilidad a los desempeños, como una forma de consolidar estrategias.

Aunque ninguno de los niveles es mejor que otro, sí representan diferentes complejidades que permiten en última instancia analizar cuáles pueden ser asumidos por la inteligencia artificial y cuáles deben continuar siendo gestionados por la actividad humana. En esta medida se propone que los conocimientos descriptivos tengan una mayor vinculación de la inteligencia artificial, mientras que los niveles más cercanos al estratégico sean netamente humanos. Esto implica que, en el primer nivel, el ser humano solo otorga información para que sea la inteligencia artificial aquella que adelante el desempeño, lo valide y otorgue un resultado final. En cuanto al procedimiento, la inteligencia artificial puede ser fuente de información para proyectar desempeños, pero la validación y decisión final depende de la actividad humana. En el tercer nivel la inteligencia artificial se ubica como fuente de información, para que la actividad humana gestione, valide y genere el resultado final. Y en el cuarto nivel, toda la actividad es adelantada por la actividad humana.

Se evidencia de esta manera que el desempeño en el proceso penal es cíclico, de tal manera que inicia con el aporte humano y termina con la actividad humana. Por lo tanto, las tecnologías que desarrollan inteligencia artificial se constituyen en un medio que permite llegar a un fin netamente humano; en últimas, la apuesta que reside tras el derecho penal es humana más que artificial. Se constituye de esta forma una coexistencia entre la labor humana y la inteligencia artificial en el proceso penal, que al ser cuantificada sería asumida en un aproximado sesenta por ciento por la actividad humana y un aproximado de cuarenta por ciento por la inteligencia artificial. El hecho de adoptar la inteligencia artificial en casi la mitad permite que el ser humano centre su actividad

en asuntos de fondo más que de forma y aporte eventualmente a la descongestión de justicia a través de la adopción de la tecnología en un proceso marcadamente humano en este momento actual.

Esto permite aceptar la hipótesis formulada para la presente investigación, dado que la inteligencia artificial delimitada desde alcances declarativos y procedimentales concretos tiene la posibilidad de optimizar el tiempo para que los operadores jurídicos se centren en los debates esquemáticos y estratégicos, sin ser reemplazos en la toma de decisiones sustanciales. Esto significa que, desde la delimitación de la inteligencia artificial, se constituye en un complemento de la actividad humana, pero en ningún caso en su reemplazo en el proceso judicial. Se trata de una hipótesis multidimensional que, desde un enfoque hermenéutico crítico, permitió responder a la pregunta de investigación y alcanzar el objetivo general con métodos cualitativos de investigación basados en revisión documental como principal fuente de información. De esta manera, queda formulada una propuesta para la adopción de la inteligencia artificial en el proceso penal, la cual espera por seguir siendo validada desde y para realidades concretas; se trata de un reto que desde la realidad global actual está llamada a ser estudiada, no solo para fortalecer estructuralmente la institucionalidad sino para materializar los fines que cada uno de los Estados pretende alcanzar a través del derecho penal.

REFERENCIAS

ALMONACID, Juan. Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado. *Revista de Derecho Privado*, n. 38, p. 119-142, 2020. <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.05>

ARIZA, Libardo. Constitución y cárcel: la judicialización del mundo penitenciario. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 630-660, 2019. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39501>

ARRIETA, Enán. La responsabilidad del Estado colombiano frente a la emergencia carcelaria y penitenciaria por la COVID-19. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, v. 51, n. 134, p. 177-211, 2021. <https://doi.org/10.18566rfdcp.v51n134.a08>

AVARO, Dante. La industria de la inteligencia artificial: una carrera por su liderazgo. *Problemas del desarrollo*, Ciudad de México, v. 54, n. 212, p. 105-127, 2023. <https://doi.org/10.22201/iiec.20078951e.2023.212.69959>

BARONA, Silvia. *Algoritmización del Derecho y de la Justicia: De la inteligencia artificial a la Smart Justice*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2021.

BERNAL, Narda. Resignificar la justicia penal: un análisis entre la práctica de Ecuador y México. *Boletín mexicano de derecho comparado*, Ciudad de México, v. 54, n. 162, p. 1-34, 2021. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2021.162.17072>

BLANCO, Ángel. Gestión del conocimiento y agilidad corporativa; sistemas disciplinarios para el manejo de entornos volátiles. *Trascender, contabilidad y gestión*, Hermosillo, v. 8, n. 23, p. 116-136, 2023. <https://doi.org/10.36791/tcg.v8i23.215>

BRAGA, Fernando. Pensando a qualidade do juízo fático-probatório: um modelo de evolução baseado no aprendizado com erros. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 1213-1256, 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.900>

CALLE, Melba. Dinámicas y tensiones entre los fines retributivos y los fines restaurativos de la pena en el modelo de justicia. *Revista Criminalidad*, Bogotá D.C., v. 64, n. 2, p. 143-159, 2022. <https://doi.org/10.47741/17943108.360>

DÍAZ, Diego. Inteligencia artificial, aplicaciones y desafíos en la educación basada en simulación. *Colombian Journal of Anesthesiology*, Bogotá D.C., v. 52, n. 1., p. 23-45, 2023. <https://doi.org/10.5554/22562087.e1085>

CISTERNAS, Luciano. ¿La denuncia de un delito inexistente como obstrucción grave a la investigación? Dos problemas en la praxis judicial. *Política criminal*, Santiago, v. 16, n. 32, p. 846-874, 2021. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992021000200846>

CORTEZ, Gaby. La debida motivación de la prueba indiciaria, relacionada con el principio de presunción de inocencia en Perú. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 59, p. 51-63, 2023. <https://doi.org/10.14482/dere.59.400.439>

CORVALÁN, Juan. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades. Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 295-316, 2018. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55334>

CRUZ, Gustavo. Capacidad de aprendizaje y razonamiento de ChatGPT. *Colombian Journal of Anesthesiology*, Bogotá D.C., v. 52, n. 1, p. 3-12, 2023. <https://doi.org/10.5554/22562087.e1092>

DORIA, Teddy. El acceso a la administración de justicia y a la defensoría pública en el posconflicto. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 60, 2023. <https://doi.org/10.14482/dere.60.519.516>

FONSECA, Roberto. Calidad de las sentencias en el sistema penal acusatorio. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá D.C., v. 24, n. 2, p. 1-32, 2022. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.11333>

GUIBOURG, Ricardo. Función y límites de la argumentación jurídica. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 19, p. 17-30, 2019. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1730>

HERNÁNDEZ, Norberto. Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia: In memoriam de Bernardo Gaitán Mahecha. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 1263-1298, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.734>

JALÓN, Edmundo. Las limitaciones de la aplicación de la inteligencia artificial al derecho y el futuro de la educación jurídica. *Revista Conrado*, Cienfuegos, v. 17, n. 83, p. 439-450, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.734>

LANDAETA, Carlos. Innovación de Estrategias de Gestión en el Proceso Práctico Preprofesional. *Revista Tecnológica-Educativa Docentes 2.0*, Barquisimeto, v. 14, n. 1, p. 5-12, 2022. <https://doi.org/10.37843/rted.v14i1.292>

LEÓN, Constanza. El interés general como criterio diferenciador entre el recurso de casación en el fondo chileno y español. *Latin american legal studies*, Santiago, v. 11, n. 1, p. 107-148, 2023. <https://dx.doi.org/10.15691/0719-9112vol11n1a4>

LOHMANN, Anna. *Strafrecht im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz: Der Einfluss von autonomen Systemen und KI auf die tradierten strafrechtlichen Verantwortungsstrukturen*. Würzburg: Nomos, 2021.

LOPEZOSA, Carlos. La Inteligencia artificial generativa en la comunicación científica: retos y oportunidades. *Revista de investigación e innovación en ciencias de la salud*, Medellín, v. 5, n. 1, p. 1-5, 2023. <https://doi.org/10.46634/riics.211>

ORTÍZ, Horacio. Impunidad, corrupción y derechos humanos. *Perfiles latinoamericanos*, Ciudad de México, v. 29, n. 57, p. 167-194, 2021. <https://doi.org/10.18504/pl2957-007-2021>

PASCUAL, Oliver. Mejores prácticas en los canales de denuncias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 2, p. 575-607, 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.823>

PERILLA, Juan. Los niveles del conocimiento para el diseño curricular de las facultades de derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Santiago de Chile, v. 10, n. 1, p. 71-90, 2023. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2023.69799>

PINEDA, Jeison. Garantías procesales en la aplicación de la inteligencia artificial y el Big Data en el estándar de la prueba penal. *Revista CES Derecho*, Medellín, v. 12, n. 1, p. 108-125, 2021. <https://doi.org/10.21615/cesder.12.1.6>

RINCÓN, Erick. Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales. *Revista Direito GV*, Sao Paulo, v. 17, n. 1, p. 1-29, 2021. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202101>

RODRÍGUEZ, Angélica. Modelos argumentativos: análisis tipológico para su aplicabilidad. *Revista Guillermo de Ockham*, Cali, v. 21, n. 2, p. 639-656, 2023. <https://doi.org/10.21500/22563202.5980>

ROZO, Diana. Uso de evidencias en el razonamiento argumentativo. *Revista Brasileira de Educação*, Río de Janeiro, v. 28, p. 1-29, 2023. <https://doi.org/10.1590/S1413-24782023280083>

SEGURA, Romina. Inteligencia artificial y administración de justicia: desafíos derivados del contexto latinoamericano. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 58, p. 45-72, 2023. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2023.58.40601>

SICHE, Raúl. (2023). El modelo de lenguaje basado en inteligencia artificial sensible - ChatGPT. *Scientia Agropecuaria*, Trujillo, v. 14, n. 1, p. 111-116, 2023. <https://dx.doi.org/10.17268/sci.agropecu.2023.010>

TASAYCO, Abel. Gestión del Conocimiento en Organizaciones 4.0. *Horizontes Revista de Investigación en Ciencias de la Educación*, La Paz, v. 7, n. 27, p. 278-294, 2023. <https://doi.org/10.33996/revistahorizontes.v7i27.513>

VALENCIA, Germán. Incidencia de la violencia y la criminalidad en la calidad de la democracia en América Latina. *Estudios Políticos*, Medellín, n. 66, p. 9-26, 2023. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n66a01>

VIDAURRI, Manuel. Derecho Penal Constitucional: Algunos apuntes para su caracterización. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, Guadalajara, v. 8, n. 23, p. 109-131, 2023. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v8i23.533>

WALTER, Luisa. La necesidad de consentimiento del Ministerio Público para la aprobación de un acuerdo de culpabilidad firmado por la autoridad policial. *Revista Brasileira de Derecho Procesal Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 457-489, 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.718>

Authorship information

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados. Doctor en Derecho, magíster en Educación y en Derecho Privado, especialista y abogado de la Universidad de los Andes. Es Investigador Senior acreditado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Se ha desempeñado como decano, director de programas y asesor. Profesor de la Universidad Tecnológica de Bolívar, Cartagena, Colombia. jperilla@utb.edu.co

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Este artículo es resultado de los procesos de producción de nuevo conocimiento desarrollados en el marco del grupo de investigación en Justicia Global (COL0180717) de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar (Cartagena – Colombia).

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 17/03/2024
 - Desk review and plagiarism check: 30/03/2024
 - Review 1: 10/04/2024
 - Review 2: 15/04/2024
 - Review 3: 17/04/2024
 - Preliminary editorial decision: 11/05/2024
 - Correction round return: 12/05/2024
 - Final editorial decision: 02/06/2024
- Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Associated-editor: 1 (SL)
 - Reviewers: 3
-

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PERILLA GRANADOS, Juan Sebastian A. El proceso penal mediado por inteligencia artificial. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e988, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.988>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Breves apuntes sobre digitalización del proceso penal español a la luz de la reciente reforma

Brief papers on digitalization of Spanish criminal procedure in the light of the recent reform

Andrea Planchadell-Gargallo¹

Universitat Jaume I, Castellón, España

planchad@uji.es

 <https://orcid.org/0000-0002-0448-0326>

RESUMIO: El pasado 6 de diciembre de 2023, en España se aprobó el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Entre otras cuestiones, dicha norma supone el último intento del legislador español de digitalización de la Administración de Justicia. El objetivo de esta contribución es describir

¹ Catedrática de Derecho Procesal de la Universitat Jaume I desde 2019. Se doctoró por la Universidad Jaume I de Castellón en 1997, con una Tesis sobre “El derecho fundamental a ser informado de la acusación”. Posee el título de máster en mediación por la UNED. Ha ampliado estudios durante más de tres años en Alemania, Italia y Estados Unidos, habiendo sido becaria de instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras. Es docente invitada en diversas universidades en Latinoamérica y Estados Unidos y consultora internacional para reformas procesales en España y Latinoamérica. Con 23 proyectos de investigación (9 de ellos como investigadora principal) y 10 contratos con empresas, es autora de 9 monografías (3 de ellas en coautoría), 30 artículos publicados en revistas científicas de impacto, más de 100 capítulos de libro y colabora en los comentarios jurisprudenciales en la Revista de Derecho y Proceso Penal. Se le han reconocido tres sexenios de investigación y uno de transferencia. Es Vocal permanente de Comisión General de Codificación. Entre los premios y menciones, destacan la obtención del premio a la Excelencia Docente Universitaria del Consejo Social de la Universidad Jaume I de Castellón (2015) y, la concesión de la Cruz Distinguida de 1ª Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort por el Ministerio de Justicia (junio de 2022).

los aspectos más importantes de dicha reforma, con una breve mención a su repercusión en el proceso penal, sus principios y garantías.

PALABRAS-CHAVE: Digitalización; Proceso penal español; Principios del proceso.

ABSTRACT: *On 6 December 2023, Spain passed the Real Decreto-ley 6/2023, of 19 December, approving urgent measures for the implementation of the Recovery, Transformation and Resilience Plan for the public service of justice, the civil service, the local system and patronage. This regulation is the latest attempt by the Spanish legislator to digitalize the Administration of Justice. The aim of this contribution is to describe the most significant aspects of this reform, with a brief mentions to its repercussions on the criminal process, its principles and guarantees.*

KEYWORDS: *Digitalization; Spanish criminal procedure; Principles of process.*

SUMARIO: Introducción; 1. Principal contenido del Real Decreto-ley 6/2023; 2. Breve referencia a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 3. La repercusión de la reforma en algunos aspectos del proceso penal; 3.1. Actuaciones procesales electrónicas; 3.2. Tramitación electrónica del procedimiento; 3.3. Videoconferencia. 4. Consideración final; Referencias.

INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo², supone el último intento del legislador español de cumplir con determinadas exigencias europeas, algunas de ellas con repercusión económica como reconoce la propia exposición de motivos de dicho texto legal. En estas páginas nos vamos a

² Puede consultarse el texto en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-25758>.

centrar en las repercusiones que en el proceso penal español suponen las exigencias de digitalización de la Administración de Justicia que pretende, sin analizar – pues excedería el objetivo de estas páginas – el impacto de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia³; y ello pese a que, al contrario que el proceso civil, el proceso penal apenas ha sido “reformado” en su contenido legal por esta norma⁴. Ello no quiere decir, que las modificaciones que los cambios que está llamado a sufrir el proceso penal no sean importantes; todo lo contrario, ni que sea la primera vez que se toman decisiones relacionadas con la digitalización de la Justicia⁵.

³ Sin duda alguna, la irrupción de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia es el más disruptivo de los cambios que en la materia se nos presentan. Como indica BUENO DE MATA, Federico. Macrodatos, Inteligencia Artificial y proceso: luces y sombras, *Revista General de Derecho Procesal*, 51, 2020, pp. 12 a 15, esta aplicación de la IA a la Justicia supondría la cuarta etapa de la implementación de la e-Justicia.

⁴ Frente a los más de cien artículos que el Real Decreto-ley modifica de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente se ve afectada en 8 artículos. Concretamente, los artículos 109; 252; 265; 266; 512; 514; 643; 743 y 954; además, se añade un nuevo Título al Libro I bajo el título “De los actos procesales mediante presencia telefónica”, incorporando el nuevo artículo 258bis

⁵ Así, podemos citar la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por la que se modifica completamente la estructura de la oficina judicial o Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, derogada por la norma que analizamos en estas páginas. Sobre iniciativas o proyectos piloto, puede verse, DELGADO GARCÍA, Ana María; OLIVER CUELLO, Rafael. Iniciativas recientes de la e-justicia en España, *Revista de Internet, Derecho y Política*, número monográfico E-Justicia, 2007, pp. 23 y ss; CABEZUDO BAJO, María José. Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales, *Revista General de Derecho Procesal*, 52 (2020), pp. 8 y ss; SALES JIMÉNEZ, Roger. Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Novedades del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, *Diario La Ley*, núm. 10456, Sección Tribunal, 28 de febrero de 2024, pp. 2 y 3; SANTISTEBAN CASTRO, María. De la excepción a la normalidad: la declaración del acusado a través de medios telemáticos a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público Justicia, *Diario la Ley*, núm. 9873, Sección Doctrina, 17 de junio de 2021, pp. 4 y ss; BARONA VILAR, Silvia. Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada. En: AAVV. *Guía práctica sobre la Reforma Procesal y Digital*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-La Ley, 2024, p. 37 a 39.

Es importante, para entender esa especial trascendencia procesal penal, hacer una breve referencia a la estructura de este nuevo texto legal, en que cabe distinguir – a los efectos que nos interesan – dos grandes partes: La primera recoge las que denomina medidas de eficiencia digital y procesal del servicio público de Justicia (arts. 1 a 100); la segunda, la modificación de las leyes de enjuiciamiento criminal, de la jurisdicción contenciosa-administrativa, de enjuiciamiento civil y de la jurisdicción social, también con la finalidad de lograr esa eficiencia procesal. Como se deduce de lo que acabamos de indicar, el objetivo principal de la norma es alcanzar la tan ansiada eficiencia procesal⁶ a través, principalmente, de la digitalización⁷. Y es que no cabe duda de que las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) son, en los tiempos actuales, claves para garantizar una justicia más rápida, eficaz y de calidad, racionalizando los recursos, humanos y materiales, para, en definitiva, prestar un mejor

⁶ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua española define la eficiencia como la “Capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos”. Procesalmente, no encontramos realmente un concepto de eficiencia en las normas a que nos referimos en la nota siguiente, si bien el Proyecto de ley de eficiencia procesal se refiere de forma muy genérica a “la capacidad del sistema para producir respuestas eficaces y efectivas”. Desde luego, establecer un concepto de eficiencia no es sencillo, pues son varias las perspectivas desde las que puede analizarse: Organización de los órganos jurisdiccionales; regulación de las actuaciones procesales; regulación de los plazos procesales; fomento de los medios adecuados de resolución de conflictos, etc.

⁷ Debe indicarse que el texto legal aprobado en diciembre “rescata” no pocas de las propuestas del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia. Este proyecto legislativo junto con el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios y el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, que han quedado pendientes de tramitación ante las Cortes generales, suponían trascendentales cambios en la Justicia española y cómo nos relacionamos con ella, como ciudadanos y como operadores jurídicos.

Estos textos están disponibles en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-116-1.PDF; https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-98-3.PDF; https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF, respectivamente.

servicio al ciudadano⁸. Como señala Calaza López, la pandemia y el “apagón total” que supuso en la Justicia española ha marcado un antes y un después en su consolidación real⁹.

⁸ DELGADO GARCÍA, Ana María; OLIVER CUELLO, Rafael. Iniciativas recientes de la e-justicia en España. En: *Revista de Internet, Derecho y Política*, número monográfico E-Justicia, 2007, pp. 13-21, p. 23. Estos autores indican que esta aplicación de las TICs a la Administración de Justicia se puede desarrollar en cuatro distintos ámbitos: gestión y tratamiento de información; gestión de procesos; apoyo a la decisión judicial y comunicación e interacción entre los ciudadanos y los operadores jurídicos. V., también CATALÁN CHAMORRO, María José. *La Justicia digital en España. Retos y desafíos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 54; MARTÍN DIZ, Fernando. Justicia digital post-covid19. El desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020, p. 44; MAGRO SERVET, Vicente. Análisis del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, aspectos procesales y de funcionalidad tecnológica en justicia, *Diario La Ley*, núm. 10412, Sección Doctrina, 22 de diciembre de 2023, pp. 3 y ss.

Como indica la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones “La digitalización de la justicia en la UE Un abanico de oportunidades”. COM 2020, 710, final, de 2 de diciembre de 2020, la digitalización de la Justicia se presenta como a *toolbox of opportunities*. No analizamos en estas páginas, por razones de extensión, las iniciativas europeas, v., PÉREZ DAUDI, Vicente. *De la Justicia a la Ciberjusticia*, Barcelona: Atelier, 2022, pp. 17 a 39; FONTESTAD PORTALÉS, Leticia. La digitalización de la cooperación judicial en penal en la Unión Europea. En FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (Dir.), *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2022.

⁹ CALAZA LÓPEZ, Sonia. Transición digital de la Justicia. En: LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes; CALAZA LÓPEZ, Sonia (Dirs); MUINELO COBO, José Carlos (Coord.). *Digitalización de la Justicia: Prevención, investigación y enjuiciamiento*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 27; en el mismo sentido y en la misma obra, ALISTE SANTOS, Tomás J. Hacia un sistema de justicia digitalizado: problemas y desafíos. En: LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes; CALAZA LÓPEZ, Sonia (Dirs); MUINELO COBO, José Carlos (Coord.). *Digitalización de la Justicia: Prevención, investigación y enjuiciamiento*. cit., p. 96; PÉREZ DAUDI, Vicente. *De la Justicia a la Ciberjusticia*, cit., 2022, p. 14; MARCA MATUTE, Javier. Juicios virtuales en tiempos del coronavirus. *Diario La Ley*, núm. 9696, Sección Plan de Choque de la Justicia-Tribuna, 15 de septiembre de 2020, p. 2. Así se pone de manifiesto también por el propio Ministerio de Justicia “La experiencia de la crisis de la COVID-19 ha puesto de manifiesto la necesidad de mejorar las relaciones a distancia con la ciudadanía y los operadores jurídicos para prestarles servicios de calidad con plena seguridad digital” (www.mjjusticia.gob.es), ubicándose todas estas

Con todo, como advierte la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 55/2019, de 6 de mayo, “La modernización de la administración de justicia mediante la generalización en el uso de las nuevas tecnologías y, en lo que aquí nos atañe, a través de las comunicaciones electrónicas procesales, no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para facilitar el trabajo tanto del órgano judicial, como de los justiciables que actúan en los procesos a través de los profesionales designados o directamente por ellos cuando esto último es posible. No pueden en ningún caso erigirse tales medios tecnológicos en impedimento o valladar para la obtención de la tutela judicial a la que «todas las personas» (art. 24.1 CE) tienen derecho”. Así, el uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia debe ser un instrumento para, en el caso que nos ocupa, alcanzar una Justicia más eficiente de cara la ciudadano.

1. PRINCIPAL CONTENIDO DEL REAL DECRETO-LEY 6/2023

El Libro primero de la norma, con 104 artículos, permite distinguir dos claras partes: La primera, se centra en la llamada eficiencia digital; dedicándose la segunda a las medidas procesales que modifican las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, la de la Jurisdicción social y contencioso-administrativa.

Esta reforma busca adaptar la Administración de Justicia a las exigencias de las nuevas tecnologías, apostando de forma clara por los juicios y comparencias telemáticas, así como por la utilización de las NTICs como forma habitual de comunicación tanto entre los profesionales del derecho y los tribunales, que ya se venía haciendo, como entre los ciudadanos y los tribunales. Así, se regula la utilización de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos y los profesionales cuando se relacionan con la Administración de Justicia. Se proclama, también y en consonancia con lo indicado por la citada S TC 55/2019, el carácter instrumental de las tecnologías de la información en tanto que pueden

actuaciones en el Plan de Justicia 2030 (<https://www.justicia2030.es>), enmarcado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea *Next Generation*. El tercer eje o finalidad de este ambicioso Plan se centra en la transformación digital de la Oficina Judicial a través del impulso de programas de gestión informatizada orientadas al dato.

servir de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional, con pleno respecto a las garantías procesales y constitucionales. Objetivo de la norma es, por tanto, la adaptación de la realidad judicial española al marco tecnológico actual, lo que conlleva la obligación de las administraciones competentes de garantizar la prestación del servicio público de Justicia por medios digitales. En cumplimiento de estas obligaciones, se debe asegurar en todo el territorio un conjunto de servicios, que comprenderá (art. 4):

- a) “La itineración de expedientes electrónicos y la transmisión de documentos electrónicos entre cualesquiera órganos y oficinas judiciales, fiscalía europea, u oficinas fiscales.
- b) La interoperabilidad de datos entre cualesquiera órganos judiciales o fiscales¹⁰, a los fines previstos en las leyes.
- c) La conservación y acceso a largo plazo de los expedientes y documentos electrónicos.
- d) La presentación de escritos y comunicaciones dirigidas a los órganos, oficinas judiciales y oficinas fiscales a través de un registro común para toda la Administración de Justicia, de manera complementaria e interoperable con los registros judiciales electrónicos que correspondan a una o varias oficinas judiciales en los distintos ámbitos de competencia, para aquellos usuarios externos a estos ámbitos de competencia¹¹.

¹⁰ DE BUENO MATA, Federico. Interoperabilidad de sistemas de gestión procesal y debido proceso: Experiencias a nivel nacional y europeo para alcanzar una verdadera digitalización de la justicia. En: LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes; CALAZA LÓPEZ, Sonia (Dirs); MUINELO COBO, José Carlos (Coord.). *Digitalización de la Justicia: Prevención, investigación y enjuiciamiento*. cit., p. 151 y ss. Es tal su importancia que, como indica este autor “cuando existen fallos de interoperabilidad, los mismos pueden llegar a afectar a las garantías incorporadas dentro de la tutela judicial efectiva, puesto que muchos procesos se suspenden o incluso se llega a paralizar o interrumpir de manera indefinida debido a que los programas de gestión procesal son incompatibles entre sí”, p. 152. Se pueden encontrar las iniciativas europeas en la materia en DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación de la justicia. Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia*, Madrid: La Ley-Wolters Kluver, 2020. pp. 271 y ss.

¹¹ Así, en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia se hace uso del sistema NetLex, que convive con los utilizados por las Comunidades Autónomas con

- e) Un Punto de Acceso General de la Administración de Justicia, que se configura también como un servicio de la ciudadanía.
- f) Un servicio personalizado, de acceso a los distintos servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la Administración de Justicia que afecten a un ciudadano o ciudadana cuando sean parte o interesados legítimos y directos en un procedimiento o actuación judicial. A dicho servicio podrán ser accesibles a través de un servicio central, a través de las respectivas Sedes Judiciales Electrónicas de cada uno de los territorios, o a través de ambos sistemas.
- g) Un registro común de datos para el contacto electrónico de ciudadanos, ciudadanas y profesionales, interoperable con los posibles registros existentes, para facilitar el contacto de los usuarios en los distintos ámbitos de competencias.
- h) El acceso por parte de los y las profesionales a través de un punto común a todos los actos de comunicación de los que sean destinatarios, cualquiera que sea el órgano judicial u oficina fiscal que los haya emitido. Dicho acceso podrá realizarse a través de un punto común, a través de las respectivas Sedes Judiciales Electrónicas de cada uno de los territorios, o a través de ambos sistemas.
- i) El Tablón Edictal Judicial Único.
- j) Portales de datos en los términos previstos en el presente real decreto-ley.
- k) Un registro interoperable en el que conste el personal al servicio de la Administración de Justicia que haya sido habilitado para la realización de determinados trámites o actuaciones en ella.
- l) El Registro Electrónico de Apoderamientos Judiciales.

competencias en la materia, como Minerva o e-Fidelius. A efectos de gestión y tramitación procesal ocurre lo mismo, así encontramos sistemas distintos en función de la Comunidad Autónoma: Adriano (Andalucía), Cicerone (Comunidad Valenciana), Atalante (Canarias), Vereda (Cantabria), Justizia.eus (País Vasco), Libra, Nuevo Desarrollo (Madrid), Temis II y e.justicia.cat (Cataluña), Avantis (Navarra y Aragón) y Minerva-NOJ (resto del territorio).

- m) La posible textualización de actuaciones orales registradas en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen.
- n) La identificación y firma de los intervinientes en actuaciones no presenciales.
- o) Las comunicaciones electrónicas transfronterizas relativas a actuaciones de cooperación jurídica internacional, a través de un nodo común que asegure el cumplimiento de los requisitos de interoperabilidad que se hayan convenido en el marco de la Unión Europea o, en su caso, de la normativa convencional de aplicación.
- p) La identificación y firma no criptográfica en las actuaciones y procedimientos judiciales llevados a cabo por videoconferencia, y en los servicios y actuaciones no presenciales.
- q) Aquellos otros servicios que se determinen por las administraciones públicas con competencias en medios materiales y personales de la Administración de Justicia, en el marco institucional de cooperación definido en el presente real decreto-ley.”

Junto con ello, se establece y procura hacer real el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos en condiciones de igualdad y calidad (art. 5), con el correspondiente deber de la Administración Pública de facilitarles el acceso a los expedientes judiciales electrónicos y a comunicarse de forma telemática. Los derechos de los ciudadanos se regulan en el art. 5. 2, destacando entre otros, la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de la administración de justicia, a obtener una copia del expediente judicial, a la protección de datos de carácter personal, etc.¹².

¹² MAGRO SERVET, Vicente. Análisis del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, aspectos procesales y de funcionalidad tecnológica en justicia, *Diario La Ley*, núm. 10412, Sección Doctrina, 22 de diciembre de 2023, p. 4. Con detalle sobre los derechos digitales de los ciudadanos, v., CATALÁN CHAMORRO, María José. *La Justicia digital en España. Retos y desafíos*, cit., 2023, pp. 21 y ss. Este catálogo supone una actualización de los ya recogidos en la Ley 18/2011, con la novedad del derecho a un servicio personalizado

Igualmente, se prevén los derechos y deberes de las y los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia en este contexto digital (art. 6). Entre estos derechos basta citar el de acceder por medios electrónicos al estado de la tramitación de los procedimientos en los que ostenten representación procesal o asuman la defensa técnica o a obtener copia del expediente judicial electrónico y documentos electrónicos. Obviamente, la exigencia de relacionarse con la Administración de Justicia digitalmente conlleva para las Administraciones competentes la obligación, ya indicada, de asegurar el adecuado ejercicio de estos derechos a través de los puntos de acceso electrónico, sedes judiciales electrónicas¹³.

Las Administraciones competentes deben, por tanto, poner los medios para que dicha comunicación electrónica sea posible.

Este acceso digital generalizado a la Administración de Justicia obliga a la adecuada previsión y funcionamiento de la sede judicial electrónica, mejorando el concepto establecido en la Ley 18/2011 (arts. 8 a 11)¹⁴; el punto de acceso general a la Administración de Justicia (art. 12); la Carpeta Justicia (arts. 13 a 18), sistema de acceso único y personalizado que permitirá a cada persona acceder a sus asuntos, consultar los expedientes en que sea parte interesada o pedir cita previa y cuyo contenido se establece en el art. 15; y la actualización de los sistemas de

de acceso a procedimientos e informaciones y servicios accesibles de la Administración de Justicia en los procedimientos en que sean parte.

¹³ Por tanto, y como es lógico, se establece, en el art. 7, que “los órganos y oficinas judiciales, fiscalías, y oficinas fiscales utilizarán para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones los medios técnicos, electrónicos, informáticos y electrónicos puestos a su disposición por la Administración competente, siempre que dichos medios cumplan con los esquemas nacionales de interoperabilidad y seguridad, así como con la normativa técnica, instrucciones técnicas de seguridad, requisitos funcionales fijados por el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica y normativa de protección de datos personales”.

¹⁴ La Sede Judicial Electrónica (SEJ) permitirá el acceso al expediente judicial electrónico, la presentación de escritos, la práctica de actos de comunicación, el acceso a la agenda de señalamientos e información de los sistemas habilitados de videoconferencia; junto con un buzón de quejas y sugerencias, el enlace al Tablón Edictal Judicial y de asesoramiento electrónico al ciudadano.

identificación y autenticación y el uso de firmas electrónicas (arts. 19 a 30), con previsiones específicas para quienes no disponen de las mismas.

Como tendremos ocasión de reiterar posteriormente, una de las grandes novedades de la ley es la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales “orientada al dato” (arts. 31 a 58).

Los arts. 59 y ss. regulan los actos y servicios no presenciales, generalizando su realización, con referencia expresa a los puntos de acceso y lugares seguros desde los que intervenir y realizar dichas actuaciones¹⁵. Se trata de otro de los aspectos claves de la norma junto con la generalización de la videoconferencia. Relacionado con ello, se establece también la publicidad de las actuaciones judiciales en *streaming*, con distintos niveles de seguridad, acceso al público y los medios de comunicación.

Cabe también mencionar que se regulan los Registros de la Administración de Justicia y los archivos electrónicos (arts. 69 a 80); la posibilidad de que, a través del Portal de Datos de la Administración de Justicia, y dado que se trata de datos abierto, se pueda tener información sobre la actividad de los tribunales, cargas de trabajo u otros datos de interés que permitan mejorar el servicio. Por último, se regula también la necesaria cooperación entre las administraciones con competencias en materia de Administración de Justicia y se establece el esquema judicial de interoperabilidad y Seguridad (arts. 85 y ss.).

2. BREVE REFERENCIA A LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

La reforma operada en el texto rituario se centra principal, aunque no exclusivamente, en adaptar las actuaciones procesales que se desarrollan

¹⁵ Se consideran “lugares seguros” aquellos que cumplan con los requisitos legalmente establecidos por el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, debiendo reunir, como mínimo, los siguientes requisitos: “Disponer de dispositivos a y sistemas que tengan la condición de punto de acceso seguro; garantizar la comprobación de la identidad de los intervinientes y la autonomía de su intervención; asegurar todas las garantías del derecho de defensa, incluida la facultad de entrevistarse reservadamente con su abogado y disponer de medios que permitan la digitalización de documentos para su visualización por videoconferencia”.

dentro del proceso penal a las medidas de eficiencia digital y procesal contempladas en la primera parte del texto aprobado, particularmente a los procedimientos telemáticos. El contenido de la reforma se puede resumir, de forma descriptiva, en los siguientes aspectos¹⁶:

a) En los procesos en que participen personas con discapacidad, se prevé la realización de las adaptaciones y ajustes que se consideren necesarios para la mejor comprensión, comunicación e interacción entre estos y la realidad que es el proceso y sus sujetos (art. 109 Lecrim). A modo de ejemplo, se prevé que las comunicaciones se lleven a cabo en un lenguaje claro, sencillo y accesible, atendiendo a sus características personales y sus necesidades concretas haciendo uso de los medios de lectura fácil.

Además, se introduce el concepto de perjudicado, junto con el de ofendido por el delito, como destinatario del ofrecimiento de acciones¹⁷. Sin duda alguna, el legislador ha perdido una oportunidad magnífica para clarificar estos dos conceptos que, en no pocas ocasiones, se utilizan de forma indistinta.

b) Con la reforma del art. 252 Lecrim se establece una suerte de silencio negativo en los procedimientos de cancelación de antecedentes penales en el Registro Central de Penados iniciados a instancia del interesado, de forma que, si no se obtiene una resolución expresa transcurrido el plazo máximo, se entiende desestimada la solicitud. Además, se establece que las notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga una pena o medidas de seguridad por delitos y los autos en que se declare la rebeldía deberán ser remitidos por los tribunales

¹⁶ CALAZA LÓPEZ, Sonia. Nueve ejes de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencia (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10 (1), *Diario La Ley*, núm. 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024, *passim*; MARTÍN CONTRERAS, Luis (Dir.); MAYA MORENO, Enrique Alberto. ¿Cómo adaptarse a las reformas procesales del RDL 6/2023, de 19 de diciembre?, Madrid: Sepin, 2024. pp. 22 y ss.

¹⁷ Como indica Calaza López debe lamentarse que la referencia al facilitador, figura clave para la Justicia de las personas vulnerables, quede en una “mera mención (o buenista «declaración de intenciones»)...” v., CALAZA LÓPEZ, Sonia. Nueve ejes de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencia (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10 (1), *Diario La Ley*, núm. 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024, p. 5.

al Registro Central de Penados; al Registro Central de Medidas cautelares, requisitorias y sentencias no firmes; al Registro Central para la protección de las víctimas de violencia de doméstica y de género.

c) Las actuaciones procesales se llevarán a cabo por medios telemáticos de forma preferente (nuevo art. 285 bis, de un nuevo Título XIV del Libro I, bajo el título de actos procesales mediante presencia telemática), siempre que el órgano jurisdiccional cuente con los medios necesarios para ello y no se disponga expresamente lo contrario. A esta regulación, haremos referencia en el siguiente apartado. Las mismas reglas serán de aplicación a cualquier actuación ante las y los letrados de la Administración de Justicia o el Ministerio Fiscal.

d) Se especifica de forma más detallada el contenido de la denuncia (art. 265)¹⁸ y se prevé la denuncia telemática con firma electrónica, tanto para personas físicas como jurídicas, que cumpla con el art. 10 de la Ley 39/2015 y el Reglamento UE núm. 919/2014, de 23 de julio (art. 266).

e) Se modifica, consecuencia de la digitalización, la forma de remitir las órdenes de busca y captura, enviándose al Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ) y es publicarán en el Tablón Edictal Judicial Único (arts. 512 y 514).

f) Se utilizará también el Tablón Edictal Judicial Único para el llamamiento a los interesados en la acción penal con paradero desconocido (art. 643).

g) En cuando a las sesiones del juicio oral, para dar cumplimiento a la digitalización, se documentarán conforme a lo previsto en los art. 146 y 147 LEC, debiendo asegurar la oficina judicial la correcta incorporación de la grabación al expediente judicial electrónico (art. 743. 1 y 2). También a estas medidas haremos referencia en el punto siguiente.

h) Se regula la intervención del abogado del Estado en el recurso de revisión contra resoluciones que, según el TEDH, violan los derechos recogidos en el CEDH (art. 954.3).

¹⁸ Respecto al contenido de la denuncia, ésta debe contener la identificación de las personas que hayan cometido el delito, presuntamente, de quienes lo hayan presenciado o tengan información al respecto. En el caso de persona jurídica o ente sin personalidad jurídica, deberá identificarse la persona física que formula la denuncia en su nombre, indicando su relación con la persona jurídica o el ente sin personalidad denunciante.

3. LA REPERCUSIÓN DE LA REFORMA EN ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCESO PENAL

Como hemos indicado, sin suponer una gran reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Real Decreto ley, en su Libro I regula los aspectos más importantes de la digitalización de la justicia, obviamente también con sus repercusiones directas en el proceso penal. Entre ellas, destaca la generalización de las actuaciones procesales telemáticas y la tramitación electrónica de los procedimientos¹⁹.

3.1 ACTUACIONES PROCESALES ELECTRÓNICAS

Las comunicaciones procesales, en cualquiera de sus modalidades, se practicarán por medios electrónicos; identificando la persona interesada un dispositivo electrónico y una dirección de correo electrónico para el envío de información y avisos de actos de comunicación. De no poderse llevar a cabo por vía electrónica, se practicará en las demás formas previstas en la ley, pero incorporándose al expediente judicial electrónico²⁰. El Punto Común de Actos de Comunicación, que debe garantizarse por las administraciones competentes, es pieza clave de este sistema.

También debe hacerse electrónicamente todo intercambio de información entre órganos, oficinas judiciales y fiscalía, así como demás órganos, administraciones e instituciones en el ámbito de la Administración de Justicia.

Con esta reforma se da “aparente” preferencia a la realización de las actuaciones procesales por medios telemáticos (art. 285 bis), siempre que el órgano jurisdiccional cuente con los medios necesarios para ello y no se disponga expresamente lo contrario.

¹⁹ A modo de claves se presentan estos cambios por CALAZA LÓPEZ, Sonia. Nueve ejes de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencia (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10 (1), *Diario La Ley*, núm. 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024, pp. 6 y ss.

²⁰ No olvidemos que el conocimiento del proceso forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, establecida esa preferencia por la realización telemática, es importante destacar las propias excepciones que se prevén a la misma; excepciones en que se parte de la distinción entre la persona acusada y otros sujetos que participan en el proceso. Sin duda alguna, lo que aquí está en juego – dado el cambio que supone – son los derechos y garantías de dichos protagonistas; derechos y garantías respecto de las que se plantea si pueden encontrar alguna limitación por su virtualización, de ahí las cautelas con que se introduce, especialmente si tenemos en cuenta cómo se regula en esta norma y la aplicación supletoria – que no siempre será sencilla – del art. 137 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)²¹.

a) En cuanto a la persona acusada, la preferencia por la realización telemática se exceptiona para determinadas actuaciones de naturaleza personal, en que se va a exigir su presencia física para, en su caso, prestar declaración o realizar cualquier actuación legalmente prevista. Concretamente:

1. En el caso de encontrarnos ante delitos graves y ante el Tribunal del Jurado se exige la presencia física del acusado en la sede del órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento.
2. En los juicios por delitos menos graves, cuando la pena exceda de dos años de prisión o no exceda de seis años siendo de otra naturaleza, el acusado también comparecerá físicamente si así lo solicita él mismo, su abogado o si el órgano judicial lo considera necesario. Podemos comprobar claramente como el límite se fija en la considerada criminalidad leve o muy leve.
3. En el resto de juicios, si lo solicita el acusado o su letrado o el tribunal lo estima necesario.
4. En todo caso, cuando el acusado resida en la misma demarcación del órgano judicial que deba conocer de la causa, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor.

Cuando el acusado deba estar presente, también lo estará su abogado; mientras que, permitiéndose su declaración por medios

²¹ RODRÍGUEZ LAINZ, José-Luis. Las actuaciones procesales por videoconferencia en el proceso penal tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2023, *Diario La Ley*, núm. 10456, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2024, p.p. 16 y ss.

telemáticos, el abogado deberá comparecer acompañándolo o en sede judicial²². La notificación al juzgado de la decisión de comparecer telemáticamente debe hacerse con, al menos, cinco días de antelación. Como se puede comprobar fácilmente, de la lectura de dichas excepciones, tenemos serias dudas de que la intención del legislador fuera realmente la de que estas comparecencias se realizaran telemáticamente²³.

b) En el caso de otros sujetos, esto es declaraciones o interrogatorios de las partes acusadoras, testigos o peritos que intervienen en las actuaciones procesales, se prevé también su realización de forma telemática, salvo que el juez estime necesaria su presencia física, cuando:

1. Sean víctimas de violencia de género, de violencia sexual, de trata de seres humanos o cuando sean víctimas menores de edad o con discapacidad.
2. El testigo o perito comparezca en su condición de Autoridad o funcionario público, realizando su intervención desde un punto de acceso seguro.

²² Se trata así de dar cumplimiento en estos casos a la necesidad de que el acusado esté en todo momento acompañado de su abogado y de dar respuesta a cómo ha de ser dicho acompañamiento en los casos en que declare virtualmente. V., Sentencias del Tribunal Supremo núm. 678/2005, de 16 de mayo (RA 6586); o más recientemente, núm. 167/2021, de 24 de febrero (RA 1055). También, MARCA MATUTE, Javier. Juicios virtuales en tiempos del coronavirus. *Diario La Ley*, núm. 9696, Sección Plan de Choque de la Justicia-Tribuna, 15 de septiembre de 2020, pp. 7 y 10; SANTISTEBAN CASTRO, María. De la excepción a la normalidad: la declaración del acusado a través de medios telemáticos a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público Justicia, *Diario la Ley*, núm. 9873, Sección Doctrina, 17 de junio de 2021, pp. 8 y ss.

²³ CALAZA LÓPEZ, Sonia. Nueve ejes de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencia (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10 (1), *Diario La Ley*, núm. 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024, p. 6, pone de relieve cómo “esta premisa cuenta con tantas excepciones que... la norma es la presencia física y la excepción, la intervención virtual”, pues esta intervención telemática puede quedar descartada por la decisión de las partes. En similares términos, de “brindis al sol” se califica por RODRÍGUEZ LAINZ, José-Luis. Las actuaciones procesales por videoconferencia en el proceso penal tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2023, *Diario La Ley*, núm. 10456, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2024, p. 11, quien pone de manifiesto las contradicciones de esta regulación.

Atendidos estos dos supuestos, es evidente que responden a finalidades distintas, pues la primera de ellas parece dirigida a la protección de determinadas víctimas, definidas por su vulnerabilidad²⁴.

Pese al silencio legal, parecería que a estos sujetos les son aplicables las mismas reglas que para los acusados respecto a la obligación de comparecer cuando residen en la misma localidad que el órgano jurisdiccional o la previa comunicación.

En las citaciones judiciales que se practiquen en el seno del proceso penal deberá indicarse esta posibilidad y cómo ejercerla. Las mismas reglas serán de aplicación a cualquier actuación ante las y los Letrados de la Administración de Justicia o el Ministerio Fiscal.

3.2. TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DE PROCEDIMIENTOS

Los artículos 31 a 58 del Real Decreto-ley regulan la tramitación electrónica del procedimiento, destacando los siguientes aspectos²⁵:

²⁴ Esta posibilidad debe compatibilizarse con las medidas de protección de estas víctimas, claramente vulnerables, para evitar su victimización secundaria. Así, dada dicha vulnerabilidad y los efectos que en las mismas puede producir su comparecencia en juicio y encontrarse físicamente con el acusado, es posible tomarles declaraciones por videoconferencia e, incluso, preconstituir su declaración, v., en este sentido PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. Protección procesal de las víctimas de trata: Aproximación general, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, núm. 61, 2021, p. 35 a 72; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. Investigación y enjuiciamiento del delito de trata: Aspectos procesales desde la jurisprudencia. En: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (Dir.); PLANCHADELL GARGALLO, Andrea (Coord.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 851-888. Expresamente se prevé la preconstitución probatoria de la declaración, tras las últimas reformas, para los menores, personas con discapacidad y víctimas de delitos sexuales.

²⁵ MAGRO SERVET, Vicente. Análisis del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, aspectos procesales y de funcionalidad tecnológica en justicia, *Diario La Ley*, núm. 10412, Sección Doctrina, 22 de diciembre de 2023, pp. 2 y ss; BARONA VILAR, Silvia. Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada. En: AAVV. *Guía práctica sobre la Reforma Procesal y Digital*. cit., p. 40 y ss.

1. La iniciación y tramitación del procedimiento serán electrónicas para las personas obligadas a comunicarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos. Las personas físicas que, conforme a las leyes procesales, no actúen representadas por Procurador, podrán elegir si quieren o no utilizar estos medios electrónicos.
2. Se establece el principio de “orientación al dato”, en que la gestión y la interoperabilidad de los mismos es básica²⁶. Esta orientación permitirá su tratamiento, anonimización o pseudoanonimización, transformación, publicación, la producción de actividades automatizadas, asistidas y proactivas, la utilización de sistemas de inteligencia artificial para elaborar políticas públicas y la transmisión de datos. Es este un punto de especial trascendencia en tanto que se da entrada al uso de las actuaciones automatizadas para la realización de tareas repetitivas y susceptibles de llevarse a cabo de forma automática, dentro de unos límites legalmente establecidos. Pero también se regulan actuaciones proactivas, en que se aprovecha la información para generar efectos o avisos con fines distintos, sin intervención manual. Por último, se regulan las actuaciones asistidas, en que se genera un borrador que puede servir de apoyo a la tarea del juez o magistrado, fiscal o letrado de la administración de justicia, siempre que estos mantengan control sobre el contenido del texto y sin poder convertirse en resolución sin intervención del operador²⁷.
3. Del papel cero se pasa claramente al expediente judicial electrónico (arts. 47 y 48).

²⁶ BARONA VILAR, Silvia. Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada. En: AAVV. *Guía práctica sobre la Reforma Procesal y Digital*. cit., p. 44 y ss.

²⁷ BARONA VILAR, Silvia. Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada. En: AAVV. *Guía práctica sobre la Reforma Procesal y Digital*. cit., p. 49 y ss.

4. Se amplia del concepto del documento judicial electrónico²⁸. Así, se considera “documento judicial electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en soporte electrónico, según un formato determinados y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado admitido en el Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad y en las normas que lo desarrollan, y que ha sido generada, recibida o incorporada al expediente judicial electrónico por la Administración de Justicia en el ejercicio de sus funciones”.
5. Los actos de comunicación se realizarán por vía electrónica a través del Punto Común de Actos de Comunicación.

Por tanto, esta reforma, generaliza, con las salvedades ya indicadas, la celebración de las vistas y actos procesales por vía telemática. Igualmente, aquellas personas que no actúen representadas por procurador, pueden elegir si se comunican en papel o por medios electrónicos. Expresamente, se indica que la tramitación electrónica de los procedimientos debe respetar el cumplimiento de los requisitos formales y materiales contemplados en las respectivas normas procesales.

En esta nueva configuración de la Administración de Justicia y la forma en que con ella se relacionan ciudadanos y operadores jurídicos, el expediente judicial electrónico²⁹, esto es la digitalización del expediente judicial, deviene una pieza fundamental³⁰. Es evidente que estamos ante

²⁸ BARONA VILAR, Silvia. Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada. En: AAVV. *Guía práctica sobre la Reforma Procesal y Digital*. cit., p. 46 y ss.

²⁹ El expediente judicial electrónico se incorpora con la Disposición final duodécima de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁰ CALAZA LÓPEZ, Sonia. Transición digital de la Justicia. En: LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes; CALAZA LÓPEZ, Sonia (Dir.); MUINELLO COBO, José Carlos (Coord.). *Digitalización de la Justicia: Prevención, investigación y enjuiciamiento*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 44; CLÈRIES I NERIN, Núria. Administración electrónica en el Área de Justicia. En: *Revista de Internet, Derecho y Política*, número monográfico E-Justicia, 2007, p. 19; CATALÁN CHAMORRO, María José. *La Justicia digital en España. Retos y desafíos*, cit., p. 95; DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación de la justicia*. Obtención,

un instrumento, no novedoso, que favorece y facilita la tarea diaria de los tribunales, la gestión de las actuaciones procesales por los distintos operadores de justicia y el acceso de los justiciables a la justicia, en general, y a los procedimientos en que se vea involucrado, junto con la carpeta judicial ciudadana. El Sistema Común de Intercambio de documentos y expedientes judiciales electrónicos permitirá, además, la “itineración” de expedientes electrónicos y la transmisión de documentos electrónicos de una oficina u órgano judicial o fiscal a otro.

La Ley 18/2011 definía el expediente judicial electrónico como “el conjunto de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga y el formato en el que se hayan generado” (art. 26.1)³¹. Se trata de configurarlo como un todo, integrándose en él todas las actuaciones, actos y acontecimientos ocurridos durante la tramitación del procedimiento, desde el inicio hasta el archivo definitivo (escritos diversos de partes, diligencias, pruebas...). Ahora bien, al igual que ha ocurrido con la conocida como Nueva Oficina Judicial, que debía dar apoyo a la modernización de la Administración de Justicia, los esfuerzos realizados hasta ahora para implantar este expediente judicial electrónico no han tenido los resultados esperados³².

tratamiento y protección de datos en la justicia, cit., pp. 21 y ss. Si bien, los autores citados advierten de la necesidad de unificar los programas o gestionar adecuadamente la interoperabilidad entre los existentes, si no queremos que finalmente produzca el efecto contrario al pretendido; BARONA VILAR, Silvia. Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada. En: AAVV. *Guía práctica sobre la Reforma Procesal y Digital*. cit., p. 40.

³¹ MIRA ROS, Corazón. *El expediente judicial electrónico*, Madrid: Dykinson, 2010, considera que el expediente judicial electrónico aparece como “el conjunto de información que se genera durante la tramitación de un expediente judicial, tanto la emitida desde la propia oficina judicial como la aportada por las partes durante el desarrollo del proceso o la que se deriva de los informes o aportaciones de peritos y profesionales”.

³² CERDÁ MESEGUER, Juan Ignacio. La modernización y transformación digital de la Administración de Justicia: El papel del Consejo General del Poder Judicial, *Revista de Internet, Dret i Política*, núm. 31, octubre, 2020, pp. 5 y 6; LARO GONZÁLEZ, María Elena. Una justicia eficiente y digital para una Administración de Justicia obsoleta. En *Digitalización de la Justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022 (BIB

La presentación de documentos debe realizarse en formato electrónico para incorporarse al expediente judicial electrónico. No obstante, como ya hemos indicado, podrán presentarse en papel por las personas físicas que no están obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, si optan por esta modalidad de presentación. En este caso deberán, una vez presentados, digitalizarse para su incorporación al expediente. El traslado de copias entre los profesionales se realiza por vía telemática y de forma simultánea a la presentación de los escritos y documentos originales.

La total digitalización de la tramitación del procedimiento, de ser posible al 100%, debe hacerse compatible con el principio de contradicción, con el debate contradictorio, oral y público entre las partes del proceso³³; para lo cual la forma en que se configuren las audiencias virtuales va a ser clave y se presenta como un reto para los operadores de justicia.

3.3. VIDEOCONFERENCIA

Consecuencia de todo lo dicho, es obvio que se generaliza también el uso de la videoconferencia como forma de toma de declaración y la utilización de las audiencias virtuales³⁴. En este sentido, no podemos obviar que la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que no ha sido

2022/1827), p. 5; PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. *El proceso judicial digital*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. p. 72.

³³ ALISTE SANTOS, Tomás J. Hacia un sistema de justicia digitalizado: problemas y desafíos. En: LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes; CALAZA LÓPEZ, Sonia (Dirs); MUINELO COBO, José Carlos (Coord.). *Digitalización de la Justicia: Prevención, investigación y enjuiciamiento*. cit., p. 109; CABEZUDO BAJO, María José. Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales, *Revista General de Derecho Procesal*, 52 (2020), pp. 25 y ss.

³⁴ Interesantes críticas a la regulación introducida se pueden encontrar en RODRÍGUEZ LAINZ, José-Luis. Las actuaciones procesales por videoconferencia en el proceso penal tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2023, *Diario La Ley*, núm. 10456, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2024, *passim.*, quien considera, además, acertadamente que no pocos problemas técnicos, como la identificación de los intervinientes en las actuaciones a través de videoconferencia, quedan sin resolver pese a que se intenta (regulación de los puntos de acceso

modificada por el Real-Decreto ley que comentamos, establece como principio general que los actos procesales han de realizarse ante el Juez (art. 229.3, garantizando el principio de inmediación), en la sede judicial y en presencia de las partes (art. 229.2, para dar cumplimiento al principio de contradicción) y con publicidad (art. 229.2). Frente a esta regla general, se permite la asistencia telemática cuando se acuerde por el juez o tribunal en el caso concreto³⁵, siempre que se dé cumplimiento al principio de contradicción y al derecho de defensa (art. 229.3)³⁶; debiendo añadir los supuestos de comparecencia telemática referidos supra.

El Tribunal Supremo español ha tratado de dar respuesta a las dudas que pueden surgir respecto a cómo determinados principios y garantías se pueden ver afectados por la práctica de una declaración por videoconferencia, en virtud de lo ya previsto en el art. 229.2º LOPJ en la redacción dada por la reforma de la Ley 13/2003, de 24 de octubre. Así,

seguro, firmas criptográficas, etc.); y en ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio. Sobre los juicios telemáticos, *La Ley Probática*, núm. 15, 2024, pp. 2 y ss.

³⁵ El TEDH en sentencia de 5 de octubre de 2006, caso Marcello Viola contra Italia, se indica como elementos a tomar en consideración por el juez la defensa del orden público, la prevención del delito, protección de los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad de testigos y víctimas o el respeto al plazo razonable en la duración de los procesos judiciales. De forma similar, se refiere el art. 325 y 731bis Lecrim, entre otros y el propio Tribunal Supremo ya en sentencia núm. 161/2015, de 17 de marzo. V., también, CABEZUDO BAJO, María José. Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales, *Revista General de Derecho Procesal*, 52 (2020), pp. 12 y 33 y ss; VELASCO NUÑEZ, Eloy. La videoconferencia llega a los Juzgados, *Diario La Ley*, núm. 5481, de 13 de febrero.

³⁶ En este sentido, puede verse también la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de mayo de 2020 (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-aprueba-una-Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas>, último acceso 16 de marzo de 2024) y la *Guía para la celebración de actuaciones judiciales con medios telemáticos en el ámbito competencia del Ministerio de Justicia*; a nivel europeo la Guía sobre videoconferencias en procedimientos judiciales transfronterizos del Consejo de Europa (disponible en *Guía sobre videoconferencias en procedimientos judiciales transfronterizos* disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/documents-publications/publications/guide-videoconferencing-cross-border-proceedings/> (último acceso 16 de marzo).

nos parece oportuno reproducir literalmente lo afirmado en su sentencia 331/2019, de 27 de junio (RA 2509, fundamento jurídico cuarto), pues está plenamente en vigor: “El uso de la videoconferencia permite la total conexión en los puntos de origen y destino como si estuvieran presentes en el mismo lugar, con lo que se da cumplimiento a la premisa de que se celebre la actuación judicial en unidad de acto. No se vulnera ningún principio procesal al poder dirigir las partes a los testigos las preguntas que sean declaradas pertinentes con contradicción y sin que pueda existir indefensión ni vulneración de la tutela judicial efectiva.” (...). Se considera por esta sentencia que puede equipararse, jurídicamente, la presencia física con la virtual. Respecto a los principios de inmediación, publicidad, oralidad, concentración, unidad de acto y contradicción, cuya vigencia se puede cuestionar por el uso de este instrumento, sigue considerando la sentencia que:

“Hay que recordar, también, que, como señala la doctrina, la videoconferencia no es más que un instrumento técnico que permite que la prueba acceda al proceso, una modalidad de práctica de la prueba, de modo que será el medio de prueba de que se trate, y de acuerdo con sus propias reglas, el que deberá ser analizado en cuanto a las garantías que deben concurrir en su práctica. Y puede asegurarse que la utilización de la videoconferencia y de los demás medios técnicos que establece el art. 230 de la LOPJ no es una posibilidad facultativa o discrecional a disposición del juez o tribunal, sino un medio exigible ante el Tribunal y constitucionalmente digno de protección. Además, incide la doctrina que, dentro del proceso penal, se cumplen los principios del proceso, a saber:

1- Inmediación.

En cuanto a la fase de instrucción, la utilización de la videoconferencia, lejos de suponer un obstáculo para la inmediación, permite un mejor cumplimiento de este principio, en cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce del asunto presencie directamente la práctica de la prueba, en los casos de auxilio judicial, tanto nacional como internacional (incluso, en este último caso, posibilitando la directa aplicación de la legislación nacional en la práctica de la diligencia de que se trate).

En relación con el juicio oral, el asunto es aún más sencillo en cuanto, en realidad, se produce una equiparación jurídica de la presencia física con la presencia virtual.

2- Publicidad.

No existe la más mínima afectación. Más bien pueden mejorar las condiciones de publicidad de las actuaciones judiciales, en cuanto las nuevas tecnologías garantizan la “asistencia” a las actuaciones judiciales de un número mayor de personas y permite seguimiento especializado (prensa) en mejores condiciones.

3- Principios de oralidad, concentración y unidad de acto.

No existe la más mínima afectación en cuanto, como anteriormente se ha indicado, existe una equiparación jurídica entre la presencia física y la virtual.

4- Contradicción.

El principio de contradicción está asegurado en cuanto las posibilidades de interrogatorio y contrainterrogatorio son exactamente iguales para las partes con la presencia física del acusado o del testigo que con la virtual.

Es cierto que colocar al testigo inmerso en la parafernalia formal de la justicia, en cuanto aumenta la tensión o presión ambiental, es un método para asegurar que se aproxima más a la verdad en su declaración, mientras que en un lugar remoto podría hacerle disminuir la importancia de la situación, o hacerle sentir más seguro.

Pero también puede argumentarse justamente lo contrario: muchas veces los medios electrónicos pueden revelar más acerca de la credibilidad y honestidad de un testigo que lo que puede descifrarse físicamente y en directo (puede visualizarse varias veces el testimonio, desde diferentes ángulos, puede aumentarse la imagen, etc.).”

De forma similar y previamente a esta sentencia, el mismo Tribunal ya afirmó, en el año 2012, esa compatibilidad del principio de inmediación³⁷

³⁷ Con la reinterpretación de los principios y garantías que estas reformas suponen, se habla – por ejemplo – de la *inmediación digital* o *inmediación virtualizada*, v., BUENO DE MATA, Federico. *Hacia un proceso civil eficiente*. Transformación judicial en un contexto pandémico. Valencia: Tirant lo Blanch,

y contradicción con la declaración a través de videoconferencia: “En relación al quebrantamiento del principio de inmediación y contradicción, el sistema de videoconferencia, cuya transmisión se efectúa en tiempo real, no se puede estimar que implique una vulneración de tales derechos ni del derecho de los inculpados a someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el Fiscal. Las declaraciones de testigos son percibidas directamente por los miembros del Tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas. Es con la finalidad de asegurar y garantizar la necesaria contradicción por lo que la Ley exige que el sistema sea bidireccional y transmita de forma simultánea la imagen y sonido” (S TS de 22 de octubre de 2012, RA 9480)³⁸.

4. CONSIDERACIÓN FINAL

En los epígrafes previos a estas consideraciones finales se ha tratado de identificar las novedades más importantes del Real Decreto-ley 6/2023, que supone una clara apuesta del legislador español por la

2021. pp. 298 y 299; BUENO DE MATA, Federico. Juicios orales telemáticos y eficiencia digital, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 2022, núm. 58; GARCÍA-VARELA IGLESIAS, Román. Camino a la intermediación digital en justicia: juicios y actos procesales remotos”, *Diario La Ley*, núm. 9873, 17 de junio de 2021; MARTÍN DIZ, Fernando. Justicia digital post-covid19. El desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020, pp. 49 y ss, quien afirmando que “la intermediación está, o ha estado, sobreevaluada..”, incluso considera la práctica telemática de las declaraciones puede compensar algunos inconvenientes que conlleva la intermediación, por ejemplo, el “sesgo y al influjo inconsciente que puede crear en el juzgado ... determinada presencia, actitud, forma de hablar o de vestir, procedencia o sexo de los intervinientes...”; LARO GONZÁLEZ, María Elena. Una justicia eficiente y digital para una Administración de Justicia obsoleta. En *Digitalización de la Justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, cit., p. 12; CABEZUDO BAJO, María José. Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales, *Revista General de Derecho Procesal*, 52 (2020), pp. 26 y ss.

V., también, entre otras, las SS TC 120/2009, de 18 de mayo; 16/2019, de 11 de febrero.

³⁸ En sentido similar, SS TS de 30 de diciembre de 2015 (RA 6483); de 14 de enero de 2021 (RA 75); de 14 de octubre de 2021 (RJ 5358) o, recientemente, de 17 de mayo de 2023 (RJ 3113).

digitalización de la Administración de Justicia. No obstante, pese a la detallada regulación (más de 100 artículos) se echa claramente en falta, a lo largo de la misma, una mayor preocupación por cómo esta digitalización puede afectar a derechos y garantías esenciales³⁹, particularmente respecto al sujeto enjuiciado en el proceso penal, en particular su derecho de defensa.

Tampoco encontramos previsión alguna, más allá de la posibilidad de hacer uso o no de los medios electrónicos en los casos legalmente previstos, respecto a cómo superar el problema de la brecha digital que claramente repercute, en este nuevo panorama, en el derecho de acceso a la justicia reconocida en el art. 24 de la Constitución española o en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Tampoco se hace referencia a las posibles inversiones que la puesta en marcha de toda esta infraestructura va a suponer, que podemos imaginar será elevada.

La Justicia, en tanto que Administración se ve afectada inevitablemente por el extraordinario avance de las nuevas tecnologías de la información. Así es, la idea de Justicia Electrónica comprende hoy diversos elementos, no pudiendo asimilarse exclusivamente a una Justicia concebida, sistematizada, organizada e implementada con base en las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (NTIC); nos encontramos ante una forma nueva de entender la Justicia, en la que la tecnología no sólo ayuda a organizar los recursos materiales y humanos que conforman la Administración de Justicia, a la comunicación bi- o tridireccional entre todos los usuarios de la misma, sino que también

³⁹ Como afirma DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación de la justicia. Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia*, cit., p. 15 “la aplicación de las tecnologías puede afectar a la forma y tiempo de acceso de información (datos) al proceso y a su procesamiento, pero no puede afectar a estos otros elementos esenciales de un proceso judicial”, refiriéndose por *estos otros elementos* a las garantías procesales y los derechos de las partes; PÉREZ DAUDI, Vicente. *De la Justicia a la Ciberjusticia*, cit., pp. 41 y ss; MARTÍN DIZ, Fernando. Justicia digital post-covid19. El desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020, p. 45; CABEZUDO BAJO, María José. Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: Eficiencia y derechos fundamentales, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2020, p. 24 y ss.

tiene sus manifestaciones en la investigación y acreditación de los hechos, la propia tramitación de los procesos e, incluso, permite proponer o dictar resoluciones para el caso concreto. Se trata, por tanto, de hacer uso del amplio campo de posibilidades que, como en la vida real, ofrece la tecnología, sin perder de vista que la realidad a la que se aplica está conformada por unos principios, profundamente arraigados, que no pueden ser ignorados ni mucho menos maltratados. Ello no significa, todo lo contrario, que dichos principios no puedan “repensarse” a la luz de las posibilidades que la tecnología presenta, y este – creemos – es nuestro gran reto como estudiosos del derecho procesal, preocupados por el respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales y a los principios que inspiran nuestro proceso. El uso de la tecnología no puede ser – con su trascendencia – lo que defina la justicia, sino sus principios y valores⁴⁰. Se trata, por tanto, no tanto de “revolucionar” la esencia de la Justicia, sino *hacer lo que se hace, pero de otra manera*⁴¹. Estamos, pues, ante un cambio cultural que afecta a lo judicial, pero también a lo político, a lo social y a lo jurídico, en general.

⁴⁰ RICHARD GONÁLEZ, Manuel. La Justicia electrónica en España: Qué es, cómo se regula y cómo funciona, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 2017, tomo LXVII, núm. 269, p. 1034; LLOPIS NADAL, Patricia. ¿Qué está sucediendo en el entorno digital? La prevalencia de la eficiencia sobre las garantías en la búsqueda de la Justicia, *Comunicación presentada en el II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, Valencia 2019; CABEZUDO BAJO, María José. Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales, *Revista General de Derecho Procesal*, 52 (2020), pp. 24 y ss.

⁴¹ Así lo expresa claramente RICHARD GONÁLEZ, Manuel. La Justicia electrónica en España: Qué es, cómo se regula y cómo funciona, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 2017, tomo LXVII, núm. 269, p. 1033: “sustituir lo que se viene haciendo por un modo de hacer distinto...” y en ese hacer “la tecnología puede y debe ayudar, pero siempre en el marco de los principios básicos del proceso jurisdiccional”. En esta línea, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. La e-Justicia en la Unión Europea: Balance de situación y planes para el futuro. En SENES MOTILLA, Carmen, *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010. pp. 84 y 85, considera que la “e” afecta al “cómo” de una actividad o una institución, pero no al qué.

REFERÊNCIAS

ALISTE SANTOS, Tomás J. Hacia un sistema de justicia digitalizado: problemas y desafíos. En: LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes; CALAZA LÓPEZ, Sonia (Dir.); MUINELO COBO, José Carlos (Coord.). *Digitalización de la Justicia: Prevención, investigación y enjuiciamiento*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.

ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio. Sobre los juicios telemáticos, *La Ley Probática*, núm. 15, 2024.

BARONA VILAR, Silvia. Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada. En: AAVV. *Guía práctica sobre la Reforma Procesal y Digital*. Madrid: Aranzadi-La Ley, 2024.

BUENO DE MATA, Federico. Interoperabilidad de sistemas de gestión procesal y debido proceso: Experiencias a nivel nacional y europeo para alcanzar una verdadera digitalización de la justicia. En: LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes; CALAZA LÓPEZ, Sonia (Dir.); MUINELO COBO, José Carlos (Coord.). *Digitalización de la Justicia: Prevención, investigación y enjuiciamiento*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.

BUENO DE MATA, Federico. Macrodatos, Inteligencia Artificial y proceso: luces y sombras, *Revista General de Derecho Procesal*, 51, 2020, pp. 1-31.

BUENO DE MATA, Federico. *Hacia un proceso civil eficiente. Transformación judicial en un contexto pandémico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

BUENO DE MATA, Federico. Juicios orales telemáticos y eficiencia digital, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 2022, núm. 58.

CABEZUDO BAJO, María José. Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales, *Revista General de Derecho Procesal*, 52 (2020).

CALAZA LÓPEZ, Sonia. Nueve ejes de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencia (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10 (1), *Diario La Ley*, núm. 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024.

CALAZA LÓPEZ, Sonia. Transición digital de la Justicia. En: LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes; CALAZA LÓPEZ, Sonia (Dir.); MUINELO COBO, José Carlos (Coord.). *Digitalización de la Justicia: Prevención, investigación y enjuiciamiento*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.

CATALÁN CHAMORRO, María José. *La Justicia digital en España. Retos y desafíos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

CERDÁ MESEGUER, Juan Ignacio. La modernización y transformación digital de la Administración de Justicia: El papel del Consejo General del Poder Judicial, *Revista de Internet, Dret i Política*, núm. 31, octubre, 2020. DOI: 10.7238/idp.v0i31.3239

CLÈRIES I NERIN, Núria. Administración electrónica en el Área de Justicia, *Revista de Internet, Derecho y Política*, número monográfico E-Justicia, 2007, p. 13-21. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78800407>

DELGADO GARCÍA, Ana María; OLIVER CUELLO, Rafael. Iniciativas recientes de la e-justicia en España, *Revista de Internet, Derecho y Política*, número monográfico E-Justicia, 2007, pp. 22-31. DOI <http://dx.doi.org/10.7238/issn.1699-8154>

DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación de la justicia. Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia*, Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2020.

FONTESTAD PORTALÉS, Leticia. La digitalización de la cooperación judicial en penal en la Unión Europea. En FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (Dir.), *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2022.

GARCÍA-VARELA IGLESIAS, Román. Camino a la intermediación digital en justicia: juicios y actos procesales remotos”, *Diario La Ley*, núm. 9873, 17 de junio de 2021.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. La e-Justicia en la Unión Europea: Balance de situación y planes para el futuro. En SENES MOTILLA, Carmen, *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, Ed. Cizur-Menor (Navarra): Aranzadi, 2010.

LARO GONZÁLEZ, María Elena. Una justicia eficiente y digital para una Administración de Justicia obsoleta. En *Digitalización de la Justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2022 (BIB 2022/1827).

LLOPIS NADAL, Patricia. ¿Qué está sucediendo en el entorno digital? La prevalencia de la eficiencia sobre las garantías en la búsqueda de la Justicia, *Comunicación presentada en el II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, Valencia 2019.

MAGRO SERVET, Vicente. Análisis del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, aspectos procesales y de funcionalidad tecnológica en justicia, *Diario La Ley*, núm. 10412, Sección Doctrina, 22 de diciembre de 2023.

MARCA MATUTE, Javier. Juicios virtuales en tiempos del coronavirus. *Diario La Ley*, núm. 9696, Sección Plan de Choque de la Justicia-Tribuna, 15 de septiembre de 2020.

MARTÍN CONTRERAS, Luis (Dir.); MAYA MORENO, Enrique Alberto. ¿Cómo adaptarse a las reformas procesales del RDL 6/2023, de 19 de diciembre?, Madrid: Sepin, 2024.

MARTÍN DIZ, Fernando. Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, núm. 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 41-74, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.0>.

MIRA ROS, Corazón. *El expediente judicial electrónico*, Madrid: Dykinson, 2010.

PÉREZ DAUDI, Vicente. *De la Justicia a la Ciberjusticia*, Barcelona: Atelier, 2022.

PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. *El proceso judicial digital*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. Protección procesal de las víctimas de trata: Aproximación general. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, núm. 61, 2021, p. 35-72.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. Investigación y enjuiciamiento del delito de trata: Aspectos procesales desde la jurisprudencia. En: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (Dir.); PLANCHADELL GARGALLO, Andrea (Coord.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 851-888.

RICHARD GONÁLEZ, Manuel. La Justicia electrónica en España: Qué es, cómo se regula y cómo funciona, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 2017, tomo LXVII, núm. 269, pp. 1031-1074. DOI: <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.269.62495>.

RODRÍGUEZ LAINZ, José-Luis. Las actuaciones procesales por videoconferencia en el proceso penal tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2023, *Diario La Ley*, núm. 10456, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2024.

SALES JIMÉNEZ, Roger. Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Novedades del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, *Diario La Ley*, núm. 10456, Sección Tribunal, 28 de febrero de 2024.

SANTISTEBAN CASTRO, María. De la excepción a la normalidad: la declaración del acusado a través de medios telemáticos a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público Justicia, *Diario la Ley*, núm. 9873, Sección Doctrina, 17 de junio de 2021.

VELASCO NUÑEZ, Eloy. La videoconferencia llega a los Juzgados, *Diario La Ley*, núm. 5481, de 13 de febrero.

Authorship information

Andrea Planchadell-Gargallo. Catedrática de Derecho Procesal de la Universitat Jaume I desde 2019. Se doctoró por la Universidad Jaume I de Castellón en 1997, con una Tesis sobre “El derecho fundamental a ser informado de la acusación”. Posee el título de máster en mediación por la UNED. Ha ampliado estudios durante más de tres años en Alemania, Italia y Estados Unidos, habiendo sido becaria de instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras. Es docente invitada en diversas universidades en Latinoamérica y Estados Unidos y consultora internacional para reformas procesales en España y Latinoamérica. Con 23 proyectos de investigación (9 de ellos como Investigadora principal) y 10 contratos con empresas, es autora de 9 monografías (3 de ellas en coautoría), 30 artículos publicados en revistas científicas de impacto, más de 100 capítulos de libro y colabora en los comentarios jurisprudenciales en la Revista de Derecho y Proceso Penal. Tiene reconocidos tres sexenios de investigación y uno de transferencia. Es Vocal permanente de Comisión General de Codificación. Entre los premios y menciones, destacan la obtención del premio a la Excelencia Docente Universitaria del Consejo Social de la Universidad Jaume I de Castellón (2015) y, la concesión de la Cruz Distinguida de 1ª Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort por la Excm. Ministra de Justicia, Pilar Llop Cuenca (junio de 2022). planchad@uji.es

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 21/03/2024
- Desk review and plagiarism check: 25/03/2024
- Review 1: 28/03/2024
- Review 2: 05/04/2024
- Review 3: 06/04/2024
- Preliminary editorial decision: 11/05/2024
- Correction round return: 27/05/2024
- Final editorial decision: 29/05/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Associated-editor: 1 (SL)
 - Reviewers: 3
-

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. Digitalización del proceso penal español a la luz de la reciente reforma. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e992, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.992>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Fundamentos de
Direito Processual Penal**

*Fundamentals of
criminal procedure*


Los vicios de la motivación como causa del error judicial: un primer esbozo

The defects of the statement of reasons as a cause of miscarriage of justice: an initial sketch

Ramón Beltrán Calfurrapa¹

Universidad de Atacama – Copiapó, Chile

ramon.beltran@uda.cl

 <https://orcid.org/0000-0002-6028-9534>

RESUMEN: El presente artículo tiene por finalidad examinar los vicios de la motivación y su influencia como fuente del error judicial en el proceso penal contemporáneo. Para lograr esto, además de identificar las principales manifestaciones y tipologías de estos defectos, se busca esclarecer cómo y de qué manera diversas inconsistencias en el cumplimiento del deber de motivación contribuyen a profundizar el error judicial y, en consecuencia, a dictar sentencias penales condenatorias desacertadas en perjuicio de personas inocentes. De esta forma, en aras de dar respuesta a interrogantes como ¿Qué son los vicios de la motivación? ¿Cuáles son sus rasgos más característicos? y ¿Cómo se materializan en la configuración del error judicial?, el trabajo culmina proponiendo una serie de criterios que podrían contribuir a controlar el riesgo de error en este contexto.

PALABRAS CLAVES: vicios de la motivación; error judicial; proceso penal contemporáneo.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to examine the defects of the statement of reasons and its influence as a source of miscarriage of justice in contemporary criminal proceedings. To achieve this, in addition to identifying the main manifestations and typologies of these defects, it seeks to clarify how and in what way various*

¹ Profesor titular de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Atacama, Copiapó, Chile. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Abogado. Dirección postal: Av. Copayapu N° 485, Copiapó, Chile.

inconsistencies in the fulfillment of the duty to state the reasons contribute to reinforce the judicial error and, consequently, to issue wrongful convictions to the detriment of innocent people. In this way, in the interest of answering questions such as what are the defects of the state reasons for judgments? what are its most characteristic features? and how do they materialize in the configuration of judicial error? the article concludes by proposing a series of criteria that could contribute to controlling the risk of error in this context.

KEYWORDS: *defects in the statement of reason; miscarriage of justice; contemporary criminal process.*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El deber de motivación y su rol garantístico en el proceso penal contemporáneo; 3. Los vicios de la motivación como fuente del error judicial; 4. El control sobre los vicios de la motivación y su tratamiento en la prevención del error judicial; 5. Conclusiones; Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que ha generado mayor cantidad de investigaciones en el ámbito comparado es la identificación de errores judiciales en el ámbito penal y, en particular, cómo dichos errores inciden en la condena de personas inocentes. Esto, ciertamente, no es una cuestión trivial ni mucho menos de mera especulación teórica, sino que tiene hondas raíces empíricas, normativas y culturales que avalan su innegable trascendencia. De hecho, históricamente las sociedades occidentales han considerado mucho más grave y, por lo tanto, mucho más costoso desde una perspectiva iusfundamental, el error consistente en una condena falsa –que implica que una persona inocente sea privada de su libertad– que una absolución falsa. Por tal motivo, como lo señala la “*ratio*” de Blackstone, estamos dispuestos a aceptar que “*diez personas culpables escapen antes de que un inocente sufra*”² o, lo que es lo mismo, que solo haya una condena falsa por cada diez errores que se cometan³.

² BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Vol. 2, New York: W.E. Dean Printer, 1830, p. 276.

³ Así, BELTRÁN, Ramón. *Pena, motivación y control*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 325-326; ALLEN, Ronald J; LAUDAN, Larry. *Deadly Dilemmas*.

Sin embargo, no existe sistema de justicia penal en el mundo en el cual no se cometan errores. De hecho, el reconocimiento de la posibilidad de que los jueces cometan errores no solo está asociada a la propia falibilidad humana, sino que también a la complejidad del cúmulo de decisiones que deben adoptar para arribar a la decisión adjudicativa final. De allí que se reconozca incluso en tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9.5 y 14.6), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 13) y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 10), la circunstancia del error judicial y los medios potencialmente idóneos para poder eventualmente repararlo. No en vano, una de las formas de entender el porqué de las diversas vías impugnativas y, en particular, de la cadena de revisiones recursivas por parte de los tribunales superiores, se basa precisamente en previsión que hacen los distintos sistemas jurídicos a fin de subsanar los eventuales yerros que se cometan en el pronunciamiento jurisdiccional⁴.

Con todo, debido a la multiplicidad de circunstancias concurrentes, un punto importante en el estudio del error judicial pasa por inquirir de qué manera los yerros en el razonamiento justificativo pueden incidir en su configuración y, más concretamente, cómo y de qué forma tales defectos pueden redundar en condenas erróneas de personas inocentes. De allí, entonces, que surja la necesidad por indagar ¿qué son los vicios de la motivación? ¿cuáles son sus rasgos característicos? ¿cómo se materializan en la configuración del error judicial? y ¿cuáles deberían ser los criterios a través de las cuales pueden ser controlados? Con tales propósitos, dividiremos el presente trabajo en los siguientes apartados: en primer lugar, se analizará brevemente el deber de motivación y su importancia en el contexto del proceso penal contemporáneo; en segundo lugar, se examinarán los defectos más comunes que afectan a dicho deber y los riesgos que conllevan en la configuración del error judicial; y, en tercer lugar, desde una perspectiva “prescriptiva”, se propondrán una serie de criterios que podrían contribuir a controlar el riesgo de error en dicho

Texas Tech law review, vol. 41, n° 1, 2008, pp. 75-76.

⁴ En argumento, TROISI, Paolo. *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*. Padova: Cedam, 2011, pp. 80 ss.

contexto. Lo que se pretende, por lo tanto, es asumir un posicionamiento crítico sobre los vicios de la motivación como causa del error judicial, con miras a mejorar no solo la calidad epistémica de las decisiones judiciales, sino también evaluar su impacto en la evitación de la condena a inocentes.

2.- EL DEBER DE MOTIVACIÓN Y SU ROL GARANTÍSTICO EN EL PROCESO PENAL CONTEMPORÁNEO

Es ampliamente conocido que los tribunales de justicia desarrollan múltiples funciones orientadas hacia los diversos tipos de tutela que deben asegurar. Ello, en efecto, ha permitido no solo la protección de una serie de derechos y garantías fundamentales, sino que también comprender la importancia de la función jurisdiccional en el marco de un debido proceso legal. De esta forma, la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales y, en particular, de las garantías asociadas al ejercicio de la función adjudicativa, se han transformado en uno de los pilares esenciales de todo sistema político que se tilde democrático y de Derecho⁵.

Sin embargo, que el sistema normativo garantice una amalgama de derechos dice muy poco acerca de su plausibilidad. En efecto, la posibilidad de que los jueces yerren en sus decisiones parece ser un hecho incuestionable en los sistemas jurídicos contemporáneos. De hecho, el reconocimiento de la posibilidad del error no solo está asociado a la idea de que el Derecho y sus circunstancias es humano, vale decir, limitado, parcial e imperfecto⁶, sino que también a la complejidad del gran número de decisiones que deben adoptar los jueces para arribar a la decisión final. Decidir, en efecto, supone enfrentarse a una tarea de evaluación constante, que involucra decisiones que van desde la validez e interpretación de la norma aplicable, pasan por la decisión sobre los enunciados fácticos y su prueba, y culminan con la determinación de las consecuencias jurídicas aplicables al caso⁷. En todos estos supuestos, en consecuencia, no existe

⁵ Cfr. BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, pp. 81 ss.

⁶ Así, FULLER, Lon. *La anatomía del Derecho*. Caracas: Monte Avila Editores, 1969, pp. 72-73.

⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Dordrecht- Boston-London: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 31.

sólo una única y exclusiva decisión que emitir, sino más bien múltiples y variadas, pues, aun a riesgo de simplificar, el juez casi siempre debe estructurar su razonamiento a través de una cadena de decisiones parciales en aras de configurar precisamente la decisión adjudicativa final.

Con todo, dado que la objetividad y la racionalidad están dentro de las más importantes características adscritas al razonamiento de los juristas, se espera que sus actuaciones estén premunidas de elementos básicos que puedan garantizar la imparcialidad y la igualdad de sus decisiones. Tales elementos, tratándose de la función jurisdiccional, se reconducen así en la necesidad de contar con una decisión racionalmente fundada, considerada objetiva en la medida que pueda ser criticada y que se estructure de una forma lógicamente consistente⁸. En efecto, para evitar el intuicionismo, el puro decisionismo o, sin más, la simple arbitrariedad, desde tiempos antiguos se considera a la motivación de las resoluciones judiciales como una actividad ingénita al ejercicio de la función jurisdiccional. Con ella, lejos de cumplirse con una mera formalidad, se da vida a una garantía fundamental que exige que toda decisión adjudicativa esté respaldada por razones y justificaciones, permitiendo así conocer, controlar y eventualmente impugnar el contenido del *dictum* de que se trata. De allí que en las sociedades democráticas contemporáneas, cuyo ideal regulativo se basa en el Estado de Derecho, importe no sólo lo que un órgano judicial decida o esté llamado a decidir, sino también –y por sobre todo– las razones que esgrime para justificar su decisión. Su punto de partida es, en consecuencia, una pretensión de corrección interna planteada desde una faz procedimental e institucional⁹.

Sin embargo, quien se proponga estudiar dicho dilema debe comprender que se enfrenta a un fenómeno con características y

⁸ Quizás por ello, como bien apunta Neumann, “*la racionalidad de la ciencia jurídica reside en la racionalidad de sus argumentos o, más exactamente, en la posibilidad de comprobar los argumentos jurídicos con reglas de una argumentación racional. La teoría de la ciencia referida a la ciencia jurídica desemboca, pues, en una teoría de la argumentación jurídica*”. NEUMANN, Ulfrid. *La teoría de la ciencia jurídica*. En: KAUFMANN, Arhur; HASSEMER, Winfried (editores), *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 364.

⁹ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra, 2007, pp. 297 ss.

particularidades propias, merced las diversas mutaciones experimentadas por sus vastos planteamientos legales y metodológicos¹⁰. De hecho, a la reconocida imprecisión, porosidad y vaguedad de sus diversos criterios, se agregan un sinfín de consideraciones dogmáticas y jurisprudenciales que dan cuenta de la existencia de una serie de vacilaciones al momento de adscribir a un modelo de fundamentación adecuado, lo cual, además de denotar la ausencia de una genuina cultura de la motivación, ha implicado la pervivencia aún hoy de una errada comprensión metodológica acerca del cómo y de qué forma controlar dicho deber. Como resultado, en algunas legislaciones el control sobre la motivación y sus presupuestos se ha tendido a relativizar, siendo visto indebidamente como un obstáculo que dificultaría la celeridad de los procedimientos judiciales y la función nomofiláctica en la aplicación del Derecho¹¹. Asistimos así –en algunos ámbitos– a una fuerte degradación del deber de motivación no solo en la búsqueda de una simplificación extrema de la decisión, sino también a su adaptación a determinados esquemas prototípicos de argumentación¹².

No obstante ello, por las razones que se explicarán en breve, la motivación de las resoluciones judiciales lejos de ser un obstáculo para la celeridad y la correcta aplicación del Derecho constituye uno de sus eslabones fundamentales. De hecho, hoy nadie mínimamente informado

¹⁰ WEINBERGER, Ota. *Law, institution, and legal politics: fundamental problems of legal theory and social philosophy*. Dordrecht: Springer Science, 1991, pp. 71-72.

¹¹ En otras palabras, “*In una visione semplicistica e isterilita della nomofilachia, il sindacato sulla motivazione è vissuto come un intralcio, che si frappone –quasi indebitamente, inquinandone l’attività esegetica– fra l’organo supremo della giustizia e la disposizione da interpretare. Una simile visione legittima la scelta di cancellare il controllo sulla motivazione, iscrivendola –in una prospettiva che non si ritiene condivisibile– tra quegli interventi che, insieme ad altri, andrebbero nella duplice direzione di ridurre il contenzioso di Cassazione e di rafforzare la funzione nomofilattica*”. PASSANANTE, Luca. *Il postulato del “primo” Calamandrei e il destino della cassazione civile*. *Judicium*, 2020, p. 14.

¹² Según algunos, lo que explicaría en parte la crisis del deber de motivación y su excesiva rigidización pasa por una “mala conciencia epistemológica”, que, frente a la deconstrucción del positivismo jurídico, ha facilitado el marco teórico y circunstancial propicio para banalizar su aplicación. Sobre esto, ALISTE, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid- Barcelona- Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 375-376.

podría desconocer que la “obtención del Derecho aplicable” a cada caso constituye un fenómeno autoritativo que pretende generar genuinos deberes de actuar y, por consiguiente, que se encuentra dotado de reglas formales y materiales que tienen una importancia fundamental. Es más, si las cosas no fueran así, en el ámbito jurisdiccional no habría Estado de Derecho, simplemente porque el imperio de la ley y su legitimidad se resquebrajarían en aras de un latente activismo judicial. Por esta razón, lo que aquí se sostiene es más bien que el juez al dictar su resolución judicial no sólo debe sentirse vinculado por las normas jurídicas vigentes, sino que también por las razones en las que aquéllas se fundamentan¹³. Esto significa que cualquier resolución judicial, en la medida que se inserta en un sistema normativo dúctil y flexible, implica la adopción de decisiones motivadas que deben mirar equilibradamente la *ratio* y la *auctoritas*, de modo tal que sus planteamientos sean analizados y ponderados de acuerdo con la razón y la juridicidad vigente¹⁴.

Quizás por ello, en la mayoría de los sistemas jurídicos de tradición europeo-continental, se reconoce el deber de motivación como garantía integrante del debido proceso, la cual, en términos operativos, cumpliría un doble propósito: endoprocesalmente, permitiendo que los intervinientes y el imputado conozcan las razones y argumentos que sustentan la decisión, así como la posibilidad de impugnarla en una instancia sucesiva posterior; extraprocesalmente, facilitando que la sociedad en su conjunto examine la razonabilidad de la decisión adoptada, de modo tal de asegurar la transparencia, la coherencia y la justicia del sistema adjudicativo en su conjunto. De este modo, reconociendo ambas funciones, la materialización de este deber se ha convertido en una garantía que contribuye a la legitimidad del ejercicio de la función judicial, protegiendo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados en base a las razones que el Derecho proporciona y, en consecuencia, que da vida a la naturaleza esencialmente argumentativa y no potestativa de la decisión

¹³ En similares términos, Cfr. Art. 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Lisboa, Portugal, el año 2006.

¹⁴ Cfr. VOGLIOTTI, Massimo. *Legalità. Enciclopedia del Diritto*. Annali VI. Milano: Giuffrè, 2013, p. 410.

de que se trata¹⁵. La motivación de las resoluciones judiciales, por tanto, garantiza no sólo que las partes y la sociedad en general comprendan el por qué se tomó una decisión en particular, sino que también cómo y de qué forma se pueden ejercer otras garantías tan importantes como los derechos de defensa, prueba, impugnación e igualdad de armas de todos los justiciables¹⁶.

Ahora bien, si la motivación representa el espejo de la jurisdicción y cristaliza las exigencias de razonabilidad y no arbitrariedad, los analistas del discurso jurídico sugieren que la motivación es esencialmente justificación y no explicación. Así, apoyándose además en la clásica distinción entre el contexto del descubrimiento y el contexto de la justificación¹⁷, descartan toda influencia *psicologista* en el modo de concebir la práctica de la

¹⁵ Por ello, a juicio de la CIDH: “*El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.* CIDH, *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77. En idéntico sentido, del mismo Tribunal, véase: *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. Sentencia de 03 de mayo de 2016, párr. 87; *Caso J. vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 224; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 118. A nivel europeo, considerando el art. 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, véanse: TEDH, *Caso Van de Hurk vs. Holanda*, de 19 de abril de 1994, párr. 61; *Caso Ruiz Torrija vs. España*, de 9 de diciembre de 1994, párr. 29; *Caso Souminen vs. Finlandia*, de 01 de julio de 2003, párr. 34; *Juez Albizu vs. España*, de 10 de noviembre de 2009, párr. 21.

¹⁶ En este último sentido, a juicio del TEDH: “*the requirement of equality of arms applies in principle to civil cases as well as to criminal cases. As regards litigation involving opposing private interests, equality of arms implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present their case –including their evidence– under conditions that do not place them at a substantial disadvantage vis-à-vis their opponent*”. TEDH, *Caso Souminen vs. Finland*. Sentencia de 01 de julio de 2003, párr. 33.

¹⁷ Cfr. REICHENBACH, Hans. *Experience and prediction. An analysis of the foundations and the structure of knowledge*. Chicago: University of Chicago Press, 1938, pp. 6-7. Sobre las críticas a dicha distinción, SCHIEMANN, Gregor. Criticizing a difference of contexts. On Reichenbach’s distinction between context of discovery and context of justification. En: STADLER, Friedrich (editor), *The Vienna Circle and logical empiricism. Re-evaluation and future perspectives*. New York- Boston: Dordrecht, Kluwer, 2003, pp. 237-251.

motivación, especialmente cuando esta se asume acriticamente como una suerte de rendición de cuentas del *iter* seguido por el sentenciador para llegar a su conclusión. En efecto, al juez no le es exigible como motivación ni la explicación del proceso mental que lo llevó a tomar su decisión, ni tampoco una descripción exhaustiva de todos los escritos, indagaciones y actuaciones verificadas durante el juicio¹⁸. Antes bien, lo que le obliga es la exteriorización de las razones que justifican las premisas de su decisión y, en ese sentido, el discurso argumentativo que erige en pos de sustentar los pasajes fácticos y normativos que avalan su decisión. Se trata, pues, de puntos de vista similares, aunque contextualizados en planos distintos: el primero en lo descriptivo y el segundo en lo evaluativo. De allí, entonces, que el deber de motivación no reclame del juez la exposición de las causas que lo guiaron a dictar su resolución judicial, sino simplemente la expresión de las razones por las cuales justificó su decisión de una forma intersubjetivamente válida y aceptable. Por decirlo de forma sintética: lo que importa –y lo que le es legalmente exigible– es la manifestación explícita de los puntos de apoyo necesarios usados para la construcción y configuración de las distintas cadenas argumentativas que avalan su razonamiento justificativo.

Así las cosas, rompiendo la dicotomía entre materia y forma del deber de motivación, entre control material y control formal de su racionalidad, la dogmática jurídica ha sabido distinguir las diversas formas a través de las cuales la exigencia de justificación se manifiesta en el razonamiento judicial¹⁹. En efecto, desde que Wróblewski²⁰ pusiera de relieve la diferencia entre justificación interna y justificación externa del proceso de decisión jurisdiccional, se ha convertido en un auténtico lugar común el distinguir entre la corrección formal y la corrección material del razonamiento decisorio. Así, mientras la justificación

¹⁸ Cfr. NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial. Entrando en la mente del juez*. La Coruña: Colex, 2021, pp. 165 ss.

¹⁹ Así, GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Argumentación jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 85.

²⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. En: HUBERT, Hubien (editor), *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1971, p. 412.

interna o formal trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, la justificación externa o material trata de examinar cómo y de qué forma se pueden fundamentar precisamente esas premisas. Tal distinción, en consecuencia, arranca de la consideración que la razonabilidad –entendida al alero de la justificación jurisdiccional– constituye una propiedad “relativa” y “particular”, puesto que depende de las premisas inferenciales del razonamiento y de las diversas directrices utilizadas para justificar su estructuración. De allí que no resulte suficiente el señalar que una determinada decisión está motivada si –y sólo si– puede ser reconstruida como una inferencia lógica en base a ciertas premisas normativas y fácticas²¹. Ello, pues, *grosso modo*, la identificación del resultado de la justificación no depende solo y exclusivamente de lo que está lógicamente *implicado*, sino que requiere de una justificación adicional que permita confirmar o refutar el contenido de las premisas utilizadas. No en vano se ha afirmado que, si bien la lógica permite efectuar una suerte de control de calidad de ciertos esquemas argumentativos, a partir de premisas falsas es perfectamente posible argumentar lógicamente de manera correcta y, viceversa, a partir de premisas verdaderas –o altamente plausibles– es posible también argumentar incorrectamente desde el punto de vista lógico²². Por consiguiente, cualquier intento por motivar una decisión jurisdiccional queda trunco si, junto con considerar un plano lógico o formal de la argumentación, no se da cuenta de una justificación material que avale externamente la elección de las premisas de hecho y de Derecho de cuya conexión se deriva la decisión final.

Con lo expuesto hasta aquí, empero, no se debe soslayar que el hecho que razonamiento del juez en la práctica resulta mucho más complejo y heterogéneo que la distinción antes aludida. Allí, por cierto, entran en juego elementos normativos e institucionales, pero también elementos fácticos, epistémicos y valorativos, que hacen que la idea de motivación como justificación esté colmada de criterios de corrección

²¹ En argumento, BULYGIN, Eugenio. Creación y aplicación del Derecho. En: ATRIA, Fernando y otros. *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*. Madrid- Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 33.

²² Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra, 2016, pp. 43 ss.

muchas veces ajenos a lo jurídico. Piénsese, en este sentido, en las diversas formas de entender la justificación de las aserciones involucradas en la *quaestio facti*, las cuales, en mayor o menor medida, redundan en una serie de hipótesis, inferencias y decisiones que no son ni por mucho susceptibles de ser asimiladas a lo puramente normativo. Por ende, a la conocida ambigüedad de la justificación como “acto” y como “resultado”²³, se suman un sinnúmero de otros problemas asociados a tratar de identificar el contenido mínimo del deber de motivación y, de paso, saber distinguir cuáles son las garantías de racionalidad y razonabilidad, de aceptabilidad y credibilidad, de los numerosos criterios de la decisión que no están –ni directa ni indirectamente– determinados por el Derecho²⁴.

3.- LOS VICIOS DE LA MOTIVACIÓN COMO FUENTE DEL ERROR JUDICIAL

Con la expresión vicios de la motivación, tal como es empleada en la mayoría de los ámbitos, se evoca ciertamente una función evaluativa descalificadora y censurable. Esto se debe a que, sin importar cómo se manifieste, se busca reconocer que una decisión judicial carece tanto de propiedades justificativas como de la razonabilidad necesaria para excluir cualquier tipo de arbitrariedad²⁵. De allí que en la actualidad exista absoluta conciencia de que a los conocidos problemas de interpretación, calificación, prueba y relevancia asociados a la decisión judicial misma²⁶,

²³ Sobre tal distinción, CARBONELL, Flavia. Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno. *Política Criminal*, Vol. 17, n° 33, 2022, p. 62.

²⁴ Así, TARUFFO, Michele. Sentido común, experiencia y ciencia en el razonamiento del juez. En: TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006, p. 108.

²⁵ Evidenciando el rol de la motivación como garantía contra la arbitrariedad, CIDH: *Caso Pavez Pavez vs. Chile*. Sentencia de 4 de febrero de 2022, Serie C No. 449, párr. 152; *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2020, Serie C No. 419, párr. 89; *Caso Martínez Esquivia vs. Colombia*. Sentencia de 6 de octubre de 2020, Serie C No. 412, párr. 106; *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 152.

²⁶ Sobre dicha tipología y los llamados *hard cases*, MACCORMICK, Neil. La argumentación silogística: una defensa matizada. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 30, 2007, pp. 332-333.

se agregan diversos defectos justificativos que resultan decisivos a la hora de identificar el error judicial. Defectos, por cierto, que no se agotan en cuestiones de índole puramente estilística o procedimental, sino que abarcan materias de justificación interna y externa referentes a una defectuosa argumentación fáctica y normativa que sustenta precisamente la decisión adjudicativa final²⁷.

En efecto, tanto las diversas formas de entender la motivación de las decisiones judiciales, como los diversos planos formales, materiales y pragmáticos en que se manifiesta, se traducen muchas veces en errores que implican decisiones desacertadas y que influyen en la condena de inocentes²⁸. Esa misma idea es la que ha conducido, precisamente, a la inclusión de la noción genérica de resolución incorrecta, aunque con diversas variaciones terminológicas según el lenguaje utilizado: resolución ilógica, resolución irrazonable, resolución infundada, resolución injusta o, derechamente, resolución arbitraria. Se podría pensar, sin embargo, que gran parte de los yerros verificados en los sistemas de justicia penal se deben sencillamente al uso indebido de pruebas, o bien a comportamientos policiales o de investigación basados en una confiabilidad en extremo

²⁷ Cfr. MALEM, Jorge. El error judicial y la formación de los jueces. Barcelona: Gedisa, 2016, pp. 111 ss.

²⁸ A propósito de ello, conviene destacar que la evidencia empírica sobre este punto requiere una mayor profundización y sistematización. Ello, pues, más allá de ciertos fallos anecdóticos, gran parte de las legislaciones de nuestro entorno identifican el error judicial solo a partir del análisis de decisiones adoptadas como consecuencia de la interposición de recursos de revisión. Esto se traduce en la falta de estudios sistemáticos que vean los defectos justificativos como una fuente concreta y autónoma del error judicial, lo cual además se ve corroborado por causales en extremo formales y restrictivas que no evidencian este tipo de yerro. En Chile, por ejemplo, en el período comprendido entre 2007-2009, una investigación empírica demostró que el 89,1% de los casos resueltos en materia de revisión lo fue con resoluciones de menos de 596 palabras, lo que significa que estas resoluciones más allá de menciones genéricas o estandarizadas carecían de una justificación razonable. Otro estudio realizado en el país en 2022 demostró que, durante el período 2007-2019, cerca del 90% de los recursos de revisión deducidos ante la Corte Suprema fueron resueltos de plano, lo que significa que se basaron únicamente en argumentaciones estilísticas y formales sin pronunciarse sobre el fondo del recurso presentado. Sobre esto, DUCE, Mauricio. La corrección de condenas erróneas en Chile: la necesidad de discutir un nuevo equilibrio. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 29, 2022, pp. 14-16.

precaria. No obstante, si se entiende la arquitectura del proceso desde una faz íntegral, la lectura del error judicial se reestructura en uno o más yerros que tuvieron que haber sido remediados intraprocesalmente y cuyos mecanismos de corrección fallaron: primeramente, mediante los controles epistémicos asociados a los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad; y, posteriormente, mediante las exigencias de una motivación rigurosa que externalice las razones acerca del por qué de la decisión²⁹. No en vano, desde un plano comparado, la noción de “error judicial” suele ser utilizada genéricamente para indicar, por un lado, las diversas desviaciones no intencionadas en las que se incurre en el desenvolvimiento del *iter* procesal mismo y, por otro lado, los variados yerros de hecho y de Derecho que conducen a “*un resultado de decisión diferente del que se habría producido si no se hubiera cometido el error*”³⁰. Por tal motivo, así como resultaría heterogéneo e incompleto cualquier intento por clasificar las causas del error judicial³¹, también sería incorrecto pasar por alto las innumerables anomalías que –dentro y fuera del proceso– pueden afectar a un acto tan complejo como el pronunciamiento de una resolución judicial.

Sea como fuere, aunque establecer un listado de deficiencias o vicios que afectan a las funciones de la motivación no sea una tarea absolutamente decantada, en línea de principio podemos sostener que las patologías más habituales que aquejan a dicho deber emanan de la inobservancia conjunta o separada de diversos criterios. Esto vale, naturalmente, no sólo para cada una de las inferencias que lógicamente estructuran las cadenas argumentativas de la cuestión debatida, sino también para los diversos factores interpretativos, epistémicos y valorativos

²⁹ Sobre dichas garantías y su importancia en los sistemas de justicia penal contemporáneos, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023, pp. 47 ss; ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: ediciones Didot, 2019, pp. 143 ss; UBERTIS, Giulio. *Sistema di procedura penale*. Vol. I: Principi generali, Milano: Giuffrè, 2017, pp. 175 ss.

³⁰ TROISI, Paolo. *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*. Padova: Cedam, 2011, pp. 3-4.

³¹ Cfr. DALIA, Andrea Antonio. I rimedi all'errore giudiziario. En: DALIA, Andrea Antonio. *Studi di Diritto processuale penale*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 151.

que respaldan el por qué de la decisión. De este modo, dejando de lado la “ausencia de motivación”, que podríamos entender como un defecto justificativo razonablemente claro, el estudio de los problemas sobre los vicios de la motivación suele distinguir como yerros recurrentes: a) La motivación *per relationem*; b) La motivación implícita; c) La motivación ilógica; y, d) La motivación insuficiente³².

a) La motivación *per relationem* o *aliunde* se produce cuando el órgano adjudicativo no fundamenta su decisión en razonamientos propios y directos, sino que la basa en una argumentación externa contenida en un pronunciamiento diverso. En este caso, no se elabora una justificación autónoma y específica sobre el tema a decidir, sino que existe una remisión a la argumentación contenida en una resolución anterior. Por lo tanto, podemos identificar dos casos principales de motivación *per relationem*: el primero, cuando el juez de un grado sucesivo posterior usa como argumentación la justificación contenida en la sentencia que ha sido impugnada ante él; el segundo, cuando el juez –de primera o segunda instancia– utiliza como motivación la justificación contenida en una sentencia previa emitida en un caso diverso³³.

En tal escenario, la aceptabilidad de ambas hipótesis de motivación *per relationem*, aunque no se puede ser descartada de plano, requiere de un análisis restrictivo y excepcional en cuanto a los criterios que deben

³² A este conjunto de vicios de la motivación, dependiendo las diversas legislaciones y manifestaciones jurisprudenciales, se suelen añadir: a) La motivación aparente; b) La motivación perpleja e incomprensible; (c) La motivación sucinta; (d) La motivación incompleta o fraccionada; e) La motivación con ausencia de “*dialecticidad*”; f) La motivación tergiversada en materia de hechos; g) La motivación superflua o “*ad abundantiam*”, etc. Sobre las patologías motivacionales marcadas por el uso de adjetivos “simples” o “sustantivados”, CECCHI, Marco. *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae*. Padova: Cedam, 2021, pp.365-369.

³³ Cfr. TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta, 2011, p. 373. Sobre este punto, distinguiendo entre motivación “*per relationem*” interna y externa, ALBERTINI, Francesco (2023), Nuovi compiti per le Corti di giustizia tributaria, quanto all’obbligo di motivazione delle sentenze, a seguito degli orientamenti delle Corti di Giustizia europea e di Cassazione. En: FERRARA, Francesco; ZORZETTO, Silvia (editores), *La motivazione della sentenza tra teoria e prassi*. Torino: Giappichelli, 2023, pp. 39-40.

cumplirse para su aplicación. En efecto, aunque se reconoce que este tipo de motivación es común por parte de la jurisprudencia, la única hipótesis claramente excluida de su ámbito de aplicación es la motivación por repetición o mera reproducción, donde el tribunal de superior jerárquico simplemente afirma que las argumentaciones de la sentencia impugnada son suficientes, sin siquiera analizarlas o evaluarlas en su pertinencia y mérito³⁴. Por lo tanto, en la mayoría de los casos se considera que la motivación *per relationem* puede considerarse legítima siempre y cuando: i) haga referencia, receptiva o por simple reenvío, a un acto justificativo legítimo de un fallo cuya motivación resulte congruente con la causa de destino; ii) demuestre que el juez ha tomado conocimiento del contenido sustancial de las razones del fallo de referencia y las ha considerado racionalmente coherentes para su decisión; y, iii) que el fallo de referencia, siempre que no se adjunte o se transcriba en la parte que resulte útil, sea conocido por todos los intervinientes –o al menos demostrable para ellos–, de forma tal que puedan efectuar una apreciación crítica y juiciosa de su pertinencia y aplicación³⁵. De esta forma, aunque no sea exigible una coincidencia de contenidos entre la sentencia de referencia y la sentencia de destino, esta última debe ofrecer razones acerca de por qué los razonamientos de la primera constituyen una motivación idónea y, en consecuencia, suficiente para justificar los juicios de hecho y de Derecho sobre los cuales fundar la decisión.

b) La motivación implícita, por su parte, se produce cuando las razones que respaldan un punto de la decisión se consideran lógica y jurídicamente inferidas de la justificación de otro punto relacionado de la misma. Así, mientras la motivación *per relationem* depende de una suerte heterointegración externa y manifiesta, la motivación implícita se basa en una autointegración interna e tácita que se deriva de la misma

³⁴ Enmarcando dentro de la motivación *per relationem* la práctica del “collage”, CAPASSO, Valentina. La motivation enrichie: controtendenze dalla Francia. *Rivista di Diritto processuale*, vol. 73, n° 2, 2018, p. 543; RASIA, Carlo. *La crisi della motivazione nel processo civile*. Bologna: Bononia University Press, 2016, p. 163.

³⁵ Así, CAPUTO, Angelo. *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*. Milano: Giuffrè, 2021, pp. 79-80.

sentencia de que se trata³⁶. Como resultado, el razonamiento expresado para un aspecto de la decisión se convierte indirectamente en criterio para otro, lo que permite considerar la fundamentación de la decisión como un todo coherente y sistemático. Existe, en consecuencia, una conexión entre la motivación explícita de un punto específico de la decisión y la motivación implícita de otro³⁷: un vínculo que se manifiesta por la inclusión, absorción o exclusión de un argumento que se presume válido y, por lo tanto, que tiene la eficacia expansiva necesaria para presuponer la justificación que subyace a la motivación de que se trata.

Ahora bien, aunque el deber de motivación no requiera una respuesta detallada y explícita de todas las alegaciones de los intervinientes³⁸, la motivación implícita puede parecer controvertida en relación a materias altamente sensibles desde un punto de vista iusfundamental³⁹. Piénsese, por ejemplo, en la prisión preventiva y la atendibilidad de sus presupuestos cautelares y materiales. En este caso, con el fin de salvaguardar garantías asociadas a la presunción de inocencia y los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, el juez penal tiene la obligación de cumplir con un deber específico de motivación que evalúe y determine la pertinencia de tal medida. Esto se debe a que, debido a la extensión y profundidad de sus presupuestos, una justificación implícita no solo puede dificultar la posibilidad de comprender, evaluar y criticar dicha resolución, sino que también puede convertirse en una argumentación silente que encubra derechamente

³⁶ En argumento, AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII. Milano: Giuffrè, 1977, p. 230.

³⁷ Cfr. SANTORIELLO, Ciro. *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giurisdizione*. Torino: UTET, 2011, p. 248.

³⁸ Sobre esto, entre otros, véanse los siguientes fallos de la CIDH: *Caso Rico vs. Argentina*. Sentencia de 2 de septiembre de 2019, Serie C No. 383, párr. 75; *Caso V.R.P., V.P.C.* y otros vs. Nicaragua*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 255; *Caso Zegarra Marín vs. Perú*. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párr. 178; *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 139; *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 90.

³⁹ Refiriéndose a los riesgos de la motivación implícita en la justificación de la prueba exculpatória, SCAPARONE, Metello. *Prove a difesa e motivazione implicita. Processo penale e Giustizia*, vol. 4, n° 4, pp. 1-5, 2014.

una “no motivación”⁴⁰. Por lo tanto, aunque la ley no exige siempre y en todo caso un nivel de análisis minucioso y pormenorizado, la técnica de la motivación implícita puede resultar peligrosa cuando está en juego la libertad del que se presume inocente, razón por la cual su uso debiese ser residual en aras de evitar omisiones y especulaciones carentes del suficiente sustento racional.

c) La motivación ilógica se verifica cuando en la sentencia se evidencia una fractura manifiesta entre una o más premisas de la decisión y las consecuencias que se derivan de ellas, denotando, a su vez, correlaciones argumentativas incoherentes, vagas o absurdas que no permiten discernir qué criterio siguió el juzgador para arribar a su decisión⁴¹. En otras palabras, existe el vicio de ilogicidad cuando la motivación de la sentencia no solo transgrede las reglas formales de justificación interna de la decisión, sino que también cuando se aparta del sentido común y revela contradicciones que resultan inexplicables en comparación con ciertos aspectos de certeza y confiabilidad sustentados por la misma decisión⁴². De ello se deriva que la justificación lógica no es, en absoluto, una fiel rendición de cuentas de cómo la decisión ha sido alcanzada, sino que, a lo menos desde el plano tradicional, supone la externalización coherente y sistemática de un conjunto de enunciados lingüísticos –previamente especificado– en el que la verdad de uno de ellos –la conclusión– se pretende justificar en la verdad de los otros –las premisas–. La inferencia será válida o aceptable,

⁴⁰ Por ello, un sector de la doctrina ha sido vehemente en señalar: “*Muitas vezes, uma verdadeira ausência de motivação com relação aos argumentos defensivos é mascarada sob o rótulo de motivação implícita. É necessário distinguir, portanto, a ausência de motivação da motivação implícita. Na ausência de motivação uma determinada tese não integrou o juízo realizado pelo julgador. Já na motivação implícita, a lacuna não está no juízo realizado para o julgamento, mas só não há expressão desse juízo, em termos explícitos, ao redigir a motivação*”. BADARÓ, Gustavo Henrique. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 38, 2002, p. 134.

⁴¹ Así, RIVERA, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 421.

⁴² Así, RUBIOLA, Elisa. Mancanza, contraddittorietà, manifesta illogicità: il controllo della Corte di cassazione sul vizio di motivazione. *Diritto penale e processo*, nº 5, 2012, p. 610.

por tanto, siempre y cuando la conclusión sea consecuencia necesaria de las premisas, esto es, cuando las premisas impliquen lógicamente a la conclusión⁴³.

Con todo, conviene recalcar que la externalización de determinados esquemas de argumentación y, por ende, de representaciones formales cuyo fin es mostrar el carácter lógico de la decisión, siempre ha mostrado acalorados debates interpretativos sobre su estructura y amplitud. Algunos consideran que este vicio surge cuando resulta imposible identificar el razonamiento jurídico seguido por el juez para llegar a la decisión, mientras que otros lo reducen a la falta de cumplimiento de las reglas que otorgan validez formal a las inferencias de la decisión, especialmente cuando se violan los principios del tercero excluido, de falta de razón suficiente o de contradicción⁴⁴. No obstante ello, desde nuestro punto de vista, aunque no es posible ofrecer una respuesta pormenorizada a la pregunta sobre cuáles son los defectos lógicos que pueden llegar a afectar al deber de motivación⁴⁵, su alcance y proyección deben interpretarse siempre desde la particularidad del vicio de que se trata. Esto, principalmente, porque las inferencias del razonamiento adjudicativo no se agotan en las clásicas reglas del silogismo *modus ponens*, sino que dan cuenta de una variedad de inferencias inductivas y abductivas que desbordan los presupuestos exigidos por la lógica clásica⁴⁶: formas y modos de razonar que, en los contextos fácticos y normativos, obedecen a procesos inferenciales disímiles y cuyas conclusiones pueden ser derrotadas a pesar de las

⁴³ Sobre esto, ITURRIALDE, Victoria. Justificación interna y regla *modus ponens*. En: ITURRIALDE, Victoria. *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*. Lima: Ara editores, 2010, p. 409.

⁴⁴ RUGGIERO, Laura. La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico della motivazione. *Rivista di Diritto processuale*, n° 3. Padova: Cedam, 2018, p. 891.

⁴⁵ Por ello, como bien señaló Ulrich Klug: “Sólo es posible seleccionar algunos tipos importantes dentro de tales errores, mencionarlos y analizarlos, ya que no hay un número finito de errores lógicos, como, por ejemplo, tampoco hay en la aritmética un número finito de posibles errores de cálculo”. KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Bogotá: Temis, 2020, p. 205.

⁴⁶ Sobre la adducción, deducción e inducción en el razonamiento jurídico, TUZET, Giovanni. Adducción: cuatro usos jurídicos. En: TUZET, Giovanni. *La prueba razonada*. México D.F- Lima: Ceji- Zela, 2020, pp. 74 ss.

premisas concurrentes⁴⁷. Quizás por ello, tomando en cuenta la estructura formal de cada argumento, resulte más coherente analizar este vicio desde una perspectiva contextual y singular, de modo tal de garantizar la corrección de las múltiples proposiciones y nexos inferenciales que se pueden presentar en la decisión jurisdiccional.

d) En relación a la motivación insuficiente, por último, se suele afirmar que se presenta en todos aquellos casos en los cuales la motivación existe y cumple con los requisitos de una justificación formal, pero las razones externas proporcionadas por el tribunal resultan inidóneas para avalar los enunciados fácticos o jurídicos que sustentan las premisas decisión⁴⁸. En este caso, en efecto, el análisis del vicio se centra en el contenido externo de la justificación, analizando, por ende, la plausibilidad, la aceptabilidad y la razonabilidad de los múltiples aspectos que fundan materialmente la decisión. No consiste, por lo tanto, en un defecto de amplio espectro que permita extenderse a cualquier pasaje de la motivación, sino un vicio que permite descartar las elecciones efectuadas por el juez a objeto de fundar las premisas de su decisión: elecciones complejas, cambiantes e interrelacionadas que afectan a la individualización de la norma aplicable, su correcta interpretación y aplicación, la determinación de los enunciados fácticos relevantes, su adecuada apreciación y valoración, pero también –y por sobre todo– las razones que se esgrimen para justificar su decisión⁴⁹.

Sin embargo, huelga destacar que tal defecto no ha recibido un tratamiento unívoco y homogéneo por parte de la dogmática procesal. Ello, pues, mientras para algunos la justificación insuficiente se verifica en todos aquellos casos en los cuales *“la motivación presenta oscuridad, no es completa o acusa inexactitudes en la trama expositiva, aun en presencia de*

⁴⁷ Así, MAZZARESE, Tecla. *Lógica borrosa y decisiones judiciales. El peligro de una falacia racionalista*. En: MAZZARESE, Tecla. *Lógica, derecho, derechos*. México D.F: Fontamara, 2010, pp. 117 ss.

⁴⁸ Cfr. BELTRÁN, Ramón. *Pena, motivación y control*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 357.

⁴⁹ Proponiendo una tipología de razones en materia justificativa, SUMMER, Robert. S. *Las razones sustantivas y la interpretación del Derecho en el Common Law*. Lima: Palestra, 2020, pp. 55 ss.

*un proceso decisional correcto y de una estructura de discurso argumentativo que responda al modelo legal*⁵⁰, para otros se da en todos aquellos casos en que “*el juez no indica todos los elementos en los cuales funda su convicción, es decir, los criterios normativos, fácticos o valorativos que lo han guiado en su pronunciamiento final*”⁵¹. Desde tal perspectiva, entonces, se trata de un vicio que surge como el corolario de uno de los problemas más serios y urgentes relacionados con el deber de motivación, y que, desde nuestra perspectiva, pasa por identificar la atendibilidad y confiabilidad de los múltiples presupuestos necesarios que le dan vida. Ello equivale a afirmar, por lo tanto, que todo análisis de los vicios de la motivación queda trunco si no va acompañado de la identificación del “contenido mínimo” necesario para considerar que la motivación efectivamente puede ser suficiente y adecuada al caso de que se trate.

4.- EL CONTROL SOBRE LOS VICIOS DE LA MOTIVACIÓN Y SU TRATAMIENTO EN LA PREVENCIÓN DEL ERROR JUDICIAL

Según se habrá podido advertir, gran parte de lo que supone la evolución y alcance del deber de motivación pasa por considerarlo como uno de los instrumentos jurídicos más efectivos “*en la lucha continua e incesante contra el error judicial*”⁵². Ello, pues, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos normativos, la legitimidad de los actos jurisdiccionales reclama de manera invariable de argumentos, razones y justificaciones en pos de minimizar los posibles yerros que puedan resultar en daños irreparables a la libertad de las personas. Precisamente por ello, para proteger al individuo contra toda arbitrariedad, el deber de motivación se incardina dentro de un conjunto de garantías jurídico-procesales que intentan asegurar el máximo de racionalidad y fiabilidad posible en el pronunciamiento de las resoluciones judiciales: garantías que se

⁵⁰ IACOVIELLO, Francesco. *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*. Lima: Palestra, 2022, p. 324.

⁵¹ RUGGIERO, Laura. La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico della motivazione. *Rivista di Diritto processuale*, n° 3. Padova: Cedam, 2018, p. 895.

⁵² LEONE, Giovanni. Il mito del giudicato (Prolusione al corso di procedura penale nell'Università di Roma, tenuta il 19 aprile 1956). *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1956, p. 171.

estructuran, antes que todo, dentro de un esquema de verificabilidad y refutabilidad de las múltiples cuestiones fácticas y normativas que respaldan el *thema decidendi* y cuyo fin último pasa por prevenir que personas inocentes sean injustamente condenadas.

Sin embargo, así como resultaría inverosímil sustentar una decisión en la opinión meramente potestativa de quien la emite, también resulta contraintuitivo creer que estas garantías constituyen una previsión segura para excluir por completo decisiones carentes de fundamento racional. La historia judicial nos muestra, en efecto, un sinnúmero de errores y horrores judiciales llevados a cabo en nombre de procedimientos aparentemente racionales y justos⁵³. No en vano, durante décadas la comunidad internacional ha mirado con preocupación la persistencia de privaciones de libertad arbitrarias, de procedimientos de instancia que no respetan las garantías debidas y, lo que es peor aún, de sentencias que no aparecen debidamente fundamentadas en los hechos y el Derecho. Y esto se debe no sólo al carácter esencialmente derrotable de las normas y el razonamiento jurídico⁵⁴, sino también al fracaso conjunto o alternado de todos aquellos “anticuerpos internos” creados por el sistema precisamente para reducir al mínimo posible el error judicial⁵⁵. De allí que se sostenga

⁵³ Baste con mencionar, a este respecto, las estadísticas reveladas por el proyecto “*National Registry of Exonerations*” en los EE.UU, las cuales, bajo el contexto de las “*Wrongful Convictions*”, han dado a conocer datos alarmantes en materia de privaciones de libertad erróneas impuestas sobre personas inocentes. Así, según datos recientemente publicados, se informó que durante el año 2022 se produjo la liberación de 233 sujetos que habían sido erróneamente condenados, lo cual, en atención a la severidad de las penas impuestas, implicó que que estas personas hayan perdido en promedio 9,6 años de sus vidas tras las rejas. En total, el tiempo de encarcelamiento injusto acumulado para todos los condenados ascendió a 2.245 años por delitos que nunca cometieron. Sobre esto, NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. *Annual Report 2022* (Michigan: UCI Newkirk Center for Science & Society-University of Michigan Law School- Michigan State University College of Law), 2023, pp. 3 ss.

⁵⁴ Cfr. BAYÓN, Juan Carlos. ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?. *Doxa*, nº 24, pp. 35-62, 2001.

⁵⁵ Así, PITTIRUTI, Marco. Il controllo sulla motivazione in sede di legittimità, quale argine per l'errore giudiziario. Gli anticorpi del sistema. En: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZZI, Giovanni (editores), *Errori giudiziari e background processuale*. Torino: Giappichelli, 2017, pp. 83.

que el genuino error judicial ocurre cuando subsiste, a pesar de la puesta en marcha de todos los mecanismos internos diseñados para eliminarlo. Esto nos indica, por lo tanto, la necesidad de enfrentar el error judicial no solo desde la óptica de la reparación, sino también –y por sobre todo– desde la perspectiva de la prevención.

Ahora bien, dentro los mecanismos destinados a prevenir el error judicial, destaca el control recursivo de la motivación en aras de evitar la convalidación de resoluciones judiciales defectuosas en su justificación. Así, en la mayoría de los países de tradición europeo-continental, si bien existen diversas formas de impugnación y revisión, el recurso de casación y/o nulidad se presenta como la vía procesal más habitual para impetrar no solo la legalidad de la decisión, sino también para controlar la razonabilidad de sus fundamentos⁵⁶. Obviamente, las posibilidades y modalidades de revisión en este punto son variables, toda vez que dependen, por un lado, de la cultura, la teoría y el contexto en el cual se inserta la decisión y, por otro lado, de las formalidades, los presupuestos y las atribuciones que se prevén en cada sistema jurídico en particular. No obstante, dicha variabilidad de circunstancias no puede llevarnos a desconocer un punto básico sobre el control de la motivación: esto es, que la aceptabilidad racional de la decisión y sus fundamentos no depende sólo y exclusivamente de la estructura y forma de los argumentos, sino también de la calidad intrínseca de las razones esgrimidas para justificarla. Por ello, a pesar de las divergencias ya anotadas, diversas legislaciones han reconocido explícitamente los vicios de la motivación y su importancia en la evitación de errores decisivos en la condena de inocentes. En Italia, por ejemplo, el Art. 606 N°1, letra e) del Codice di Procedura Penale es enfático en señalar que el recurso de casación podrá ser deducido, entre otras causales, cuando la sentencia adolezca de “*falta, contradictoria o manifiesta ilogicidad de la motivación, siempre y cuando que el vicio resulte del texto de la sentencia impugnada, o bien de otros actos del proceso específicamente indicados en los motivos del gravamen*”. En

⁵⁶ Sobre dicha vía de enmienda del error judicial, véanse: DEL RÍO, Carlos. El recurso de nulidad penal y la tipología de sus motivos (errores). *Política Criminal*, vol. 17, n° 33, pp. 8-9, 2022; BELLUTA, Hervé. Le impugnazioni ordinarie come anticorpi contro l'errore: prospettive e limiti. En: LUPÀRIA, Luca (editor), *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, pp. 511-523.

Perú, por su parte, en virtud de la causal prevista en el N° 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal de 2004, se establece que el recurso de casación podrá ser deducido: “*si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor*”. Y Finalmente, en Argentina, el Art. 358, letra c) del Código Procesal Penal de la Nación de 2014, abandonando los vestigios de un control burocrático y formal propio del modelo inquisitivo, expresa que toda sentencia condenatoria podrá impugnarse, entre otras causales, “*si careciera de motivación suficiente o ésta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria*”. Todas estas consagraciones, por lo tanto, nos hablan de la creciente necesidad por reconocer diferentes criterios de control y corrección argumentativa, de forma tal de revertir los múltiples vicios justificativos que pueden aquejar una decisión jurisdiccional.

Sin embargo, las fórmulas de control recursivo antes mencionadas, aunque útiles en teoría, presentan una evidente “vocación a la generalidad” que no se condicen con las diferentes características y fisonomías que habitualmente rodean a los vicios de la motivación. Ello, por lo demás, ha propiciado que la práctica judicial esté colmada de subrepticias redefiniciones que, con el afán de analizar su concreta denotación lingüística, se sustentan en interpretaciones carentes de la uniformidad y nomofilaxis necesarias que se pretenden normativamente con su establecimiento. Como resultado, se hace patente la ambigüedad e imprevisibilidad entre los distintos operadores jurídicos y, lo que es peor aún, se fomenta el ejercicio abusivo del derecho al recurso como estrategia potencialmente idónea para desvirtuar una sentencia penal adversa. No en vano, como respuesta a dicha circunstancia, diversos sistemas jurídicos están limitando los criterios de control y corrección de la motivación, restringiendo la procedencia de la impugnabilidad solo a ciertas patologías justificativas⁵⁷ y, para ciertos ámbitos, proponiendo

⁵⁷ Un buen ejemplo de esto se encuentra en la modificación del artículo 360, párrafo 1º, núm. 5º, del *Codice di Procedura Civile* Italiano, llevada a cabo mediante el artículo 54 del Decreto Ley N° 83/2012 y posteriormente validada por la ley N° 134/2012. Esta modificación, en lo que nos interesa, declaró que ya no son admisibles como fundamento del recurso de casación las censuras de “contrariedad e insuficiencia de la motivación de la sentencia”, de modo que el control de legitimidad sobre la motivación quedó circunscrito solo a la mera verificación de la violación del “mínimo constitucional” exigido por el

incluso la aplicación de prototipos de motivación mínima que deberían ser simplemente cotejados por los tribunales de instancia⁵⁸. De ello surgirá, en consecuencia, una nueva manera de entender el deber de motivación y sus controles procedimentales, ya no como una “fórmula discursiva” completa y autosuficiente, sino como un “texto sintético” que debería ofrecer pautas de revisión y verificación dirigidas a lo esencial de los acontecimientos que han sido objeto del proceso⁵⁹.

Pese a todas estas consideraciones, si bien el control sobre la motivación constituye una materia que tiende a la disparidad y la complejidad, no por ello se puede banalizar su ejercicio en detrimento de garantías dispuestas para evitar errores gravitantes para la vida de las personas. De hecho, a pesar de la controvertida opinión de que los vicios de la motivación constituirían un medio para corregir indirectamente la *quaestio facti* –en desmedro de la *quaestio iuris*–⁶⁰, nadie puede desconocer a estas alturas que una resolución judicial fundada en un razonamiento equivocado puede llegar a viciar una motivación y, en consecuencia, traducirse en una privación de libertad arbitraria desprovista de fundamento racional. Por esta razón, diversos lineamientos jurisprudenciales han establecido que el deber de motivación debe ser más riguroso en casos de condena que en casos de absolución, precisamente con el objetivo de fijar estándares exigentes que reduzcan al mínimo los errores justificativos presentes en la decisión jurisdiccional⁶¹.

artículo 111, párrafo 6º, de la Constitución Italiana. Para una visión crítica de dicha enmienda, TARUFFO, Michele. Breves notas sobre la motivación de la sentencia. En: TARUFFO, Michele. *Hacia la decisión justa*. México D.F- Lima: Ceji- Zela, 2020, pp. 571-581.

⁵⁸ Refiriéndose a dichos prototipos como “vademécum” justificativos, BRICCHETTI, Renato. Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell’atto d’impugnazione. En: CANZIO, Giovanni; BRICCHETTI, Renato (editores). *Le impugnazioni penali*. Milano: Giuffrè, 2019, pp. 101ss.

⁵⁹ Así, COLESANTI, Vittorio. Note in tema di crisi e «rinascenza» della motivazione. *Rivista di Diritto processuale*, vol. 72, n° 6, 2017, pp. 1404.

⁶⁰ Cfr. CALAMANDREI, Piero. Casazione civile. En: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*, Vol. VIII: Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni. Roma: Roma TrE-Press, 2019, pp. 70-71.

⁶¹ Un buen ejemplo de esto es la postura adoptada por el Tribunal Supremo Español, el cual ha señalado: “*el nivel de motivación de las sentencias*

Con todo, al llegar a este punto se podría pensar que una de las maneras más adecuadas para abordar el control de los vicios de la motivación pasa identificar *per negationem* una o más propiedades adscritas a la justificación misma. De esta manera, no solo se estaría promoviendo un tratamiento uniforme de los defectos mencionados, sino que también se facilitaría la exclusión *in limine* de todos aquellos defectos que no son susceptibles de ser censurados a través de esta vía⁶². Este parece ser el camino seguido, por ejemplo, por la Corte di Cassazione Italiana al señalar: “*En lo concerniente a las causales del recurso de casación, no se pueden formular alegaciones relativas a los vicios de la motivación distintos de su falta, manifiesta ilogicidad o contradictoriedad [...], de modo que no son admisibles las denuncias que “atacan” la persuasión, la inadecuación, la falta de rigor o puntualidad, la misma falta de lógica cuando no es manifiesta, así como las que piden una comparación diferente de los significados probatorios atribuidos a las diversas pruebas, o bien destacan razones fácticas para llegar a conclusiones diferentes sobre puntos de confiabilidad, credibilidad y*

absolutorias es menos intenso que el de las condenatorias. Las sentencias absolutorias, en relación con la constatación de la inexistencia de arbitrariedad o error patente, precisan de una motivación con estándares menos exigentes que los que reclama un pronunciamiento condenatorio”. STS núm. 22/2022, de 10 de marzo de 2022; núm. 59/2020, de 29 de septiembre de 2020; núm. 363/2017, de 19 de mayo de 2017 -R. 2457/2016; y, núm. 78/2017, de 14 de julio de 2017.

⁶² Nótese que, tal orientación en el tratamiento de los vicios de la motivación, ha sido acogida también legislativamente por diversos sistemas jurídicos. En Brasil, por ejemplo, al amparo de las modificaciones introducidas por la Ley N° 13.964 de 2019, el actual Art. 315, §2º del Código de Processo Penal prevé: “*Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I- limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II- empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III- invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV- não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V- limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.*

entidad del valor probatorio de cada medio en particular”⁶³. De esta forma, y como corolario natural de la identificación de estos defectos de forma negativa y excluyente, el control sobre los vicios de la motivación acaba convirtiéndose en una suerte de “recipiente” en el que se incluyen todos aquellos defectos que no han podido ser descartados *a priori* como gravámenes censurables de la justificación de que se trata.

Por esta razón, surge la necesidad de encontrar un enfoque metodológico diferente que sea más fructífero y denote analíticamente los rasgos nucleares de los diversos vicios que pueden aquejar a la motivación. Esto implica reconocer, por un lado, que todo control de la motivación debería identificar sus defectos en base a sus concretas singularidades y particularidades y, por otro lado, que dicha tarea no resulta viable si no se hacen las distinciones pertinentes a partir de las premisas normativas y fácticas involucradas en la justificación. Sin embargo, podría considerarse ingenuo intentar controlar la motivación acudiendo a la vetusta distinción entre juicio de hecho y Derecho, más aún considerando que se trata de una cesura artificial que está lejos de ser clara y exenta de dudas. De hecho, esta noción ha sido duramente criticada no sólo por estar dotada de una fuerza puramente nominal, sino también porque resulta en extremo difícil poder trazar una línea divisoria entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*⁶⁴. No en vano, desde un plano epistemológico, se ha insistido que “*solo un «sentido místico de la ley», combinado con una «observación superficial», ha podido hacer creer que fuese posible distinguir un juicio de hecho y de Derecho claramente escindidos entre sí*”⁶⁵. Los hechos, en efecto, son siempre identificados sobre la base de criterios jurídicos, de modo que es el Derecho el que define y determina previamente lo que constituye un hecho; por el contrario, el Derecho necesita siempre de los hechos como

⁶³ Cassazione Penale, Sez. 3, sentenza 27/07/2023, N° 32703; Sez. 3, sentenza 21/03/2023, N° 11770; Sez. 2, sentenza 12/02/2021, N° 9106; Sez. 4, sentenza 13/12/2019, N° 50440; Sez. 6, sentenza 13/03/2015, N° 13809.

⁶⁴ En argumento, GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. En: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti. Vol I: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima:Palestra, 2022, pp. 36 ss.

⁶⁵ UBERTIS, Giulio. Quaestio facti e quaestio iuris. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, p. 69, 2020.

condición necesaria para su aplicación, de manera que para delimitar la cuestión controvertida y fijar el objeto de la decisión son los hechos lo que determinan la extensión del Derecho. De este modo, ambos juicios nunca pueden ponerse en una situación dicotómica, sino, todo lo contrario: en una situación de vinculación e implicancia recíproca en pos de dar un tratamiento coherente y holístico de la decisión judicial *tout court*⁶⁶.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, existe al menos una forma en la que la distinción entre hecho y Derecho es necesaria y, por lo tanto, posible. Ello, porque incluso asumiendo que el reconocimiento de la identidad individual de estos juicios no es completa, nadie puede desconocer que la decisión adjudicativa suele presentarse como un “silogismo práctico” cuyas premisas muestran *una prevalencia* de elementos dialécticamente correlativos: por un lado, el juicio de hecho, que se enfoca en determinar la verdad o falsedad de los enunciados fácticos relevantes y que presupone una metodología esencialmente cognoscitiva; y, por otro lado, el juicio de Derecho, que se enfoca en la selección e interpretación de la norma jurídica aplicable y que presupone una metodología esencialmente hermenéutica. Por lo tanto, aunque existan pasajes en los que es difícil trazar una demarcación exhaustiva entre ambos tipos de juicio, resulta casi ineludible no distinguir entre ellos cuando se trata de establecer qué puede y debe ser justificado, cuál es la metodología aplicable a cada juicio y, en definitiva, cómo debería estructurarse el contenido probable de las diversas razones que los respaldarán⁶⁷.

Con todo, parece difícil abarcar en unas pocas líneas los requisitos mínimos necesarios para poder evaluar la controlabilidad de los diferentes aspectos que afectan la justificación de ambos juicios y, por ende, evaluar

⁶⁶ Sobre la superación de la distinción entre hecho y Derecho, PASSANANTE, Luca. Il postulato del “primo” Calamandrei e il destino della cassazione civile. *Judicium*, pp. 7 ss., 2020.

⁶⁷ En esta misma línea, elevando dicha distinción a la categoría de elemento esencial del deber de motivación, la Corte de Casación Italiana ha sostenido: “*L’obbligo del giudice “di specificare le ragioni del suo convincimento”, quale “elemento essenziale di ogni decisione di carattere giurisdizionale” è affermazione che ha origine lontane nella giurisprudenza di questa Corte e precisamente alla sentenza delle sezioni unite n. 1093 del 1947, in cui la Corte precisò che “l’omissione di qualsiasi motivazione in fatto e in diritto costituisce una violazione di legge di particolare gravità” e che “le decisioni di carattere giurisdizionale senza motivazione alcuna sono da considerarsi come non esistenti”*”. Cassazione civile, Sez. 6, sentenza 24/03/2021, N° 8344.

si cumplen con los niveles de confiabilidad y aceptabilidad requeridos para considerar que las elecciones del juez son racionalmente correctas. De hecho, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, detrás del deber de motivación se encuentran no solo una gran cantidad de elecciones que el juez debe atender a objeto fundar su fallo, sino que también juicios de valor que pueden teóricamente encubrir defectos justificativos tanto formales como materiales. A ello se agregan una serie de factores contextuales, pragmáticos y de sentido común que condicionan la práctica motivacional debido a su naturaleza altamente contingente y variable. Sin embargo, un modelo estructural de motivación como justificación debería proporcionar una amplia variedad de criterios para poder identificar los vicios de la motivación, de manera de controlar y subsanar los diversos tipos de yerros que pueden llegar a afectar la justificación de los juicios de hecho y de Derecho. Para lograr esto, distinguiendo la fisonomía de ambos tipos de juicio, se debería realizar un análisis que permita vislumbrar, a lo menos desde el plano prescriptivo, los siguientes niveles de control: en primer lugar, la evaluación articulada de las razones formales –lógicas–, materiales –de contenido– y pragmáticas –de coherencia– que sirven de apoyo a los diversos enunciados fácticos y normativos de que se trate; en segundo lugar, el descarte de algún tipo de yerro que afecte la construcción argumentativa adscrita al juicio en referencia, ya sea en materia de justificación de la cuestión hecho o de la cuestión de Derecho; y, en tercer lugar, dado que no todo error en la justificación puede ser considerado un vicio de la motivación, se debería explicitar cómo y de qué manera el yerro de que se trata influye sustancialmente en la decisión y, en particular, cuál habría sido el resultado de la conclusión si se hubiese adoptado una argumentación diferente. Por ejemplo, tratándose del juicio de hecho se debería analizar –en primer orden– la fragmentación y recomposición del razonamiento probatorio en relación a la determinación de los datos asumidos como prueba, las inferencias a partir de las cuales se estructuran, los criterios utilizados para evaluarlas y su aceptabilidad según el estándar de prueba que rija en el proceso de que se trate⁶⁸. A partir de ello, tomando en consideración las razones

⁶⁸ En esta óptica, COMANDUCCI, Paolo. *Ragionamento Giuridico*. En: BESSONE, Mario- SILVESTRI, Elisabetta- TARUFFO, Michele (editores), *I metodi della giustizia civile*. Padova, Cedam, 2000, pp. 126-127.

que fundamentan la elección a favor de la hipótesis que ostenta mayor grado de corroboración⁶⁹, se debería posteriormente cotejar –en segundo lugar– si la justificación *sub lite* posee algún tipo de yerro que vicie su adecuada motivación. En particular, analizando transversalmente los criterios de contrastabilidad y de refutabilidad, se debería poder evaluar: a) si la hipótesis que se considera como probada existió de la forma que se expresa; b) si las inferencias probatorias fueron utilizadas y articuladas formalmente de un modo correcto; c) si las pruebas fueron valoradas de forma individual y conjunta de manera de no contradecir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados; d) si se identificó y aplicó correctamente el estándar de prueba concurrente; y, e) si la calificación jurídica del enunciado empírico que se estima como probado fue en definitiva aplicada de manera adecuada⁷⁰. Por último, considerando tales errores en su especificidad, se deberían poder adscribir los mismos a los vicios de la motivación, identificando, como ya se precisó, la forma a partir de la cual el error justificativo vicia la motivación y precisando cómo y de qué forma dicho yerro influye sustancialmente en la *ratio decidendi* en cuestión.

Todo lo anterior, a pesar de ser una forma simplificada de entender el control sobre la motivación, debería llevar a comprender la necesidad de articular de mejor manera los diversos yerros que pueden afectar la construcción argumentativa de ambos tipos de juicio. Para ello, lejos de asumir una postura acrítica, la doctrina procesalista debería prestar mayor atención a los vicios en la motivación de las sentencias, incluyendo, por cierto, la jurisprudencia de gran parte de los países de nuestro entorno. En particular, se deberían abandonar genéricas alusiones al control de lo que

⁶⁹ Por supuesto, así como se requiere la expresión de las razones que fundamentan la elección a favor de la hipótesis que tiene un mayor grado de confirmación, también se deberían cotejar las razones que sustentan el rechazo de las hipótesis alternativas en pos de evitar la “*confirmation bias*” y otros sesgos que pueden afectar la cuestión factual. Así, Cfr. CHERUBINI, Paolo. Fallacie nel ragionamento probatorio. En: DE CATALDO, Luisella (editora), *La prova scientifica nel processo penale*. Padova, Cedam, 2007, pp. 295 ss.

⁷⁰ Identificando los errores probatorios a partir de yerros en justificación interna y externa, CARLIZZI, Gaetano. Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penale. En: Lupária Donati, Luca (editor), *L'errore giudiziario*. Milano: Giuffrè, 2021, pp. 139 ss.

vaya contra la lógica, la ciencia o la experiencia común, estableciéndose, a su vez, una tipología más completa y pormenorizada de aquellos defectos que podrían invalidar una motivación judicial. La función principal del control sobre la motivación, por lo tanto, debería centrarse no solo en la revisión de criterios genéricos de corrección, sino también en la articulación de los múltiples aspectos que –directa o indirectamente– delimitan el campo de acción de lo que debiese entenderse como una adecuada justificación jurisdiccional.

5.- CONCLUSIONES

Como se analizó, la motivación de las sentencias penales constituye un aspecto fundamental dentro de cualquier sistema jurídico. Una sentencia debidamente motivada no solo garantiza la justicia e imparcialidad de la decisión, sino que también brinda transparencia y confiabilidad en el sistema de justicia. Sin embargo, en ocasiones, pueden surgir vicios de la motivación que afectan la razonabilidad de la decisión judicial y, de paso, contribuyen a consolidar el error judicial. En particular, yerros, deficiencias o distorsiones en los fundamentos ofrecidos por el sentenciador para justificar su decisión y que son gravitantes para la vida y libertad de personas inocentes⁷¹. De allí que, respondiendo a las interrogantes que nos planteamos al inicio de este trabajo, podamos extraer las siguientes conclusiones:

a) A pesar de que el error judicial –en estricto rigor– se hace patente cuando han fallado todos los “anticuerpos” creados por el sistema para repelerlo, gran parte de los yerros policiales e investigativos vinculados con condenas erróneas se ven corroborados por vicios que

⁷¹ No en vano, dentro de los supuestos típicos en los que los Estados responden patrimonialmente por las consecuencias lesivas del error judicial, se exige que las resoluciones judiciales que sustentan el yerro sean absurdas, alejadas del sentido común, arbitrarias o que llamen la atención de cualquier persona con sentido común, provocado, consiguientemente, conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, insensatas, extravagantes, absurdas o, sencillamente, injustificadas. Sobre esto, DOMÉNECH, Gabriel. El error de la responsabilidad patrimonial del estado por error judicial. *Revista de Administración Pública*, 199, 2016, pp. 171-212.

afectan el deber de motivación de las sentencias. No en vano, dentro de los supuestos típicos que hacen procedente la indemnización por error judicial, en la mayoría de los países se exige que las resoluciones judiciales que sustentan dicho error sean irracionales, ilógicas, arbitrarias o, simplemente, injustificadas;

b) Los vicios de la motivación, en cuanto defectos justificativos de índole fáctico o normativo, suelen manifestarse a través de diferentes formas y patologías, siendo las más representativas la motivación *per relationem*, implícita, ilógica e insuficiente. No obstante ello, debido a su propensión a la ambigüedad y la generalidad, dichos defectos no han recibido por parte de la doctrina y la jurisprudencia un tratamiento unívoco, principalmente por razones de corte epistemológico, metodológico y normativo;

c) Dadas las limitaciones recién mencionadas, los vicios de la motivación en su control y revisión en general son identificados por exclusión y de manera negativa, lo que redundaría en la ausencia de mecanismos de corrección homogéneos, uniformes y predecibles. Por ello, teniendo en cuenta su influencia como posible fuente del error judicial, se debería asumir un modelo de control sobre la motivación que permita identificar de forma más sofisticada los defectos justificativos, con el objetivo de controlar precisamente los diversos errores que pueden llegar a afectar las razones fácticas y normativas que sustentan el fallo;

d) Para lograr este propósito, y aún cuando sea un posicionamiento preliminar sobre el tema, se propone que cualquier control procesal sobre los vicios de la motivación debiese estructurarse metodológicamente no solo considerando los argumentos formales, materiales y pragmáticos que intervienen en el razonamiento justificativo, sino también identificando los errores más comunes que pueden influir en los juicios de hecho y de Derecho que sustentan la decisión. Además, como no todos los errores justificativos pueden considerarse vicios de la motivación, se requerirá también de una argumentación adicional que explique cómo y de qué manera tales vicios pueden influir sustancialmente en la decisión, de manera tal de evitar controles soterrados, subrepticios o aparentes que se verifiquen sobre el particular. De esta forma, denotando analíticamente sus fisonomías, tipologías y criterios de concurrencia –pensamos– se podrían evidenciar de forma más prístina los defectos que efectivamente merecen una censura calificable como “vicios de la motivación”.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTINI, Francesco. Nuovi compiti per le Corti di giustizia tributaria, quanto all'obbligo di motivazione delle sentenze, a seguito degli orientamenti delle Corti di Giustizia europea e di Cassazione. En: FERRARA, Francesco; ZORZETTO, Silvia (editores), *La motivazione della sentenza tra teoria e prassi*. Torino: Giappichelli, 2023, pp. 35-54.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra, 2007.

ALISTE, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid-Barcelona- Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

ALLEN, Ronald J.; LAUDAN, Larry. Deadly Dilemmas. *Texas Tech Law Review*. vol. 41, nº 1, pp. 65-92, 2008. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1150931>

AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII. Milano: Giuffrè, 1977, pp. 181-257.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 38, 2002, pp. 122-141.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023.

BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

BAYÓN, Juan Carlos. ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?. *Doxa*, nº 24, pp. 35-62, 2001. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.02>

BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. *Pena, motivación y control*. Análisis del proceso de individualización judicial de la pena y su justificación argumentativa en sede jurisdiccional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

BELLUTA, Hervé. Le impugnazioni ordinarie come anticorpi contro l'errore: prospettive e limiti. En: LUPÀRIA, Luca (editor), *L'errore giudiziario*. Milano, Giuffrè, 2021, pp. 511-523.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Vol. 2. New York: W.E. Dean Printer, 1830.

BRICCHETTI, Renato. Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell'atto d'impugnazione. En: CANZIO, Giovanni; BRICCHETTI, Renato (editores). *Le impugnazioni penali*. Milano: Giuffrè, 2019, pp. 101-147.

BULYGIN, Eugenio. Creación y aplicación del Derecho. En: ATRIA, Fernando y otros. *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*. Madrid- Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 29-44.

CALAMANDREI, Piero. Cassazione civile. En: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*, Vol. VIII: Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni. Roma: Roma TrE-Press, 2019, pp. 3-145.

CAPASSO, Valentina. La motivation enrichie: controtendenze dalla Francia. *Rivista di Diritto processuale*, vol. 73, n° 2, 2018, pp. 532-547. Disponibile: <https://univ-lyon3.hal.science/hal-02083737>. Acceso: 07 sept. 2023.

CAPUTO, Angelo. *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*. Milano: Giuffrè, 2021.

CARBONELL, Flavia. Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno. *Política Criminal*, Vol. 17, n° 33, 2022, pp. 58-84. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992022000100058>.

CARLIZZI, Gaetano. Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penale. En: Lupària Donati, Luca (editor), *L'errore giudiziario*. Milano: Giuffrè, 2021, pp. 93-155.

CECCHI, Marco. *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae*. Padova: Cedam, 2021.

CHERUBINI, Paolo. Fallacie nel ragionamento probatorio. En: DE CATALDO, Luisella (editora), *La prova scientifica nel processo penale*. Padova, Cedam, 2007, pp. 295-302.

COLESANTI, Vittorio. Note in tema di crisi e «rinascenza» della motivazione. *Rivista di Diritto processuale*, vol. 72, n° 6, 2017, pp. 1399-1417.

COMANDUCCI, Paolo. Ragionamento Giuridico. En: BESSONE, Mario- SILVESTRI, Elisabetta- TARUFFO, Michele (editores), *I metodi della giustizia civile*. Padova, Cedam, 2000, pp. 79-136.

DALIA, Andrea Antonio. I rimedi all'errore giudiziario. En: DALIA, Andrea Antonio. *Studi di Diritto processuale penale*. Torino: Giappichelli, 2005, pp. 145-156.

DUCE, Mauricio. La corrección de condenas erróneas en Chile: la necesidad de discutir un nuevo equilibrio. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 29, 2022, pp. 1-36. <https://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4653>

DEL RÍO, Carlos. El recurso de nulidad penal y la tipología de sus motivos (errores). *Política Criminal*, vol. 17, n° 33, pp. 1-25, 2022. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992022000100001>

FULLER, Lon. *La anatomía del Derecho*. Caracas: Monte Avila Editores, 1969.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Argumentación jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. En: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti. Vol I: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra, 2022, pp. 17-47.

IACOVIELLO, Francesco. *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*. Lima: Palestra, 2022.

ITURRIALDE, Victoria. Justificación interna y regla *modus ponens*. En: ITURRIALDE, Victoria, *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*. Lima: Ara editores, 2010, pp. 403-429.

KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Bogotá: Temis, 2020.

LEONE, Giovanni. Il mito del giudicato (Prolusione al corso di procedura penale nell'Università di Roma, tenuta il 19 aprile 1956). *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1956, pp. 167-198.

MACCORMICK, Neil. La argumentación silogística: una defensa matizada. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 30, pp. 321-334, 2007. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.37>

MALEM, Jorge. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2016.

MAZZARESE, Tecla. Lógica borrosa y decisiones judiciales. El peligro de una falacia racionalista. En: MAZZARESE, Tecla. *Lógica, derecho, derechos*. México D.F: Fontamara, 2010, pp. 93-129.

NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. *Annual Report 2022* (Michigan: UCI Newkirk Center for Science & Society- University of Michigan Law School- Michigan State University College of Law), 2023, pp. 1-17. Disponible: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE%20Annual%20Report%202022.pdf>. Acceso: 07 de sept. 2023.

NEUMANN, Ulfrid. La teoría de la ciencia jurídica. En: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (editores), *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992, pp. 351-364.

NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial. Entrando en la mente del juez*. La Coruña: Colex, 2021.

PASSANANTE, Luca. Il postulato del “primo” Calamandrei e il destino della cassazione civile. *Judicium*, pp. 1-28. Disponibile: <https://www.judicium.it/postulato-del-primo-calamandrei-destino-della-cassazione-civile/>. Accesso: 07 de sept. 2023].

PITTIRUTI, Marco. Il controllo sulla motivazione in sede di legittimità, quale argine per l'errore giudiziario. Gli anticorpi del sistema. En: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZZI, Giovanni (editores), *Errori giudiziari e background processuale*. Torino: Giappichelli, 2017, pp. 81-97.

RASIA, Carlo. *La crisi della motivazione nel processo civile*. Bologna: Bononia University Press, 2016.

REICHENBACH, Hans. *Experience and prediction. An analysis of the foundations and the structure of knowledge*. Chicago: University of Chicago Press, 1938.

RIVERA, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: ediciones Didot, 2019.

RUBIOLA, Elisa. Mancanza, contraddittorietà, manifesta illogicità: il controllo della Corte di cassazione sul vizio di motivazione. *Diritto penale e processo*, n° 5, 2012, pp. 603-618. Disponibile: https://edicolaprofessionale.com/bd/rivisteI0RW/35/435/7089435_DPEN_00135005_2012_05_0603.pdf. Accesso: 07 sept. 2023.

RUGGIERO, Laura. La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico della motivazione. *Rivista di Diritto processuale*, n° 3. Padova: Cedam, 2018, pp. 889-904.

SANTORIELLO, Ciro. *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giurisdizione*. Torino: UTET, 2011.

SARAT, Austin; DOUGLAS, Lawrence; UMPHREY, Martha. *Law's Mistakes*. Amherst- Boston: University of Massachusetts Press, 2016.

SCAPARONE, Metello. Prove a difesa e motivazione implicita. *Processo penale e Giustizia*, vol. 4, n° 4, pp. 1-5, 2014.

SCHIEMANN, Gregor. Criticizing a difference of contexts. On Reichenbach's distinction between context of discovery and context of justification. En: STADLER, Friedrich (editor), *The Vienna Circle and logical empiricism. Re-evaluation and future perspectives*. New York- Boston: Dordrecht, Kluwer, 2003, pp. 237-251.

SUMMER, Robert. S. *Las razones sustantivas y la interpretación del Derecho en el Common Law*. Lima: Palestra, 2020.

TARUFFO, Michele. Sentido común, experiencia y ciencia en el razonamiento del juez. En: TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006, pp. 107-139.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. Breves notas sobre la motivación de la sentencia. En: TARUFFO, Michele. *Hacia la decisión justa*. México D.F- Lima: Ceji- Zela, 2020, pp. 571-581.

TROISI, Paolo. *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*. Padova: Cedam, 2011.

UBERTIS, Giulio. *Sistema di procedura penale. Volume I: Principi generali*, Milano: Giuffrè, 2017.

UBERTIS, Giulio. Quaestio facti e quaestio iuris. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, pp. 67-74, 2020. <https://orcid.org/0000-0003-0340-8143>

VOGLIOTTI, Massimo. Legalità. *Enciclopedia del Diritto*. Annali VI. Milano: Giuffrè, pp. 371-435, 2013.

WEINBERGER, Ota. *Law, institution, and legal politics: fundamental problems of legal theory and social philosophy*. Dordrecht: Springer Science, 1991.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. En: HUBERT, Hubien (editor), *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1971, pp. 409-419.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Dordrecht- Boston- London: Kluwer Academic Publishers, 1992.

Authorship information

Ramón Beltrán Calfurrapa. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Profesor titular de Derecho Procesal en la Universidad de Atacama, Copiapó, Chile. ramon.beltran@uda.cl

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Acknowledgement: La presente publicación se inserta en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1230176, titulado: “Los vicios de la motivación como causa del error judicial en Chile: perspectivas críticas sobre su evaluación y control en la evitación de la condena a inocentes”, en el que el autor se desempeña como investigador responsable.- Agradezco las valiosas observaciones formuladas al borrador de este trabajo por los árbitros anónimos, así como los constructivos comentarios y sugerencias realizadas por los participantes del seminario: “Los vicios de la motivación en Chile. Luces y sombras a partir de sus implicancias dogmáticas y jurisprudenciales”, el cual se llevó a cabo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Atacama, el día 5 julio de 2023. Naturalmente, cualquier fallo o error en que se incurra es de mi exclusiva responsabilidad.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 04/10/2023
 - Desk review and plagiarism check: 28/10/2023
 - Correction round return 1: 10/12/2023
 - Review 1: 17/02/2024
 - Review 2: 04/03/2024
 - Preliminary editorial decision: 17/03/2024
 - Correction round return 2: 25/03/2024
 - Final editorial decision: 18/04/2024
- **Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Los vicios de la motivación como causa del error judicial: un primer esbozo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e924, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.924>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Persecução penal:
investigação, juízo
oral e etapa recursal**

*Criminal prosecution:
investigation, public
oral trial and appeal*


O juiz, as partes e as provas no sistema de julgamento penal italiano: contributo à reforma no Brasil

The judge, the parties and the evidence in the Italian criminal trial system: contribution to the reform in Brazil

Pasquale Bronzo¹

Università degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma, Itália

pasquale.bronzo@uniroma.it


 <https://orcid.org/0000-0002-9374-2235>


Tradutor

Bruno Cunha Souza²

Università degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma, Itália

bruno.cunhasouza@uniroma1.it

 <https://lattes.cnpq.br/2804234433720392>

 <https://orcid.org/0000-0003-3223-0647>

RESUMO: Com o julgamento das ADIs n°. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, pelo Plenário do STF, expressou-se uma clara resistência a um processo penal marcado por características acusatórias no Brasil. Dada a afinidade histórico-legislativa do processo penal brasileiro com a Itália e o fato de que a reforma para o modelo acusatório italiano apresentou questões semelhantes às levantadas no julgamento referido, mostra-se relevante entender como se articulam o juiz, as partes e as provas no modelo italiano atual. Para tanto, através da análise do direito positivo italiano confrontado com perspectivas doutrinárias sobre os temas pertinentes, descrevem-se as relações entre a organização das iniciativas instrutórias

¹ Doutor em Direito. Professor adjunto de Processo Penal na Faculdade de Direito da Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

² Doutorando em Direito Público, *curriculum* Direito e Processo Penal, na Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Mestre em Direito, com ênfase em Direito Econômico e Desenvolvimento, e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Observatório da Mentalidade Inquisitória.

e princípio dispositivo, “duplos autos”, livre convencimento do juiz, imparcialidade do juiz, contraditório processual e acordos sobre o conteúdo do caderno processual.

PALAVRAS-CHAVE: juiz; partes; prova; poderes instrutórios; processo acusatório.

ABSTRACT: *With the judgment of ADIs nº. 6,298, 6,299, 6,300 and 6,305, by the STF's Plenary, a clear resistance was expressed to a criminal process marked by accusatory characteristics in Brazil. Given the historical-legislative affinity of the Brazilian criminal process with Italy and the fact that the reform to the Italian accusatory model presented issues similar to those raised in the aforementioned judgment, gains relevance understanding how the judge, the parties and the evidence articulate themselves on the current Italian model. To this end, through the analysis of the Italian positive law faced with doctrinal perspectives on the pertinent topics, the relationships between the organization of the proof initiative and dispositive principle, “double acts”, free conviction of the judge, impartiality of the judge, procedural contradiction and agreements on the content of the procedural records are described.*

KEYWORDS: *judge; parties; evidence; instructional power; accusatory process.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Princípio dispositivo; 2. “Duplos autos”; 3. Distribuir os poderes instrutórios; 4. Poder instrutório e imparcialidade do juiz; 5. Poderes instrutórios e contraditório processual; 6. Acordos sobre o conteúdo do caderno processual; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Na sessão de 24 de agosto de 2023, a Ministra Rosa Weber, Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), proclamou o resultado do julgamento das 4 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, que questionavam algumas das alterações, que propunham uma série de reformas em tema de justiça penal, da Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019³, ao Código de Processo Penal

³ BRASIL. Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 03 abr. 2021, disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>

Brasileiro (CPP)⁴. Entre as alterações questionadas, as mais relevantes para o objeto deste artigo são: a adoção expressa por processo penal acusatório – com a vedação de iniciativa probatória do juiz na investigação e de substituição da atuação probatória do órgão de acusação – (art. 3-A, do CPP), a criação do Juiz das Garantias com competência até o juízo de admissibilidade da acusação (art. 3º-B, do CPP) e a adoção de um modelo de duplos (art. 3º-C, §§ 3º e 4º, do CPP). O resultado do julgamento foi uma verdadeira contrarreforma⁵.

Em síntese, eis o que ocorreu:

(i) ao art. 3º-A – cujo texto original era “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” –, por maioria – vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin –, atribuiu-se “interpretação conforme” para “[...] assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito”;

(ii) ao art. 3º-B, XIV – cujo texto original era “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...] XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos

ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm, acesso em: 14 set. 2023.

⁴ Daqui em diante, todas as vezes que se empregar a sigla CPP, refere-se ao Código de Processo Penal Brasileiro vigente, isto é, BRASIL. *Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 13 out. 1941, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, acesso em: 07 abr. 2024.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305*, Tribunal Pleno, Min. Luiz Fux, Brasília, julgado em 24 ago. 2023, publicação em 19 dez. 2023, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>, acesso em: 07 abr. 2024. Para uma análise crítica do julgamento das ADIs referidas, cfr. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MILANEZ, Bruno; CUNHA SOUZA, Bruno. O futuro do juiz das garantias. In: SANCHES, Juliana, et al (org.). *Processo e justiça na contemporaneidade: estudos em homenagem aos 50 anos do professor André Nicolitt*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 227-238.

do art. 399 deste Código” –, por maioria (vencido o Min. Edson Fachin), declarou-se a inconstitucionalidade e se atribuiu “interpretação conforme” para definir que “[...] a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia”;

(iii) ao art. 3º-C, §§ 3º e 4º – cuja redação original era “A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. [...] § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. § 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.” –, por unanimidade, declarou-se a inconstitucionalidade com redução de texto dos §§ 3º e 4º e se atribuiu “interpretação conforme” a fim de “[...] entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento”.

Através de “interpretação conforme”, o Plenário do STF reescreveu parte significativa dos dispositivos transformando-os num texto com sentido contrário ao original. Isto é, o que era realmente reformador da estrutura do processo penal brasileiro foi apagado e reescrito pelo STF: ao invés de adotar um processo acusatório, manteve-se um processo misto – essencialmente inquisitório – que autoriza a iniciativa probatória do juiz a qualquer tempo; ao invés de criar um Juiz das Garantias com a competência até o juízo de admissibilidade da acusação, esvaziou-se o propósito de sua criação com a alteração do momento em que cessa sua competência ao oferecimento da acusação; ao invés de adotar um modelo de duplos autos – que expressa fisicamente a opção epistemológica sobre a qual se funda o modelo processual penal italiano⁶ –,

⁶ Cfr. BRONZO, Pasquale. *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*. Padova: CEDAM, 2017, p. 1 e ss.

perpetuou-se a possibilidade de acesso e uso ao juiz da instrução e julgamento dos atos investigativos⁷.

Nesse contexto, considerando a afinidade de natureza histórico-legislativa entre os dois países, pode ser frutífero ao Brasil voltar os olhos à experiência do processo acusatório à italiana⁸ para compreender como se articulam o juiz, as partes e as provas no modelo italiano atual. Por isso, analisando as discussões que seguiram à adoção do modelo acusatório na Itália, bem como discutindo as razões que motivaram tais opções de política legislativa, discutem-se, através da análise do direito positivo italiano confrontado com algumas perspectivas doutrinárias sobre os temas pertinentes, as relações entre a organização das iniciativas instrutórias e princípio dispositivo, “duplos autos”, livre convencimento do juiz, imparcialidade do juiz, contraditório processual e acordos e o conteúdo do caderno processual.

Em outras palavras, busca-se discutir, à luz do modelo italiano, como articular o poder instrutório dos juízes e a (in)disponibilidade do conteúdo do processo, constituir os autos do processo a fim de preservar ao máximo a imparcialidade do julgamento, relacionar o princípio do livre convencimento do juiz e a seleção dos materiais que podem ser utilizados na decisão, compatibilizar a imparcialidade e os poderes instrutórios oficiosos do juiz, aplicar as ideias de princípio dispositivo e princípio inquisitivo em função de uma jurisdição cognitiva e enquadrar acordos no processo penal em face do princípio do contraditório.

1. PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Quando os compiladores do código de processo penal vigente enxertaram em nosso tradicional modelo de processo burocrático ‘à

⁷ Sobre isso, veja-se o art. 155, do CPP, “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

⁸ Nesse sentido, para uma aproximação entre os modelos processuais brasileiro e italiano, cfr. CUNHA SOUZA, Bruno; TOMA, Emanuele. Il contraddittorio, il giudice e i fascicoli nei sistemi processuali penali del Brasile e d'Italia. *Revista Antinomias*, Ponta Grossa: Open Journal Systems, vol. 4, n. 1, jan./jun., p. 8-25, 2023.

francesa' as características próprias do estilo acusatório, alguns sustentaram⁹ que a escolha de confiar às partes a seleção das provas, limitando fortemente os poderes oficiosos em relação ao rito de 1930, significava adotar um 'princípio dispositivo em matéria de prova', que é enumerado entre os postulados do modelo processual acusatório¹⁰.

A este ponto, a atenção dos observadores se concentrou na previsão do Código que concede ao juiz o poder de integrar a produção probatória quando, ao final da instrução, verificar a «necessidade absoluta» (art. 507, do Código de Processo Penal Italiano¹¹). A disposição imediatamente se tornou terreno de confronto entre diferentes formas de compreender do processo penal: e o radicalismo e os estereótipos muitas vezes complicaram a leitura.

Os poderes instrutórios do juiz remetem à mente a antiga 'bulimia' do juiz inquisidor e, assim, imediatamente, uma parte da jurisprudência, não tranquilizada pelos limites expressos, começa a postular várias preclusões, forçando-se a uma espécie de autocontenção; o juiz não pode agir em caso de decadência ou inatividade das partes: se as partes são

⁹ Por exemplo, afirmando o acolhimento do princípio dispositivo no novo modelo processual penal italiano: DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili dispositivi dell'accertamento penale*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 89 e ss., FURGIUELE, Alfonso. *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*. Napoli: Jovene, 1998, p. 163 e LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 15 ed. Torino: Giappichelli, 2003, p. 630.

¹⁰ No Brasil, sustentam o princípio dispositivo como princípio orientador do sistema processual penal acusatório: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal, in: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 25-62; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, e LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 48 e ss.

¹¹ Daqui em diante, será empregada a sigla CPPI para se referir ao Código de Processo Penal Italiano, de 1988, vigente atualmente na Itália, isto é, ITALIA. *Codice di Procedura Penale – Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447*, Roma: Gazzetta Ufficiale n. 250, Suppl. Ordinario n. 92, pub. 24 out. 1988, disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale>, acesso em: 07 abr. 2024.

inertes, o juiz não pode produzir provas de ofício; se uma parte decai do direito à prova, tal prova não pode ser recuperada de ofício.

Para esclarecer a questão, uma decisão foi proferida pelas Seções unidas da Corte de Cassação, que acolheu uma leitura extensiva: o poder instrutório de ofício deve ser entendido como residual, mas não “excepcional”¹². Seu exercício não é precluso nem mesmo em situações muito particulares, como em relação a meios de prova dos quais as partes decaíram, caso em que a iniciativa do juiz parece particularmente invasiva ou no caso – extremo – de um processo desprovido de qualquer requerimento instrutório de parte.

Os comentaradores¹³ ficaram escandalizados, denunciaram o massacre do sistema *adversary*, a lesão do *novo* ‘princípio dispositivo em matéria de prova’ e do princípio da imparcialidade do juiz. Mas, na realidade, a norma sobre os poderes instrutórios do juiz deve ser analisada sem condicionamentos ideológicos: estes condicionamentos levam, de fato, a buscar na norma significados coerentes com este ou aquele arquétipo de processo, arriscando perder a função real do instituto. Quem contestava¹⁴ a leitura *ampla* do poder instrutório do juiz penal dizia: esta exegese destoa do “princípio dispositivo probatório”! E desde que existe este princípio dispositivo – na disposição que diz que as provas são admitidas a requerimento de parte (art. 190, do CPPI) –, as previsões legais que

¹² BRONZO, Pasquale. Il ‘principio dispositivo in tema di prova’ nel processo penale. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Napoli, v. X, n. especial (I principi nell’esperienza giuridica - Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza), p. 411-424, 2014 (BRONZO, Pasquale. O princípio dispositivo em matéria de prova no processo penal. (tradução de Marco Aurélio Nunes da Silveira) In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. v. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 81-96) e IACOVIELLO, Francesco Mauro. Processo di parti e poteri probatori del giudice, in Cass. pen., Milano: Giuffrè, 1993, p. 286.

¹³ Por todos, ver: GIARDA, Angelo. “Astratte modellistiche” e principi costituzionali del processo penale, Riv. it. dir. proc. pen., an. 36 (1993), Milano: Giuffrè, fasc. 3, p. 889-905.

¹⁴ Por todos, ver: MARAFIOTI, Lucca. L’art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni Unite: un addio al processo accusatorio e all’imparzialità del giudice dibattimentale. *RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE*, Milano: Giuffrè, p. 929-949, 1993.

conferem ao juiz um poder instrutório, como normas de exceção, são de interpretação estrita. O que se respondia a tal crítica? Que não pode existir um princípio dispositivo probatório em um ordenamento em que a ação é obrigatória. Mas, isto também é *'ideologia'*.

A ambas as abordagens é fácil rebater sublinhando a autonomia entre as técnicas de acerto processual (que pode ser entregue nas mãos das partes ou, ao invés, confiado ao juiz) e as características da tutela jurisdicional (que pode ser totalmente condicionada pela escolha das partes ou funcionar em modo indefectível e automático). Então, é necessário distinguir: *a*) o «senhorio da parte ao pôr em andamento o processo e determinar seu conteúdo» (*Dispositionsprinsip*), que diz respeito aos modos pelos quais se pode requerer a tutela de uma situação substancial; *b*) a dependência do juiz da parte no que diz respeito apenas à obtenção do material de fato e dos meios para prová-lo (*Verhandlungsmaxime*), que se refere à técnica processual, ao método de acerto. Tal diferenciação vem a refutar a abordagem – dos estudiosos do processo civil do início dos anos 1800 – que reconhece que a *ratio* do princípio do dispositivo probatório esteja na tendencial disponibilidade do processo¹⁵.

Piero Calamandrei¹⁶ dizia que interpretar a disponibilidade da prova no processo civil como uma projeção dos poderes dispositivos atribuídos aos indivíduos no direito substancial significa desconhecer a natureza publicística do direito processual – de todo o direito processual, podemos acrescentar. Eis porque, no processo civil atual, o juiz não é, de fato, desprovido de poderes instrutórios, e não apenas em matérias caracterizadas por uma tendencial indisponibilidade dos interesses envolvidos (como a trabalhista ou a tutelar), mas também no juízo ordinário de cognição: pois o papel ativo do juiz não incide sobre a indisponibilidade do objeto do processo, desde que suas iniciativas se refiram aos fatos alegados pelas partes¹⁷.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1928, p. 732.

¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, v. XVI, I, p. 115, 1939.

¹⁷ FERRUA, Paolo. *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*. *Rivista italiana di diritto processuale penale*, Milano: Giuffrè, n. 3, p. 1065-1084, 1994.

Em suma, o que nos ensina a teoria diferenciadora? A tendencial autonomia entre tutela jurisdicional e técnica instrutória. Este ensinamento é útil também em matéria penal: como de um processo de objeto disponível (como o civil) não deriva a necessidade de excluir iniciativas instrutórias do juiz, assim a indisponibilidade da *res iudicanda* penal é perfeitamente compatível com uma rigorosa limitação do poder probatório do juiz¹⁸.

No entanto, trata-se sempre de uma autonomia *tendencial*: se raciocinamos ‘por princípios’, e dizemos que existe um princípio dispositivo probatório, como monopólio das partes na seleção das provas, então, os termos da questão mudam. Atribuir ao juiz poderes instrutórios é compatível com a disponibilidade da *res iudicanda*: é possível um processo cujo objeto esteja no âmbito da disponibilidade das partes e, apesar disso, a responsabilidade instrutória seja atribuída ao juiz, até mesmo totalmente. As partes, em acordo, poderiam renunciar “aos atos do juízo” ou “impedir” a decisão permanecendo inertes, não participando das audiências (tratar-se-ia de um modelo de acertamento processual discutível, mas a tutela jurisdicional permaneceria disponível).

Mas, se a *res iudicanda* é indisponível, o fornecimento probatório não pode ser monopólio das partes. No processo penal, cuja indisponibilidade deriva – mais e antes que da indisponibilidade do dever de punir – da necessidade de uma jurisdição ‘cognitiva’, isto é, interessada no acertamento dos fatos (e uma jurisdição cognitiva se faz necessária pela presunção de inocência), uma total exclusão do juiz das atividades instrutórias seria não só inoportuna, mas, além disso, incompatível com aquela indisponibilidade¹⁹.

O ponto é que o problema da distribuição dos poderes probatórios no processo foi resolvido pelos legisladores modernos com soluções articuladas, que fogem ao destacamento teórico entre princípio dispositivo e princípio inquisitivo, e respondem ao invés disso a critérios de oportunidade técnica²⁰. Marcadamente, a distribuição

¹⁸ De maneira semelhante, DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili dispositivi dell’acertamento penale*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 73 e ss.

¹⁹ Nesse sentido, CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9 ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 617.

²⁰ No Brasil, em sentido semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 111-113.

dos poderes responde a um critério epistêmico: adota-se o regime que melhor garante o valor da precisão do acerto, irrenunciável em qualquer tipo de processo.

Se olharmos para o processo penal, afirmar um princípio dispositivo parece ainda mais questionável. É verdade que, no Código, encontramos proclamada a regra (art. 190) segundo a qual «as provas são admitidas a pedido de parte», e do poder instrutório judicial se fala de forma excepcional («a lei especifica os casos em que as provas são admitidas de ofício»).

Todavia, um daqueles ‘casos’ — o previsto no art. 507, do CPPI — tem um tal alcance que coloca em crise o esquema clássico do princípio dispositivo: «Terminada a aquisição^{21*} das provas pelas partes, o juiz, se resultar absolutamente necessário, pode determinar também de ofício a produção de novos meios de prova». Que, no atual procedimento penal, a formação da prova dependa das partes desde o momento da escolha do material resulta da circunstância de que cabe a cada uma delas, formulada sua própria hipótese reconstitutiva, produzir os materiais idôneos para verificá-la. Os requerimentos podem ser filtrados pelo juiz apenas nos estreitíssimos termos da não manifesta irrelevância e não manifesta superfluidade e, em relação ao juiz demais rigoroso, o “direito à prova” vem tutelado de maneira forte, inclusive em Cassação²². Pode-se recorrer, em Cassação, por violação da lei em caso de «ausência de produção de uma prova decisiva, quando a parte a solicitou, mesmo durante o curso da instrução processual (*dibattimentale*), limitadamente aos casos» de prova contrária²³.

²¹ * Tradução empregada anteriormente (GIOSTRA, Glauco. *Primeira lição sobre a justiça penal*. Trad. de Bruno Cunha Souza. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021), o procedimento probatório na Itália se desenvolve em admissão [*ammisione*], produção [*assunzione*] ou aquisição [*acquisizione*] e valoração [*valutazione*]. Distinguem-se produção e aquisição, pois esta se refere a provas já constituídas.

²² Cfr. CAMON, Alberto. Le prove, p. 279-386, in: CAMON, A. *et al. Fondamenti di procedura penale*. 2 ed. Milano: CEDAM, 2020, p. 283 e ss.

²³ Cfr. IACOVIELLO, Francesco Mauro. *Processo di parti e poteri probatori del giudice. Cassazione penale*, Milano: Giuffrè, n. 2, p. 286-292, 1993, p. 286.

2. “DUPLOS AUTOS”

As partes têm um poder enorme, e também uma séria responsabilidade, uma vez que as *defaillances* da parte são dificilmente remediadas pela intervenção socorrente do juiz, atualmente desprovido daquele conhecimento autônomo dos fatos que, no rito anterior, lhe assegurava a plena disponibilidade de todos os atos preparatórios, ou seja, dos atos da *istruzione formale* (investigação preliminar), anteriores ao *dibattimento* (fase instrutória do processo), que faziam parte dos autos do processo.

Hoje, de fato, vige em nosso processo o sistema de “duplos autos”, que impede ao juiz do processo o conhecimento, bem como a disponibilidade material, dos velhos autos processuais, distribuindo os documentos processuais entre dois autos: um do Ministério Público e outro para o processo. Esta é a verdadeira novidade do nosso sistema atual, juntamente com a regra de que as provas são admitidas a pedido de parte, e é ainda mais importante que esta regra²⁴.

Hoje em nosso processo penal italiano os atos da investigação realizada gradualmente na fase anterior ao juízo e os atos da audiência preliminar terminam em um ‘caderno do Ministério Público’, que continua por todo o processo na exclusiva disponibilidade das partes e que ao juiz é proibido o acesso. No final da audiência preliminar forma-se, para o processo (*dibattimento*), um caderno diferente, destinado a reunir os atos do processo [*giudizio*], que no início do processo contém apenas – da investigação preliminar – os resultados dos excepcionais incidentes probatórios realizados na presença das partes, bem como de alguns atos de investigação irrepetíveis.

²⁴ No Brasil, tentou-se adotar um modelo de “duplos autos”, com a introdução do art. 3º-C, §§ 1º a 4º, no CPP, mas o julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 esvaziou a iniciativa. É interessante notar, como a tentativa de reforma da Lei nº. 13.964/19 – que introduziu no CPP o artigo mencionado – foi, justamente, além daquilo que se previa no art. 16, §§ 1º a 3º, do Anteprojeto de Código de Processo Penal (BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 29) que se discute no legislativo e, apesar de prever o juiz das garantias, não adota um modelo de “duplos autos”, mantendo a tradicional formação dos autos do processo de um modelo processual misto.

O juiz, portanto, pode realizar a leitura somente dos atos do ‘próprio’ fascículo; enquanto apenas as partes podem requerer a leitura – e, portanto, a juntada ao encarte oficial – de atos que pertencem ao ‘seu’ fascículo, isto é, ao caderno do Ministério Público, quando os elementos já registrados por elas durante as investigações se tornam, por vários motivos, – após a sua realização – irrepetíveis no processo. Salvo nestes casos, a leitura durante o julgamento de qualquer ato da investigação é proibida.

A escolha de privar o juiz do processo da possibilidade de conhecer os atos da investigação quer superar a onisciência assegurada pelos velhos autos processuais, constituído «por acumulação» de todos os atos do procedimento, da *notitia criminis* em diante, graças ao qual o órgão processual herdava todas as informações coletadas durante a fase investigativa. Os perigos decorrentes de tal conhecimento são bem conhecidos pela experiência do sistema misto: nesse tipo de processo, apesar da afirmação do princípio da validade apenas preparatória (informativa) dos atos da investigação, o pleno conhecimento dos fatos e atos realizados antes do juízo condicionava a produção das provas no processo (*dibattimento*).

O juiz, embora pudesse usar apenas uma parte dos documentos de investigação e apenas em determinadas condições, tinha os autos processuais *por inteiro*; o presidente do tribunal ou da *Corte d’Assise*, além disso, deveria ‘estudá-lo’, antes do processo, para se preparar ao debate instrutório: era fácil que ‘absorvesse’ a impositação impressa na investigação preliminar e esperasse, então, durante o processo, uma confirmação de tal impositação.

Isto diminuía o valor do processo e aumentava o peso da fase anterior, por dois motivos: (1) o juiz do processo estava pouco inclinado a ‘ouvir’ as partes em sua própria reconstrução e seus próprios requerimentos de prova. O juiz era rigoroso na apreciação da relevância dos pedidos de prova apresentados pelas partes: bloqueava as iniciativas que não lhe pareciam relevantes, valorando, assim, as provas antes de sua produção. De fato, o juiz era titular de um poder de controle preventivo de todas as provas que as partes requeriam ao juízo, de modo a dar seguimento apenas aos pedidos que considerasse úteis. A utilidade das produções de prova era apreciada, não tanto na perspectiva do requerente e com base na reconstrução fática proposta pelas partes, mas com fundamento em

sua própria reconstrução do caso, adquirida a partir do conhecimento dos atos da investigação; (2) o juiz era muito atraído pelas perspectivas de recuperação das informações pré-constituídas. A recuperação dos atos da investigação ocorria por várias vias: (a) ampliavam-se em via interpretativa os casos de leituras permitidas de depoimentos testemunhais dados na investigação preliminar, que estavam previstos de forma taxativa, como derrogação de uma proibição geral de leitura; (b) a sanção de nulidade, desde logo sanável, foi diluída pela possibilidade de saneamento por aquiescência, verificada mesmo em hipóteses muito questionáveis (o art. 471, do CPPI, impunha a exceção antes da conclusão do ato ou imediatamente depois); (c) era difusa a *escamotage* das leituras *per relationem*: aproveitando o princípio da legibilidade de cada ato diverso dos termos de depoimento de testemunha, dava-se a leitura do relatório policial e, por tal via, consideravam-se obtidas e fruíveis para a decisão todas as declarações lá reportadas.

Em suma, podemos dizer, em linhas gerais, que o método processual do Código de 1930 não assegurava suficientemente a imparcialidade do juiz, que era comprometida: (1) pelo conhecimento prévio das informações recolhidas pelo acusador; (2) de sua tarefa como seletor do material de prova para a decisão. Nosso legislador de 1988 respondeu ao primeiro problema pelo sistema de duplos autos, ou seja, excluindo o conhecimento e a disponibilidade dos protocolos das atividades preliminares das partes pelo juiz do processo. Ao segundo problema, respondeu pelo princípio dispositivo, segundo o qual a seleção do material para a decisão cabe às partes.

As duas opções são correlatas e, em alguns aspectos, a última é uma consequência da primeira: uma vez que o juiz foi privado da possibilidade de alcançar os documentos da fase preliminar, não seria mais possível conferir a ele a responsabilidade pela seleção das provas: entrando em contato com os fatos do processo apenas na abertura do *dibattimento* (instrução processual), não saberia que passos dar. Portanto, a coleção instrutória só poderia ocorrer de acordo com um esquema de tipo dispositivo, isto é, confiada às partes do processo.

Em suma, ao juiz é proibido não só usar, mas também conhecer os feitos das investigações. É por isso que a responsabilidade pela coleta de provas é quase exclusivamente das partes, cuja visão é proibida ao

juiz. Devemos, porém, salientar que, na Itália, não temos um processo *a la Perry Mason*, ou seja, “à americana”, em que o juiz é totalmente passivo na coleta das provas.

De fato, no encerramento da instrução, quando todas as provas requeridas pelas partes já foram adquiridas no processo, o juiz do *dibattimento* pode determinar a produção de *qualquer* prova ulterior que seja útil à decisão: este poder não está sujeito a nenhum limite em relação ao tipo de meio, ou a uma particular necessidade instrutória. A cláusula de “absoluta necessidade” é pouco mais do que um sinal didático: no final da instrução, resulta ‘absolutamente necessária’ qualquer prova que sirva para esclarecer um aspecto da *quaestio facti* que, em tal ponto, *ainda* esteja obscura.

Praticamente, o único limite posto ao poder probatório de ofício é o limite cronológico, em virtude do qual o juiz, antes de intervir, é obrigado a aguardar até que todas as exigências probatórias dos contendentes tenham sido atendidas: «terminada a aquisição das provas» requeridas pelas partes. Este é um limite importante, porque garante a contenção das intervenções oficiosas dentro dos vazios instrutórios deixados pelas partes e, portanto, reduz a ingerência judicial em termos inversamente proporcionais ao ativismo das partes.

Este limite cronológico às integrações judiciais da prova faz com que o “direito à prova” reconhecido às partes seja caracterizado com uma grande amplitude. Esta amplitude é impensável em um sistema em que as iniciativas do juiz estejam em concorrência com as das partes – como acontecia no Código italiano de 1930 e como acontece hoje no Código brasileiro –, na medida em que ao primeiro é permitido, como no antigo rito, atuar em qualquer momento do processo (*dibattimento*). Num sistema em que o juiz pode dispor de provas autonomamente e em qualquer momento durante o processo, a dialética instrutória corre o constante risco de ser comprometida e desagregadas as estratégias dos antagonistas, aos quais interessa escolher também em que modo e com quais meios provar suas próprias premissas, e em que ordem provar os fatos e organizar as provas que embasam cada fato individual.

Nosso *dibattimento* é organizado de acordo com o esquema de “turnos” instrutórios, como nos processos “à americana”: primeiro, as provas da acusação são adquiridas; depois, as provas das outras partes e,

finalmente, a prova da defesa; e, dentro de cada turno, a ordem das provas é estabelecida pela parte. Contudo, este limite cronológico serve para tornar o papel do juiz residual em relação ao papel primário das partes, mas não excepcional. Tanto mais que este momento de integração da prova pode também ser solicitado pela parte que mais tarde revele certa necessidade instrutória ou assinale exigências decorrentes do *happening* processual.

Em suma, espontâneo ou provocado pelas partes, o suplemento da instrução pelo juiz é sempre permitido, sem que as partes possam questionar-lhe as razões ou a utilidade; o único aspecto controlável, no âmbito da motivação, diz respeito à decisão negativa em face de solicitação de um dos contendentes. Todavia, o limite mais importante ao poder oficioso não está posto em nenhuma particular disposição normativa, mas é bastante intrínseco, e deriva do sistema do código: a circunstância de ser o juiz desprovido de qualquer conhecimento autônomo dos fatos e (ressalvados os poucos atos presentes *ab initio* nos autos do processo) de ser deixado no escuro durante todo o processo (*dibattimento*) em relação às investigações realizadas pelas partes reduz a possibilidade de selecionar provas com base em suas próprias reconstruções autônomas. Sobretudo, aquele limite temporal garante que suas iniciativas sejam inspiradas pelas informações que as partes já trouxeram ao processo.

Mais que um princípio dispositivo temperado por intervenções inquisitórias, é mais correto dizer que nosso sistema vigente, ainda que seja de tipo acusatório, está caracterizado por uma distribuição do poder instrutório entre o juiz e as partes, operada segundo escolhas técnicas de ordem epistemológica.

3. DISTRIBUIR OS PODERES INSTRUTÓRIOS

Aqui se mostra necessário explicar as razões epistemológicas do sistema italiano de distribuição do poder de produzir provas. Em primeiro lugar, confia-se às partes o papel principal na seleção probatória, porque se pretende (a) salvaguardar a imparcialidade do juiz e (b) usar o confronto entre as partes como uma ferramenta instrutória, já que, quando a investigação é obra de sujeitos diversos, cada um com sua própria hipótese de trabalho, (b.1) multiplicam-se proficuamente

as informações e (b.2) os antagonistas desenvolvem uma atividade de controle recíproco, pelo qual cada um tende a ressaltar as circunstâncias que o outro visa a esconder, porque prejudica suas próprias premissas. P. CALAMANDREI, em uma obra famosa chamada *O juiz e o historiador*, dizia: são “instrumentos de investigação mais sensíveis e mais diligentes do que a sabedoria de qualquer juiz, os vigilantes interesses das partes contrapostas, cada uma das quais, para pôr em evidência a parte de verdade que a beneficia, está pronta a assumir para si própria, com zelo incomparável, a tarefa de investigação”²⁵.

Contudo, em segundo lugar, as prerrogativas instrutórias de ofício não são incompatíveis com este primado, exceto na medida em que alterem as características essenciais da disputa: direito à prova e ao contraditório; por exemplo, resultaria diminuído o papel atribuído às partes se, diante das aquisições *ope iudicis*, não tivessem a possibilidade de discutir o resultado ou deduzir provas contrárias. E, também, o envolvimento do juiz na seleção probatória não é o resíduo de um sistema inquisitório, mas fruto de uma opção ditada por critérios de “oportunidade técnica” e por considerações de ordem epistêmica. Se é verdade que o confronto entre as partes é epistemologicamente frutífero, isto não implica que a seleção do material para a decisão possa ser totalmente remetida aos contendentes, *por duas razões principalmente*.

Primeira razão: mesmo sem pensar sobre o caso-limite da fraude [combine] processual, cada contendente – mesmo no processo penal – apresenta ao juízo as provas em arrimo de sua própria perspectiva, de modo que a exclusão do juiz da seleção envolve o risco de uma seleção arbitrária dos dados relevantes; e é um pouco ingênua a ideia de que o juiz pode decidir sintetizando os aspectos do fato de que cada um deles destaca «em uma espécie de jogo de montagem no qual se combinam as verdades das partes»²⁶. Portanto, o juiz deve ter a possibilidade de intervir.

Segunda razão: a necessidade de integrar a prova proveniente do juiz está ligada ao sistema da oralidade e ao conexo princípio do livre

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, v. XVI, I, p. 115, 1939.

²⁶ M. TARUFFO, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*. *Commentario del c.p.c.*, I, Disposizioni generali: artt. 112-120, a cura di S. Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 357.

convencimento. Se as sentenças não são fruto de regras decisórias pré-constituídas, de provas legais como as confissões, os juramentos ou as presunções – que, para nós, na Itália, estão presentes no processo civil –, mas em sentenças que são fruto de um “livre” convencimento do julgador. O nexo entre poderes instrutórios do juiz e ‘livre convencimento’ é ressaltado: o princípio do livre convencimento, corretamente entendido como repúdio de uma metodologia vinculante na gênese lógica do juízo sobre o fato, implica efetivamente um particular papel do juiz: se o juiz não é – não é mais – um passivo conjugador de regras decisórias pré-estabelecidas pela lei, *não pode estar desinteressado* em relação ao “êxito” da instrução, e *deve* estar envolvido na formação do material probatório.

Num processo em que a atividade instrutória das partes é sobretudo obra informativa, e não somente obra argumentativa, é fundamental que o circuito comunicativo entre elas e o juiz funcione sempre corretamente. Às vezes, isto não acontece – o circuito não funciona –, malgrado a parte tenha fornecido todas as informações consideradas necessárias para verificar sua própria hipótese. Não houve nenhuma inércia instrutória: aquele material produzido pelas partes vem integrado.

A importância de poderes que permitam ao juiz tais integrações da prova podem ser particularmente apreciadas – ainda que seja estranho dizer, para um processo de partes – em nosso rito italiano penal vigente: o inconveniente mencionado pode derivar, de fato, do diferente nível de conhecimento que as partes e o juiz têm sobre os fatos em causa. A ignorância em que este último se encontra com relação aos atos que precederam o processo (*dibattimento*), graças ao já descrito sistema de “duplos autos”, envolve o risco de que, devido à diversa bagagem de conhecimento, as partes considerem ter provado suficientemente aspectos do evento que permanecem obscuros para o julgador, ou mesmo considerem inútil provar as circunstâncias que, erroneamente, dão por demonstradas

4. PODER INSTRUTÓRIO E IMPARCIALIDADE DO JUIZ

O maior temor em relação aos poderes instrutórios oficiosos é a perda da imparcialidade do juiz; mas, é um efeito *supervalorizado*.

Michele Taruffo²⁷ julga um *ingênuo psicologismo* o relevo segundo o qual quem busca recolher informações sobre um fato perde imediatamente a capacidade de valorar corretamente o conteúdo e a confiabilidade das informações que adquire.

O perigo que gera a atribuição ao juiz dos poderes instrutórios não é o da perda de imparcialidade na decisão, mas sim a perda de neutralidade durante o processo (*dibattimento*). Ou seja, o verdadeiro perigo é que o juiz atue como um investigador, usando suas próprias prerrogativas probatórias para buscar a confirmação de suas próprias hipóteses. Mas o perigo deriva do conhecimento que já possui em relação aos fatos do caso no momento em que tais fatos emergem das reconstruções propostas pelos contendentes: um juiz que conhece a todos e, imediatamente, no transcurso do procedimento amadurece «sua própria compreensão dos fatos e das pessoas, antes e fora das perspectivas dialéticas das partes».

Verificam-se dois remédios ou – pelo menos – dois são os remédios oferecidos pelo nosso sistema processual italiano, e estes remédios representam um dado útil para um sistema que – como o brasileiro – queira evoluir de esquemas e mentalidade de tipo inquisitório para esquemas e lógicas de tipo acusatório. Um remédio é preventivo, o outro é corretivo.

O *remédio preventivo* está na *virgin mind*, isto é – mais uma vez – no sistema de duplos autos. Isto porque a imparcialidade do juiz não é afetada tanto pela titularidade de poderes instrutórios, como pela atitude psicológica do juiz, que é correlata ao conhecimento prévio dos fatos que tem de forma autônoma em relação às partes. No *Codice Rocco*, de 1930, eram os autos processuais onicompreensivos que transformavam o juiz em “investigador”, que busca, com suas próprias iniciativas instrutórias, uma confirmação de suas próprias hipóteses reconstrutivas. Depois, há um *remédio corretivo*, que é o contraditório, ao qual, como mencionado, em nosso sistema estão sujeitas as provas adquiridas *ex officio* não menos do que as requeridas pelas partes. As partes podem – sempre – discutir o resultado das provas ordenadas de ofício pelo juiz, e podem sempre deduzir provas contrárias àquelas adquiridas por determinação do juiz.

²⁷ TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 176.

5. PODERES INSTRUTÓRIOS E CONTRADITÓRIO PROCESSUAL

Note-se como, às vezes, a necessidade de integrar as provas requeridas pelas partes não depende de um *deficit* informativo, mas do próprio desenvolvimento de nossa instrução penal, à qual o estilo acusatório impõe modos e tempos rigidamente estabelecidos. O impulso instrutório das partes não é expresso em iniciativas livres: para a tutela do correto desenvolvimento do contraditório processual, o código prevê a ordenação inicial das provas requeridas por cada um e as canaliza em um procedimento, subdividido em fases: a «fase preliminar», a «da decisão», a «da integração do provimento de admissão».

Após a fase preliminar, constituída por algumas formalidades preparatórias (a apresentação do rol de testemunhas), a fase decisória é aberta pelos ‘requerimentos de prova’, formulados no início do processo (*dibattimento*), prossegue com um contraditório entre as partes e é concluída pela decisão com a qual o juiz admite as provas. Depois, há uma fase, ulterior e eventual, «de integração do provimento de admissão», que pode responder a duas diversas necessidades: (a) o juiz, ouvidas as partes, pode excluir — a qualquer momento — provas já admitidas e admitir as excluídas (art. 495, § 4º, do CPPI); (b) o juiz pode — terminada a instrução — admitir, «novas provas», *id est* provas não requeridas nos atos introdutórios, *motu proprio* ou a pedido de uma das partes (art. 507, do CPPI).

A necessidade de enriquecer o material originalmente selecionado está longe de ser anormal, mas é quase fisiológica. E não se diz que dependa da negligência de alguém ou de uma material superveniência: toda prova, além de fornecer um resultado cognitivo, é também um ‘fator de descoberta’, por isso é possível que o novo experimento seja sugerido pelos exames já realizados. O estopim de todas as exigências decorrentes do *happening* processual é colocado no resultado das oitivas, numa específica subfase na qual a prova pode ser integrada, à luz dos resultados já emersos; e em relação a cada prova admitida, todos terão direito à contraposição: uma verdadeira e própria *reintrodução* da investigação.

A disciplina deste suplemento instrutório favorece a concentração e a continuidade do processo (*dibattimento*), evitando o risco de contínuas interrupções do fluxo das oitivas. Isto propicia a celeridade do

processo, que seria comprometida pelos incidentes dirigidos à admissão das provas novas e à correlata admissão das provas contrárias. A varredura temporal afasta táticas protelatórias e evita atrasos que poderiam resultar *a posteriori* injustificados: as exigências probatórias surgidas no curso do processo ou a utilidade das provas esquecidas no momento dos requerimentos iniciais, poderiam, de fato, ser superadas pelo resultado das oitivas já programadas.

Nem mesmo em relação a tais hipóteses, a fórmula da “absoluta necessidade” descreve adequadamente o alcance do poder-dever do julgador: a admissibilidade dos pedidos da parte é examinada, aqui, de modo mais rigoroso do que aqueles formulados *in limine litis*, com base em todas as informações já adquiridas no processo, mas o juiz não pode deixar de adquirir qualquer prova que resulte – a despeito da realização da oitiva de todas as provas produzidas pelas partes – ainda útil. Trata-se sempre de uma valoração de não manifesta irrelevância e não manifesta superfluidade da prova requerida pela parte (não da sua “suficiência”), ainda que tal valoração terá maior espessura e força do que aquela efetuada em relação às provas necessárias ao início do processo, dados os maiores conhecimentos possuídos pelo juiz (em relação à relevância) e a quantidade de provas já presentes nos autos do processo (no que diz respeito à superfluidade). Mas, trata-se ainda de um direito de cada parte à prova dos fatos alegados, em relação ao qual a parte não está à mercê de um juiz “instrutor”.

Falou-se — mesmo para o processo penal — de um princípio dispositivo ‘atenuado’, afirmou-se que o princípio dispositivo probatório no rito penal vigente tem somente uma função «expansiva dos poderes das partes» e não «preclusiva do accertamento dos fatos». Na verdade, é difícil reconhecer no atual sistema de relações entre juiz e partes a expressão de um ‘princípio do dispositivo’, ainda que entendido na mínima acepção da tendencial exclusão do juiz das alavancas instrutórias.

A organização do poder instrutório parece, todavia, regida por duas ‘regras’ diversas, que estabelecem outros tantos canais pelos quais as provas entram no processo: um gerido pelas partes, às quais é reconhecida a mais ampla possibilidade de produzir provas; o outro pelo juiz, ao qual é atribuído um dever discricionário residual, mas — potencialmente — igualmente amplo: «não existe um ‘bolo’, constituído pelos poderes

instrutórios, a ser dividido entre partes e juiz, de modo que a fatia que cabe ao juiz implique uma proporcional redução na fatia que toca às partes, e vice-versa»²⁸. Assim, se não é possível conceber hierarquicamente a posição do “princípio do dispositivo” em relação ao “inquisitivo”, é necessário admitir, mais prosaicamente, que as duas normas se dividem na instrução criminal em posição de paridade técnica, em função de uma jurisdição cognitiva.

6. ACORDOS SOBRE O CONTEÚDO DO CADERNO PROCESSUAL

O sistema de distribuição das tarefas de seleção das provas estudado pelo legislador de 1988 era equilibrado, mas não perfeito. Apesar da inteligência do mecanismo dos duplos autos, produziu uma certa intolerância ao longo dos anos pela rigidez com que a barreira entre a fase de investigação e a dos debates (*dibattimenti*) garantia a oralidade da prova. Às vezes, nessa intolerância, um refluxo inquisitório era claramente visível.

O método oral muitas vezes parecia muito dificilmente praticável, pelos longos intervalos entre os fatos e o processo (*dibattimento*), pelo risco de deterioração das provas, especialmente nos procedimentos sobre crime organizado. Assim, tivemos sentenças da Corte Constitucional que aumentaram o valor das declarações feitas durante a investigação em caso de testemunhos deformes e ampliaram os casos de leitura de atos de investigação. Essas intervenções ampliaram as possibilidades, para o MP, de recuperar as investigações caso o método oral se mostre inviável, provocando a crise da oralidade que só foi superada com uma reforma constitucional que inseriu o princípio do contraditório entre as garantias constitucionais do processo.

Porém maturou, ao longo dos anos, também um outro tipo de intolerância em relação ao sistema probatório de 1988: o método oral foi muitas vezes visto como pouco útil e, portanto, injustificadamente custoso, em comparação com alguns resultados investigativos, que nenhuma das partes sentia a necessidade de adquirir no julgamento [*dibattimento*]. Com

²⁸ TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista trimestrale di diritto e processo civile*, Milano: Giuffrè, p. 451-482, 2006, p. 479.

efeito, a proibição de fazer conhecer ao juiz e de utilizar como prova atos não formados em contraditório entre as partes era uma proibição rígida, derogável – além dos casos excepcionais da superveniente impossibilidade de construir a prova oralmente – apenas para algumas informações, por causa do tipo de ato de investigação com que são recolhidas, ou seja, os atos que são impossíveis de repetir no processo [*dibattimento*], ou não é possível fazê-lo sem fazer a prova perder a sua genuinidade (inspeções, buscas, apreensões, interceptações, avaliações técnicas não repetíveis). Mas essa ‘passagem’, pelo muro, deixa passar atos pelos quais a repetição em julgamento seria *possível* (sem que a prova perca credibilidade) e, contudo, resulta *inútil* no caso concreto, porque nenhuma das partes tem interesse em contestar a informação que esse ato traz.

Nesses casos, no entanto, era necessário adquirir as provas novamente. Pensamos nos aspectos contábeis do relatório do administrador judicial [*curatore*] em procedimentos para crimes falimentares: o exame cruzado do administrador judicial sobre esses dados dificilmente fornece conhecimentos ulteriores ou melhores do que aqueles obtidos do relatório escrito. Pensamos na avaliação técnica foi realizada durante as investigações sobre a natureza da substância estupefaciente do pó branco apreendido do traficante, quando a defesa não tem intenção ou interesse em contestar o resultado. Em casos semelhantes, a oralidade se tornou – ou pelo menos vivia – como um formalismo. E muitas vezes, na prática, a regra era conscientemente violada: os atos foram, no entanto, adquiridos nos autos do processo [*fascicolo per il dibattimento*] e, com o consentimento das partes, qualquer patologia processual era considerada superada.

Assim, a fim de responder a esses problemas, introduzimos os acordos sobre o conteúdo dos autos do processo: desde 1999, as partes foram autorizadas a concordar em incluir nos autos atos diferentes e ulteriores em relação aos irrepetíveis. Desse modo, a regra rígida tornou-se elástica.

Se, por um lado, o legislador constitucional, com a reforma que transformou o princípio do contraditório em princípio constitucional, tornou inderrogável o contraditório na formação da prova, e sobretudo o tornou não mais evitável pelo Ministério Público com as leituras dos termos ou com a objeção a testemunhas, durante o exame oral, das declarações feitas no âmbito da investigação, por outro lado – apropriadamente – o

legislador ordinário considerou que, quando as partes estejam de acordo, a oralidade da prova pode ser objeto de renúncia²⁹.

Com relação ao princípio do contraditório na formação da prova³⁰, podemos considerar esse acordo como um modo particular de explicar esse método: as partes participam de todo modo na geração do dado informativo, mas de maneira não conflituosa. Elaborar uma prova em contraditório exige a possibilidade de ambas as partes influenciarem a formação da prova: mas, uma vez que tal possibilidade seja concedida, a participação na sua formação pode ocorrer de uma vasta gama de formas, que vão desde a *cross examination* à escolha consensual de utilizar como prova um ato recolhido por somente uma das partes.

A introdução deste instituto tem gerado diversas perplexidades: atribuir às partes, desde que concordem, a possibilidade de excepcionar uma regra probatória parece perigoso para a qualidade da prova e a precisão do acerto judicial. Além disso, a regra do repúdio do valor probatório dos atos de investigação baseia-se precisamente na consideração da menor confiabilidade das informações coletadas fora do processo. Quem defende o instituto observando como, nesses mecanismos, uma parte supervisiona a outra: é própria dos sistemas acusatórios a ideia de *party control*.

Este argumento não é decisivo, porém. Os motivos do acordo podem ser os mais variados, e na verdade pode até ter a ver com a falta de qualidade da informação investigativa: muitas vezes uma das partes concorda com a aquisição do ato desfavorável porque é carente e lacunoso. Neste caso, o consentimento da parte não tem valor epistemológico, na verdade, poderíamos dizer que esse consenso é anti-epistêmico.

Não há necessidade de obter o acordo em caso de fraude ao juiz: podemos simplesmente notar que nenhuma das partes tem interesse na “verdade”, mas cada uma numa verdade própria, como já mencionado.

²⁹ Sobre a diferença entre disponibilidade [*disponibilità*] e negociabilidade [*negoziabilità*], Cfr. GIALUZ, Mitja. Applicazione della pena su richiesta delle parti, in: *Enciclopedia del diritto*, Annali II.1, Milano: Giuffrè, 2008, p. 13-47.

³⁰ Sobre o tema, Cfr. GIOSTRA, Glauco. *Primeira lição sobre a justiça penal*. Trad. de Bruno Cunha Souza. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 58-86, e GIOSTRA, Glauco. Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale. *Politica del diritto*, Bologna: Il Mulino, n. 1, p. 13-50, 1986.

E, todavia, deve-se destacar que o legislador não deixou de considerar que o contraditório serve ao juiz mais ainda que às partes, e, portanto, permitiu ao juiz determinar, sempre e em qualquer caso, a aquisição da prova oral correspondente aos termos inseridos no processo graças ao acordo entre as partes. Portanto, se o termo parece lacunoso, o relatório da polícia pouco perspicua, o juiz pode sempre determinar a aquisição do testemunho ou oitiva do oficial, e, desse modo, pode reivindicar, do seu ponto de vista, a necessidade ou mesmo somente a utilidade da oralidade a que as partes renunciaram.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre a relação poder instrutório e princípio dispositivo. São perfeitamente compatíveis tanto a indisponibilidade da *res iudicanda* penal com uma rigorosa limitação do poder probatório do juiz, quanto a disponibilidade da *res iudicanda* e a atribuição ao de poderes instrutórios. No processo penal, a *res iudicanda* é indisponível, em razão da necessidade de uma jurisdição ‘cognitiva’, interessada no accertamento dos fatos (o que é necessário pela presunção de inocência), e uma total exclusão do juiz das atividades instrutórias seria inoportuna e incompatível com tal indisponibilidade. O problema da distribuição dos poderes probatórios no processo foi resolvido pelos legisladores modernos – fugindo ao destacamento teórico entre princípio dispositivo e princípio inquisitivo – com base em critérios de oportunidade técnica, em um critério epistêmico: adota-se o regime que melhor garante o valor da precisão do accertamento, irrenunciável em qualquer tipo de processo. O processo penal italiano atual, para garantir a imparcialidade do juiz, conferiu às partes o poder de seleção do material de prova para a decisão, limitando fortemente os poderes instrutórios do juiz.

Sobre o poder instrutório e os “duplos autos”. Ainda mais importante que a regra de que as provas são admitidas a pedido de parte, o sistema de “duplos autos” – que impede ao juiz do processo o conhecimento, bem como a disponibilidade material, dos velhos autos processuais, distribuindo os documentos processuais entre dois autos: um do Ministério Público e outro para o processo – é a verdadeira novidade do sistema italiano atual. No rito anterior, os autos processuais se constituíam por acumulação, da

notícia de crime em diante, e o juiz, embora pudesse usar apenas uma parte dos documentos de investigação e somente em determinadas condições, tinha os autos processuais *por inteiro*. E isso condicionava a produção das provas no processo, diminuindo-lhe o valor e aumentando o peso da fase anterior, porque o juiz do processo estava pouco inclinado a ‘ouvir’ as partes nas suas próprias reconstruções dos fatos e em seus próprios requerimentos de prova, bem como era muito atraído pelas perspectivas de recuperação das informações pré-constituídas. Buscando resolver esses problemas e melhor garantir a imparcialidade do juiz, o processo penal italiano atual optou pelo sistema de duplos autos.

Sobre o poder instrutório e o livre convencimento do juiz. Confiou-se às partes o papel principal na seleção probatória para salvaguardar a imparcialidade do juiz e para usar o confronto entre as partes como uma ferramenta instrutória, pois, quando a investigação é obra de sujeitos diversos, cada um com sua própria hipótese de trabalho, multiplicam-se proficuamente as informações e os antagonistas desenvolvem uma atividade de controle recíproco, pelo qual cada um tende a ressaltar as circunstâncias que o outro visa a esconder, por prejudicar suas próprias premissas. Todavia, as prerrogativas instrutórias de ofício são incompatíveis com esse primado somente quando violem as características essenciais da disputa, isto é, o direito à prova e ao contraditório: o envolvimento do juiz na seleção probatória não é o resíduo de um sistema inquisitório, mas fruto de uma opção ditada por critérios de “oportunidade técnica” e por considerações de ordem epistêmica. A seleção do material para a decisão não pode ser totalmente remetida às partes, porque a exclusão do juiz da seleção envolve o risco de uma seleção arbitrária dos dados relevantes e a necessidade de integrar a prova proveniente do juiz está ligada ao sistema da oralidade e ao conexo princípio do livre convencimento. Por princípio do livre convencimento entende-se o repúdio de uma metodologia vinculante na gênese lógica do juízo sobre o fato e isso implica que o juiz, como não é mais um passivo conjugador de regras decisórias estabelecidas pela lei, deve estar envolvido na formação do material probatório.

Sobre o poder instrutório e a imparcialidade do juiz. A perda da imparcialidade do juiz pelo exercício de poderes instrutórios oficiosos é um efeito supervalorizado. O perigo que gera a atribuição ao juiz dos

poderes instrutórios não é o da perda de imparcialidade na decisão, mas sim a perda de neutralidade durante o processo (*dibattimento*). Dois são os remédios oferecidos pelo sistema processual italiano – úteis para o Brasil evoluir de esquemas e mentalidade de tipo inquisitório para esquemas e lógicas de tipo acusatório –: o sistema de duplos autos, que assegura a *virgin mind*, é o remédio preventivo e o contraditório, o remédio corretivo.

Sobre o poder instrutório e o contraditório processual. O estilo acusatório impõe ao desenvolvimento da instrução modos e tempos rigidamente estabelecidos. Para a tutela do correto desenvolvimento do contraditório processual, código italiano prevê a ordenação inicial das provas requeridas pelas partes e as canaliza em um procedimento: (a) fase preliminar, constituída por algumas formalidades preparatórias (apresentação do rol de testemunhas); (b) de decisão, que é aberta pelos requerimentos de prova, segue com um contraditório entre as partes e se conclui com a decisão do juiz sobre a admissão das provas; e (c) de integração do provimento de admissão, fase ulterior e eventual, em que o juiz pode, (c.1) ouvidas as partes, excluir – a qualquer momento – provas já admitidas e admitir as excluídas e (c.2) terminada a instrução, admitir provas não requeridas nos atos introdutórios, de ofício ou a pedido de uma das partes. A necessidade de enriquecer o material originalmente selecionado é quase fisiológica: toda prova, além de fornecer um resultado cognitivo, é também um ‘fator de descoberta’, por isso é possível que o novo experimento seja sugerido pelos exames já realizados. Não é possível conceber hierarquicamente a posição do “princípio do dispositivo” em relação ao “inquisitivo”, as duas normas se dividem na instrução criminal em posição de paridade técnica, em função de uma jurisdição cognitiva.

A respeito dos acordos sobre o conteúdo do caderno processual. O sistema de duplos autos, que separava rigidamente a fase de investigação e dos debates, garantia a oralidade na produção da prova. A disciplina original do código de 1988 sofreu resistência: sentenças da Corte Constitucional aumentaram o valor das declarações feitas durante a investigação em caso de testemunhos deformes e ampliaram os casos de leitura de atos de investigação, provocando a crise da oralidade que só foi superada com uma reforma constitucional que inseriu o princípio do contraditório entre as garantias constitucionais do processo. Por um lado, o legislador constitucional, com a reforma que transformou o princípio

do contraditório em princípio constitucional, tornou inderrogável o contraditório na formação da prova, e sobretudo o tornou não mais evitável pelo Ministério Público com as leituras dos termos ou com a objeção a testemunhas, durante o exame oral, das declarações feitas no âmbito da investigação, por outro lado – apropriadamente – o legislador ordinário considerou que, quando as partes estejam de acordo, a oralidade da prova pode ser objeto de renúncia.

Portanto, parece que, pelo menos no que diz respeito à distribuição de poderes entre juiz e partes, o sistema que na Itália foi elaborado, embora com grande dificuldade, é hoje bastante equilibrado ao conciliar as exigências do acertamento penal e da repressão penal com as garantias dos imputados. Certamente o estilo acusatório não é privado de problemas, e não é apto a tratar de “todos” os procedimentos penais, sobretudo se os números são muito elevados, mas é certamente o mais alinhado com um ordenamento democrático e liberal. Essas coisas, todo ordenamento que quer realizar um processo acusatório – como se está estudando há muitos anos no Brasil –, são úteis de se levar em conta. Não há motivos para ter medo do processo acusatório.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade* de nº. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Tribunal Pleno, Min. Luiz Fux, Brasília, julgado em 24 ago. 2023, publicação em 19 dez. 2023, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>, acesso em: 07 abr. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 13 out. 1941, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, acesso em: 07 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 03 abr. 2021, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm, acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2009.

BRONZO, Pasquale. *Il fascicolo per il dibattimento: Poteri delle parti e ruolo del giudice*. Padova: CEDAM, 2017.

BRONZO, Pasquale. Il 'principio dispositivo in tema di prova' nel processo penale. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Napoli, v. X, n. especial (I principi nell'esperienza giuridica - Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza), p. 411-424, 2014.

BRONZO, Pasquale. O princípio dispositivo em matéria de prova no processo penal. (tradução de Marco Aurélio Nunes da Silveira) In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. v. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 81-96.

CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, v. XVI, I, p. 115, 1939.

CAMON, Alberto. Le prove, in: CAMON, A. *et al. Fondamenti di procedura penale*. 2 ed. Milano: CEDAM, 2020, p. 279-386.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1928.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9 ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 942.

CUNHA SOUZA, Bruno; TOMA, Emanuele. Il contraddittorio, il giudice e i fascicoli nei sistemi processuali penali del Brasile e d'Italia. *Revista Antinomias*, Ponta Grossa: Open Journal Systems, vol. 4, n. 1, jan./jun., p. 8-25, 2023.

DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili dispositivi dell'accertamento penale*. Torino: Giappichelli, 2004.

FERRUA, Paolo. *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*. *Rivista italiana di diritto processuale penale*, Milano: Giuffrè, n. 3, p. 1065-1084, 1994.

FURGIUELE, Alfonso. *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*. Napoli: Jovene, 1998.

GIALUZ, Mitja. Applicazione della pena su richiesta delle parti, in: *Enciclopedia del diritto*, Annali II.1, Milano: Giuffrè, 2008, p. 13-47.

GIARDA, Angelo. "Astratte modellistiche" e principi costituzionali del processo penale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, an. 36 (1993), Milano: Giuffrè, fasc. 3, p. 889-905.

GIOSTRA, Glauco. *Primeira lição sobre a justiça penal*. Trad. de Bruno Cunha Souza. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021

GIOSTRA, Glauco. Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale. *Politica del diritto*, Bologna: Il Mulino, n. 1, p. 13-50, 1986.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *Processo di parti e poteri probatori del giudice. Cassazione penale*, Milano: Giuffrè, n. 2, p. 286-292, 1993.

ITALIA. *Codice di Procedura Penale – Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447*, Roma: Gazzetta Ufficiale n. 250, Suppl. Ordinario n. 92, pub. 24 out. 1988, disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale>, acesso em: 07 abr. 2024.

LATTANZI, Giorgio. *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2019.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 15 ed. Torino: Giappichelli, 2003.

MARAFIOTI, Lucca. L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni Unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale. *RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE*, Milano: Giuffrè, p. 929-949, 1993.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MILANEZ, Bruno; CUNHA SOUZA, Bruno. O futuro do juiz das garantias. In: SANCHES, Juliana, et al (org.). *Processo e justiça na contemporaneidade: estudos em homenagem aos 50 anos do professor André Nicolitt*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 227-238.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal, in: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 25-62.

POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas processuais penais*. 2. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

TARUFFO, Michele, in CARRATTA-TARUFFO. *Dei poteri del giudice*. Commentario del c.p.c., I, Disposizioni generali: artt. 112-120, a cura di S. Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2011.

TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista trimestrale di diritto e processo civile*, Milano: Giuffrè, p. 451-482, 2006.

VERDE, Giovanni. *Principio dispositivo, Dispositivo (Principio)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma: Treccani, v. XI, p. 5. 1989.

Authorship information

Pasquale Bronzo. Doutor em Direito. Professor adjunto de Processo Penal na Faculdade de Direito da Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. pasquale.bronzo@uniroma.it

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Bruno Cunha Souza (tradutor do texto).

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 08/12/2023
 - Desk review and plagiarism check: 10/01/2024
 - Review 1: 16/02/2024
 - Review 2: 16/02/2024
 - Preliminary editorial decision: 17/03/2024
 - Correction round return: 07/04/2024
 - Final editorial decision: 18/04/2024
- **Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 2
-

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BRONZO, Pasquale. O juiz, as partes e as provas no sistema de julgamento penal italiano. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e959, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.959>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


A reparação do dano como condição do acordo de não persecução penal nos crimes contra a ordem tributária


Reparation as a condition of the non-prosecution agreement in crimes against the tax system

Sérgio Rebouças¹

Universidade Federal do Ceará – Fortaleza, CE, Brasil

sergioreboucas@ufc.br


 <https://lattes.cnpq.br/3249458056573661>


 <https://orcid.org/0000-0001-6716-2950>

Beatriz Barros²

Faculdade Christus – Eusébio, CE, Brasil

abbarrosds@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5418365923212658>

 <https://orcid.org/0009-0004-4085-7815>

RESUMO: Este artigo problematiza a reparação do dano como condição do acordo de não persecução penal (ANPP) em crimes contra a ordem tributária. Aborda-se a aplicabilidade dessa condição no âmbito de

¹ Professor Adjunto de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor *cum laude* em Direito Penal pela Universidade de Sevilha (US). Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Ceará. Advogado, parecerista e consultor jurídico nas áreas de Direito Penal Econômico e da Empresa e Direito Processual Penal. Autor de diversos livros, como *Direito Penal, Parte Geral* (2ª edição, Tirant lo Blanch, 2023), *Curso de Direito Processual Penal* (3ª edição, D'Plácido, 2023) e *Crimes contra o sistema financeiro nacional* (Tirant lo Blanch, 2022), assim como de vários artigos científicos publicados em revistas nacionais e internacionais especializadas.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora de Direito Penal no Centro Universitário Christus (UniChristus). Advogada e consultora jurídica na área de Direito Penal Econômico e da Empresa.

crimes em que a reparação integral do dano (pagamento do tributo) já tem o efeito de extinção da punibilidade. Assim, a pesquisa pretende responder aos seguintes questionamentos: (i) O ANPP é cabível nos crimes tributários? (ii) a reparação do dano, enquanto condição do ANPP, deve compreender o valor integral do tributo devido, incluindo os acessórios (juros, multa)? (iii) a reparação integral ou parcial do dano é condição imprescindível à celebração do ANPP? Considera-se a expectativa de vantagem ao imputado, propiciada pelo acordo enquanto instrumento de justiça negociada, como condição de seu próprio sentido e efetividade. Por outro lado, considera-se a expectativa de proteção ao bem jurídico, à luz da suficiência do acordo como instrumento de prevenção e repressão do crime fiscal. Delimitam-se, como hipóteses, vias possíveis de compatibilização dessas expectativas, mediante soluções como a compreensão restrita do vetor *reparação do dano* e a viabilidade da reparação parcial. A pesquisa é qualitativa, exploratória e propositiva, partindo da análise da legislação e da bibliografia especializadas.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça negociada; Acordo de não persecução penal; Crimes contra a ordem tributária; Reparação de dano.

ABSTRACT: *This article problematizes the reparation of damage as a condition of the non-prosecution agreement (NPA) in crimes against Brazilian tax system. The applicability of this condition is addressed in crimes where the full reparation of the damage (payment of the tax) already has the effect of extinguishing criminal liability. This research is intended to answer the following problems: (i) Is the NPA applicable in tax crimes? (ii) Must the reparation of the damage, as a condition of the NPA, cover the full value of the tax, including interests and fines? (iii) Is the reparation of the damage always necessary to sign a NPA? The expectation of advantage to the accused, provided by the agreement as a negotiated justice instrument, is considered as a condition of its own meaning and effectiveness. On the other hand, the expectation of protection of the legal interest is considered in light of the sufficiency of the agreement as an instrument of prevention and repression of tax crimes. Possible ways of reconciling these expectations are delimited as hypotheses, through solutions such as a restricted understanding of the reparation of damage and the viability of partial reparation. The research is qualitative, exploratory, and propositional, based on the analysis of specialized legislation and literature.*

KEYWORDS: *Negotiated justice; Non-prosecution agreement; Crimes against the tax system; Reparation.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Acordo de não persecução penal: aspectos gerais. 2. A extinção de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. 3. A reparação do dano como condição do ANPP nos crimes contra a ordem tributária: 3.1. Cabimento do acordo de não persecução penal nos crimes contra a ordem tributária. 3.2. Sobre a diferença entre a reparação do dano como condição do acordo de não persecução penal e o pagamento integral do tributo devido com seus acessórios. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, tem-se verificado a ascensão do consenso e da negociação na justiça criminal. No Brasil, a implementação de mecanismos consensuais no processo penal iniciou-se com a Lei nº 9.099/1995, considerada como o principal marco da justiça negociada no âmbito processual penal brasileiro, por ter instituído no ordenamento jurídico instrumentos de acordo entre as partes de uma persecução penal, tratando de espaços de consenso limitados, restritos a infrações de menor gravidade³: a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo (pena máxima cominada igual ou inferior a dois anos) e a suspensão condicional do processo para as chamadas infrações penais de médio potencial ofensivo (pena mínima cominada igual ou inferior a um ano).

Apesar das expressivas críticas à justiça consensual e negociada, entre os motivos que buscam justificar a adoção de mecanismos consensuais no Brasil podem ser citadas a celeridade processual e a diminuição de custos no âmbito do Poder Judiciário, o estímulo à participação e ao diálogo, a valorização dos interesses da vítima e a obtenção de vantagens para ambas as partes⁴.

³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 296-297.

⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 52.

Como recente paradigma para a expansão do espaço consensual na justiça penal brasileira, a Lei nº 13.964/2019 passou a autorizar a celebração de *acordo de não persecução penal* (ANPP) para infrações penais de maior gravidade, considerando o limite da pena mínima cominada (inferior a quatro anos), independentemente da pena máxima. Por meio da celebração do ANPP, o imputado compromete-se ao cumprimento de determinadas medidas não privativas de liberdade, para ter ao final extinta a sua punibilidade.

Assim como a justiça consensual em geral, o ANPP é objeto de relevantes críticas por parte da doutrina. No entanto, este artigo concentra-se no benefício que pode ser proporcionado à pessoa investigada por meio desse instrumento, consistente na extinção da punibilidade pelo cumprimento integral dos termos do acordo.

Acerca dos crimes contra a ordem tributária, disciplinados em um regime jurídico penal diferenciado, emergiu na doutrina o questionamento sobre o cabimento do acordo de não persecução penal. Com efeito, o pagamento do valor integral do tributo devido acarreta a extinção da punibilidade do imputado, de modo que se discute sobre a viabilidade do instituto negocial nessa esfera, já que o pagamento do tributo, com o significado de reparação total do dano, apresenta a mesma consequência jurídica (extinção da punibilidade) associada ao cumprimento do acordo. Além disso, entre aqueles que entendem ser cabível o acordo de não persecução penal nos crimes tributários, restam dúvidas quanto à condição a ser pactuada no acordo.

Nesse contexto, com o presente artigo pretende-se responder aos seguintes problemas de pesquisa: (i) o acordo de não persecução penal é cabível nos crimes tributários? (ii) a reparação do dano, enquanto condição do acordo de não persecução penal, deve compreender o valor integral do tributo devido, incluindo os acessórios (juros, multa)? (iii) a reparação integral ou parcial do dano é condição imprescindível à celebração do acordo de não persecução penal?

Assim, neste artigo almeja-se compreender o sentido e o alcance da *reparação do dano como condição do acordo de não persecução penal em crimes contra a ordem tributária*, tomando-se como referência aqueles previstos na Lei nº 8.137/1990. Para tanto, inicialmente, apresentam-se as principais características do acordo de não persecução penal. Após,

discorre-se sobre a extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo devido nos crimes contra a ordem tributária. Por fim, analisa-se a (im) prescindibilidade da reparação do dano enquanto condição do ANPP.

A presente abordagem é qualitativa, visto que busca aprofundar o entendimento acerca da reparação do dano enquanto condição do acordo de não persecução penal em crimes contra a ordem tributária. É também exploratória, uma vez que pretende ampliar as perspectivas de análise da aplicação de institutos negociais em crimes tributários. Utiliza-se como técnica de pesquisa a análise da legislação pertinente e da bibliografia especializada acerca do tema.

1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ASPECTOS GERAIS

O acordo de não persecução penal se entende como negócio jurídico-processual celebrado entre o Ministério Público e a pessoa investigada⁵. Pode ser compreendido também, sob outro prisma, como mecanismo de simplificação procedimental, em virtude de seu efeito de encerramento *antecipado* da persecução penal por consenso entre as partes⁶.

O acordo de não persecução penal foi instituído no processo penal brasileiro pela Lei nº 13.964/2019, como uma proposta para promover eficiência na justiça criminal, mediante a adoção de soluções negociadas. Nesse sentido, podem ser vistos como objetivos que se interrelacionam: (i) viabilizar uma resposta estatal eficaz para as infrações penais; (ii) solucionar a sobrecarga de trabalho da justiça criminal; (iii) permitir a concentração de recursos financeiros e humanos na persecução de crimes mais graves, notadamente o crime organizado; (iv) proporcionar uma alternativa ao encarceramento para crimes não violentos.

Conforme o art. 28-A do Código de Processo Penal, a proposta de acordo pode ser oferecida pelo Ministério Público nas hipóteses de

⁵ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O Acordo de Não Persecução Penal: Reflexão a partir da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (Coord.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 113.

⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Acordo de não persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-2.1.

infração penal com pena mínima inferior a quatro anos, considerando as causas de aumento e de diminuição aplicáveis. Estão legalmente excluídos dessa abrangência, porém, os crimes praticados com violência ou grave ameaça e aqueles inseridos em contexto de violência doméstica ou familiar ou contra mulher em razão da condição do sexo feminino. Veda-se também a aplicação do instituto em foco para o investigado reincidente ou criminoso habitual ou profissional, ou já contemplado nos últimos cinco anos pelo mesmo benefício, por transação penal ou por suspensão condicional do processo.

O cabimento do acordo de não persecução penal é ainda condicionado ao não cabimento da transação penal. Significa dizer que, no caso da infração penal de menor potencial ofensivo, o ANPP é subsidiário à transação penal e só deve ter sua admissibilidade verificada se existir algum dos impedimentos previstos no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/1995⁷.

Reunidos esses elementos, cabe ao Ministério Público o exame discricionário sobre se o acordo é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, sob o pressuposto de que não se trata de hipótese de arquivamento do procedimento de investigação preliminar (etapa prévia à verificação da conveniência e da oportunidade de qualquer instrumento de justiça penal negociada).

Vasconcellos destaca que a análise do Ministério Público acerca da necessidade e da suficiência do acordo de não persecução penal para a reprovação do crime constituiu um dos pressupostos legais de maior abertura subjetiva, que enseja desvios e abusos, assim como disparidade de tratamento entre os imputados. Por essa razão, deve estar devidamente motivada eventual recusa do Ministério Público em propor o acordo⁸.

Por sua vez, o exame preliminar sobre o arquivamento do procedimento investigativo mostra-se fundamental, uma vez que o acordo somente pode ser ofertado quando haja justa causa para o exercício da ação penal. Sem a materialidade do fato em tese criminoso e pelo menos

⁷ BEM, Leonardo Schmitt de. Os Requisitos do Acordo de Não Persecução Penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 3 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 267-308, p. 281.

⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Acordo de não persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-4.7

indícios da autoria ou da participação do imputado, não há sequer oportunidade para a celebração do acordo, impondo-se o arquivamento do procedimento investigativo⁹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da inexistência de um direito subjetivo do imputado à celebração de acordo, de modo que a proposta depende de iniciativa do Ministério Público, sem a possibilidade da concessão de benefícios negociais pelo juízo de ofício¹⁰. Apesar disso, a oferta do ANPP deve ser compreendida como um poder-dever do órgão acusador. Não há discricionariedade ampla do Ministério Público, instituição cujas ações se sujeitam ao princípio e ao controle de legalidade¹¹.

Assim, se presentes os requisitos legais, deve o Ministério Público oferecer proposta de acordo. Isso implica também que a recusa à proposta deve estar amparada em apreciação *motivada* do órgão do Ministério Público quanto à ausência de algum pressuposto ou requisito legal de cabimento do benefício.

Aceitando a proposta, o investigado se obriga ao cumprimento de uma ou mais das condições previstas no art. 28-A, *caput*, do CPP, pactuadas entre ele e o Ministério Público. Embora a redação legal apresente certa ambiguidade, ao prever que as condições elencadas poderão ser aplicadas cumulativa e alternativamente, prevalece o entendimento de que as condições são alternativas e eventualmente, a depender do caso concreto, podem ser cumuladas. Em última instância, como observa SEGER, forçar a inclusão de um bloco irredutível de condições significaria padronizar os acordos, o que se mostra incompatível com a essência dos institutos negociais¹².

⁹ *Ibidem*, p. RB-4.8.

¹⁰ VASCONCELOS, Vinicius Gomes. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, ano 30, p. 93-120, jul./ago. 2022, p. 12.

¹¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, n. 344, p. 26-28, jul. 2021, p. 27.

¹² SEGER, Juliano dos Santos. Perspectivas de negociação no ajuste das condições do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de;

Dessa forma, podem ser condições do acordo: (i) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade; (ii) renúncia a ativos indicados pelo Ministério Público como instrumento, produto ou proveito do crime; (iii) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, no período correspondente à pena mínima cominada ao crime diminuída de um a dois terços; (iv) prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, preferencialmente a que tenha como função a tutela de bens jurídicos iguais ou análogos àqueles em tese vulnerados pela prática criminosa; (v) outra condição, indicada pelo Ministério Público, que seja proporcional e compatível com o crime imputado.

Discute-se a natureza jurídica das condições aplicáveis. Por um lado, algumas das medidas correspondem às penas restritivas de direitos previstas no art. 43 do Código Penal, o que aponta para um caráter *empírico* de sanção penal. Não há, porém, imperatividade nessas condições, cuja aplicação e execução depende de um ato voluntário do imputado, ao aceitá-las em um contexto negocial. Além disso, como instrumento consensual, o acordo não implica constituição formal de culpa, de modo que a equivalência empírica da condição a uma sanção penal não significa efetiva punição. Assim, restando ausentes requisitos inerentes à sanção penal, as condições do acordo podem ser concebidas como “equivalentes funcionais à pena”¹³.

Nessa perspectiva, mediante a confissão da prática da infração penal, o investigado, para afastar os riscos de um resultado condenatório mais gravoso como resultado do processo penal tradicional, aceita o acordo proposto pelo Ministério Público, renunciando ao exercício dos direitos ao silêncio, ao contraditório e à instrução probatória, e aceitando a aplicação imediata de medida diversa da pena privativa de liberdade.

A eficácia do acordo fica então sujeita a controle judicial prévio, o que se dá pelo juízo de *homologação*, que envolve o exame de sua legalidade

MARTINELLI, João Paulo Orsini. (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 3 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 361-380, p. 364

¹³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de Não Persecução: Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 1/17-CNMP), com as alterações da Resolução n. 183/18/CNMP. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (Coords.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 21-48, p. 35.

e adequação, assim como, em audiência própria, da voluntariedade da manifestação do investigado. Em caso de juízo positivo quanto à legalidade, à adequação e à voluntariedade do acordo, tem-se a homologação, que enseja o imediato cumprimento das condições ajustadas.

A referida decisão judicial apresenta natureza jurídica de sentença meramente homologatória. Por não envolver exame do mérito da pretensão punitiva, o ato judicial homologatório não constitui sentença penal condenatória, não implicando, portanto, reincidência, maus antecedentes ou qualquer das consequências extrapenais da condenação previstas nos artigos 91 a 92 do Código Penal¹⁴.

Por fim, o cumprimento integral das condições acordadas tem como efeito a extinção da punibilidade do imputado, sem a possibilidade de futura persecução penal acerca das mesmas hipóteses de fato.

2. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Os crimes contra a ordem tributária apresentam um regime legal próprio, em decorrência do bem jurídico penalmente tutelado. Com efeito, apesar de as condutas consistentes na sonegação de tributos serem incriminadas por lei, resta ao agente a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito perante o fisco.

Designam-se legalmente por *crimes contra a ordem tributária* aqueles tipificados nos artigos 1º a 3º da Lei nº 8.137/1990. O art. 1º trata da supressão ou redução do pagamento do tributo devido, mediante as condutas de: (i) omissão de informação ou prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias; (ii) fraude na fiscalização tributária, com a inserção de elementos inexatos, ou com a omissão de operações, em documentos exigidos pela legislação fiscal; (iii) falsificação ou alteração de documento relativo a operação tributável, a exemplo da nota fiscal; (iv) elaboração, distribuição, fornecimento, emissão ou utilização de documento fiscal falso ou inexato; (v) negativa ou omissão quanto ao

¹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Acordo de não persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-8.2.

fornecimento de nota fiscal relativa à venda de mercadoria ou à prestação de serviço, quando obrigatório, ou seu fornecimento em desacordo com a legislação.

Segundo a redação legal, constitui crime “suprimir ou reduzir tributo e qualquer acessório” (resultado típico), por meio de qualquer das condutas acima elencadas. O termo *tributo*, no entanto, não deve ser compreendido em seu sentido técnico. Isso porque o tributo, na forma do art. 3º do Código Tributário Nacional, somente pode ser suprimido ou reduzido por meio de lei. O termo, portanto, deve ser compreendido como a quantia exigível a título de tributo, a qual pode ser suprimida ou reduzida pelo inadimplemento de obrigações acessórias por parte do contribuinte, nos casos em que este participa do lançamento tributário¹⁵.

O art. 1º trata de crime material, que, à exceção da conduta prevista inciso V, tem como elemento típico a constituição do crédito tributário pelo lançamento definitivo do tributo¹⁶. No plano processual, isso significa dizer que a persecução penal somente poderá ser iniciada após a conclusão do procedimento administrativo, não havendo antes disso tipicidade nem materialidade, pois não existe ainda tributo devido¹⁷.

O art. 2º, por sua vez, prevê crimes formais ou de mera conduta, tratando de uma intervenção penal sobre menores níveis de ofensividade à ordem tributária¹⁸. Dessa forma, são incriminados pela Lei nº 8.137/1990: (i) o emprego de fraude, como a prestação de declaração falsa ou a omissão “sobre rendas, bens ou fatos, para eximir-se de pagamento de tributo”; (ii) a ausência de recolhimento de valor de tributo, descontado ou cobrado, pelo sujeito passivo da obrigação, no prazo legal;

¹⁵ ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 205-207.

¹⁶ STF, Súmula Vinculante nº 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

¹⁷ REBOUÇAS, Sérgio. Crimes contra a ordem tributária – Lei 8.137/1990. In: HAMMERSCHMIDT (Org.). *Comentários às leis penais e processuais penais*. Curitiba: Juruá. 2021. p. 431-455, p. 435.

¹⁸ REBOUÇAS, Sérgio. Supressão Fraudulenta de tributo ou inadimplemento fraudulento da obrigação tributária? Sobre a real diferença entre os crimes contra a ordem tributária do art. 1º e os do art. 2º da Lei 8.137/1990. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 79-98, 2020, p. 82.

(iii) a exigência, o pagamento ou o recebimento de “porcentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal”; (iv) a ausência de aplicação de incentivo fiscal ou a sua aplicação em desacordo com o estatuído; (v) a utilização ou divulgação de “programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é fornecida à Fazenda Pública”.

Já o art. 3º trata dos crimes funcionais contra a ordem tributária, assim entendidos aqueles praticados por funcionários públicos integrantes da administração fazendária. São penalmente típicas, nesse âmbito, as condutas de: (i) extravio, sonegação ou inutilização de documento que tenha guarda em razão da função, de modo a acarretar pagamento indevido ou inexato de tributo; (ii) exigência, solicitação ou recebimento de “vantagem indevida, ou aceitação de promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo” (forma especial de corrupção e de concussão); (iii) patrocínio direto ou indireto de interesse privado perante a administração fazendária (forma especial de advocacia administrativa).

Além dos crimes previstos nos dispositivos legais acima, consideraram-se também crimes contra a ordem tributária os tipos penais de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP), de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, CP), de excesso de exação (art. 316, § 1º, CP) e de descaminho (art. 334, CP)¹⁹. Apesar de não estarem inseridos na Lei nº 8.137/1990, os referidos tipos penais buscam tutelar a ordem tributária em dimensões específicas, como a proteção das fontes de custeio da seguridade social.

A doutrina divide-se acerca da definição do bem juridicamente tutelado pelos tipos penais referidos. Nesse sentido, RUIVO²⁰ aponta possíveis bens jurídicos objetos de proteção pelos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, quais sejam: (i) a ordem tributária, compreendida

¹⁹ REBOUÇAS, Crimes contra a ordem tributária – Lei 8.137/1990. In: HAMMERSCHMIDT (Org.). *Comentários às leis penais e processuais penais*. Curitiba: Juruá. 2021. p. 431-455, p. 433.

²⁰ RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da lei 8.137/90): bem jurídico, técnica de tutela e elementos subjetivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 160, ano 27, p. 57-84, out. 2019, p. 59-61.

como o interesse do Estado na arrecadação de tributos; (ii) o erário público, isto é, o patrimônio da Fazenda Pública; (iii) a arrecadação tributária, entendida como “instrumento de formação de receita pública e de consecução e implemento das metas socioeconômicas definidas na Constituição através da percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais”²¹; (iv) a receita tributária, considerada como “o valor econômico pressuposto para que o ente estatal possa realizar uma série de demandas da população”, conjugada à *verdade informacional*, consistente no “dever do contribuinte de manifestar a verdade sobre as operações tributáveis”²².

A despeito da relevância do bem jurídico penalmente tutelado, a legislação brasileira conferiu tratamento diferenciado aos crimes tributários, inserindo já na década de 1960 dispositivo que permitia ao contribuinte ter extinta a sua punibilidade na hipótese de pagamento do tributo devido. Machado, no entanto, advertia que a extinção da punibilidade pelo pagamento constitui o ponto de maior instabilidade legislativa do Direito Penal Tributário, decorrente da disputa entre diferentes concepções acerca da finalidade da criminalização de tais condutas²³.

De uma breve análise histórica da presença da cláusula de extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo em nosso ordenamento jurídico, verifica-se que a Lei nº 4.729/1965, ao instituir o crime de *sonegação fiscal*, dispôs que se o contribuinte realizasse o pagamento do tributo antes do início da ação fiscal, estaria extinta a sua punibilidade. Nesse caso, atribuía-se ao pagamento o efeito de extinguir a punibilidade porque, na hipótese de denúncia espontânea da infração, não haveria sequer a aplicação de penalidades administrativas²⁴.

²¹ ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

²² RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da lei 8.137/90): bem jurídico, técnica de tutela e elementos subjetivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 160, ano 27, p. 57-84, out. 2019, p. 60.

²³ MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 677.

²⁴ *Ibidem*, p. 667-668.

Em sequência, o Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, possibilitou a extinção da punibilidade, mesmo após o início da ação fiscal, desde que o pagamento fosse realizado juntamente com as multas devidas. O referido decreto também estendeu a causa extintiva de punibilidade a outros crimes, para além dos previstos na Lei 4.729/1965²⁵.

Já em 1990, a Lei nº 8.137/1990, ao definir, nos artigos 1º a 3º, os crimes contra a ordem tributária, previu conjuntamente a extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo, *incluindo seus acessórios*, desde que realizado antes do recebimento da denúncia. O dispositivo (art. 14), no entanto, foi logo revogado pela Lei nº 8.383/1991.

Poucos anos depois, a Lei nº 9.249/1995, em seu art. 34, restabeleceu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e de seus acessórios, com o mesmo marco temporal da previsão anterior, isto é, antes do recebimento da denúncia. Para MACHADO, o dispositivo é elogiável, pois, uma vez que a denúncia só pode ser oferecida após o encerramento do processo administrativo, preserva-se o direito do contribuinte ao questionamento do débito tributário na esfera administrativa²⁶.

Já no início do século XXI, a Lei nº 10.684/2003 rompeu com o marco temporal exigido pela legislação anterior, ao prever, no art. 9º, § 2º, a possibilidade de extinção da punibilidade dos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990 e nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal pelo pagamento, sem, contudo, delimitar o momento limite para a efetivação do pagamento integral. Dessa forma, ainda que realizado após o recebimento da denúncia, o pagamento do tributo tinha por efeito a extinção de punibilidade do agente.

Note-se que, embora a Lei nº 12.382/2011 tenha alterado a Lei nº 9.340/1996, inserindo novamente o limite temporal (art. 83, §§ 2º e 4º), permaneceu o entendimento de que pagamento pode ser feito a qualquer tempo, uma vez que a lei nova não revogou a disposição normativa anterior (art. 9º, § 2º, Lei 10.648/2003)²⁷. De fato, a jurisprudência dos

²⁵ *Ibidem*, p. 668-669.

²⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 682-683.

²⁷ DAVID, Décio Franco. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários e seu reflexo sobre os acordos de não persecução

tribunais superiores firmou-se no sentido de que poderá ser realizado a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória²⁸.

Além da extinção da punibilidade pelo pagamento, tem-se, também no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, a suspensão da pretensão punitiva do Estado pelo parcelamento da dívida perante o fisco. Essa hipótese foi instituída pela Lei nº 9.964/2000 (art. 15), que criou o Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), e teve continuidade na Lei nº 10.684/2003 (art. 9º). Dessa forma, no período do parcelamento da dívida tributária, permanece suspensa a pretensão punitiva estatal, extinguindo-se a punibilidade com o pagamento integral ao final do parcelamento.

3. A REPARAÇÃO DO DANO COMO CONDIÇÃO DO ANPP NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

3.1. CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

O acordo de não persecução penal mostra-se como o instituto de maior abrangência da justiça negocial brasileira, pois os parâmetros objetivos – crimes sem violência ou grave ameaça com pena mínima cominada inferior a quatro anos – são bastante amplos. Considerando esses requisitos, o acordo de não persecução penal é em tese cabível nos crimes tributários, que não apresentam as elementares de violência ou grave ameaça e têm penas mínimas inferiores a quatro anos. No caso concreto, deve-se, contudo, atentar para os demais requisitos, notadamente os de caráter subjetivo, bem como para a incidência de causas de aumento de pena.

Relativamente ao crime previsto no art. 2º da Lei nº 8.137/1990, no entanto, por ter a pena máxima cominada igual a dois anos, o instituto negocial em tese cabível é, em regra, a transação penal, afastando-se,

penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 431-454, p. 446.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 67-68.

portanto, o acordo de não persecução penal. Dessa forma, salvo se aplicada alguma causa de aumento de pena, não é cabível o acordo de não persecução penal, mas sim o instituto previsto na Lei nº 9.099/1995²⁹.

Ainda quanto ao cabimento, deve ser analisado no caso se o acordo será necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. De acordo com ABRAÃO e LOURINHO, quando o dano ao erário superar vinte salários-mínimos, não haveria conveniência na propositura do acordo de não persecução penal³⁰. No mesmo sentido, para AGUIRRE e OLIVEIRA, em sendo expressivos os valores deixados de serem recolhidos aos cofres públicos, poderia o Ministério Público motivadamente deixar de propor o ANPP³¹.

Ocorre que a fixação prévia de um parâmetro objetivo, como vinte salários-mínimos, é incompatível com o instituto do acordo de não persecução penal, pois a análise da necessidade e da suficiência para a reprovação e prevenção do crime deve considerar o caso concreto e suas circunstâncias. O fato de o valor do tributo devido ser expressivo, por si só, não deve ser impedimento para a celebração do ANPP, recordando-se, nesse sentido, que não há limite de valor para a extinção de punibilidade pelo pagamento integral do tributo.

Além disso, em se tratando de sonegação de tributos federais, tem-se que quando o valor do débito tributário for de até vinte mil reais, não haverá sequer tipicidade material, em razão da aplicação do princípio da insignificância³². Por se tratar de fato penalmente atípico, será caso

²⁹ AGUIRRE, Juan Rodrigo Carneiro; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. O acordo de não persecução penal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 2, p. 235-264, 2021, p. 252.

³⁰ ABRAAO, Pauliane; LOURINHO, Victória. O acordo de não persecução penal e a discricionariedade do Ministério Público. In: *Inovações da lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, MPF, v. 7, P. 331-346, 2020, p. 344.

³¹ AGUIRRE, Juan Rodrigo Carneiro; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. O acordo de não persecução penal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 2, p. 235-264, 2021, p. 252-253.

³² STJ, 3ª Seção, Tema Repetitivo nº 157: “Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20 mil a teor do disposto no artigo 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda”.

de arquivamento do inquérito policial, e não de propositura de acordo de não persecução penal.

Dessa forma, em observância aos requisitos previstos no art. 28-A, CPP, o acordo de não persecução penal mostra-se em tese cabível nos crimes tributários. Tem-se, no entanto, outro suposto impeditivo à aplicação do ANPP a essa espécie de crimes. Parte dos juristas defende que, uma vez que o pagamento do tributo na esfera fiscal é suficiente para extinguir a punibilidade, o sentido do instituto consensual torna-se inócuo³³.

Tal compreensão, todavia, não parece ser a mais adequada. A existência de previsão normativa de extinção da punibilidade pelo pagamento integral do tributo não pode servir de impedimento à celebração de ANPP nos crimes tributários. Isso porque, em última análise, inexistente vedação legal nesse sentido. Quando o legislador pretendeu excluir determinados crimes da incidência do ANPP, o fez expressamente no texto legal. Dessa forma, presentes os requisitos legais, deverá o Ministério Público propor o acordo de não persecução penal.

Além disso, conforme destaca Januário, seria contraditório defender que, diante de dois institutos benéficos à pessoa investigada, a mera aplicabilidade em abstrato de um dos institutos levaria invariavelmente ao não cabimento do outro. Tal concepção, ainda segundo o autor, impediria também que se chegasse à discussão, no caso concreto, acerca da (in)capacidade financeira do imputado para a reparação do dano, como expressamente dispõe o art. 28-A, I, CPP³⁴.

Portanto, a mera existência de previsão legal que autorize a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo não pode servir de impeditivo para a propositura de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público. Caberá ao investigado, por sua vez, a escolha de um entre os dois institutos.

³³ SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 244-470, p. 455.

³⁴ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, ano 30, p. 121-174, jul./ago. 2022, p. 124.

3.2. SOBRE A DIFERENÇA ENTRE A REPARAÇÃO DO DANO COMO CONDIÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO DEVIDO COM SEUS ACESSÓRIOS

Problema relevante consiste na condição a ser pactuada no acordo, especialmente considerando a alternativa legal de extinção da punibilidade pelo pagamento integral do tributo. Para a satisfação integral do crédito tributário pelo contribuinte, faz-se necessário o pagamento do valor do próprio tributo e dos acessórios, isto é, a correção monetária, os juros e a multa, que pode chegar a 150%³⁵.

Questiona-se, portanto, se a reparação do dano, enquanto condição do ANPP, deve abranger o valor integral do débito tributário, bem como se esta se trata de condição imprescindível à celebração do acordo.

Não há sentido em se exigir como condição do ANPP a reparação do dano referente ao pagamento integral do tributo, com os acessórios. Isso porque o pagamento dessa forma já tem por efeito a extinção da punibilidade, nos termos da legislação penal tributária³⁶. Assim, não haveria interesse do investigado em aceitar o acordo nesses termos, quando é possível ter sua punibilidade extinta mediante o pagamento do mesmo valor, sem necessidade de confissão, e podendo fazê-lo até mesmo após o trânsito em julgado.

Nesse ponto, Abreu e Souza salientam que não haveria lógica de o imputado optar pelo pagamento integral tributo como condição do ANPP, quando poderia conseguir a extinção da punibilidade sem ter que arcar com diversos ônus, como a proibição de obtenção de novo benefício pelo prazo de cinco anos e a exigência de confissão, sobre a qual não há óbice legal quanto a sua utilização em outros procedimentos de ordem fiscal³⁷.

³⁵ PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 476.

³⁶ REBOUÇAS, Sérgio. Crimes contra a ordem tributária – Lei 8.137/1990. In: HAMMERSCHMIDT (Org.). *Comentários às leis penais e processuais penais*. Curitiba: Juruá. 2021. p. 431-455, p. 446-447.

³⁷ ABREU, Manuela; SOUZA, Alvaro Augusto Orione. *Crime tributário: exigência de reparação do dano na celebração de ANPP*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-fev-26/abreue-souza-reparacao-dano-celebracao-anpp/>>. Acesso em: 4 abr. 2024.

A reparação do dano, como condição do ANPP nessa espécie de crimes, pode, portanto, consistir no pagamento ou no parcelamento do débito principal, regularmente corrigido, mas não da multa associada à prática do ilícito administrativo-fiscal, que poderá ser objeto de execução na esfera civil³⁸.

Em sentido semelhante, Amorim defende que o valor pactuado deve compreender o pagamento do tributo, com correção monetária e juros, mas sem a multa³⁹. Isso porque, conforme Estellita, nos crimes contra a ordem tributária o dano causado é reparável mediante o pagamento do tributo devido, atualizado, e dos juros de mora. Se o sujeito passivo atrasa o pagamento, com ou sem o emprego de fraude, faz-se necessária a reposição do valor mediante a correção monetária daquela quantia, bem como a recomposição do dano causado pelo atraso, mediante a cobrança dos juros de mora. A penalidade pecuniária, por outro lado, consiste em sanção por ato ilícito, de modo que não pode integrar a reparação do dano⁴⁰.

Não pode haver dúvida quanto a esse ponto. A reparação do *dano* diz respeito à recomposição da ordem tributária lesada pela prática do crime. Isso diz respeito ao valor do tributo cujo pagamento foi suprimido, reduzido, não pago ou pago a menor. Para expressão pecuniária atual da lesão à ordem tributária, o valor deve ser corrigido e remunerado pelos juros aplicáveis. A *multa*, entretanto, constitui *sanção pecuniária*, encerrando caráter *punitivo*, como resposta ao contribuinte, no plano administrativo, associada à prática do ilícito fiscal.

A *reparação do dano*, portanto, não abrange o valor imposto ao contribuinte como resposta punitiva. O dano ao fisco corresponde ao montante devido a título de tributo não pago ou pago a menor. Dessa forma, se a extinção da punibilidade ordinária (fora do contexto negocial) depende do pagamento integral do valor do tributo e *dos acessórios* (incluindo a multa), o mesmo não se pode dizer da *condição negocial* de

³⁸ REBOUÇAS, *op. cit.*, p. 446-447.

³⁹ AMORIM, Vanessa de Oliveira. *Acordo de não persecução penal: um modelo de negociação para crimes tributários* Dissertação (Mestrado em Direito) – Unifor, Fortaleza, 2020, p. 43.

⁴⁰ ESTELLITA, Heloisa. Arrependimento posterior nos Crimes contra a Ordem Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 37, p. 52–61, out. 1998, p. 55-58.

reparação do dano, cujo significado não alcança conseqüências *punitivos* aplicados pela administração fazendária.

Para Aguirre e Oliveira, a quantia pactuada como reparação de dano não pode abarcar o valor total do débito tributário, haja vista a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento integral e a suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento, não se podendo falar em persecução penal nessas hipóteses, de modo que deve ser autorizado o pagamento parcial do débito como condição de reparação do dano no ANPP. De acordo com os mesmos autores, o valor a título de reparação do dano deve, mediante ajustes entre as partes, consistir em um “percentual do valor do débito tributário existente que possa, de alguma forma, cumprir o requisito de prevenção e reprovação da infração, reparando, ainda que parcialmente, mas de forma substancial, o dano ao patrimônio público.”⁴¹.

Admite-se, portanto, a negociação da reparação *parcial* do dano. A esse respeito, cumpre referir a Orientação Conjunta nº 03/2018, da 2ª, da 4ª e da 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, revisada após a Lei nº 13.964/2019, que estabelece a possibilidade da reparação parcial desde que cumulada com outras condições⁴². Apenas se observe, acerca dessa orientação, que a necessidade ou não de cumulação da reparação parcial com outras condições deve ser apreciada no caso concreto, não parecendo adequada a exigência abstrata de que a ausência de reparação integral do dano tenha necessariamente de ser compensada pela incidência de outras restrições ao imputado.

Além disso, considerando que a penalidade pecuniária não constitui reparação do dano, mas sanção por ato ilícito, em regra, a reparação do dano como condição do ANPP deve consistir no pagamento do valor principal do tributo, corrigido monetariamente, excluída a multa. No entanto, diante da impossibilidade do imputado de fazê-lo, deve-se admitir a reparação parcial, ajustando-se, por meio do consenso entre as partes, uma quantia que seja satisfatória. A condição acordada deve ser suficiente

⁴¹ AGUIRRE, Juan Rodrigo Carneiro; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. O acordo de não persecução penal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 2, p. 235-264, 2021, p. 256-257.

⁴² “A reparação do dano não terá, necessariamente, de ser integral, quando aplicada em conjunto com outras condições”.

para a reprovação e prevenção do crime, bem como financeiramente possível para o imputado, podendo ser acordado também o pagamento de forma parcelada.

A falta de recursos financeiros para o pagamento do valor integral devido a título de reparação de dano não pode servir de impedimento à formalização do acordo de não persecução penal, devendo ser possibilitado ao imputado o pagamento parcial. O valor não compreendido nesse ajuste deve, por sua vez, ser cobrado em execução fiscal.

Outro ponto importante é que não podem constituir objeto de negociação partes do crédito já alcançadas pela extinção da punibilidade e, portanto, não passíveis de persecução penal, embora exigíveis na esfera extrapenal. É o que ocorre com condutas em tese criminosas já fulminadas pela prescrição penal, considerando a data da constituição definitiva do crédito tributário (momento da consumação). Com efeito, se o Ministério Público não pode mais exercer a persecução penal quanto a tais condutas, não pode haver negociação dos respectivos créditos como condição para a não persecução penal, a título de reparação do dano.

Em síntese, compreendendo que a reparação de dano como condição do ANPP não deve abranger o valor integral do crédito tributário exigível e passível de persecução penal e, ainda, que deve ser considerada a capacidade financeira do imputado para a fixação do montante a ser pago, deve-se perquirir acerca da própria (im)prescindibilidade da condição de reparação do dano no acordo de não persecução penal em crimes tributários.

Parte dos juristas compreende que a cláusula de reparação de dano é imprescindível e inafastável, considerando a política criminal imposta a essa espécie de crimes. Segundo Aguirre e Oliveira, seria desarrazoada e assistemática a não inclusão dessa condição, considerando que os benefícios dados ao investigado por crimes tributários estão atrelados a questões ao pagamento de valores ao fisco⁴³.

Outra corrente, por outro lado, afirma que a redação legal é suficientemente clara no sentido da prescindibilidade da reparação do dano,

⁴³ AGUIRRE, Juan Rodrigo Carneiro; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. O acordo de não persecução penal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 2, p. 235-264, 2021, p. 255.

estabelecendo até expressa ressalva para a hipótese de impossibilidade de fazê-lo. Nesse sentido, Januário entende que a cláusula não pode ser considerada obrigatória, em razão da exceção trazida pelo legislador, a qual compreende os casos de impossibilidade financeira e também jurídica de reparação do dano⁴⁴.

Como aponta Salmeron, embora a reparação do dano aparente ser a medida mais adequada, uma vez que a prática de crimes contra a ordem tributária acarreta prejuízos aos cofres públicos, as outras condições previstas no art. 28-A, II a V, do CPP também têm aptidão para atingir a finalidade de prevenção e reprovação do crime, que se busca por meio do ANPP⁴⁵.

De fato, nos crimes contra a ordem tributária a reparação do dano parece a condição mais adequada para a celebração do ANPP, mas não pode ser tida a condição *sine qua non* do acordo, visto que a própria lei dispõe que essa medida não será aplicada quando o imputado não tiver condições para tanto. Tratar a reparação do dano como condição imprescindível significa fazer uma exigência que a norma não fez.

A fixação da reparação do dano deve ocorrer com atenção à capacidade financeira da pessoa investigada, ressalvada também a possibilidade de outra condição quando não tiver condições de reparar o dano, de modo que a ausência de recursos financeiros não seja obstáculo para o acordo. Além disso, é de se ressaltar a possibilidade da execução dos valores devidos nas esferas extrapenais. Deve-se levar em conta que a vítima é o Estado, que dispõe de meios próprios para obter a reparação do dano, isto é, o ressarcimento do valor sonogado⁴⁶.

⁴⁴ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, ano 30, p. 121–174, jul./ago. 2022, p. 125.

⁴⁵ SALMERON, Maria Victoria Eugenio. *Acordo de não persecução penal e a reparação do dano nos crimes tributários*. 2021. Monografia (Especialização em Direito) – PUCSP, São Paulo, 2021, p. 19.

⁴⁶ SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 464. No mesmo sentido: DAGUER, Beatriz,

Dessa forma, nos crimes contra a ordem tributária a reparação do dano não consiste em condição imprescindível, podendo, a depender do caso concreto, notadamente das condições financeiras do imputado, ser acordada outra ou outras condições adequadas ao caso e suficientes para a prevenção e reprovação da infração penal.

À luz da perspectiva exposta, o ANPP expande o benefício da extinção da punibilidade em crimes tributários àqueles que não possuem condições financeiras de quitar seus débitos com o fisco. A justiça consensual acaba por tornar menos seletiva a efetiva repressão a essa espécie de delitos, visto que a extinção da punibilidade não toma como único pressuposto o aspecto financeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acordo de não persecução penal se entende como um negócio jurídico processual celebrado entre o Ministério Público e o imputado, com o efeito de encerramento antecipado da persecução penal por consenso entre as partes. O ANPP permite a extinção da punibilidade do agente, mediante o cumprimento das condições pactuadas, entre as quais pode ser incluída a reparação do dano à vítima. Por outro lado, nos crimes contra a ordem tributária, o pagamento do tributo devido pelo agente acarretará a extinção da sua punibilidade. Para tanto, é necessária a satisfação integral do crédito tributário, ou seja, o pagamento do valor atualizado do tributo (correção monetária e juros) e de multa, o que pode ser efetivado no curso do processo penal.

Sobre a relação entre a reparação do dano e o acordo de não persecução penal nos crimes contra a ordem tributária, há de se retomar aos questionamentos que ensejaram o desenvolvimento desta pesquisa: (i) o acordo de não persecução penal é cabível nos crimes tributários? (ii) a reparação do dano, enquanto condição do acordo de não persecução penal, deve compreender o valor integral do tributo devido, incluindo os acessórios (juros, multa)? (iii) a reparação integral

SOARES, Rafael. *Acordo de não persecução penal e reparação do dano nos crimes tributários*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/daguer-soares-acordo-nao-persecucao-penal/>>. Acesso em: 4 abr. 2024.

ou parcial do dano é condição imprescindível à celebração do acordo de não persecução penal?

Nesta pesquisa, concluiu-se que:

(i) Apesar de o pagamento integral do tributo encerrar o mesmo efeito jurídico do cumprimento do acordo de não persecução penal, não se obsta o cabimento do instituto negocial nos crimes contra a ordem tributária, visto que, em última análise, inexistente vedação legal nesse sentido. Dessa forma, presentes os requisitos previstos no art. 28-A do CPP, deverá o Ministério Público propor o acordo de não persecução penal.

(ii) A reparação do dano como condição do ANPP deve consistir no pagamento do tributo, corrigido monetariamente, e dos juros. Não pode ser considerada no vetor *dano*, porém, a *multa*, que constitui *sanção* pecuniária associada à prática do ilícito fiscal, encerrando, portanto, caráter punitivo. A reparação do dano se dá por pagamento *do valor* do tributo suprimido ou reduzido (não pago ou pago a menor), sem incluir a multa administrativa aplicada como punição ao contribuinte em razão da prática do ilícito fiscal.

(iii) Ademais, diante da impossibilidade do imputado de efetuar o pagamento integral do tributo devido, deve-se admitir a reparação parcial, ajustando-se, por meio do consenso entre as partes, uma quantia que suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, bem como financeiramente viável para o imputado, podendo ser acordado também pagamento de forma parcelada.

A referida condição, entretanto, não é indispensável. A redação legal é suficientemente clara no sentido da prescindibilidade da reparação do dano, fixando ressalva para a hipótese de o imputado estar impossibilitado de fazê-lo. Assim, a depender do caso concreto, podem ser acordadas outras condições adequadas à situação de fato e suficientes para a prevenção e reprovação da infração penal, de modo que a incapacidade financeira da pessoa investigada não seja obstáculo para a celebração do acordo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAAO, Pauliane; LOURINHO, Victória. O acordo de não persecução penal e a discricionariedade do Ministério Público. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia (org.). *Inovações da lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, v. 7, 2020. p. 331-346.

ABREU, Manuela; SOUZA, Alvaro Augusto Orione. *Crime tributário: exigência de reparação do dano na celebração de ANPP*. <https://www.conjur.com.br/2023-fev-26/abreue-souza-reparacao-dano-celebracao-anpp/>. Acesso, em 5.abr.2024.

AGUIRRE, Juan Rodrigo Carneiro; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. O acordo de não persecução penal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 235-364, 2021. <https://doi.org/10.55689/rcpjm.2021.02.012>

AMORIM, Vanessa de Oliveira. *Acordo de não persecução penal: um modelo de negociação para crimes tributários*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Unifor, Fortaleza, 2020.

BEM, Leonardo Schmitt de. Os Requisitos do Acordo de Não Persecução Penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 267-308.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de Não Persecução: Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 1/17-CNMP), com as alterações da Resolução n. 183/18/CNMP. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (Coords.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 21-48.

DAGUER, Beatriz, SOARES, Rafael. *Acordo de não persecução penal e reparação do dano nos crimes tributários*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/daguer-soares-acordo-nao-persecucao-penal/>> Acesso em: 4 abr. 2024

DAVID, Décio Franco. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários e seu reflexo sobre os acordos de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. p. 431-454.

ESTELLITA, Heloisa. Arrependimento posterior nos Crimes contra a Ordem Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 37, p. 52–61, out. 1998.

ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, ano 30, p. 121–174, jul./ago. 2022.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. <https://doi.org/10.11606/t.2.2009.tde-17112011-110813>

LUCCHESI, Guilherme Brenner. OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, n. 344, p. 26-28, jul. 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

REBOUÇAS, Sérgio. Crimes contra a ordem tributária – Lei 8.137/1990. In: HAMMERSCHMIDT (Org.). *Comentários às leis penais e processuais penais*. Curitiba: Juruá. 2021. p. 431-455.

REBOUÇAS, Sérgio. Supressão Fraudulenta de tributo ou inadimplemento fraudulento da obrigação tributária? Sobre a real diferença entre os crimes contra a ordem tributária do art. 1º e os do art. 2º da Lei 8.137/1990. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 79-98, 2020.

RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da lei 8.137/90): bem jurídico, técnica de tutela e elementos subjetivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 160, ano 27, p. 57-84, out. 2019.

SALMERON, Maria Victoria Eugenio. *Acordo de não persecução penal e a reparação do dano nos crimes tributários*. 2021. Monografia (Especialização em Direito) – PUCSP, São Paulo, 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

SEGER, Juliano dos Santos. Perspectivas de negociação no ajuste das condições do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 3 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 361-380.

SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. p. 455-470.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O Acordo de Não Persecução Penal: Reflexão a partir da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (Coords.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p 87-107.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, ano 30, p. 93-120, jul./ago. 2022.

Authorship information

Sérgio Rebouças. Adjunct Professor of Criminal Procedural Law at the Faculty of Law of the Federal University of Ceará (UFC). Doctor cum laude in Criminal Law from the University of Seville (US). Coordinator of the Stricto Sensu Postgraduate Program in Law at the Federal University of Ceará. Lawyer, legal advisor and consultant in the areas of Economic and Corporate Criminal Law and Criminal Procedural Law. Author of several books, such as *Direito Penal, Parte Geral* (2nd edition, Tirant lo Blanch, 2023), *Curso de Direito Processual Penal* (3rd edition, D'Plácido, 2023) and *Crimes contra o sistema financeiro nacional* (Tirant lo Blanch, 2022), as well as several scientific articles published in specialized national and international magazines. sergioreboucas@ufc.br

Beatriz Barros. Master of Laws from the Federal University of Ceará (UFC). Graduated in Law from the Federal University of Ceará (UFC). Professor of Criminal Law at the Christus University Center (UniChristus). Lawyer and legal consultant in the area of Economic and Corporate Criminal Law. abbarrosds@gmail.com

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Sérgio Rebouças:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Beatriz Barros:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 06/12/2023
 - Desk review and plagiarism check: 10/01/2024
 - Review 1: 16/02/2024
 - Review 2: 16/02/2024
 - Preliminary editorial decision: 17/03/2024
 - Correction round return: 08/04/2024
 - Final editorial decision: 19/04/2024
- Editorial team**
- Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

REBOUÇAS, Sérgio; BARROS, Beatriz. A reparação do dano como condição do acordo de não persecução penal nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e956, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.956>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


La justicia especializada como camino entre lo universal y lo particular a la luz del caso chileno

Specialised justice as a path between the universal and the particular in the light of the Chilean case

Alejandra Castillo Ara¹

Universidad Diego Portales – Santiago, Chile

alecastilloara@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0001-5954-1897>

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad poner de manifiesto la necesidad de establecer un sistema de justicia especializada para grupos vulnerables. Como punto de referencia, se utiliza la experiencia chilena en la materia. Se plantean interrogantes sobre qué grupos merecen consideración especial y cómo lograr la especialización sin comprometer la neutralidad del derecho que pretende además la universalidad de este, al menos, a nivel local. Se aborda la idea de que esta consideración diferenciada es una necesidad y su fundamento se apoya esencialmente en dos cosas: una comprensión del derecho de acceso a la justicia como derecho autónomo y el principio de la igualdad relativa como igualdad material. Aunque no se aborda la implementación práctica, se ofrecen orientaciones indicativas, lo que permitiría optimizar herramientas procesales y sustantivas del Derecho, mejorando el acceso a la justicia de grupos vulnerables. Para delinear el camino a la especialización se abordan puntos clave como la definición de grupos vulnerables y el debate sobre si basta con una solución procesal o es necesaria una corrección de Derecho penal material. Para concluir, se plantea la insuficiencia de una solución meramente administrativa y la viabilidad de la especialización de la justicia teniendo en cuenta la posibilidad de que

¹ Legum Magister (LL.M.) y Juris Doctor (Dr. Iur.) Albert-Ludwig-Universität Freiburg. Directora y Académica del Departamento Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales. Abogada. Dirección postal: Facultad de Derecho, República 112, of. 16, Santiago, Chile.

se vulnera, finalmente, la neutralidad y objetividad del Derecho penal y procesal penal. En última instancia, se abre el cuestionamiento de si la justicia especializada es una solución más empática que jurídica, que tiende a mermar las soluciones sociales por sobre las individuales.

PALABRAS CLAVE: justicia especializada; acceso a la justicia; interseccionalidad.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to highlight the need to establish a specialised justice system for vulnerable groups. The Chilean experience in this area is used as a reference point. Questions are raised as to which groups deserve special attention and how specialisation can be achieved without compromising the neutrality of the law, which also aims at universality, at least at the local level. The idea that this differentiated consideration is a necessity is addressed, and its basis is essentially based on two things: an understanding of the right of access to justice as an autonomous right, and the principle of relative equality as material equality. Although it does not deal with practical implementation, it offers indicative guidelines that would allow for the optimisation of procedural and substantive legal instruments, thereby improving access to justice for vulnerable groups. In order to outline the path towards specialisation, key issues such as the definition of vulnerable groups and the debate on whether a procedural solution is sufficient or whether a correction of substantive criminal law is necessary are addressed. Finally, it discusses the insufficiency of a purely administrative solution and the feasibility of judicial specialisation, considering the possibility that the neutrality and objectivity of criminal law and criminal procedure may ultimately be violated. Finally, the question is raised as to whether specialised justice is a more empathetic than legal solution, which tends to undermine social solutions over individual ones.*

KEYWORDS: *specialised justice; access to justice; intersectionality.*

INTRODUCCIÓN

El sistema de justicia penal acusatorio tiene como propósito central garantizar la imparcialidad del juzgador, a través de la separación de las funciones de acusación y adjudicación en órganos distintos².

² Entendiendo por sistema acusatorio mucho más que la mera disociación del órgano persecutor y el decisor, sino que en tanto sistema que garantiza la

Presupone, entre otras cosas, que haya igualdad de armas en el proceso y que exista un sistema adversarial donde el órgano persecutor es distinto del adjudicador, y donde la defensa tiene un rol esencial. En Chile, al menos, la defensa es considerada un derecho y el lema del organismo público llamado a ejercerla, la Defensoría Penal Pública (en adelante DPP), es: “Sin defensa, no hay justicia”. Sin embargo, esta defensa -y la justicia en general- se ha complejizado y sofisticado cada vez más. Como consecuencia, la interlocución con los otros intervinientes del proceso se ha vuelto engorrosa. De ahí que cierta doctrina saque a la luz la existencia de una necesidad de “diseñar y garantizar sistemas de justicia sensibles y respetuosos a las necesidades y derechos de personas y grupos de personas que experimentan vulnerabilidades específicas”³, mediante la instauración de una justicia especializada. En el marco del presente artículo, entendemos este concepto de justicia como aquella que se adecúa tanto en sus aspectos sustantivos como adjetivos a las necesidades de grupos vulnerables de cara a una adecuada prestación de justicia y acceso a esta⁴. Es decir, la justicia especializada no se circunscribe sólo al ámbito procesal, sino que tiene un aspecto material del Derecho penal ineludible, que permite correcciones de neutralidad que, de no existir, derivarían en resultados injustos para ciertos casos especiales. La pregunta es si esto no implica sacrificar una decisión experta con pretensiones *erga omnes*

“vigencia de principios procesales”, RODRÍGUEZ, Manuel: Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal p. 648.

³ ALSINA, Anna; ESPEJO, Nicolás. Introducción. In: ALSINA, Anna; ESPEJO, Nicolás (org.). *El acceso a una justicia adaptada. Experiencias desde América*. Ciudad de México: tirant lo blanc, 2023, pp. XVII.

⁴ Los detalles prácticos sobre la creación de tribunales especiales físicamente separados de los ordinarios, no es algo que pretenda resolverse aquí, especialmente, porque una propuesta de ese tipo requiere de consideraciones materiales y realidades inherentes a la situación presupuestaria de un país. Junto con la factibilidad de la realidad cuantitativa de las personas integrantes de estos grupos, lo que determinará si se requiere o no de la existencia de tribunales permanentes. No obstante, Naciones Unidas, en su Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer, señala como recomendación en materia de género, en su §3.2.5 “la creación de tribunales especializados o procedimientos judiciales especiales que garanticen la tramitación oportuna y eficiente de asuntos de violencia contra la mujer”. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-%28Spanish%29.pdf> (visitado el 08/03/2024).

en favor de una más bien empática y vinculada a grupos especiales o, en términos de Slote, una razón más cercana a la compasión⁵.

La hipótesis de este trabajo es que la justicia especializada es una necesidad que debe reconocerse en ambos aspectos, tanto procedimentales como materiales (entre otros aspectos, abarcaría: adjudicación, defensa, garantías del debido proceso, recurso y acceso a este, interpretación del Derecho penal sustantivo, etc.), y que transita, si se quiere, entre lo técnico y lo empático. Su implementación eficiente debe darse con una propuesta que abarque a todos los intervinientes del proceso y no sólo la defensa, como ocurre en el caso chileno, donde es la DPP el organismo que ha perseverado de manera más notoria en la identificación y respuesta a las necesidades de grupos vulnerables.

Esta necesidad se constata a través de un modesto análisis dogmático y jurisprudencial, siendo, no obstante, tarea difícil debido a ciertas dificultades prácticas en la materia. La primera dificultad es la ausencia de datos empíricos que den cuenta de esta necesidad y el impacto de esta justicia a nivel de acceso a ella, más allá de respuestas que se han dado a nivel administrativo con la instauración de protocolos *ad hoc* o leyes especiales que se han ido creando de manera reactiva, lo que pone de manifiesto la urgencia de un desarrollo empírico futuro. La segunda dificultad es el material disperso contenido en instrumentos o lineamientos supranacionales sobre recomendaciones a adoptar para los países en materias como género (entendiendo por tal a mujeres concebidas como tal de acuerdo con su identidad biológica determinada al nacer, cisgénero, pues la identidad de género diversa, queda cubierta por el colectivo LGBTIQA+)⁶, personas LGBTIQA+⁷ e indígenas⁸, entre

⁵ SLOTE, Michael. *Moral Sentimentalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 131.

⁶ Ejemplo de esto es el informe temático la CIDH: Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm> (visitado el 08/03/2024).

⁷ Ejemplo de esto es el informe temático la CIDH Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf> (visitado el 08/03/2024).

⁸ El caso de la población indígena, cuenta, sin embargo, al igual que el grupo “género”, con normativa internacional que reconoce sus derechos de manera

otros. Instrumentos que si bien pretenden orientar y coadyuvar a un futuro desarrollo en esta área, no han generado un punto de referencia omnicompreensivo que aúne a estos grupos que puedan tener necesidades especiales como un colectivo que dentro de sus diferencias busca algo similar: el reconocimiento de estas en el proceso y en la interpretación del derecho sustantivo⁹. Por último, la dificultad de situar de manera precisa la delgada línea entre aquello que es procesalmente necesario para garantizar un adecuado acceso a la justicia por parte de estos grupos y su correlato sustantivo de Derecho penal material. En este sentido, la idea de especialización de la justicia no debiera concebirse en áreas independientes, sino que en una relación simbiótica que conforma un sistema, un todo. Por ejemplo, la comprensión que tenga la judicatura sobre un error de prohibición culturalmente condicionado, aplicado a un caso concreto, requiere de actores entrenados y sensibilizados en cuanto a la incidencia de la conciencia del injusto en ciertos grupos (criterio propio del Derecho penal sustantivo), como también en la necesaria intervención de facilitadores interculturales como condición de validez del proceso (herramienta esencialmente procesal).

específica, me refiero al Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1998. El art. 12 del Convenio establece el derecho de los pueblos indígenas a “poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”. Así también lo señala el art. 14.3 del PIDCP. Estas obligaciones internacionales implican el compromiso de Chile respecto a los pueblos originarios y a su la realidad multicultural social. Cuestión que se hace extensible también a extranjeros y migrantes, a la luz del reconocimiento de la igualdad relativa y la prohibición de discriminación arbitraria ya revisada. A nivel interno, es necesario mencionar también la Ley N°19.253 (D.O. 5 de octubre de 1993) que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas de 1993, la cual crea además la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

⁹ Tarea que sí se logró, por ejemplo, en el muy reciente trabajo sobre la materia coordinado por Nicolás Alsina y Espejo, véase: ALSINA, Anna; ESPEJO, Nicolás. Introducción. In: ALSINA, Anna; ESPEJO, Nicolás (org.). *El acceso a una justicia adaptada. Experiencias desde América*. Ciudad de México: tirant lo blanch, 2023, pp. XII ss.

Este artículo tiene por finalidad poner de manifiesto los fundamentos y alcances de la justicia especializada, más allá de la responsabilidad penal adolescente, que no será objeto de este artículo¹⁰.

De esta manera, se presenta un repaso de la realidad existente sobre justicia especializada en el Derecho chileno y algunos lineamientos sobre medidas futuras que permitirían una administración de justicia más eficiente y justa que responda a las necesidades especiales de grupos vulnerables, tomando como referencia los ya identificados de manera exploratoria por la DPP: género, personas LGBTIQ+, indígenas y migrantes, que son los que mayor respuesta a nivel administrativo y legislativo han recibido¹¹. Para estos efectos el artículo cuenta con tres secciones: la primera, presenta los antecedentes sobre justicia especializada en Chile, a la luz de la realidad normativa y administrativa, de la mano de los grupos identificados por los servicios públicos, especialmente, la Defensoría Penal Pública (1). La segunda parte presenta los pilares fundamentadores de la justicia especializada (2), especialmente, el acceso a la justicia (2.1.) y la igualdad relativa (2.2.). La tercera sección consiste en una consideración final sobre la justicia especializada como necesidad procesal y sustantiva, dando cuenta de que su adecuada implementación sólo sería posible con adaptaciones en las dos áreas. (3)

1. ANTECEDENTES SOBRE LA JUSTICIA ESPECIALIZADA EN CHILE

Para hacer un análisis sobre la justicia especializada en la realidad jurídica chilena, es preciso realizar un repaso a la evolución que ha tenido

¹⁰ Sin perjuicio de que el ámbito penitenciario es el área donde la defensa especializada es evidentemente necesaria, no es objeto de este trabajo por tratarse de un ámbito regulatorio distinto a la defensa procesal. Salvo lo que se diga en el contexto de mujeres privadas de libertad y revisiones de sus condenas, no se tratarán las particularidades del ámbito penitenciario. Las dificultades de acceso a la comunicación con la defensa, así como la baja alfabetización, la inestabilidad y el estrés propios del encierro, como algunas dificultades propias de la situación penitenciaria. CARVACHO, Pablo; VALDÉS, Amalia; MATEO, Mariel: *El derecho a la defensa penitenciaria en Chile: cuando no hay derecho*, p. 257.

¹¹ ALSINA, Anna; ESPEJO, Nicolás. Introducción. In: ALSINA, Anna; ESPEJO, Nicolás (org.). *El acceso a una justicia adaptada. Experiencias desde América*. Ciudad de México: Tirant lo blanch, 2023, pp. XVII ss.

la defensa en este aspecto. Esto se debe a que, tal como ya se adelantó en líneas previas, la identificación de los grupos vulnerables que merecen consideraciones especiales en la justicia ha provenido esencialmente de parte de los servicios públicos, particularmente, la Defensoría Penal Pública. La razón de ello, se cree, es el garantismo y la primacía de los derechos de las personas imputadas en el Derecho procesal chileno, al menos, en su génesis.

A nivel internacional, el derecho de defensa en el contexto penal se concibe como un derecho a defensa legal gratuita sin discriminación, recogido en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en los arts. 8.2, 3, 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Mientras que a nivel interno, lo hacen las reglas constitucionales del debido proceso del art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República (CPR), y el art. 8 del Código Procesal Penal (CPP), que asegura el derecho a “ser defendido por un letrado desde la primera actuación”.

En un análisis de orden casi histórico, la primera medida sobre defensa especializada que instauró la DPP fue la defensa indígena, cuya implementación tuvo lugar el año 2003 con la Defensoría indígena de Temuco, para responder a los casos que pudieran tener personas imputadas pertenecientes al pueblo Mapuche, pero cuya extensión ha sido inminente en aras de cubrir también las necesidades de otros pueblos originarios. La defensa especializada indígena nace de la necesidad de dar respuesta a un grupo de personas que requerían y requieren de consideraciones diferenciadas por razones evidentes de su realidad cultural divergente de la cultural mayoritaria con dominio en la creación y aplicación de normas. Es decir, las áreas de posibles dificultades o flancos de injusticia de aplicarse la neutralidad procesal y sustantiva son numerosas. Del primer grupo, se pueden mencionar: barreras idiomáticas, dificultades para constatar arraigo en casos en que se discuta una prisión preventiva, vinculación social, etc. Del segundo: cosmovisiones divergentes de la cultura mayoritaria sobre conductas constitutivas de delitos, costumbres aceptadas o promovidas por esta cultura, pero constitutivas de delito (típicamente el consumo de sustancias ilícitas, incesto, rituales que pueden causar lesiones, entre otros), etc.

Estas particularidades han sido reconocidas y de alguna manera recogidas en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de

la OIT, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y, a nivel interno, en la Ley N°19.253 (Ley indígena, D.O. 5 de octubre de 1993). Así también la Ley N°16.441 (D.O. 1 de marzo de 1966), conocida como “Ley Pascua”, en particular, en su art. 13 hoy derogado¹², donde se daba un tratamiento atenuado a los delitos sexuales y delitos contra la propiedad que hayan sido cometidos por naturales de la Isla de Pascua en su territorio. No obstante, la necesidad de intensificar esfuerzos y recursos en la materia se volvió manifiesta luego del lamentable caso de Gabriela Blas (por la prensa denominado “La Pastora”), donde se sentenció a una mujer Aymara a 12 años de prisión por la muerte de su hijo, condenada por el delito de abandono de menores con resultado de muerte tipificado en el art. 351 CP. Con posterioridad, fue parcialmente indultada por el ilícito, que llegó incluso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se optó por un acuerdo amistoso entre el Estado de Chile y Gabriela Blas e hija¹³. La resolución judicial que condenó a Gabriela Blas dio cuenta de la falta de capacidad técnica para tratar casos con relevancia cultural, donde también había interseccionalidad al ser Blas mujer, perteneciente a un pueblo originario y, además, de escasos recursos¹⁴.

¹² Derogado por le Ley 21451 (D.O. 28.05.2022).

¹³ Pese a que Gabriela Blas fue indultada y, aun cuando el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) llegara a acuerdo amistoso, Gabriela Blas perdió la custodia de su hija para siempre. La niña fue dada en adopción en el extranjero y se negó la devolución a su madre, por considerarse preponderante el interés superior del niño, entendiendo que una nueva remoción de su familia adoptiva implicaría un perjuicio para la menor. “La historia de Gabriel Blas y sus hijos”, Véase en: <https://www.canalcidh.org/gabriela-blas-pastora-aymara>. Para una mirada integral sobre el caso, también: OLIVARES, Bárbara. El caso de Gabriela Blas, la “Pastora Aymara” condenada y perdonada, pp. 31-47.

¹⁴ Si bien la interseccionalidad es un término que no logra ser unívoco, se puede entender que tiene lugar cuando se cruzan diversas variables en un mismo contexto, como puede ser la cultura, raza, género, nivel socioeconómico, etc. Entendiendo que “las categorías no son intrínsecamente válidas”, sino que en situaciones específicas en relación con personas específicas unas categorías serán más importantes que otras, aunque al mismo tiempo podamos encontrar algunos ejes de diferenciación o divisiones sociales que tienden a estar presentes de manera más habitual. Sin olvidar a su vez que en ningún caso

El primer antecedente legal interno, no vinculado sólo a medidas de orden administrativo o supranacional, como el caso indígena, sino que en tanto implementación de un modelo integral, vino de la mano de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley N°20.084, D.O. 7 de diciembre de 2005/Ley RPA), que entrara en vigor en junio de 2007¹⁵. Esta creó un sistema de responsabilidad penal adolescente por infracciones a la ley penal y estableció un sistema de justicia especializada para perseguir, defender y decidir sobre hechos delictivos cometidos por adolescentes (personas mayores de 14 y menores de 18 años), donde se impone -entre otras cosas- la obligación de jueces, fiscales y defensores con capacitación especial para ajustar los criterios a este tipo de personas, cuestión también exigida por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).¹⁶ Se trataba ya no sólo de la implementación de una defensa especializada, sino que de la implementación de un sistema integral de justicia penal juvenil¹⁷. El Mensaje de la Ley daba cuenta del carácter especial de esta regulación, orientada al sujeto, en este caso, a niños,

son estáticas, estando siempre bajo continuos procesos de impugnación y cambio”, SÁNCHEZ, Héctor; GIL, Inés. “Análisis interseccional y enfoque intercultural en el estudio de la ciudadanía y la participación. Consideraciones epistemológicas”, p. 146.

- ¹⁵ Esta ley implicó un cambio sustantivo en el tratamiento de jóvenes en el sistema penal, toda vez que sustituyó la Ley de menores vigente hasta esa fecha, Ley N°16.618, que se aplicaba a menores de 16 años y a los de 16 y 17 siempre que fueran considerados como “sin discernimiento”. Siendo en el caso contrario, esto es, adolescentes “con discernimiento”, juzgados bajo las leyes y el proceso vigente para adultos.
- ¹⁶ Ratificada por Chile el 14 de agosto de 1990. Particularmente el art. 40.1. CND reconoce “el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”.
- ¹⁷ Interpretada como necesidad desde el punto de vista del cumplimiento con los derechos humanos, de acuerdo con la CDN. También DUCE, Mauricio, El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil, p.75.

niñas y adolescentes (en adelante NNA)¹⁸. La exigencia y necesidad de un sistema de justicia diferenciado para este grupo radica, señala Couso, en el “principio de la responsabilidad penal especial del adolescente”¹⁹. Las personas adolescentes tienen particularidades, con repercusiones tanto en la valoración del injusto penal como en el ámbito de la culpabilidad; pero, también, circunstancias especiales de vida que exigen un trato distinto a nivel procesal. Es decir, hay un cambio de paradigma global de las normas aplicables a este grupo. Bajo la premisa de que la valoración del hecho delictivo, y su consecuente atribución a un NNA, contiene la “exigencia de que dicha valoración tenga en cuenta las peculiaridades de la situación del adolescente”²⁰, partiendo del supuesto de que las personas adolescentes en cierta medida operan con formas de interacción entre ellos y con la sociedad de manera distinta a las personas adultas.²¹

Los resultados de la implementación de este tipo de justicia especializada o “justicia adaptada”, en términos de Alsina y Espejo²², no son, al menos en el caso chileno, aún empíricamente constatables.

¹⁸ Historia de la Ley N° 20.084, p. 5 s., véase en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf> (visitada el 14 de marzo de 2024).

¹⁹ COUSO, Jaime. *Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile*. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva, p. 153; también DUCE, Mauricio. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil, p.76.

²⁰ COUSO, Jaime: *Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile*. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva, p. 153. Así también: ALBRECHT, Peter-Alexis. *El Derecho Penal de Menores*, PPU, Barcelona, 1990, p. 406.

²¹ Algo similar afirma Hernández cuando señala, en el contexto de las consideraciones especiales en el injusto, que: “debe considerarse que durante la adolescencia, por la inmadurez del sujeto, por la relativa inestabilidad emocional que marca la etapa y por las peculiares formas de sociabilidad que se desarrollan en la misma, es natural que las percepciones sean diferentes de las que rigen entre adultos, lo que necesariamente tiene influencia en la cognición y asimilación de conceptos que se construyen necesariamente en forma social, muchos de los cuales estructuran los tipos penales”. HÉRNÁNDEZ, Héctor. *El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”*, p. 205.

²² ALSINA, Anna; ESPEJO, Nicolás. Introducción. In: ALSINA, Anna; ESPEJO, Nicolás (org.). *El acceso a una justicia adaptada. Experiencias desde América*. Ciudad de México: tirant lo blanch, 2023, p. XVII.

Es decir, existen datos exploratorios por parte de los servicios públicos sobre su mejor desempeño, mas no datos comparativos sobre el supuesto de un sistema que funcione con justicia especializada y otro sin, que permita hacer un contrapunto. La respuesta estándar para esta falencia es la ausencia de recursos por parte de los servicios²³.

Sin un mandato legal explícito como el de LRPA, la justicia especializada se ha seguido desarrollando en otras áreas. Desde el año 2009, la DPP cuenta con defensa penal especializada en el ámbito penitenciario²⁴, que se encarga de la defensa y los requerimientos que puedan tener lugar por parte de personas que se encuentran privadas de libertad²⁵. Hoy también recabando la interseccionalidad, poniendo énfasis en reclusas, con fuerte influencia de las denominadas “Reglas de Bangkok” de 2011, formalmente “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres”²⁶, en

²³ Por remisión directa por parte del Departamento de Estudios y Proyectos, de los pocos resultados que existen sobre el desempeño de este tipo de justicia, se encuentra en una encuesta de satisfacción de usuarios en los años 2010, 2011 y 2012, donde se presenta como resultado en una mirada de metodología comparada respecto de imputados no adolescentes, que “los niveles sustantivamente mayores de satisfacción de imputados adolescentes respecto de los registrados para imputados adultos”. En términos numéricos, se ha constatado, por ejemplo, que en 2010 la satisfacción neta global entre los adolescentes logró un índice de 49, mientras que el índice de satisfacción neta en los adultos alcanzó sólo 8 puntos”. VENEGAS, Luis; GARCÍA, Pablo. *Satisfacción de usuarios adolescentes: los persistentes efectos de una especialización exitosa*. 93, N°9, año 5, 2013, pp. 25; 26.

²⁴ Defensa que partió como proyecto piloto el año 2009, como proyecto de cooperación junto con la Agencia española de cooperación internacional para el desarrollo (AECID), para luego consagra el año 2017 el Manual de Actuaciones Mínimas para la Defensa Penitenciaria. Véase: https://www.dpp.cl/pag/294/244/defensa_penitenciaria Un interesante análisis sobre la evolución de este tipo de defensa y la eventual subutilización de este derecho, véase en: STIPPEL, Jörg; MEDINA, Paula; LILLO, Rodrigo. Obstáculos en la activación de derechos en el marco de la defensa penitenciaria chilena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, pp. 1735-1775, 2020.

²⁵ Resolución Exenta N°219 de 29 de mayo de 2017.

²⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 65/229. Esta resolución contiene reglas particularmente significativas en materia de reclusas embarazadas y mujeres lactantes, señalando en la Regla 48.2, donde se garantiza el derecho al amamantamiento de los hijos.

conjunto con las “Reglas Mandela” de 2015, formalmente “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos”.²⁷

Siguiendo con la línea de la especialización, a nivel administrativo, desde el año 2020 la DPP cuenta con el Manual de actuaciones mínimas de igualdad de género, el cual considera también a la población LGBTIQA+ al señalar: “el objetivo general del programa de género de la DPP es ‘prestar el servicio de defensa penal basado en los derechos humanos recogiendo las particularidades de las mujeres, hombres y comunidad LGBTI+ a fin de resguardar que los criterios de igualdad de género estén presentes en todos los productos estratégicos de la institución, incluyendo el respeto y buen trato a todas las personas, sin importar su sexo, orientación sexual, o identidad de género’”²⁸. Extensión que no existe, sin embargo, en el Cuaderno Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en la administración de Justicia, presentado hace un par de años por el Poder Judicial.²⁹

Posteriormente, el año 2022, la misma institución creó el “Modelo para la defensa de género para la defensa penal pública”³⁰, orientado a la implementación de buenas prácticas institucionales de cara a otorgar defensa especializada a mujeres imputadas y condenadas³¹. El sustrato legal

²⁷ Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 70/175, aprobada el 17 de diciembre de 2015.

²⁸ Manual de actuaciones mínimas de igualdad de géneros, p. 8. Disponible en: https://www.dpp.cl/pag/88/252/defensa_de_genero (visitado el 08/03/2024).

²⁹ Disponible en: <https://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/cuaderno-buenas-practicas-para-incorporar-perspectiva-genero-en-la-administracion-de-justicia> (visitado el 08/03/2024).

³⁰ Resolución exenta N° 495 de 14 de diciembre de 2022.

³¹ Modelo de defensa que, al igual que el caso más emblemático de defensa especializada, RPA, tampoco cuenta con resultados o cifras que den cuenta del impacto en la defensa. Un reciente artículo sobre la aplicación de la pena mixta en mujeres privadas de libertad sí refleja que, al menos, en la Región de Valparaíso, las dificultades estructurales asociadas incluso a la presentación de la solicitud de pena mixta, se vuelve compleja en el caso de reclusas por problemas de índole educacional, social, de vinculación, etc. SÁNCHEZ, Rocío; MARTÍNEZ, Macarena; TAPIA, María. ¿La pena mixta debe incorporar la perspectiva de género? Estudio exploratorio de su aplicación en la Región de Valparaíso. In: FERNÁNDEZ, José Ángel; LORCA, Rocío (org.), *Feminismo y Derecho penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2024, p. 211.

de este tipo de defensa especializada es la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), publicada en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1998³². Así como también la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), conocido como caso *Campo Algodonero contra México*, donde se señaló que “la pasividad judicial general y discriminatoria en los Estados”, “afectaba principalmente a las mujeres (...) podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres”,³³ instando entonces a los estados a adoptar medidas que garantizaran una adecuada administración de justicia a las mujeres.

A nivel legal, el inicio de la incorporación de la perspectiva de género en la normativa interna puede ubicarse con la entrada en vigor de la Ley N° 20.066 (Ley VIF) el año 2005. Esta ley tenía como objetivo principal prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, proporcionando protección a las víctimas, cuya última modificación importante la trajo la Ley N° 21.389 (D.O. 18 de noviembre de 2021), que establece el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos y modifica diversos cuerpos legales para mejorar el sistema de pago de pensiones alimenticias.

En materia de la figura más emblemática del “género”, el femicidio, ha habido también una evolución importante en la regulación chilena. El punto de partida fue la Ley N° 20.480 (D.O. de diciembre de 2010), que agregó al listado de dicha norma a los cónyuges y convivientes pretéritos en el tipo de parricidio del art. 390 CP e introdujo el *nomen juris* “femicidio”. Modificada posteriormente por la Ley N° 21.212 (D.O. 4 de marzo de 2020), que amplió el art. 390 CP e incorporó la “razón de género” como un elemento subjetivo adicional para imponer un tratamiento penológico más severo al autor del delito, con penas de 15 años y un día a 40 años. Además, es importante mencionar la Ley N° 21.523 (D.O. 31 de diciembre de 2022) que “modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización”, limitando, por ejemplo, los interrogatorios

³² Resolución exenta N° 495 de 14 de diciembre de 2022. Considerando 10°.

³³ Resolución exenta N° 495 de 14 de diciembre de 2022. Considerando 11°.

o concontrinterrogatorios que pueden provocar sufrimiento en la persona de la víctima (art 330 inc. 2 CPP).³⁴

Junto con estas reglas, cabe destacar la Ley N° 21.153 (D.O. 3 de mayo de 2019), que introdujo un nuevo tipo penal que regula el acoso sexual en espacios públicos, entre otras reglas que recogen en alguna medida la “perspectiva de género”, entendida como aquella que “permite corregir los impactos diferenciados entre hombres y mujeres de las normas, de su interpretación y aplicación; reconoce y cuestiona los roles que se le han atribuido a las mujeres”³⁵. Finalmente, cabe mencionar la recientemente aprobada, mas aún no promulgada, Ley Integral de Violencia de Género, Boletín 11.077, que en su art. 30 y siguientes establece obligaciones especiales a los órganos del Estado de Chile en casos de denuncia en la materia, tales como “el derecho a no ser enjuiciadas, estigmatizadas, discriminadas ni cuestionadas en base a estereotipos de género, por su relato, conductas o estilo de vida” (art. 32 N°2).

Junto con estos modelos de defensa adaptados con que cuenta la DPP, existen también las denominadas “unidades”, destinadas a levantar criterios de defensa especializada para personas extranjeras y migrantes, y la defensa de personas inimputables por discapacidad siquiátrica³⁶.

³⁴ Siguiendo en alguna medida decisiones en sede de Corte Interamericana, como el emblemático caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20.11.2014, donde la Corte señala en el § 258 lo siguiente: “la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática a la presunta víctima”. Cuestión que debe mirarse con ojo crítico, toda vez que a lo que apunta la Corte no es a una limitación irrestricta de interrogatorios, como sí parece entenderlo el legislador chileno -interpretación cuestionable a la luz del debido proceso-, sino que de la adopción de medidas interseccionales, que apuntan a un acompañamiento de la víctima, así en: V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 8.03.2018. Serie C No. 350, § 202, donde se condena al Estado de Nicaragua por no extremar las medidas de protección a favor de la víctima y donde la Corte estima que el Estado se transformó en un agente agresor al cometer “actos revictimizantes” y violentos conforme al art. 1 de la Convención (§ 297).

³⁵ MATURANA, Pilar. Juzgar con perspectiva de género: Fundamentos y análisis de sentencias. *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 15, N° 2, 2019, p. 281.

³⁶ Ámbitos que, si bien no cuentan con un manual específico o mandatos legales para su formación, sí cuentan con algún sustento legal genérico. En el caso de las personas extranjeras y migrantes, la Ley N°20.430 (D.O. 15 de abril de

Estos grupos son los identificados por la DPP y por otras doctrinas, como la ya mencionada recogida en el libro de Alsina y Espejo y son los grupos que este trabajo comparte como los focos relevantes en el planteamiento de una justicia adaptada. No obstante, la doctrina suele también mencionar como grupo especial aquel del rezagado penal basado en la extrema pobreza, por considerar que el Estado no puede exigir una fidelidad idéntica a las normas penales a quien el Estado no ha entregado prestación alguna, a quien el Estado en cierta medida ha dejado caer, por lo que el reproche normativo no puede ser igual que el que se realiza a quien sí ha tutelado en derechos sociales, políticos, etc.³⁷ Tema que, si bien es de profundo interés y relevancia, excede las pretensiones de este trabajo.

2. LOS PILARES FUNDAMENTADORES DE LA JUSTICIA ESPECIALIZADA

Los estándares específicos de cada uno de los grupos que se han señalado como aquellos que requerirían una defensa y consecuente justicia especializada obedecen a particularidades y subjetividades propias. No obstante, estos grupos comparten como común denominador la necesidad de especialización integral de la justicia de cara a la incorporación de una perspectiva que comprenda la realidad y construcción social de estos grupos en el razonamiento y funcionamiento jurídico. Considerar a la persona imputada más allá de lo androcéntrico y etnocéntrico y, por qué no, desde la perspectiva empática que reconoce al excluido, sin cruzar la

2021), sobre Protección de refugiados; y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, ratificado por Chile el año 2001, cuyo art. 11 a) establece el compromiso de garantizar el acceso a la justicia. Véase: https://www.dpp.cl/pag/80/49/defensa_penal (visitado el 08/03/2024).

³⁷ Algo similar plantea Cigüela en su tesis sobre el excluido frente al Derecho penal y su posición frente a un ordenamiento que, en alguna medida, lo defrauda y desconoce. CIGÜELA, Javier. El ciudadano y el excluido frente al derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik, p. 4s. En algún punto también Duff y Pawlik cuando se refieren al derecho penal del ciudadano, como nueva tendencia dogmática superado al derecho penal del enemigo. PAWLIK, Michael. Norm confirmation and identity balance: On the legitimacy of punishing, pp. 2 6 ss.; DUFF, R. A. A Criminal Law for Citizens, Theoretical Criminology, p. 300 s.

línea de aquello que pueda ser *contra legem*. La pregunta, sin embargo, es porqué el actual avance administrativo es insuficiente. La respuesta es la falta de control que sí podría ejercer la función jurisdiccional, pero que difícilmente podría ejercer un órgano administrativo de manera autónoma, pues es muy factible que sea ese mismo órgano el que vulnera los derechos de grupos vulnerables. En palabras de Peña Freire, esto se asocia a la idea de “garantía de jurisdicción”, en términos de “garantía de cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los propios individuos hubieran podido incurrir”³⁸, incluidos los órganos administrativos como entidades de posibles abusos o injusticias.

En este trabajo se defiende la idea de que esta consideración diferenciada es una necesidad y su fundamento se apoya esencialmente en dos pilares jurídicos: una comprensión del derecho de acceso a la justicia como derecho autónomo y el principio de la igualdad relativa como igualdad material, que se examinarán a continuación.

2.1. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA ESPECIALIZADA

Salvo el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que incluyó un capítulo sobre justicia, garantizando el “derecho al acceso efectivo a la justicia y a un juez imparcial”³⁹, no existe de *lege lata* otro instrumento que eleve el acceso a la justicia a la categoría de derecho de manera autónoma y explícita y no como construcción

³⁸ PEÑA, Manuel A. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta. 1997, p.227

³⁹ Sin perjuicio del reconocimiento expreso en el artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con diversidad funcional (discapacidad), pero que es una Convención de nicho y que ha tenido poca repercusión cuando se intenta afirmar al acceso a la justicia como derecho autónomo. Se asegura en dicha norma que “personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

interpretativa. A nivel latinoamericano, al menos, no. Tampoco en el plano interno chileno existe en el catálogo de derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile una alusión al acceso a la justicia como derecho fundamental independiente de la igualdad, debido proceso u otros de los cuales se podría subentender comprendido. El Tribunal Constitucional Chileno homologa acceso a la justicia con derecho a la acción y tutela judicial efectiva. En efecto, ha entendido el derecho a la acción como una forma de iniciar un proceso, esto es, un derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos o tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional chileno ha interpretado la tutela judicial efectiva como un derecho de doble dimensión: “Por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses y, por otra, sustantiva. Es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho”.⁴⁰

A nivel supranacional, sin embargo, se ha interpretado de manera sistemática como un derecho humano que emanaría de los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; así como también estaría consagrado de forma genérica en los artículos 8 y 25 CADH y, en el artículo 14 PIDCP.

Según la Recomendación general núm. 33 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ONU, 1979 (CEDAW) sobre acceso a la justicia de mujeres de 3 de agosto de 2015, el acceso a la justicia es un ámbito pluridimensional, que “abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia”.⁴¹

En la doctrina, Bernaldes ha señalado que “[...] el acceso a la justicia se desarrolla fuertemente en las ideas de búsqueda de una justicia eficiente

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°815. Sentencia de 19 de agosto de 2008, considerando 10.

⁴¹ Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia de 3 de agosto de 2015, CEDAW/C/GC/33, p. 3.

y oportuna, especialmente respecto de los llamados grupos en situación de vulnerabilidad, lo que implica generar las condiciones necesarias para la obtención de una justicia material, una justicia efectiva, eliminando las barreras de acceso [...]”⁴². Bucetto, por su parte, lo define como “aquel derecho que permite que todas las personas -independientemente de su sexo, origen nacional o étnico y sus condiciones económicas, sociales o culturales- tengan la posibilidad real de llevar cualquier conflicto de intereses (sean individuales o colectivos) ante un sistema de justicia y de obtener su justa resolución”.⁴³

Aunque en una línea más cercana a la jurisprudencia que a la doctrina propiamente tal, el juez Cançado señala que el acceso a la justicia es “[el] derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia”⁴⁴, entendiéndolo como “un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico, a nivel tanto nacional como internacional, que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana”.⁴⁵

⁴² BERNALES, Gerardo. El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, p. 279.

⁴³ BUCETTO, María Sol. El derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, p. 17. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7662790.pdf>

⁴⁴ CANÇADO, Antônio. El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington, D.C., 16 de octubre de 2002 (Documento OEA/Ser.GCP/doc.3654/02, 17 de octubre de 2002, p. 73. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_antonio_agosto_cancado_trindade.pdf

⁴⁵ CANÇADO, Antônio. El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington, D.C., 16 de octubre de 2002 (Documento OEA/Ser.GCP/doc.3654/02, 17 de octubre de 2002, p. 73. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_antonio_agosto_cancado_trindade.pdf

La jurisprudencia de la Corte IDH ha entendido el acceso a la justicia como un derecho que emana de una combinación de los artículos 8 y 25 de la CADH, siendo uno de sus reconocimientos más emblemáticos el del ya citado caso *González y otras Vs. México* (“caso Campo Algodonero”)⁴⁶. En el caso se hace mención a una serie de conductas discriminatorias por parte de la autoridad estatal, “lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia”⁴⁷.

Algo similar ocurre en el caso *Penal Miguel Castro Vs. Perú*, donde la Corte IDH señala que “los procedimientos internos abiertos en el presente caso no han constituido recursos efectivos para garantizar un verdadero acceso a la justicia por parte de las víctimas, dentro de un plazo razonable, que abarque el esclarecimiento de los hechos, la investigación y sanción de los responsables y la reparación de las violaciones a la vida e integridad personal”⁴⁸.

Pareciera que, en ambos casos, la Corte IDH entiende el acceso a la justicia como una suerte de adecuación procesal tanto en el trato que se da a las partes intervinientes, así como en la dimensión fáctica de las garantías procesales. Si bien se prioriza la oficialidad y debida diligencia

⁴⁶ *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. N°4, §§232 ss.

⁴⁷ *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. §400.

⁴⁸ *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, §75; *Caso Penal Miguel Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas, §436. Así también, entre otras en *Caso La Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, §§212, 265; *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Sentencia de 7 de febrero de 2006, voto disidente de Juez A.A. Cançado Trindade, §4; *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas, §131; *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas, §116; *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas, §116; *Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas, §150.

de la investigación, a fin de evitar la impunidad, extiende el brazo de la tutela a ámbitos que son más operativos del debido proceso.

En recurrentes lecturas sobre la construcción interpretativa del acceso a la justicia, la Corte IDH lo entiende como una conjunción de los ya mencionados artículos 8.2 y 25 CADH, que son respectivamente el debido proceso y acceso al recurso.⁴⁹ Pese a que se lo concibe como más amplio que el debido proceso y más fáctico que el derecho al recurso, en términos de que ese derecho sea realmente susceptible en los hechos de ser ejercido, podemos decir que “El acceso a la justicia, entonces, no es solo el poder acceder a los tribunales: es el acceso a un remedio eficaz para un problema tutelado por el derecho. En este sentido, una política de acceso a la justicia implica crear o fortalecer toda instancia, estatal o comunitaria, centralizada o descentralizada, que coadyuve a garantizar el ejercicio de los derechos y que sea capaz de dar respuesta a las demandas de las personas, en especial de aquellas más desfavorecidas”.⁵⁰ En términos espaciotemporales, comprende no sólo el aspecto anterior al proceso, sino que también el ejecutivo durante este en sus aspectos incluso más administrativos y pedestres que normativos, así como también la materialización de lo resuelto en juicio. Es decir, que se cumpla efectivamente lo dictaminado en sede judicial, algo muy cercano a lo que establecen las Reglas de Brasilia. Se trata de la posibilidad de obtener justicia de manera mucho más fáctica que normativa, la justicia material y no formal⁵¹, entendida como la posibilidad de acceso al sistema de administración de justicia atendiendo a las particularidades de los destinatarios de esta y enfocándose en las necesidades especiales de las personas que intervienen en juicio, tanto en la fase previa, coetánea y posterior a este. Es decir, se traduce en la posibilidad de iniciar una acción judicial, luego la facticidad de efectivamente ser parte de un proceso con

⁴⁹ Bernales señala que “el acceso a la justicia es un derecho fundamental independiente del debido proceso”. BERNALES, Gerardo. El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, p. 278.

⁵⁰ VARGAS, Macarena y LILLO, Ricardo, Derecho de Acceso a la justicia Civil en Chile. In: VIAL, Tomás (org.). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2017, p. 361.

⁵¹ GARCÍA, Sergio. El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos, p. 30.

una tutela jurídica adecuada y, finalmente, que se cumpla lo determinado en este, todo de manera idónea y respetuosa de las particularidades de las partes intervinientes. De ahí que el acceso a la justicia ponga especial énfasis en los grupos vulnerables,⁵² como son, por ejemplo, mujeres, minorías culturales y personas LGBTIQ+. Con la prevención, no obstante, de que esa interpretación y aplicación del Derecho con consideración especial a personas vulnerables, no puede ser *contra legem* en aras de reivindicaciones históricas que excedan el caso concreto.

La Corte IDH confirma esta necesidad de enfoque de esfuerzos en grupos vulnerables, señalando que “el SIDH ha comenzado a identificar situaciones estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia a determinados sectores de la sociedad”.⁵³ Poniendo de relieve, a su vez -aunque sin denominarlo como tal- el problema de la interseccionalidad en materia de acceso a la justicia. Así se señaló en el informe “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, donde se pone de manifiesto que la Corte constata la brecha que existe en cuanto a acceso a la justicia “por parte de mujeres que tienen recursos económicos y las que se encuentran en desventaja económica”.⁵⁴ También respecto de mujeres indígenas y afrodescendientes, “[l]a CIDH ha observado que la violencia, la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia afectan en forma diferenciada a las mujeres indígenas y afrodescendientes, debido a que están particularmente expuestas al menoscabo de sus derechos por causa del racismo”. Agrega el referido informe, sobre estos grupos, que “pueden ser particularmente críticos porque sufren

⁵² Bernales enfatiza acertadamente esto, señalando que “el acceso a la justicia se desarrolla fuertemente en las ideas de búsqueda de una justicia eficiente y oportuna, especialmente respecto de los llamados grupos en situación de vulnerabilidad, lo que implica generar las condiciones necesarias para la obtención de una justicia material, una justicia efectiva, eliminando las barreras de acceso”. BERNALES, Gerardo. El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, p. 279.

⁵³ El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, § 9. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescindice.sp.htm>

⁵⁴ Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas de 20 de enero de 2007, §184. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>

de varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socioeconómica”.⁵⁵ Es decir, se hace un diagnóstico evidente de interseccionalidad, donde existe un efecto acumulativo de factores de discriminación: género, origen étnico y origen socioeconómico.⁵⁶ La Corte evidencia que la interseccionalidad es uno de los problemas que afectarían al derecho al acceso a la justicia⁵⁷. Aun cuando este se conciba como un constructo interpretativo de otros dos derechos de pleno y explícito reconocimiento. Su calidad de *tertium genus* interpretativo no es algo que deba restarle fuerza. Lo que sí resta por definir es la concreción de este derecho; pues, si existe el derecho, existe también la obligación, y para poder cumplirla, hay que definir los contornos de su contenido.

En líneas generales, se pueden identificar algunos elementos que, aunque no de forma definitiva y en concordancia con la naturaleza intrínseca de cualquier campo en desarrollo, no resuelto por completo, sugieren la posibilidad de mejorar el acceso a la justicia delimitando sus alcances. Primero, la asistencia jurídica gratuita.⁵⁸ Segundo, el “acceso al tribunal, competente, independiente e imparcial (...) dotado de recursos humanos y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones”.⁵⁹

⁵⁵ Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas de 20 de enero de 2007, §195. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>

⁵⁶ Similar al cruce de elementos de vulnerabilidad que se mencionaron a raíz del caso de Gabriela Blas.

⁵⁷ Ejemplar: CorteIDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, §242.

⁵⁸ OC-11/90, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultas.cfm. En el mismo sentido señala la Corte en El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, § 93. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescindice.sp.htm>. Respecto de las personas migrantes también: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

⁵⁹ CANÇADO, Antônio. El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el

Estos recursos se traducen no sólo en la capacidad cuantitativa de un equipo administrativo acorde, sino que también en habilidades cualitativas acorde a la diversidad de grupos vulnerables y sus necesidades especiales, los conocimientos jurídicos y fácticos sobre grupos vulnerables, algo así como la denominada “razón empática”. Esto es, que exista una capacidad técnica que pueda compatibilizar el aspecto técnico con el empático en relación con las necesidades que presentan estos grupos. Ver al otro a través del “filtro de la interpretación”,⁶⁰ pero fuera de la subjetividad del intérprete. Tercero, la investigación adecuada e idónea, que atienda a las particularidades tanto de las víctimas como de las personas imputadas,⁶¹ evitando, por ejemplo, la revictimización, y observando desde luego principios rectores del Derecho penal y procesal penal como son, por ejemplo, el derecho al debido proceso o la presunción de inocencia. Es decir, la justicia especializada debe también encontrar un límite en los principios generales que resguardan garantías. Cuarto, la consideración en el trato durante el desarrollo del proceso de las particularidades culturales, lingüísticas y religiosas de personas migrantes y de minorías indígena,⁶² entre otras. En definitiva, el acceso y proceso *de y hacia* la justicia orientado a las subjetividades de las partes involucradas: mujeres, pueblos originarios, personas LGBTIQA+, entre otras.

El acceso a la justicia tiene un cariz material previo y coetáneo al proceso mismo, lo que Cançado denomina “un derecho autónomo, a la propia *realización* de la justicia”.⁶³ Lo que la Corte IDH en el caso

Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington, D.C., 16 de octubre de 2002 (Documento OEA/Ser.GCP/doc.3654/02, 17 de octubre de 2002, p. 73. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_antonio_augusto_cancado_trindade.pdf

⁶⁰ DONISE, Anna. *Critica della ragione empatica. Fenomenologia dell'altruismo e della crudeltà* Bologna: il Mulino, 2019, p. 37.

⁶¹ Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, §140.

⁶² BERNALES, Gerardo. El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, p. 292.

⁶³ CANÇADO, Antônio. El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el

Goiburú Vs. Paraguay indica como “una norma imperativa de Derecho Internacional”,⁶⁴ que “genera obligaciones *erga omnes* para los Estados”.⁶⁵

El acceso a la justicia comprende no sólo el reconocimiento de derechos sino que la eficacia fáctica o material de dicho reconocimiento. Por lo mismo es que la justicia especializada es cumplimiento directo de dicho requerimiento. Es decir, el correlato fáctico de la consagración normativa. Nada garantiza mejor el cumplimiento de estándares de justicia y acceso a ésta que la especialización de estos estándares. Elementos tan simples como la adecuación de habilidades profesionales orientadas a las necesidades especiales de las partes en juicio de cara a un correcto desempeño procesal, o la mirada interdisciplinaria en el juicio, son esenciales para la justicia material.⁶⁶

Cabe resaltar que el acceso a la justicia y las cavilaciones de la Corte en esta materia tienden a orientarse generalmente a las necesidades particulares de las víctimas,⁶⁷ pero poco se tematiza la tutela de la persona

Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington, D.C., 16 de octubre de 2002 (Documento OEA/Ser.GCP/doc.3654/02, 17 de octubre de 2002, p. 73. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_antonio_agusto_cancado_trindade.pdf

⁶⁴ *Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas, §131.

⁶⁵ *Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas, §131.

⁶⁶ En Chile, ejemplo de esto son los denominados facilitadores interculturales que operan como “puente” entre el tribunal y la persona imputada. En Chile, según la Guía básica para la defensa de imputados indígenas de la DPP, las personas imputadas indígenas cuentan desde la primera entrevista tanto con un defensor, así como con un facilitador intercultural, cuya participación “no solo permitirá apoyar la labor de el/la abogado(a) incorporando los elementos culturales propios del mundo indígena, sino además ayudará a generar un vínculo entre éste y su defendido. Su presencia provocará que ella se sienta en un ambiente de mayor confianza al encontrar a un igual que pueda entender sus necesidades y requerimientos”, p. 27. Defensoría Penal Pública, Guía básica para la defensa de imputados indígenas. Disponible en: https://www.dpp.cl/pag/82/245/defensa_indigena

⁶⁷ Así también se pone de manifiesto en el libro del juez Cançado, “El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión”, quien dedica un capítulo especial a las víctimas, denominado “La centralidad de las víctimas”. Lo cual en el Derecho internacional de los derechos humanos tiene todo el sentido, pero

imputada en materia penal, sin perjuicio de que a nivel internacional, la persona imputada de manera injusta es, efectivamente, la víctima.⁶⁸

2.2. LA IGUALDAD RELATIVA COMO FUNDAMENTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA VULNERABILIDAD

Junto con el acceso a la justicia, concebido como esta interacción de los artículos 8 y 25 de la CADH, se podría señalar como pilar que sustenta la justicia especializada de manera basal el principio de igualdad relativa⁶⁹ como fundamento de los estándares de juzgamiento diferenciado. Y es que el acceso a la justicia, ya sea concebido de manera autónoma o bien en tanto extensión y combinación del debido proceso y del acceso al recurso, se debe mirar a la luz de una estricta consideración de igualdad relativa: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales y esto se traduce en exigencias materiales y normativas diferenciadas atendiendo a los distintos grupos vulnerables que se presenten en juicio. En otras palabras, la igualdad relativa implica “el reconocimiento de grados de igualdad”⁷⁰ en los intervinientes del sistema de la administración de justicia. Lo anterior bajo la premisa de que el sistema penal para ciertos grupos vulnerables debiera orientarse por criterios diferenciados. Por el contrario, la igualdad absoluta no admite gradaciones en consideración a casos que reviertan características particulares, lo cual parece incompatible con la adecuada administración de justicia. Sólo las consideraciones particulares se traducen en una concreción de una administración efectiva de justicia, idónea y capacitada para el caso concreto.⁷¹

no así a nivel interno, donde quienes son imputados e imputadas suelen ser también víctimas de segregación social, racismo, violencia estatal de género, etc. CANÇADO, Antônio. El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión. Santiago: Librotecnia, 2008, pp. 331-366.

⁶⁸ En este sentido el ya mencionado caso de Gabriela Blas es emblemático al respecto.

⁶⁹ Epping considera a la igualdad relativa como coherente con el concepto de justicia. EPPING, Volker. Grundrechte. Berlin: Springer, 2017, p. 384.

⁷⁰ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. La igualdad constitucional: múltiple y compleja, p. 160. Epping considera a la igualdad relativa como coherente con el concepto de justicia.

⁷¹ Cuestión que se manifiesta de manera especial en los casos de grupos vulnerables. La International Law Association en 1986, en su 62ª sesión, manifestó

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haciendo alusión a la igualdad relativa y la no discriminación, afirmó en el caso *Thlimmenos Vs. Grecia* de 6 de abril de 2000, que “el derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos garantizados por la Convención se viola no sólo cuando los Estados tratan de forma diferente a personas en situaciones análogas sin ofrecer una justificación objetiva y razonable, sino también cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de forma diferente a personas cuya situación es diferente”.⁷²

A nivel interamericano, la igualdad y la no discriminación ha sido elevada a la categoría de *ius cogens*, en tanto “conjunto de valores superiores”⁷³ en el ordenamiento jurídico internacional, así al menos lo señaló la Corte IDH en el caso *Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*.⁷⁴

Salvo la justicia penal para adolescentes, en general, la justicia penal especializada o las normas procesales penales abordan a los grupos de especial protección -aun cuando no todos son considerados- al margen de los requerimientos del principio de igualdad. Más bien, se hacen correcciones al proceso cuando el sujeto pasivo procesal no logra entender totalmente las normas procesales (ahí se le establece un procedimiento especial de medida de seguridad) o tiene dificultades idiomáticas para expresarse (discapacidad sensorial, migrante, indígena: intérprete). Por tanto, las adecuaciones son más bien dispositivos de reforzamiento comunicacional intraprocesal, pero no atienden a una corrección tendiente a generar condiciones plenas de igualdad.

Sobre cómo opera la justicia especializada en el caso de adolescentes, Couso señala que: “buena parte del desarrollo de estándares de juzgamiento diferenciados, que configuran la especialidad del

su preocupación por “la vulnerabilidad y posición precaria de muchas minorías”, CANÇADO, Antônio. El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión. Santiago: Librotecnia, 2008, p. 181.

⁷² *Thlimmenos v. Greece*. Preliminary objection, merits and just satisfaction, 6th April 2000, European Court of Human Rights, c.38.

⁷³ ZELADA, Carlos. *Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos*, p. 139. También entendidos como “principios constitutivos fundamentales”, DÍAZ, Regina. El reconocimiento del *ius cogens* en el ordenamiento jurídico chileno, p. 558.

⁷⁴ *Velásquez Paiz y otros vs Guatemala*, de 19 de noviembre de 2015, §173.

sistema penal de adolescentes en esos ordenamientos, no está dada por la existencia de reglas legales explícitas, diferentes de las que rigen a los mayores de edad, sino por decisiones judiciales que aplican estándares diferentes a los adolescentes, en aplicación de aquellos principios especiales, en su caso, para resolver una cuestión general (la culpabilidad, o la proporcionalidad entre la severidad de la pena y la gravedad del delito) teniendo en cuenta la diversa situación fáctica en que se encuentra el adolescente, en comparación con el mayor de edad”.⁷⁵ Así también Hernández, quien analizando la aplicabilidad de figuras de la Parte General a adolescentes, como la fuerza irresistible o el miedo insuperable, recalca en relación al Derecho penal juvenil que trata de “un derecho penal especial para una categoría completa de personas que tienen en común un menor grado de madurez”.⁷⁶ Luego, recalca un aspecto sustantivo del reconocimiento de la especialidad en la justicia, atendiendo a un evidente criterio de igualdad relativa. Aun cuando Hernández no lo señale de manera explícita, al afirmar que “la exigibilidad o inexigibilidad de otra conducta en este ámbito, o más precisamente, el carácter irresistible o insuperable de la fuerza o el miedo que afecta al sujeto debe establecerse al menos a partir de la idea de un ‘adolescente medio’ que, precisamente en razón de su menor desarrollo y madurez, posee en general un potencial menor de exigibilidad”,⁷⁷ da cuenta con una ilustración de la mano del reproche de culpabilidad, de la necesidad de consideraciones especiales respecto a los NNA. Lo que refuerza la idea planteada en estas líneas sobre la consideración de la justicia especializada como sistema que se desempeña tanto a nivel sustantivo de Derecho penal como procesal.

⁷⁵ COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo, p. 270. En el mismo sentido: DUCE, Mauricio, El Derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno, pp. 280-340.

⁷⁶ HÉRNÁNDEZ, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”, p. 211.

⁷⁷ HÉRNÁNDEZ, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”, p. 212.

3. LA JUSTICIA ESPECIALIZADA COMO NECESIDAD PROCESAL Y SUSTANTIVA

Es evidente que los estándares de justicia especializada obedecen a particularidades de las partes intervinientes, ya sean personas víctimas o imputadas. A nivel netamente adjetivo es crucial contar con elementos como personas facilitadoras interculturales, en el caso de las minorías étnicas, representación capacitada en juicio, intérpretes y profesionales con habilidades para las particularidades de los grupos vulnerables, etc. En un plano sustantivo, sin embargo, la justicia especializada tiene impacto directo en la aplicación de ciertas figuras del Derecho penal material, especialmente vinculadas a culpabilidad. Eximentes, como el miedo insuperable o la fuerza irresistible (art. 10 N°9 CP), o el ejercicio legítimo de un derecho (art. 10 N°10 CP), entre otras figuras, deben analizarse a la luz de las particularidades de la persona imputada y no con un punto de referencia neutro.⁷⁸

Lo mismo en materia de justificantes que recaigan sobre la antijuridicidad del hecho típico, donde las consideraciones particulares tienen lugar para efectos de analizar sus presupuestos. Este es el caso de la legítima defensa (art. 10 N°4 CP) en concordancia con el estado de necesidad exculpante (art. 10 N°11 CP), especialmente, en el caso de mujeres que se defienden en contextos de violencia intrafamiliar (VIF).⁷⁹

⁷⁸ Emblemático es el caso de Mohammad Kargar, donde fue absuelto del delito de abuso sexual contra menores luego de que fuera imputado por besar el pene de su hijo de 18 meses mientras lo mudaba, por considerarse que los besos en los genitales eran una muestra de cariño normal en la cultura de Kargar y no constituían un acto de significación sexual, *State v. Kargar*, de (1996), 679 A2d 81, 68 A.L.R. 5th 75L.

⁷⁹ En Chile, la Corte de Apelaciones de Antofagasta absolvió a una mujer en contexto de violencia doméstica, por considerar que actuó en legítima defensa, interpretando el estado de violencia doméstica que vivía como un estado de “agresión incesante”. CA de Antofagasta, Rol 648-2021, de 24.07.2021, Considerando 10°; Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, Rit N°22-2023, sentencia de 8 de febrero de 2023, que absuelve a mujer imputada de parricidio de su conviviente por legítima defensa, afirmando el requisito de la inminencia de la agresión en el círculo de violencia al que estaba sometida la mujer, y aplicando directamente los arts. 3 y 7 b) de la Convención Belem do Pará, Considerando 13. En materia de estado de necesidad exculpante, también hay considerables casos de absolución basados en el art. 10 N°11

Sumado a esto, en materias como error de prohibición, la culturalidad podría determinar la ausencia de conciencia de la antijuridicidad, por tanto, la noción de estar realizando un hecho contrario a Derecho.⁸⁰ Y, finalmente, debe tomarse en cuenta la consideración de determinación de pena y medidas sustitutivas de cumplimiento (Ley N° 18.216, D.O. 14 de mayo de 1983).

Las ponderaciones de estas figuras del Derecho penal y su evaluación por parte del tribunal van a estar directamente relacionada con el nivel de comprensión y sensibilización que éstos tengan sobre estos grupos vulnerables. El ejemplo de Hernández cuando hace referencia al “adolescente medio” como real punto de referencia, y no al “hombre medio”,⁸¹ es central para entender el objetivo al que se aspira con la creación de las bases dogmáticas de una justicia especializada. Esto se traduce en el necesario abandono del androcentrismo y etnocentrismo de cara a la especialización, siempre que exista una persona imputada que pertenezca a un grupo de las personas consideradas vulnerables. Bajo la premisa de la DPP chilena: adolescentes, indígenas, migrantes y extranjeros, mujeres, personas LGBTIQ+ y, evidentemente, personas inimputables por discapacidad siquiátrica.⁸²

Contar con una defensa y justicia especializadas no sólo se traduce en una capacitación adecuada, sensibilización y adecuación administrativa, sino que también en la consideración sustantiva de la

CP, así: Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, Rol único: N° 1901292995-4 Rol Interno: N° 156-2021, donde se exculpa a la imputada por parricidio por tratarse de una mujer víctima de VIF.

⁸⁰ CASTILLO, Alejandra. La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición, p. 247; TORRES, Elena. Identidad, creencias y orden penal: la eximente, p. 416; CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno, p. 27; ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*, Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 736.

⁸¹ HÉRNÁNDEZ, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”, p. 212.

⁸² Los fundamentos y documentos fundantes de la defensa especializada a nivel institucional se encuentran disponibles en: https://www.dpp.cl/pag/80/49/defensa_penal

aplicación del derecho que es pertinente en este tipo de casos.⁸³ En términos generales, la situación de los grupos vulnerables puede implicar en algún grado una menor imputación de ciertos delitos. Cigüela lo ilustra muy bien con lo que denomina “la fórmula”, bajo la premisa de que “si de menor obstáculo natural y mayor obstáculo normativo resulta una mayor imputación de la infracción, entonces de mayor obstáculo natural/social y menor obstáculo normativo resulta una menor imputación”.⁸⁴ La consideración de la justicia penal para personas vulnerables, debiera, tanto procesal como sustantivamente atender a criterios diferenciados y una fórmula *ad hoc* que recoja el obstáculo natural/social y genere menor obstáculo normativo.

CONCLUSIONES

La especialización de la justicia como correlato a la identificación de grupos especialmente vulnerables es una realidad que aparece de manera tímida, pero cada vez más arraigada, en el Derecho penal y procesal penal chileno. La DPP chilena ha sido uno de los organismos precursores de la especialización, pero la falta de avance coetáneo por parte de los otros intervinientes en el proceso penal, como son la Fiscalía y el órgano adjudicador, merman los esfuerzos realizados. Asimismo, la falta de recursos para recabar información sobre los efectos reales que produce una capacitación y adecuación en la prestación de defensa impide un diagnóstico empírico claro sobre su real alcance y necesidad. Esto no es óbice, sin embargo, para negar su pertinencia.

Es claro que el impacto de la especialización va más allá de las meras medidas administrativas procesales como las ya mencionadas en torno a las capacitaciones transversales, la existencia de facilitadores

⁸³ Como ha señalado la CorteIDH: “El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Sentencia de 8 de julio de 2020. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, § 131.

⁸⁴ CIGÜELA, Javier. El ciudadano y el excluido frente al derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik, p. 4 s.

interculturales, los interrogatorios con perspectiva de género, la concesión de cautelares, especialmente, prisión preventiva, etc. Consiste también en una adecuación interpretativa del Derecho penal material, que recoja el sustrato de la diferencia que detentan estos grupos. Esta cuestión tiene impacto directo en la comprensión del aspecto sustantivo del delito. La comprensión de una agresión en un contexto de legítima defensa con un contexto de VIF; la ponderación de las valoraciones culturales diferenciadas en un caso de error de prohibición; así como la valoración del miedo, por ejemplo, en el caso de una persona LGBTIQ+, que ha vivido en un ciclo de violencia estructural, no son cavilaciones que ocurran de manera estándar en el funcionamiento *normal* de los tribunales de justicia.

Existe un avance y hay jurisprudencia que recoge una mirada acorde con una fórmula de igualdad relativa. Sin embargo, esta perspectiva se vuelve difusa sin una normativa integral que exija medidas especiales en la administración de justicia para estos grupos vulnerables. A la pregunta sobre los grupos que merecen una consideración especial de cara a la justicia relativa real, se puede afirmar que los grupos identificados por la DPP presentan razones suficientes como para ser considerados como tal: NNA, mujeres, personas LGBTIQ+, indígenas y migrantes, personas imputables con patologías psiquiátricas, así como por la especialidad del área y la normativa, evidentemente la población penitenciaria.

Sobre la viabilidad de la especialización de la justicia como eventual causal de vulneración de la neutralidad y objetividad del Derecho penal y procesal penal, la respuesta es que dicha neutralidad y falta de consideración respecto a las necesidades diferenciadas, tanto procesales como sustantivas, de dichos grupos es lo que merma la adecuada administración de justicia. No obstante, la crítica plausible a la especialización es la falta de recursos que existe para efectos de capacitar y especializar a los intervinientes y operadores procesales, así como la -hasta ahora- ausencia concluyente de su real efectividad. Esto no es obstáculo, sin embargo, para rechazarla, especialmente considerando que la realidad institucional sí percibe la necesidad.

La no neutralidad del Derecho penal es una realidad y su inobservancia merma derechos tan básicos como el acceso a justicia, entendiéndolo como el correlato material de la conjunción del debido

proceso y el derecho al recurso. Esta cuestión se ve intensificada si se considera que la interseccionalidad es una realidad en el proceso penal, cuya comprensión se vuelve mucho más compleja si no se tienen claras las categorías de manera individual. A la pregunta planteada al inicio sobre si la justicia especializada consiste en la introducción de reglas técnicas y de razones empáticas, la respuesta es sí. Ello no quiere decir que el proceso se transforme sólo en lo segundo, sino que en una instancia correctiva de deficiencias en la tutela estatal de estos grupos. Instancia que aun cuando sea correctiva, no debe ser *contra legem*, pero tampoco ciega a la diferencia.

Sólo con una valoración subjetiva donde los interlocutores operen con conocimientos que atiendan a los grupos vulnerables, dejarán de ser tal, al menos, al momento de enfrentar un proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

ABADÍA, Marcela. *Feminismos y sistema penal. Retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2018.

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *El Derecho Penal de Menores*. Barcelona: PPU, 1990.

ALSINA, Anna; ESPEJO, Nicolás. Introducción. In: ALSINA, Anna; ESPEJO, Nicolás (org.). *El acceso a una justicia adaptada. Experiencias desde América*. Ciudad de México: tirant lo blanch, 2023, pp. XII-XXVI.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Resolución 70/175, aprobada el 17 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10266.pdf>

ATRIA, Fernando. Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo. In: *Revista De Derecho*, 12 (1), 119–156.

BASILE, Fabio. *Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht: Die Behandlung der kulturell motivierten Straftaten*. Münster: LIT Verlag, 2015.

BERMÚDEZ, Violeta. *Género y derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2022.

BERNALES, Gerardo. El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. In: *Ius et Praxis* vol.25 no.3 Talca dic. 2019, pp. 277-306. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300277>

BRITZ, Gabriele. *Kulturelle Rechte und Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

BUCETTO, María Sol. El derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, Vol. 18, N°. 25, 2020, pp. 13-32 Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7662790.pdf>

BUSTOS, Juan. Was ist Schuld?, in: SIEBER, Ulrich. et. al. (eds.), *FS für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Köln; München: Heymann, p. 351.

CANÇADO, Antônio. *El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. (Documento OEA/Ser.GCP/doc.3654/. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_antonio_augusto_cancado_trindade.pdf

CANÇADO, Antônio. *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*. Santiago: Librotecnia, 2008.

CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno. In: *Política Criminal* n° 3, 2007. A6, pp. 1-28. Disponible en: <https://dpenal.cl/wp-content/uploads/2021/04/Raul-Carnevali-2007-El-multiculturalismo.-un-desaf%C3%ADo-para-el-derecho-penal-moderno.-Pol%C3%ADtica-Criminal-N%C2%B03..pdf>

CARVACHO, Pablo; VALDÉS, Amalia; MATEO, Mariel: El derecho a la defensa penitenciaria en Chile: cuando no hay derecho. In: *Política Criminal*, Vol. 16, N° 31 (junio 2021), Art. 10, pp. 254-283 [<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/07/Vol16N31A10.pdf>]

CASTILLO, Alejandra. La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición. In: *Revista De Derecho (Valdivia)*, 27(2). Disponible en: <https://www.revistaderedchovaldivia.cl/index.php/revde/issue/view/16>

CIGÜELA, Javier. El ciudadano y el excluido frente al derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik. In: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N°. 2, 2017.

CLÉRICO, Laura; y NOVELLI, Celeste. La violencia contra las mujeres en las producciones de la comisión y la corte interamericana de derechos humanos. In: *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, 2014, pp. 15-70.

COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo. In: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII* (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre) [pp. 267 - 322].

COUSO, Jaime. Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva. In: *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2012, vol.25, n.1, pp.149-173. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100007>.

COUSO, Jaime, Generalidades. Fundamento, bienes defendibles y límites ético sociales de la legítima defensa. Comentario. in: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.). *Código Penal Comentado, Libro I (Arts. 1° al 105). Doctrina y jurisprudencia*.

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Manual de Actuaciones Mínimas para la Defensa Penitenciaria. Disponible en: https://www.dpp.cl/pag/294/244/defensa_penitenciaria

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Manual de actuaciones mínimas de igualdad de géneros. Disponible en: https://www.dpp.cl/pag/88/252/defensa_de_genero.

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Guía básica para la defensa de imputados indígenas. Disponible en: https://www.dpp.cl/pag/82/245/defensa_indigena

DÍAZ, Regina. El reconocimiento del ius cogens en el ordenamiento jurídico chileno. In: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, pp. 555 - 587 [2014]. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200007>

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. La igualdad constitucional: múltiple y compleja. In: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 1, pp. 153 - 187 [2015]. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n1/art07.pdf>

DONISE, Anna. *Critica della ragione empatica. Fenomenologia dell'altruismo e della crudeltà*. Bologna: il Mulino, 2019.

DUCE, Mauricio, El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. In: *Revista Ius et Praxis*, 15 (1):73-120, 2009. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100004>

DUFF, R. A. A Criminal Law for Citizens. In: *Theoretical Criminology*. Volume 14, Issue 3 <https://doi.org/10.1177/13624806103697>

EPPING, Volker. *Grundrechte*. Berlin: Springer, 2017.

FERNÁNDEZ, Francisca. El peritaje cultural como práctica antropológica en la defensa de imputados indígenas en Chile: hacia la construcción de un posible pluralismo jurídico. In: *Andamios, Revista de Investigación Social* 17, no 44 (9 février 2021). <http://dx.doi.org/10.29092/uacm.v17i44.801>.

GARCÍA, Sergio. El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos. In: *Revista IIDH*, 32-33. San José, IIDH, 2000-2001, pp. 223-270.

GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito. 4ª ed. Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

HÉRNÁNDEZ, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. In: *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2007, vol.20, n.2, pp.195-217. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200009>.

HORVITZ, María Inés. El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno. In: *Doctrina Procesal Penal 2007*. Santiago: Defensoría Penal Pública, 2008, pp. 7-49. Posteriormente publicado en *Revista de Estudios de la Justicia*, bajo la autoría del Centro de Estudios de la Justicia.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Berlin; New York: De Gruyter, 1993.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin u.a.: Springer, 1997.

LABRIOLA, Melissa; BRADLEY, Sarah; O’ SULLIVAN, Chris S.; REMPEL, Michael; MOORE, Samantha. *A National Portrait of Domestic Violence Court*, Center for Court Innovation. Disponible en: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/229659.pdf>

LAUBENTHAL, Klaus; BAIER, Helmut, Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotssirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung. In: *Goltsammer’s Archiv* 140 (2000), pp. 205-223.

MACKINNON, Catharine. Pornography Left and Right. In: 30 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 143 (1995).

MATURANA, Pilar. Juzgar con perspectiva de género: Fundamentos y análisis de sentencias. *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 15, N° 2, 2019, pp. 279-290.

MAYER, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 2. Aufl. Darmstadt: Wiss. Buchges, 1965.

NACIONES UNIDAS. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

NACIONES UNIDAS. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas de 20 de enero de 2007, §184. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>

NACIONES UNIDAS. Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia de 3 de agosto de 2015, CEDAW/C/GC/33, p. 3.

NACIONES UNIDAS. OC-11/90, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm. En el mismo sentido señala la Corte en El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, § 93. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescindice.sp.htm>.

NASH, Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, año XIX, Bogotá, 2013, pp. 489-509.

OLIVARES, Bárbara. El caso de Gabriela Blas, la “Pastora Aymara” condenada y perdonada. In: *Revista Atenea* (Concepción), junio 2019, pp. 31-47. DOI:10.4067/S0718-04622019000100031.

PAWLIK, Michael. Norm confirmation and identity balance: On the legitimacy of punishing. In: *Critical Analysis of Law* 7(1), 2020, 1-50.

PEÑA, Manuel A. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta. 1997.

RAMÍREZ, Cecilia. Política criminal y dogmática penal del femicidio en Chile después de la Ley Gabriela. In: *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, Vol. XLVII, 2º Semestre (2021), pp. 483 - 518

RENTELN, Alison. *The Cultural Defense*, New York: Oxford University Press, 2005.

RENTELN, Alison. The Use and Abuse of the Cultural Defense. In: *Canadian journal of law and society = Revue canadienne de droit et société* 20(1):47-67, 2005. DOI:10.1353/jls.2006.0016

RODRÍGUEZ, Manuel: Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. In: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL* (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre) [pp. 643 - 686].

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Madrid: Civitas, 1997, 2ª edición.

SALINERO, Sebastián. La nueva agravante penal de discriminación. Los “delitos de odio”. In: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, no.41 Valparaíso dic. 2013 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000200008>

SÁNCHEZ, Héctor; GIL, Inés. Análisis interseccional y enfoque intercultural en el estudio de la ciudadanía y la participación. Consideraciones epistemológicas. In: *Diálogo Andino*, N° 47, 2015, pp. 143-149.

SÁNCHEZ, Rocío; MARTÍNEZ, Macarena; TAPIA, María. ¿La pena mixta debe incorporar la perspectiva de género? Estudio exploratorio de su aplicación en la Región de Valparaíso. In: FERNÁNDEZ, José Ángel; LORCA, Rocío (org.), *Feminismo y Derecho penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2024, pp. 197-216.

SLOTE, Michael. *Moral Sentimentalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STIPPEL, Jörg; MEDINA, Paula; LILLO, Rodrigo. Obstáculos en la activación de derechos en el marco de la defensa penitenciaria chilena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, pp. 1735-1775, 2020.

TORRES, Elena. Identidad, creencias y orden penal: la exigente cultural. In: LÓPEZ, A. y AGUADO, C (coord.), *La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 17, 2013, pp. 399-450.

VALERIUS, Brian. *Kultur und Strafrecht, die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

VARGAS, Macarena y LILLO, Ricardo, Derecho de Acceso a la justicia Civil en Chile. In: VIAL, Tomás (org.) *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2017, pp. 353-382.

VENEGAS, Luis; GARCÍA, Pablo. Satisfacción de usuarios adolescentes: los persistentes efectos de una especialización exitosa. 93, N°9, año 5, 2013, pp. 26-31.

VILLEGAS, Myrna. Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal. *Rev. derecho* (Valdivia) [online]. 2010, vol.23, n.2, pp.149-174. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000200008>.

WILENAMANN, Javier. El homicidio del marido maltratador en Chile y la justicia con perspectiva de género. In: FERNÁNDEZ, José Ángel; LORCA, Rocío (org.), *Feminismo y Derecho penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2024, pp.127-142.

ZELADA, Carlos. Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos. In: *Agenda Internacional*, año VIII, W 17, 2002, pp. 129-156.

Authorship information

Alejandra Castillo Ara. Legum Magister (LL.M.) y Juris Doctor (Dr. Iur.) Albert-Ludwig-Universität Freiburg. Directora y Académica del Departamento Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales. Abogada. Dirección postal: Facultad de Derecho, República 112, of. 16, Santiago, Chile. alejandra.castillo@udp.cl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: La autora agradece a Fernando Mardones Vargas por sus valiosos comentarios, y a los pares revisores por las sugerencias formuladas, las cuales han sido valiosas para mejorar este producto. Naturalmente, cualquier error es de exclusiva responsabilidad de la autora.

Conflict of interest declaration: Las ideas presentadas en este artículo son producto de una serie de capacitaciones realizadas por petición de la Defensoría Penal Pública de Chile a los Defensores Penales Interamericanos en el ámbito de justicia especializada, especialmente: defensas culturales y defensas con perspectiva LGBTQIA+. The author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article..

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 26/11/2023
- Desk review and plagiarism check: 01/12/2023
- Review 1: 08/12/2023
- Review 2: 10/12/2023
- Review 3: 10/12/2023
- Preliminary editorial decision: 11/02/2024
- Correction round return: 27/03/2024
- Final editorial decision: 18/04/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (CRG)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

CASTILLO ARA, Alejandra. La justicia especializada como vía plausible para un mejor acceso a la justicia a la luz del caso chileno. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e910, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.910>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory


Reflexões sobre a preclusão do direito de provar no processo penal brasileiro


Reflections about the preclusion of the right to prove in Brazilian criminal procedure

Gisele Mara de Oliveira¹

Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho, PR, Brasil

giselem.oliveira@hotmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/0817588468069583>


 <http://orcid.org/0000-0003-3151-5245>

Samia Saad Gallotti Bonavides²

Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho, PR, Brasil

samia@uenp.edu.br


 <http://lattes.cnpq.br/4146148252260595>


 <http://orcid.org/0000-0002-9413-2391>

Luiz Gustavo Giuriatto Ferrazo³

Pesquisador independente – Vitória, ES, Brasil

gustavoferraco@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0534648090795110>

 <http://orcid.org/0009-0000-1701-0625>

-
- ¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Docente no curso de Direito da Faculdade Maringá. Advogada.
 - ² Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Paraná. Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Graduada em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Docente no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.
 - ³ Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário do Espírito Santo. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo. Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

RESUMO: O artigo trata da preclusão na atividade probatória das partes no processo penal, pretendendo responder ao seguinte problema de pesquisa: de que maneira a preclusão pode atingir a atividade probatória das partes no processo penal? Como hipótese, estabeleceu que o princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa podem afastar as regras de preclusão aplicáveis à atividade probatória desenvolvida pelo acusado no processo penal. A pesquisa foi realizada em três etapas, partindo das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à atividade probatória das partes no processo penal. Primeiramente, o estudo tratou da preclusão em relação ao direito à prova. No segundo momento, descreveu as possíveis hipóteses de preclusão relacionadas à atividade probatória das partes no processo penal. Por último, buscou verificar a possibilidade de ocorrência de preclusão no processo penal e em relação à atividade probatória da pessoa acusada. Adotando as diretrizes do método hipotético-dedutivo e da abordagem explicativa, e a partir do conhecimento teórico já publicado sobre o tema, a pesquisa permitiu concluir que o princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa apontam para a inaplicabilidade da preclusão em relação à atividade probatória desenvolvida pelo acusado no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de provar; Preclusão; Processo penal; Ampla defesa.

ABSTRACT: *The article deals with the preclusion on the parties' evidentiary activity in criminal proceedings, in order to answer the following research problem: how can preclusion affect the parties' evidentiary activity in criminal proceedings? As a hypothesis, it was established that the principle of the presumption of innocence and the right to a broad defense can rule out the rules of preclusion applicable to the evidentiary activity carried out by the accused in criminal proceedings. The research was carried out in three stages, based on the constitutional and infra-constitutional rules applicable to the parties' evidentiary activity in criminal proceedings. Firstly, the study dealt with the preclusion in relation to the right to evidence. Secondly, it described the possible hypotheses of preclusion related to the parties' evidentiary activity in criminal proceedings. Finally, it sought to verify the possibility of preclusion occurring in criminal proceedings and in relation to the probative activity of the accused. Adopting the guidelines of the hypothetical-deductive method and explanatory approach, and*

based on the theoretical knowledge already published about the subject, the research led to the conclusion that the principle of the presumption of innocence and the right to a broad defense point to the inapplicability of preclusion in relation to the evidential activity carried out by the accused in criminal proceedings.

KEYWORDS: *Right to prove; Preclusion; Criminal procedure; effective defense.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A preclusão do direito de provar. 3 A atividade probatória das partes no processo penal condenatório brasileiro e as hipóteses de preclusão. 4 Preclusão do direito de provar no processo penal? 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo dogmático propõe uma discussão acerca da incidência, ou não, da preclusão sobre a atividade probatória desenvolvida pelas partes no processo penal, a partir das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais que tangenciam o direito de provar no trâmite judicial destinado à apuração de fato penalmente relevante.

A liberdade individual de quem responde à persecução penal em virtude da prática de crime está protegida por escolhas políticas constitucionalmente asseguradas, sobretudo por meio do princípio da presunção de inocência e do direito à ampla defesa (art. 5º, LV e LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil), que conformam o pressuposto de que a aplicação de uma pena precisa ser o resultado de prova da culpa e da observância de procedimento que oportunize efetivamente o exercício da ampla defesa.

Em decorrência dessa exigência, toda regra processual penal deve ser interpretada e aplicada segundo o princípio da presunção de inocência e do direito à ampla defesa, além de observar os contornos específicos do sistema em que está inserida.

Nesse contexto, o presente artigo pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: em que medida a preclusão pode atingir a atividade probatória das partes no processo penal? De acordo com o marco

teórico eleito, a pesquisa pretende apurar a seguinte hipótese: o princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa podem afastar as regras de preclusão aplicáveis à atividade probatória desenvolvida pelo acusado no processo penal.

Pesquisar sobre o direito de provar no processo penal equivale a fomentar debates acadêmicos e jurisprudenciais sobre o desenvolvimento de um modelo de justiça penal de cariz garantista, que ao assegurar a salvaguarda de bens jurídicos dignos de proteção penal também garante direitos individuais fundamentais daquele que está sendo acusado, com o fito de evitar que as limitações aplicáveis ao direito de provar provoquem resultados condenatórios evitáveis, caso houvesse a oportunidade de serem apresentados elementos probatórios pela defesa.

Para demonstrar em que medida a preclusão pode atingir a atividade probatória das partes no processo penal, o estudo considerará o conhecimento teórico publicado sobre o tema, em livros, artigos científicos e dissertação, que servirão como fonte principal da pesquisa, e será desenvolvido em três etapas, segundo as diretrizes do método hipotético-dedutivo e da abordagem explicativa, já que pretende demonstrar a relação existente entre o direito à ampla defesa e as regras preclusivas aplicáveis ao processo penal, a partir da definição de um problema, da proposição de uma hipótese e de falseamento das consequências dedutíveis da hipótese.

Nesse caminho, inicialmente, apresentará a relação entre preclusão e direito à prova, para, em seguida, tratar da preclusão especificamente sobre a atividade probatória das partes no processo penal, considerando a fase probatória no procedimento comum ordinário, e, ao final, verificar as implicações do sistema processual penal em relação às hipóteses preclusivas.

2 A PRECLUSÃO DO DIREITO DE PROVAR

O direito à prova tem relação com o direito de ação e o direito de defesa, uma vez que “de nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no

desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações”⁴, e, assim, está assentado no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil) e no direito à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

No ordenamento jurídico brasileiro, além do fundamento constitucional, o direito processual de provar tem base convencional em dois tratados internacionais relacionados à proteção de direitos humanos, sendo um no sistema global, qual seja, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁵, promulgado por meio do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992, e outro no sistema interamericano, qual seja, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶, promulgada por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992⁷.

O direito à prova pode ser considerado “uma expressão sintética que compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões”⁸. Por conseguinte, deve implicar na igual distribuição de oportunidades probatórias, de modo que as partes tenham as mesmas possibilidades processuais de realizar as

⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

⁵ Art. 14, item 3.e, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos Decreto: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação.

⁶ Art. 8, item 2.f, da Convenção Americana de Direitos Humanos: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

⁷ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. *Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório*. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 26.

⁸ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

atividades dirigidas à prática de provas. Ocorre que as oportunidades processuais de provar podem ter alguns limites, sendo um deles a preclusão⁹.

A preclusão foi inicialmente estudada no âmbito do processo civil e sobretudo a partir das ideias de Giuseppe Chiovenda¹⁰, que batizou e sistematizou suas bases no século XX, na Itália¹¹.

Chiovenda, na teoria destinada ao âmbito do processo civil, concebeu a preclusão a partir da ideia de que todo processo impõe limites ao exercício das faculdades processuais das partes, sendo a preclusão a perda da possibilidade de praticar uma faculdade processual por atingimento de determinado limite, ou seja, “a perda, ou extinção, ou consumação [...] de uma faculdade processual pelo só fato de se haverem atingido os limites prescritos ao seu exercício¹²”.

Para Chiovenda¹³, a perda da possibilidade de realização de atos processuais tem por objetivo “imprimir maior precisão no processo, tornar possível a definitiva certeza dos direitos, e assegurar-lhes rápida satisfação”. Nesse sentido, a preclusão serve para assegurar o avanço ordenado, progressivo e célere do processo, com a eliminação da controvérsia ganhando destaque sobre a busca da prova¹⁴.

⁹ KREMENS, Karolina; JASINSKI, Wojciech. Editorial of dossier “admissibility of Evidence in Criminal Process. Between the Establishment of the Truth, Human Rights and the Efficiency of Proceedings”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 15-42, jan./abr. 2021. DIAS, Fernando Gardinali Caetano. *Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório*. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 144-148.

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.

¹¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72. DIAS, Fernando Gardinali Caetano. *Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório*. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 68.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p. 156.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p. 155.

¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 106, in, DIAS,

No Brasil, Heitor Vitor Mendonça Sica¹⁵, que reuniu os estudos relacionados à preclusão nas doutrinas italiana e brasileira¹⁶, defendeu que a preclusão no processo civil está relacionada a ônus processual, e não à faculdade processual conforme havia sido concebida por Chiovenda. Nessa perspectiva, a prática de um ato processual para além dos limites estabelecidos pode gerar uma situação de desvantagem para o sujeito processual e a preclusão teria justamente a finalidade de impossibilitar a reversão dessa desvantagem.

Embora estudada e projetada no âmbito do processo civil, o discurso da preclusão tem alguma repercussão no processo penal, ainda que indevida, como reflexo da tentativa de formulação de uma “pseudo-coerência sistêmica” entre processo civil e processo penal, materializada numa pretendida teoria geral do processo¹⁷. Mas eventual transposição da concepção civilista de preclusão para o processo penal exige que os contornos específicos do sistema processual penal não sejam desconsiderados, o que, porém, não tem sido notado.

Stefano Riccio¹⁸, que escreveu a primeira obra da doutrina italiana sobre preclusão no processo penal¹⁹, associou-a com as ideias de perda e faculdade, estabelecendo que “é preclusa a faculdade que não pode ser

Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

¹⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 101-102.

¹⁶ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 98.

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. 119.

¹⁸ RICCIO, Stefano. La preclusionione processuale penale. Milano: Giuffrè, 1951.

¹⁹ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 102.

posteriormente exercitada, porque perdida, e a atividade que não pode desenvolver-se por um obstáculo jurídico”²⁰.

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini²¹ também analisaram a preclusão para as partes no processo penal, considerando-a uma garantia do cidadão contra o *ius puniendi* e nada mais do que “a perda da faculdade de praticar algum ato processual (por haver decorrido o prazo assinalado em lei, por haver praticado ato incompatível com ele ou por ter o ato sido praticado de outro modo)”²².

Fernando Gardinali Caetano Dias²³ dissertou sobre a aplicabilidade da preclusão no processo penal, apontando que a preclusão incide de igual maneira para as partes no processo penal, mas com possibilidade de afastamento das regras preclusivas quanto à atividade probatória realizada pelo acusado, em determinadas casos e a critério do julgador.

De acordo com os estudos realizados, a preclusão para as partes no processo civil e no processo penal tem por finalidade tornar possível o ordenado desenvolvimento dos atos processuais, impedindo o retrocesso da marcha processual. Tem também por finalidade estabelecer condições para que a realização de atos processuais ocorra no momento determinado, segundo a forma adequada e conforme uma lógica processual. Além disso, a preclusão comporta ideia de convalidação de uma desvantagem processual decorrente da perda de oportunidade de provar²⁴.

²⁰ RICCIO, Stefano. La preclusione processuale penale. Milano: Giuffrè, 1951, p. 11.

²¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Efeitos da preclusão “pro judicato” no processo penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 92, v. 810, p. 458-471, abr. 2003.

²² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Efeitos da preclusão “pro judicato” no processo penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 92, v. 810, p. 458-471, abr. 2003, p. 459.

²³ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

²⁴ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 62.

Conforme projetada como limite para a prática dos atos processuais, que privilegia o desenvolvimento ordenado e mais célere do processo, a preclusão pode comprometer o conhecimento da verdade dos fatos quando atinge a atividade probatória.

No âmbito do processo, a prova permite o conhecimento (probabilístico) da verdade dos fatos, tendo, pois, função epistêmica, segundo uma perspectiva racionalista. Nesse sentido, a prova pode ser considerada um nexos entre as alegações fáticas apresentadas pelas partes no processo e os acontecimentos do mundo real que permite ao julgador corrigir ou determinar a realidade dos fatos para aplicar corretamente a consequência prevista em lei para o caso concreto²⁵.

Diante disso, quando relacionada ao direito de provar, a preclusão limita a apuração da verdade dos fatos. Por isso, Cândido Rangel Dinamarco²⁶ a considera um perigo ou uma fonte de risco ou perigo conscientemente calculado e premeditado pelo legislador, no sentido de poder significar um pior acerto fático.

Por limitar a apuração dos fatos, a preclusão pode impactar na justiça de uma decisão judicial solucionadora de uma controvérsia jurídica, uma vez que o legítimo exercício de direito previsto em lei está subordinado à verdade das premissas fáticas que o condicionam. Resolver um caso com justiça pressupõe que a decisão seja tomada com base em fatos verdadeiros²⁷.

²⁵ TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/136/115>>. Acesso em: 13 jan. 2024. CARAZO, Belén Ureña. La verdad de los hechos como “conditio sine qua non” de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de Mexico, v. 49, n. 146, 2016, p. 281-304. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863318300796?gathStatIcon=true>>. Acesso em: 13 jan. 2024. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 290.

²⁷ CARAZO, Belén Ureña. La verdad de los hechos como “conditio sine qua non” de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de Mexico, v. 49, n. 146, 2016, p. 281-304. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863318300796?gathStatIcon=true>>. Acesso em: 13 jan. 2024.

Assim, as regras processuais relacionadas à preclusão do direito de provar devem conciliar duas exigências: de um lado, o desenvolvimento ordenado e célere do processo e, de outro, a busca pela melhor explicação possível do fato, com vistas de que o provimento jurisdicional comporte a maior justiça possível.

3 A ATIVIDADE PROBATÓRIA DAS PARTES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E AS HIPÓTESES DE PRECLUSÃO

O exercício do direito à prova pode ser representado por um procedimento probatório composto por diversas atividades dirigidas à prática de provas²⁸. Numa perspectiva endoprocessual, a atividade probatória pode ser dividida em quatro momentos distintos: propositura da prova; admissão da prova; produção da prova; e valoração da prova²⁹.

A propositura da prova corresponde ao momento em que as partes requerem ao juízo a introdução de material probatório no processo ou produção de determinado meio probatório³⁰. Já o momento da admissão da prova está representado pela decisão judicial sobre a admissibilidade dos elementos probatórios pretendidos pelas partes segundo os critérios da licitude, pertinência e relevância³¹, sendo o núcleo do direito à prova, para Antônio Magalhães Gomes Filho³².

²⁸ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997, p. 280.

²⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 88.

³⁰ TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Os momentos probatórios no direito processual penal. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 106/107, p. 786, jan./dez. 2011/2012. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67965>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamento epistemológicos e jurídicos”. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 59. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 88-89.

³² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 88.

A etapa de admissibilidade de provas corresponde ao momento em que há regras jurídicas dirigindo a aceitação ou recusa de um meio de prova, ou meio de obtenção de prova, requerido pelas partes, de tal modo que o direito à prova não implica o direito à admissão de todas as provas requeridas³³. Por outro lado, a produção da prova corresponde à etapa processual em que são revelados os elementos de convicção por meio da formação ou introdução da prova admitida no processo³⁴.

Por fim, o direito à prova ainda se manifesta no procedimento de valoração da prova em que o juízo deve apreciar a idoneidade dos elementos de prova³⁵, ou, especificamente no âmbito do processo penal, “verificar se a hipótese posta em julgamento com a formulação da acusação foi ou não provada”³⁶, o que deverá transparecer na motivação da sentença³⁷.

Em regra, a propositura e a produção de prova são atos a serem praticados pelas partes, enquanto a admissão e a valoração decorrem de atividades do julgador³⁸, isto é, “ao juiz cabe o papel de valorar os meios de prova requeridos pelas partes, admitidos por ele e produzidos em contraditório”³⁹.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2018, p. 58. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/138/117>>. Acesso em: 18 jun. 2023.

³⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997, p. 282.

³⁵ TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Os momentos probatórios no direito processual penal. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 106/107, p. 802, jan./dez. 2011/2012. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67965>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 200.

³⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 89.

³⁸ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997, p. 280. DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 186.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 41.

Conforme o Código de Processo Penal brasileiro vigente, no procedimento penal comum ordinário aplicável aos crimes com pena privativa de liberdade máxima igual ou superior a quatro anos, subsidiariamente aplicável a todos os demais ritos, o processo tem início com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou da queixa-crime pelo querelante, e tanto a denúncia quanto a queixa-crime devem conter o rol de testemunhas⁴⁰.

De acordo com as disposições vigentes, oferecida a denúncia ou a queixa, o juiz pode rejeitá-la ou recebê-la⁴¹. Com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, o juiz deve ordenar a citação e intimação da pessoa acusada para responder à acusação por escrito, oportunidade em que deve especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas⁴². Depois da resposta à acusação, o juízo pode absolver sumariamente a pessoa denunciada⁴³ ou designar data para realização da audiência de instrução e julgamento⁴⁴, ocasião em que são ouvidos ofendido e teste-

⁴⁰ Art. 41 do Código de Processo Penal: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁴¹ Art. 395 do Código de Processo Penal: A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

⁴² Art. 396 do Código de Processo Penal: Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Art. 396-A do Código de Processo Penal: Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

⁴³ Art. 397 do Código de Processo Penal: Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente.

⁴⁴ Art. 399 do Código de Processo Penal: Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

munhas arroladas pelas partes, são colhidos esclarecimentos dos peritos, realizadas as acareações e, por último, a pessoa acusada é interrogada⁴⁵. Ainda, ao final dessa audiência, conforme as circunstâncias, podem ser requeridas diligências probatórias complementares pelas partes⁴⁶, depois do que deverão apresentar as alegações finais e, sucessivamente, aguardar pela a sentença⁴⁷.

A atividade probatória no procedimento comum ordinário, estruturado pelo Código de Processo Penal, tem início com a apresentação do rol de testemunhas na denúncia ou na queixa-crime e na resposta à acusação e encerra na fase das diligências probatórias complementares (art. 402 do Código de Processo Penal). Uma vez requerida e ordenada diligência probatória complementar logo após o término da audiência de instrução em razão de circunstância anteriormente desconhecida, a instrução probatória será prolongada pela fase complementar. Sem requerimento de diligência complementar, a instrução do processo deve

⁴⁵ Art. 400 do Código de Processo Penal: Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. § 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.

⁴⁶ Art. 402 do Código de Processo Penal: Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Art. 404 do Código de Processo Penal: Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais. Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, suas alegações finais, por memorial, e, no prazo de 10 (dez) dias, o juiz proferirá a sentença.

⁴⁷ Art. 403 do Código de Processo Penal: Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1153-1172. LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1269-1306.

ser declarada encerrada⁴⁸. Depois das diligências complementares, as alegações finais, que não visam a produção de prova, inauguram uma nova etapa processual, de debate e exposição de argumentos pelas partes⁴⁹.

Conforme as disposições legais vigentes, são poucos os momentos taxativamente estabelecidos no processo penal para propositura de meios de prova, o que já sinaliza “a opção do legislador por um menor rigor preclusivo no exercício do direito à prova”⁵⁰.

De acordo com a sistematização pensada para o processo civil por Giuseppe Chiovenda⁵¹, a preclusão pode ser classificada em lógica, consumativa e temporal, conforme ocorrer em razão de:

a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita).

Na preclusão lógica, a causa do impedimento para a realização de um ato processual consiste na prática anterior de um ato logicamente incompatível com aquele que se pretende realizar.

Por outro lado, a preclusão consumativa impede a prática de um ato processual em decorrência desse ato já ter sido praticado, obstruindo, assim, que um mesmo ato seja praticado mais de uma vez⁵².

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997, p. 252.

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-13.13- RB-13.14.

⁵⁰ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. *Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório*. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 181 e 187.

⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. v. 3. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p. 156.

⁵² RUBIN, Fernando; SILVA, Gustavo Mascarello. A prevalência da segurança jurídica no âmbito do processo justo: possibilidade de mitigação da preclusão em

Já a preclusão temporal tem como causa tanto a inobservância de um prazo peremptório estabelecido em lei ou definido pelo juiz quanto a superação da fase processual relacionada ao ato processual⁵³.

Transpondo a preclusão do processo civil para o processo penal, antes de considerar a especificidade do sistema processual penal, em relação à atividade de proposição e produção de meio de prova pelas partes, a preclusão lógica poderia não ter nenhuma repercussão. Na preclusão lógica, a impossibilidade da prática de um ato processual deriva da realização anterior de um ato logicamente incompatível⁵⁴. No entanto, pode não existir incompatibilidade propriamente dita caso a parte proponha meio de prova cujo desinteresse havia manifestado ou que desista de produzir meio de prova que havia proposto, tal como ocorre entre a manifestação da vontade de não recorrer e a sucessiva interposição de recurso⁵⁵. Por exemplo, no processo penal italiano, a renúncia à prova está expressamente disciplinada em lei, que permite que qualquer parte renuncie à produção da prova admitida, mediante o consentimento da outra parte, como manifestação da disponibilidade que caracteriza o direito à prova⁵⁶. Assim, as partes poderiam propor ou deixar de propor determinado meio de prova e poderiam produzir ou deixar de produzir determinado meio de prova, de modo que, no

favor do direito fundamental à prova. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, ano 11, p. 99-100, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31691>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

⁵³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 129 e 154. DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 69 e 131-132

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. v. 3. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p. 156.

⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. Recursos no processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 106.

⁵⁶ TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 98-99.

processo penal, a preclusão lógica tende a não ter aplicabilidade em relação à atividade probatória das partes⁵⁷.

Por outro lado, a preclusão consumativa, a qual impede a prática repetida de um ato processual⁵⁸, poderia ter incidência na atividade probatória no processo penal e ser verificada quando previsto em lei prazo legal impróprio ou oportunidade para a propositura e produção de um determinado meio de prova. Em relação à proposição de prova, a preclusão consumativa poderia ocorrer em apenas uma situação para cada uma das partes no processo penal.

De acordo com os arts. 41 e 396 do Código de Processo Penal, a acusação deve indicar o rol de testemunhas no oferecimento da denúncia ou da queixa-crime e a pessoa acusada deve fazê-lo na resposta à acusação. Considerando a previsão legal quanto ao momento em que cada uma das partes deve propor o meio de prova testemunhal, poderia operar a preclusão consumativa quanto à propositura do meio de prova testemunhal, quando a denúncia e a resposta formulada em relação a ela forem apresentadas sem rol de testemunhas, impossibilitando a indicação do meio de prova testemunhal em momento posterior⁵⁹. Assim, ainda que não transcorrido o prazo legal para oferecimento da denúncia ou da resposta à acusação (para a denúncia, quinze dias se o réu estiver em liberdade e, para a resposta, dez dias)⁶⁰, a apresentação da denúncia

⁵⁷ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 198 e 206.

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. v. 3. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p. 156.

⁵⁹ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 196, 197 e 205.

⁶⁰ Art. 46 do Código de Processo Penal: O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos. Art. 396 do Código de Processo Penal: Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou

ou da resposta encerraria a oportunidade de propositura do meio de prova testemunhal⁶¹.

Quanto aos meios de prova diversos da prova testemunhal, o Código de Processo Penal brasileiro não exige que sejam propostos na denúncia ou na queixa-crime, tampouco na resposta à acusação. A ausência de indicação de outros meios de prova, que não a testemunhal, nesses momentos processuais não tornaria preclusa a propositura dos meios de prova documental e pericial, por exemplo⁶².

Já em relação aos atos de produção de prova, a preclusão consumativa impediria a reprodução ou reiteração de um ato de produção de determinado meio de prova, tal como que o depoimento de uma testemunha seja refeito⁶³.

Ao lado das hipóteses de preclusão consumativa, a atividade probatória das partes no processo penal também teria limite temporal, admitindo a incidência da preclusão, como teoricamente concebida para aplicação no processo civil, também para o processo penal.

A preclusão temporal, no procedimento probatório, pode ser compreendida como a impossibilidade de praticar um ato destinado a demonstrar um fato em virtude do decurso de um prazo peremptório⁶⁴.

queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

⁶¹ Apesar de a preclusão consumativa não ter relação com o decurso de um prazo, mas com uma oportunidade específica para realização de determinada atividade probatória, Dias entende que apenas o oferecimento da denúncia ou da resposta à acusação no prazo-limite provoca a preclusão consumativa para posterior propositura do meio de prova testemunhal (DIAS, Fernando Gardinali Caetano. *Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório*. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 196, 197 e 205).

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 3. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 268-269.

⁶³ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. *Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório*. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 201.

⁶⁴ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. *Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório*. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de

Na preclusão temporal por prazo, a parte perde a possibilidade de propor ou produzir um meio de prova em razão do decurso de um prazo próprio, específico e determinado em lei ou fixado pelo juiz. No processo penal, as partes têm cinco dias para propor os meios de prova que pretendem produzir na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, conforme o art. 422 do CPP⁶⁵. As partes têm ainda dez dias para apresentar os quesitos que pretendem sejam respondidos pelo perito em audiência, de acordo com o art. 159, § 5º, I, do CPP⁶⁶. Considerando que há prazo definido para a prática desses atos, sua inobservância poderia atrair a incidência da preclusão temporal por prazo⁶⁷.

A preclusão temporal aplicada à atividade probatória das partes ainda poderia ocorrer pela superação da fase da instrução processual. Nesse caso, o exaurimento da fase instrutória impediria a realização de atos de propositura e de produção de meio de prova testemunhal, documental ou pericial pela acusação e pela defesa, para evitar tumulto e retrocesso ao desenvolvimento do processo⁶⁸.

Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 69, 131-132. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 129 e 154.

⁶⁵ Art. 422 do Código de Processo Penal: Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-13.44.

⁶⁶ Art. 159 do Código de Processo Penal: O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar.

⁶⁷ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 189-190; 199-200.

⁶⁸ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de

Nesse sentido, com relação à prova pericial, as partes poderiam indicar assistente técnico a qualquer momento enquanto não encerrada a instrução processual⁶⁹.

Quanto à prova documental, há divergência doutrinária. Para José Frederico Marques, que produziu suas reflexões ainda sob a vigência de outro procedimento penal, mas sobre ponto que até hoje permanece inalterado (atualmente, art. 231 do CPP⁷⁰), “em qualquer instante do procedimento instrutório, documentos podem ser apresentados pelas partes”⁷¹. Por outro lado, para outra parte da doutrina processualista penal⁷², inexistiria preclusão para propositura e produção do meio de prova documental, pois a juntada de documentos poderia ocorrer em qualquer fase do processo, exceto no procedimento do Tribunal do Júri, que exige que os documentos lidos em plenário sejam apresentados nos autos com antecedência mínima de três dias do julgamento (art. 479 do CPP⁷³).

Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 69, 131-132. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 129 e 154.

⁶⁹ Art. 159 do Código de Processo Penal: O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. § 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

⁷⁰ Art. 231 do Código de Processo Penal. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

⁷¹ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997, p. 252.

⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-10.81. PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 444. NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 849. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 476.

⁷³ Art. 479, caput, do Código de Processo Penal: Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Em síntese, de acordo com a doutrina, no âmbito do processo penal, não havendo prazo específico definido em lei ou estabelecido pelo juiz, qualquer meio de prova pode ser proposto e produzido por qualquer das partes até o encerramento da instrução probatória, sob pena de ser configurada preclusão temporal por fase, ressalvado o posicionamento sobre a inaplicabilidade de preclusão ao meio de prova documental fora do procedimento especial do Tribunal do Júri.

Segundo essa perspectiva teórica, as partes têm as mesmas oportunidades de demonstrar a ocorrência dos fatos que alegam no processo penal, inclusive por expressão do princípio da igualdade⁷⁴, de modo que a atividade probatória de qualquer uma delas teria a mesma essência⁷⁵.

4 PRECLUSÃO DO DIREITO DE PROVAR NO PROCESSO PENAL?

Analisar a possibilidade de incidência da preclusão sistematizada para o processo civil em relação à atividade probatória desenvolvida no processo penal demanda considerar, em primeiro lugar, que o sistema processual penal está inserido num campo de conhecimento diverso do campo de conhecimento do processo civil.

O fenômeno do processo pode ser considerado único, dados os aspectos comuns que regem tanto o processo civil como o processo penal: são procedimentalmente regulados pela lei, têm estrutura dialética e têm como fim a atuação do poder jurisdicional⁷⁶. Mas, diversamente do que ocorre no processo civil, o processo penal não tem a finalidade de remover nenhum desacordo entre aquele que exerce uma acusação e o que está sujeito à acusação.

⁷⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 62.

⁷⁵ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 202.

⁷⁶ LEITE, Luciano Marques. O conceito de lide no processo penal: um tema de teoria geral do processo. *Justitia*, São Paulo, n. 70, p. 181-195, jul./set. 1970.

O processo penal não envolve necessariamente um conflito de interesses, mas ainda que o envolva, deve ser desenvolvido até a decisão final, em decorrência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ressalvadas as hipóteses de sua mitigação, como acontece na transação penal, na suspensão condicional do processo e no acordo de não persecução penal (respectivamente, arts. 76 e 89 da Lei n.º 9.099/96 e art. 28-A do CPP⁷⁷)⁷⁸.

O processo penal também não depende, necessariamente, de uma pretensão resistida, na medida em que a pessoa sujeita a uma persecução penal pode não ter nenhuma pretensão de confrontar a pretensão deduzida contra ela. O processo penal existe porque a pena só pode ser imposta por meio de uma decisão judicial, que esteja baseada na reconstituição de um fato pretérito. Nesse sentido, o processo penal representa o caminho necessário de verificação da imputação ou reconstrução história de fatos exigida para a imposição da pena⁷⁹.

⁷⁷ Art. 76, caput, da Lei n.º 9.099/95: Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Art. 89, caput, da Lei n.º 9.099/95: Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Art. 28-A, caput, do Código de Processo Penal: Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente [...].

⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31-32. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê "Prova penal: fundamento epistemológicos e jurídicos". Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989. LEITE, Luciano Marques.

Assim, diversamente do processo civil que tem a lide como conteúdo, o objeto do processo penal está no caso penal, que representa a situação de incerteza que precede a aplicação da pena, conforme formulação de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁸⁰.

Além disso, o processo penal está definido a partir de normas constitucionais específicas, que são inaplicáveis ao processo civil.

No contexto mundial que sucedeu à Segunda Guerra, a revalorização da pessoa humana nos aspectos das liberdades e conquistas sociopolíticas repercutiu por meio da reafirmação de direitos individuais. Aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito foram estabelecidos como diretrizes estruturais e axiológicas de sistemas jurídicos⁸¹. Como consequência disso, atualmente, “o reconhecimento e proteção dos direitos do homem constituem a base das Constituições democráticas modernas”⁸².

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedicou dispositivos que compõem um rol de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, prescreveu, como fundamentos sistemáticos e estruturais do processo penal, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII) e que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV)⁸³.

Esses enunciados normativos expressam normas de direitos fundamentais, segundo um critério formal, relativo à positivação. Extraídas

O conceito de lide no processo penal: um tema de teoria geral do processo. *Justitia*, São Paulo, n. 70, p. 181-195, jul./set. 1970.

⁸⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 135.

⁸¹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. 2008. Tese (Livre-docente). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, cap. IV, p. 297-368.

⁸² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 7.

⁸³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. 2008. Tese (Livre-docente). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, cap. IV, p. 297-368.

de enunciados constitucionais, essas normas de direitos fundamentais irradiam para todo o sistema jurídico, vinculando a atuação do Estado a partir do que estabelecem como proibido, permitido ou obrigatório na dimensão dos direitos fundamentais⁸⁴. Aplicáveis ao processo penal, as normas de direitos fundamentais prescrevem como deve ser o caminho necessário entre a pena e o cidadão⁸⁵.

No Brasil, a norma-princípio da presunção de inocência extraída do art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reafirma ser o processo penal o caminho necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito. Mas também exige que a pessoa sujeita a uma imposição condenatória seja tratada como inocente durante a persecução penal (regra de tratamento) e que uma sentença de condenação demande prova além de qualquer dúvida razoável sobre a culpa reconhecida (regra probatória). Ou seja, o princípio da presunção de inocência exige que o processo penal não seja arbitrário, nem, tampouco, tendencialmente condenatório⁸⁶.

Diante disso, no processo penal aquele que pretende uma condenação deve produzir meios de prova que corroborem a hipótese persecutória penal, para ter a possibilidade de vir a ser julgada procedente. Já aquele que está sujeito ao processo penal pode formular uma hipótese contrária e produzir meios de prova que a sustente, sem o dever de contrapor ou demonstrar a improcedência da tese acusatória, uma vez que é considerado presumidamente inocente⁸⁷.

⁸⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 66 e 76.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

⁸⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008. Tese (Livre-docente). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, cap. IV, p. 297-368.

⁸⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008. Tese (Livre-docente). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, cap. IV, p. 297-368. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamento epistemológicos e jurídicos”. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 45 e 57. SOUSA FILHO, Ademar

Ao lado do princípio da presunção de inocência, o art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê o direito à ampla defesa, ao dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em relação ao processo penal, de acordo com concepção mais recente, o direito constitucional à ampla defesa abrange tanto o direito à defesa técnica quanto à autodefesa⁸⁸. Com isso, impõe que o processo penal oportunize, à pessoa submetida a ele, o exercício mais amplo possível da própria defesa, exigindo que o procedimento processual penal viabilize e permita amplos meios de reação a um pedido que vise, no final, imposição de pena, mediante amplos meios de prova acerca das alegações defensivas⁸⁹. Nesse ponto, pode ser reconhecida a escolha política pela prevalência do melhor acerto fático possível para quem está submetido ao processo penal, a fim de evitar condenação injusta e tutelar a liberdade individual⁹⁰.

Diante de diferenças essenciais entre o processo civil e o processo penal, pode ser considerada frustrada a tentativa de sistematização de uma teoria geral do processo, conforme pretendeu Francesco Carnelutti⁹¹,

Borges de. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 1, p. 189-234, jan./abr. 2022, p. 199. BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.

⁸⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 253-270.

⁸⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008, p. 29-55.

⁹⁰ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. *Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório*. 243 f. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 144.

⁹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989. LEITE, Luciano Marques. *O conceito de lide no processo penal: um tema de teoria geral do processo*. Justitia, São Paulo, n. 70, p. 181-195, jul./set. 1970.

o que evidencia que, no tema relativo à preclusão probatória, torna-se inadequada a importação do regramento aplicável e das considerações doutrinárias inicialmente projetadas no processo civil para o processo penal.

O princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa impõem ajuste de toda e qualquer interpretação de regra procedimental, no ponto em que exigem que a pessoa acusada seja tratada como inocente, tendo a mais ampla oportunidade de defesa possível. As normas de direitos fundamentais relativas à presunção de inocência e da ampla defesa impedem que em relação ao acusado sejam consideradas as regras preclusivas de perda de oportunidade probatória e desvantagem processual. Por conseguinte, asseguram que nenhuma atividade probatória realizada pelo acusado seja considerada inoportuna ou extemporânea.

Já para quem deduz pedido tendente a uma condenação penal, idêntico tratamento não tem fundamento legal ou jurídico, por inexistir um direito acusatório equivalente ao princípio da presunção de inocência ou ao direito à ampla defesa. Assim, a preclusão importada do processo civil para o processo penal poderia atingir apenas a atividade probatória desenvolvida pelo acusador.

Apesar de poder ser considerada inaplicável, pois inadequadamente transportada para o processo penal, a preclusão da atividade probatória realizada pelo acusado tem sido tema de decisões do Superior Tribunal de Justiça em casos penais, que foram selecionados nesta pesquisa, a partir de busca realizada por meio do mecanismo disponibilizado pelo Superior Tribunal de Justiça no próprio sítio eletrônico utilizando conjuntamente as palavras-chaves “processo penal” “preclusão” “prova” “defesa”, sem outros filtros ou critérios.

No Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* n.º 173.712/MG⁹², de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu pela possibilidade de desconsideração de rol de testemunhas apresentado depois do oferecimento da resposta à

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 173.712/MG. Min. Ribeiro Dantas, 22 de maio de 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=190668334®istro_numero=202203688594&peticao_numero=202300319456&publicacao_data=20230526>. Acesso em: 21 jun. 2023.

acusação, “visto que o momento correto para apresentação das mesmas é na resposta à acusação, e, tendo esta já ocorrida, configura-se então a preclusão temporal”.

Igualmente, no julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 159.548/PR⁹³, em 2022, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça confirmou, por unanimidade, o indeferimento do requerimento de inquirição de testemunhas arroladas em complemento às testemunhas que haviam sido indicadas na resposta à acusação, afirmando que a propositura do meio de prova testemunhal estava temporalmente preclusa.

Ainda, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 170.058/MT⁹⁴, em 2022, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou caso em que acusado havia proposto meio de prova documental posteriormente à própria manifestação tempestiva sobre as testemunhas e as demais provas que pretendia produzir no julgamento do caso em plenário pelo Tribunal do Júri (art. 422 do Código de Processo Penal). No caso, por unanimidade, foi decidido pelo aperfeiçoamento da preclusão consumativa e da preclusão temporal, sob o argumento de que “o pedido da defesa foi formulado não apenas fora do prazo legal, mas também depois de já exercida referida faculdade processual”.

Com relação à propositura e produção de meio de prova testemunhal posteriormente à instrução do processual, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 168.618/MS⁹⁵,

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Agravo em Recurso Extraordinário no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n.º 159.548/PR. Min. Humberto Martins, 21 de junho de 2022. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200158594&dt_publicacao=30/06/2022>. Acesso em: 21 jun. 2023.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus* n.º 170.058/MT. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 13 de setembro de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202709850&dt_publicacao=19/09/2022>. Acesso em: 21 jun. 2023.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus* n.º 168.618/MS. Min. Laurita Vaz, 4 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>

também em 2022, relatado pela Ministra Laurita Vaz, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela inexistência de cerceamento de defesa e pelo aperfeiçoamento da preclusão quanto à pretensão de reinquirição da vítima, tendo em vista que proposta depois de encerrada a instrução e depois de consumada a fase das diligências probatórias complementares (art. 402 do CPP).

Essa exposição, meramente ilustrativa e exemplificativa, de decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstra a replicação do que foi projetado para o processo civil, que é inaplicável no processo penal, reforçando a relevância do proposto neste artigo, que se destina a contribuir por meio de ponto de vista embasado na teoria constitucional relativa a princípios que regem o processo penal para as discussões que podem vir a aprimorar o entendimento jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo pretendeu responder ao seguinte problema de pesquisa: em que medida a preclusão pode atingir a atividade probatória das partes no processo penal? Para responder ao problema proposto, a pesquisa apresentou a preclusão, conforme projetada para o processo civil, bem como tratou das hipóteses de preclusão em princípio aplicáveis à atividade probatória das partes no processo penal, verificando, ao final, as implicações próprias do sistema processual penal em relação às regras preclusivas.

A preclusão tem por finalidade permitir o desenvolvimento ordenado do processo, garantindo a superação das fases processuais em direção ao provimento jurisdicional final ao exigir que a realização de atos processuais ocorra no momento determinado e comportando uma ideia de perda de oportunidade e desvantagem processual.

Conforme concebida para o processo civil, no processo penal, a preclusão consumativa poderia atingir a propositura do meio de prova testemunhal, bem como impedir a reprodução de um meio de prova. Já

GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202347215&dt_publicacao=10/10/2022>. Acesso em: 21 jun. 2023.

a preclusão temporal poderia ocorrer quando houver decurso de prazo específico e determinado para a realização do ato probatório (preclusão temporal por prazo) ou pelo encerramento da fase da instrução probatória (preclusão temporal por fase), de modo que, inexistindo prazo determinado para a prática do ato, as partes, indistintamente, poderiam propor e produzir meios de prova até imediatamente antes dos debates finais (alegações finais), considerando o rito comum ordinário previsto na legislação processual penal brasileira.

Mas o processo penal tem pressupostos, fundamentos e objeto diversos do processo civil e o ordenamento jurídico brasileiro conta com o princípio constitucional da presunção de inocência e o direito fundamental à ampla defesa, os quais, em conjunto, distribuem tratamento distinto entre quem deduz pedido condenação e quem está sujeito a ele, razão pela qual pode ser considerada inadequada a importação da ideia de preclusão para a atividade probatória realizada pela pessoa acusada.

Respondendo ao problema de pesquisa proposto, e confirmando a hipótese apresentada, a pesquisa revelou que o princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa impedem o reconhecimento da preclusão em relação à atividade probatória desenvolvida por quem está sujeito ao processo penal.

REFERÊNCIAS

- ALEX Y, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal* [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.131>

CARAZO, Belén Ureña. La verdad de los hechos como “conditio sine qua non” de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de Mexico, v. 49, n. 146, 2016, p. 281-304. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2016.146.10513>

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. 3. ed. Tradução de José Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

DIAS, Fernando Gardinali Caetano. *Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. <http://dx.doi.org/10.11606/d.2.2018.tde-17092020-145721>

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 290.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008, p. 29-55.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 81-128, jan./mai. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.130>

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Efeitos da preclusão “pro judicato” no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 810, p. 458-471, abr. 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício

Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JACOB, Muriel Amaral; NOVAIS, Fabrício Muraro. A verdade e o contraditório: notas para uma gestão dialógico-aproximativa da prova processual penal. *Direito Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 44, p. 287-308, jan./jun. 2021. <http://dx.doi.org/10.30899/dfj.v15i44.769>

KREMENS, Karolina; JASINSKI, Wojciech. Editorial do dossiê “Admissibilidade da prova no processo penal: entre a busca pela verdade, os direitos humanos e a eficiência do procedimento”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, v. 7, n. 1, p. 15-42, jan./abr. 2021. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.537>

LEITE, Luciano Marques. O conceito de lide no processo penal: um tema de teoria geral do processo. *Justitia*, São Paulo, n. 70, p. 181-195, jul./set. 1970.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1951.

RUBIN, Fernando; SILVA, Gustavo Mascarello. A prevalência da segurança jurídica no âmbito do processo justo: possibilidade de mitigação da preclusão em favor do direito fundamental à prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, ano 11, p. 94-121, set./dez. 2017. <http://dx.doi.org/10.12957/redp.2017.31691>

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 1, p. 189-234, jan./abr. 2022. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.685>

TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.136>

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Os momentos probatórios no direito processual penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, p. 779-807, jan./dez. 2011/2012. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v106i106-107p779-807>

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 3. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 2, p. 695-721, ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369430012>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. 2008. Tese (Livre-docente). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, cap. IV, p. 297-368.

Authorship information

Gisele Mara De Oliveira. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Docente no curso de Direito da Faculdade Maringá. Advogada. giselem.oliveira@hotmail.com

Samia Saad Gallotti Bonavides. Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Paraná. Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Graduada em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Docente no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. samia@uenp.edu.br

Luiz Gustavo Giuriatto Ferraco. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário do Espírito Santo. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo. Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. gustavoferraco@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Gisele Mara De Oliveira:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

- *Samia Saad Gallotti Bonavides*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Luiz Gustavo Giuriatto Ferrazo*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 20/10/2023
- Desk review and plagiarism check: 10/11/2023
- Review 1: 03/12/2023
- Review 2: 16/12/2023
- Review 3: 01/01/2024
- Transfer to V10N2: 20/01/2024
- Preliminary editorial decision: 17/03/2024
- Correction round return: 07/04/2024
- Final editorial decision: 19/04/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (BVM)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

OLIVEIRA, Gisele M.; BONAVIDES, Samia S. G.; FERRAÇO, Luiz Gustavo G. Reflexões sobre a preclusão do direito de provar no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e931, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.931>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


O caso Yara Gambirasio e a (im)possibilidade da coleta de material genético em massa da população brasileira

The Yara Gambirasio case and the (im)possibility of mass collection of genetic material from the brazilian population

Cinthia Obladen de Almendra Freitas¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba, PR, Brasil
cinthia.freitas@pucpr.br


 <http://lattes.cnpq.br/1058846722790485>

 <https://orcid.org/0000-0002-7015-094X>

Rafael Junior Soares²

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Londrina, PR, Brasil
rafael@advocaciabittar.adv.br


 <http://lattes.cnpq.br/7645805665092232>

 <https://orcid.org/0000-0002-0035-0217>

Raissa de Cavassin Milanezi³

Centro Universitário de Tecnologia de Curitiba – Curitiba, PR, Brasil
raissadcm@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7079660890731850>

 <https://orcid.org/0000-0003-1108-8266>

RESUMO: O caso Yara Gambirasio parou a comunidade de Brebiate di Sopra, na Itália, tendo em vista o desaparecimento da adolescente e a

¹ Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUCPR. Doutora em Informática Aplicada. Membro da Comissão de Direito Digital e Proteção de Dados da OAB/PR. Membro da Diretoria do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD).

² Doutor em Direito no PPGD da PUCPR. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Direito Penal na PUC/PR, Campus Londrina.

³ Mestre em Direito no PPGD da PUCPR. Pós-graduada em Ciências Criminais e em Direito, Tecnologia e Inovação com ênfase em Lei Geral de Proteção de Dados. Professora de Direito Processual Penal na UNIFATEC. Advogada.

maneira com a qual a investigação foi conduzida para localização do suspeito. A equipe de investigação coletou o material genético de mais de 22 mil moradores para então chegar à autoria de Massimo Bosseti. Analisa-se o caso e traça-se um paralelo com a legislação brasileira, que permite a coleta de DNA em prol da persecução penal, com o objetivo de responder às seguintes interrogações: (i) a legislação brasileira permite a coleta em massa de DNA para elucidação de uma investigação criminal? (ii) a legislação brasileira autoriza a coleta de prova genética com finalidade diversa da informada ao investigado? A pesquisa utilizou método dedutivo, com procedimento teórico e técnica bibliográfica e documental. Conclui-se que, no Brasil, não é possível a coleta de material genético em massa para subsidiar investigação criminal, visto ferir direitos fundamentais, Direitos Humanos e a legislação infraconstitucional em matéria penal. Além disso, tem-se que não é possível a coleta de provas pessoais maculando o consentimento do acusado, sob pena de violar o direito à não autoincriminação.

PALAVRAS-CHAVES: Dados Genéticos; Investigação Criminal; Direitos Humanos; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: *The Yara Gambirario case stopped the community of Brembate di Sopra, in Italy, due to the disappearance of a teenager and the way in which the investigation was conducted to locate the suspect's DNA. The investigation team collected the genetic material of more than 22,000 residents to then reach the perpetrator Massimo Bosseti. The case is analyzed and a parallel is drawn with Brazilian legislation, which allows the collection of DNA in favor of criminal prosecution, in order to answer the following questions: (i) does Brazilian legislation allow the mass collection of DNA to elucidate a criminal investigation? (ii) does Brazilian legislation authorize the collection of genetic evidence for a purpose other than that informed to the investigated person? The research used a deductive method, with a theoretical procedure and bibliographical and documental technique. It is concluded that, in Brazil, it is not possible to collect genetic material en masse to support criminal investigation, as it violates fundamental rights, human rights and criminal. In addition, it is not possible to collect personal evidence without the consent of the accused, due the violation of the right to non-self-incrimination.*

KEYWORDS: *Genetic Data; Criminal investigation; Human Rights; Fundamental Rights.*

INTRODUÇÃO

A temática relaciona-se ao uso do material genético em proveito da persecução penal brasileira. A utilização do perfil genético como método de identificação de autoria delitiva é adotada em diversos países desde 1985, quando o recurso tecnológico foi desenvolvido e utilizado pela primeira vez pelo geneticista Alec Jeffreys, tendo a técnica se espalhado por todo o globo. No Brasil, o material genético foi incorporado no ordenamento pátrio em 2012, por meio da Lei nº 12.654/2012.

Considerando os quase quarenta anos da introdução do perfil genético em processos judiciais no mundo, a utilização do aludido recurso tecnológico está longe de ser um consenso na comunidade jurídica, o que ocorre especialmente em razão do caráter sensível conferido ao DNA. Aqueles que defendem o uso do material genético no procedimento judicial, advogam que o perfil genético não revela qualquer informação física ou da saúde do indivíduo⁴, visto se tratar de armazenamento de DNA não codificante, bem como que a técnica confere maior segurança jurídica ao processo judicial, e que é preciso garantir a segurança pública da população.

Por outro lado, de acordo com um levantamento feito por Schiочhet, a distinção entre DNA codificante e não codificante é falaciosa, eis que muitos biólogos apontam que, com o avanço científico, o perfil genético poderá revelar informações sensíveis⁵. Aqueles que defendem pela impossibilidade de utilizar do material genético na persecução também

⁴ “(...) é preciso que fique clara a distinção entre o DNA (uma molécula que contém muitas informações) e o perfil genético (uma pequena informação extraída do DNA). O DNA como um todo pode, realmente, revelar muitas informações sensíveis, como a propensão a doenças, entre outras. O perfil genético, entretanto, é incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação do perfil genético é a individualização.” JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. *Revista Perícia Federal*, Ano IX, n. 26, p. 17-20, jun./2007-ago./2008, p. 18. Disponível em: https://apcf.org.br/wp-content/uploads/2020/06/Revista_APCF26.pdf. Acesso em: 10 abril 2024.

⁵ SCHIOCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 3, p. 518-529, set./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/5137>.

o fazem com uma série de argumentos, sendo os principais: (i) o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo; e (ii) o aumento de técnicas intrusivas de vigilância no corpo de outrem.

No Reino Unido, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu que a extração de DNA para o processo penal é admitida, desde que não se mantenha este dado sensível por período indeterminado e que, tampouco, se guarde informações de pessoas que foram absolvidas⁶. No Brasil, a temática da utilização do perfil genético no processo penal já chegou ao Supremo Tribunal Federal, mas o tema ainda está pendente de julgamento⁷.

Ainda que a temática da utilização do perfil genético no processo penal tenha sido submetida ao STF no ano de 2016, a discussão recebeu mais destaque com as alterações legislativas efetuadas pelo Pacote Anticrime em 2019 (Lei 13.964/19). A nova lei reconheceu como falta grave a recusa do apenado em fornecer seu material genético, o que é abordado no desenvolvimento do artigo para fins de compreensão do estágio de debate sobre o tema no cenário nacional.

Este estudo decorre exatamente desta problemática, com recorte nas discussões levantadas no caso Yara Gambirasio. Na mencionada investigação criminal, realizada pela polícia italiana, foi coletado o material genético de mais de 22 mil pessoas, para então se chegar ao possível autor do delito. Além disso, o material genético do suspeito foi coletado diretamente de seu corpo sem a sua cientificação. Em razão disso, o artigo é estruturado de maneira a tratar o caso Yara Gambirasio por intermédio do divulgado pelos veículos de comunicação italiano, para, posteriormente, explicar os contornos jurídicos voltados à coleta de DNA nas hipóteses de investigação e de identificação criminal, de acordo com a legislação brasileira.

⁶ EUROPE COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of S. and Marper v. The United Kingdom. Disponível em: <https://rm.coe.int/168067d216>. Acesso em: 27 abril 2024.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 973.837/MG – Minas Gerais. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>. Acesso em: 27 abril 2024.

No último capítulo, estabelece-se a conexão do caso Gambirasio com a legislação nacional, para então responder a dois problemas de pesquisa, quais sejam: (i) A legislação brasileira permite a coleta em massa de DNA para elucidação de uma investigação criminal? (ii) A legislação brasileira autoriza a coleta de prova genética com finalidade diversa da informada ao investigado? Para isso, foi aplicado o método dedutivo, com procedimento teórico e técnica bibliográfica e documental.

Frisa-se que a menção do caso Gambirasio foi utilizada como meio de contextualizar o problema de pesquisa, bem como para apontar de que forma surgiram as interrogações que fundamentaram este estudo. O artigo, ao não abordar ou enfrentar questões envolvendo a legislação italiana, não consultou os autos judiciais, justamente porque o problema de pesquisa não perpassa por isso.

A pesquisa reveste-se de importância, uma vez que resta configurada a impossibilidade de coleta de material genético em massa da população brasileira, para subsidiar uma investigação criminal, visto ferir direitos fundamentais, Direitos Humanos e a legislação infraconstitucional em matéria penal.

1. O CASO YARA GAMBIRASIO

O caso Yara Gambirasio ficou extremamente conhecido na Itália, eternizado no mundo do streaming com a Netflix, que lançou o filme Yara, no ano de 2021. A obra cinematográfica, baseada em fatos, apresenta a história de uma adolescente que desapareceu em 26 de novembro de 2010, quando caminhava em direção ao ginásio de esportes localizado na cidade de Brembate Di Sopra, na Itália. O corpo da adolescente foi encontrado três meses após o desaparecimento, com lesões na cabeça e no corpo, provocadas por uma pedrada e por seis facadas⁸.

O filme demonstra a busca pela polícia por provas da autoria do fato criminoso. Os noticiários divulgaram que a investigação foi uma

⁸ Ressalta-se, mais uma vez, que a transcrição fática do caso ocorreu mediante a análise de informações veiculadas pela mídia local, pois os pesquisadores não tiveram acesso aos autos judiciais. A exposição do caso Gambirasio apenas foi feita para contextualizar o problema de pesquisa.

tarefa difícil para polícia, eis que o corpo da ofendida ficou submetido a condições não favoráveis do tempo, do ambiente e do próprio processo de degradação do cadáver. Contudo, após a inspeção do corpo da vítima com luz forense, localizou-se nas vestes inferiores a presença de alelos não relacionados à vítima⁹.

Ao confrontar o perfil masculino biométrico localizado pela perícia com a base de dados do Estado, o perfil do investigado não foi encontrado, quando então a Promotoria do caso decidiu realizar uma coleta em massa daqueles que residiam próximos à cena do crime.

Após a coleta de material genético de parte da população que residia próxima à cena do crime, a polícia coletou a amostra de um homem chamado Damiano Guerinoni, parente próximo do autor do fato. Em investigação, a polícia descobriu que a mãe de Guerinoni havia trabalhado como empregada doméstica na casa da família Gambirasio. Porém, a mulher não cooperou com as investigações e durante todo esse período, mais material genético era coletado da população local.

Algum tempo depois, a polícia recriou a árvore genealógica de Guerinoni, descobrindo que o pai de Damiano Guerinoni tinha um irmão, Giuseppe, que havia morrido em 1999¹⁰. Ao visitarem a viúva de Giuseppe no ano de 2011, os investigadores encontraram selos que haviam sido lambidos pelo falecido, os quais identificaram Giuseppe como genitor do autor do homicídio de Yara. Contudo, realizado o confronto genético nos filhos sanguíneos de Giuseppe, os dois filhos homens não tiveram compatibilidade integral com a amostra genética coletada na vítima, o que levou a polícia a trabalhar com a hipótese de que Giuseppe havia tido um filho fora do casamento¹¹.

⁹ STAITI, Nicola; GENTILE, Fabiano; PILLI, Elena; LAGO, Giampietro. The Yara Gambirasio case: Collection strategy and mass screening used to find the perpetrator DNA in a difficult scenario. Disponível em: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S1875176819300915>. Acesso em 03 out. 2022.

¹⁰ JONES, Tobias. The murder that has obsessed Italy. *The Guardian*. Europa, 8, janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/08/-sp-the-murder-that-has-obsessed-italy>. Acesso em 03 out. 2022.

¹¹ JONES, Tobias. The murder that has obsessed Italy. *The Guardian*. Europa, 8, janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/08/-sp-the-murder-that-has-obsessed-italy>. Acesso em 03 out. 2022.

Após a referida descoberta e com a finalidade de localizar o homem suspeito, a coleta de amostras de DNA ocorreu em mulheres idosas, que poderiam ser a genitora do autor do homicídio de Yara, já que Giuseppe tivera um relacionamento extraconjugal. Depois disso, descobriu-se a pessoa de Ester Arzuffi, que havia se relacionado com o pai do suspeito e tinha tido dois filhos homens. A amostra da Ester Arzuffi já estava inserida no sistema italiano, e apenas não fora confirmada antes em face de erro do geneticista responsável, que comparou a amostra de Arzuffi com Yara. Ester Arzuffi tivera dois filhos, um rapaz que à época dos fatos possuía 42 anos, laborava como pedreiro e residia próximo da cidade de Yara¹², a polícia tinha então um suspeito.

Em razão dos testes em massa, da confirmação genética dos genitores, a polícia italiana montou um bloqueio em uma estrada, sob o argumento de que estariam realizando testes de bafômetro, ocasião em que abordaram Massimo Bossetti, que fez o teste e soprou o equipamento que media o índice de alcoolemia no sangue. Do equipamento, a polícia coletou a amostra de DNA do suspeito, que foi compatível com o material genético encontrado no corpo de Yara¹³.

De tal caso se extrai dois problemas que poderiam ser contestados na ótica da legislação brasileira, quais sejam: (a) a coleta em massa de dados genéticos; e (b) a coleta de prova com finalidade diversa daquela informada ao acusado, os quais serão analisados nos tópicos subsequentes.

3. COLETA DE DNA PARA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

De início, antes de tratar especificamente da legislação brasileira vigente, é importante compreender que as novas tecnologias devem ser integradas ao processo penal. No entanto, a adoção de recursos técnicos

¹² JONES, Tobias. The murder that has obsessed Italy. *The Guardian*. Europa, 8, janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/08/-sp-the-murder-that-has-obsessed-italy>. Acesso em 03 out. 2022.

¹³ JONES, Tobias. The murder that has obsessed Italy. *The Guardian*. Europa, 8, janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/08/-sp-the-murder-that-has-obsessed-italy>. Acesso em 03 out. 2022.

e científicos deve necessariamente ser compatibilizada com os direitos fundamentais do cidadão,¹⁴ como explica Vinicius Vasconcellos:

(...) nova legislação apresenta questões passíveis de pertinentes críticas, inclusive quanto à sua constitucionalidade, além de conter lacunas que podem ocasionar graves violações a direitos fundamentais. Assim, não se pode sustentar que o direito processual penal fique alheio às novas tecnologias, como os exames de DNA, mas tais inovações precisam ser reguladas de modo compatível com um processo penal democrático constitucionalmente orientado. O poder punitivo precisa ser constantemente limitado e criticado, sob pena de uma expansão sem limites da arbitrariedade e do autoritarismo.¹⁵

Em âmbito penal brasileiro, a coleta de material genético para subsidiar uma investigação criminal tem previsão legal em duas legislações, quais sejam: (i) Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e a (ii) Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/09).

Na Lei de Execução Penal (LEP) a matéria está disciplinada no art. 9º-A, que ganhou nova redação após a promulgação do Pacote Anticrime. A LEP prevê que o condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

Ainda segundo a legislação, a amostra colhida se presta para o fim exclusivo de identificação do perfil genético, não estando autorizadas

¹⁴ Nesse sentido, tem-se que a adoção de recursos tecnológicos não podem ser incorporados no Processo Penal de forma acrítica, com a máxima de que recursos biométricos e genéticos são eficientes, imparciais e irrefutáveis. MILANEZI, Raissa de Cavassin. *Banco de Perfil Genético e Multibiométrico desde a perspectiva da proteção de dados pessoais e do Pacote Anticrime*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2024.

¹⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 110, p. 329-366, Set-Out/2014.

as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar¹⁶. Entretanto, a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação de perfil genético constitui falta grave na execução da pena, o que acaba por interferir na progressão de regime e na aplicação de benefícios ao apenado, nos termos do estipulado no § 8º, do art. 9-A, da LEP¹⁷.

Nota-se que a referida alteração legislativa atribui caráter compulsório ao fornecimento de material genético, já que o não fornecimento do DNA resultará em uma punição ao preso. Em outras palavras, trata-se de uma ameaça ao apenado, que ao se recusar a fornecer dados genéticos de seu corpo perderá benefícios típicos do procedimento de execução da pena. Entende-se que este dispositivo é incompatível com a Constituição Federal, vez que afronta a garantia da não autoincriminação e ainda pode prolongar a saída do apenado do sistema prisional.

Tal entendimento está em consonância com a posição da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que em manifestação no Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, argumentou que o art. 9-A, da LEP, viola a garantia constitucional contra a autoincriminação forçada. Segundo o ente, o dispositivo prolonga a saída do preso, que deve optar

¹⁶ O objetivo da fenotipagem é dizer como é a aparência do indivíduo, a exemplo, altura, características do crânio, olhos e do cabelo, idade, sexo e outras características individuais. CERQUEIRA, Caio Cesar. Viabilidade de predição de fenótipos humanos na prática da genética forense: aspectos técnicos e jurídicos. In: SCHIOCCHE, Thaise; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil: práticas periciais e impactos jurídico-sociais. V. I. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 31-51.

¹⁷ Acerca de tal alteração do art. 9º-A, § 8º, da LEP, advinda com o Pacote Anticrime, a doutrina diverge na temática. Para Cambi e Porto, por exemplo, a tipificação da falta grave é pertinente. CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Pacote Anticrime e Banco de Perfis Genéticos. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda. *Pacote Anticrime: volume II*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021, p. 180. Em sentido oposto, para Ávila e Corazza, a alteração legislativa demonstra o caráter coercitivo da coleta de DNA, o que acaba por violar a Constituição Federal, o direito à privacidade e força o investigado a produzir provas contra si. ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antônio. Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019, artigo por artigo – incluindo a rejeição de vetos*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 98-120, p. 170.

pelo exercício do direito fundamental ou permitir que seu material genético seja recolhido¹⁸.

Em contraponto, para Cambi e Porto, a tipificação da falta grave é correta¹⁹. Aqueles que defendem pela manutenção do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e pela aplicação da falta grave como meio de punição pelo não fornecimento, o fazem com fundamento na segurança pública, defendendo a razoabilidade em punir aquele que se recusa a fornecer seu material genético²⁰.

Entretanto, o entendimento que homenageia a Constituição Federal e os Direitos Humanos é aquele que reconhece como inconstitucional a tipificação da falta grave elencada no artigo 9-A, da LEP, na medida em que (i) o apenado não é obrigado a fornecer provas contra si mesmo e o BNPG tem por objetivo a prospecção para investigações futuras. É evidente que o material corporal será utilizado como fonte de prova para outros procedimentos além daquele em que originalmente foi colhido – essa inclusive é a razão da existência do Banco, a de auxiliar investigações futuras.

A entrega de amostra biológica para confecção do perfil genético, ainda que por técnica indolor, é uma espécie de prova ativa produzida pelo investigado. Acerca da participação ativa do investigado no fornecimento de provas, o STF, no Habeas Corpus nº 83.096/RJ, reconheceu o direito de o investigado não fornecer amostra de sua voz para perícia que entende lhe ser desfavorável²¹. A Corte decidiu que o direito à não autoincriminação

¹⁸ Habilitação processual como *amicus curiae* e concessão de tutela provisória de urgência cautelar incidental da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 973.837/MG – Minas Gerais*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>. Acesso em: 20 abril 2024.

¹⁹ CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Pacote Anticrime e Banco de Perfis Genéticos. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda. *Pacote Anticrime*: volume II. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021, p. 180.

²⁰ Nesse sentido, para Nucci, a tipificação da falta grave pelo não fornecimento de material genético é razoável. NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime comentado*: Lei 13.964. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 97.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 Turma). Habeas Corpus nº 83.096/RJ – Rio de Janeiro. Habeas Corpus perícia de confronto de voz em gravação

permite que o investigado não forneça os próprios padrões vocais para perícia. Ora, sendo esse o entendimento para dado biométrico (voz), por coerência, deverá ser o mesmo para o genético, que revela informações evidentemente mais sensíveis em comparação com àquele.

Em contrapartida, em 2017, o Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 407.627,²² de relatoria do Ministro Felix Fischer, entendeu que a coleta de material biológico para identificação do perfil genético não viola o princípio da presunção de inocência e a não autoincriminação, na ocasião em que a pessoa já foi condenada, o que, em outras palavras, é admitir a coleta compulsória do material genético, bastando o marco temporal do “trânsito em julgado”. Contudo, tal entendimento não observa que o objetivo do Banco Genético é justamente o de subsidiar investigações futuras, razão pela qual se entende como desacertado. É certo, entretanto, que a matéria ainda será decidida pelo STF no Recurso Extraordinário nº 973.837.

Desta forma, “a edição da norma que obriga o condenado a realizar extração de seu material genético apresenta-se como tema extremamente complexo e de intensa controvérsia doutrinária, uma vez que ofende o princípio da não autoincriminação”²³, violando a intimidade, privacidade e a autonomia de vontade do cidadão.

No que tange à Lei de Identificação Criminal, a coleta de DNA poderá ocorrer tanto para identificação civil daquele que não for civilmente identificado, quanto na hipótese em que a identificação criminal for essencial às investigações policiais, mediante despacho da autoridade

de escuta telefônica. Relatora: Min. Ellen Gracie, 12 dez. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>. Acesso em: 20 abril 2024.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 407.627. Habeas Corpus para coleta de DNA. Relator: Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%28+%28%28H-C+E+407627%29.NOME.%29..PART.%29%29+E+%2215503+82774760%22.COD.&thesaurus=&p=false&operador=E>. Acesso em: 20 abril 2024.

²³ DAGUER, Beatriz; SARTORIO; Anna Beatriz Ramos da Silva; SOARES, Rafael Junior. A extração compulsória do DNA prevista no art. 9-A da Lei de Execução Penal: uma análise dos avanços tecnológicos frente às garantias constitucionais do indivíduo. In: MARANHÃO, Douglas (Coord.). *Lei de Execução Penal*. Londrina: Editora Thoth, 2023, no prelo.

judiciária, que decidirá de ofício ou por representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, consoante o contido no art. 3º, IV, da Lei 12.037/2009.

No entanto, ainda que a Lei de Identificação Criminal estabeleça a possibilidade de coleta de material genético para identificação do civilmente não identificado, se o material genético foi colhido com base em tal finalidade – a de identificar alguém - ele não poderá ser destinado para finalidade diferente daquela vinculada na determinação judicial – identificação da autoria delitiva - sob pena de violação ao princípio da vinculação finalística. Sobre o tema, Gleizer, Montenegro e Viana explicam que tal princípio, típico da proteção de dados, associa o tratamento do dado coletado com a finalidade inicial que condicionou aquele tratamento²⁴. Assim, entende-se pela aplicação deste princípio na temática aqui abordada. Exemplificando, se o material genético foi colhido com a finalidade A, ele não poderá ser utilizado para finalidade B, sob pena de ofensa ao direito fundamental à proteção de dados.

Segundo Queijo, a Lei de Identificação Criminal, por vezes, acaba mascarando um procedimento investigativo, já que permite que os dados coletados com fundamento nesta lei também sejam utilizados como elemento probatório²⁵. Diante disso, a situação descrita pode ocasionar vício no consentimento do titular do dado genético.

Outro ponto de destaque refere-se à proteção dos dados genéticos. A Constituição Federal, por intermédio da emenda nº 115/2022, tratou a proteção de dados entre o rol dos direitos fundamentais²⁶. Contudo, o Brasil não conta com uma legislação específica para proteção de dados

²⁴ GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 35.

²⁵ Na íntegra, dispõe a autora que: “ou seja, a finalidade não é a identificação criminal, como se sugere na Lei, mas a comprovação de autoria/participação em delito. A finalidade é inegavelmente probatória. Pretende-se, por meio da coleta desse material, realizar perícia.” QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio do nemo tenetur se detegere e a coleta do material genético: identificação criminal ou colaboração na produção de prova? Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. São Paulo, 02 set. 2013. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5857/>. Acesso em: 30 abril 2024.

²⁶ BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.

em âmbito penal, o que não é um impeditivo para o aumento expressivo da captura de dados genéticos. Prova disso é que, em maio/2019, antes da aprovação do Pacote Anticrime, havia 30.809 amostras genéticas no BNPG. Já em maio/2022, os dados saltaram para 153.111, representando um crescimento de 496,9%²⁷.

Em consulta via Lei de Acesso à informação, realizado por Milanezi,²⁸ o Ministério da Justiça e Segurança Pública, ao ser questionado sobre tentativas de acesso externo ao BNPG, respondeu que não é possível divulgar a informação por se tratar de tema sob sigilo. Portanto, a preocupação com a proteção dos dados genéticos é um dos fatores que precisa ser sopesado com a utilização do BNPG, que rapidamente capta mais dados, o que torna a discussão ainda mais intensa, haja vista que o material genético pode revelar informações do acusado e de seus familiares.

Ainda, tem-se que não é legítimo utilizar do simples argumento do combate à criminalidade para captura indiscriminada dos dados genéticos da população brasileira. Na justificação do Pacote Anticrime, por exemplo, a segurança pública foi a principal motivação para a coleta deste dado e para criação do Banco Multibiométrico²⁹. Sérgio Moro, quando do protocolo do Pacote, argumentou que a aprovação era necessária, eis que era preciso distinguir pessoas de bem de meliantes³⁰. Todavia, o

²⁷ Gráfico 1 - Crescimento do número total de perfis genéticos no BNPG. BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos: XVI Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. Brasília, maio/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg>. Acesso em: 03 out. 2022.

²⁸ MILANEZI, Raissa de Cavassin. *Banco de Perfil Genético e Multibiométrico desde a perspectiva da proteção de dados pessoais e do Pacote Anticrime*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2024.

²⁹ MILANEZI, Raissa de Cavassin; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *A mesclagem de dados eleitorais em proveito do Banco Multibiométrico: Lei de Identificação Penal e Proteção de Dados pessoais*. In: FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; CASTRO, Matheus Felipe de. *Direito Penal, Processo Penal e Criminologia*. XI Encontro Internacional do Conpedi Chile - Santiago. Florianópolis, 2022.

³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Mensagem nº 50. *Projeto de Lei nº 882/2019*. Senador Fernando Moro. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL%20882/2019. Acesso em: 27 abril 2024.

discurso do combate à criminalidade de tudo aceita, sobretudo em um país que vive do populismo penal.³¹ Assim, é preciso ponderar sobre a legitimação do Estado para submeter os cidadãos à vigilância constante, com a “digitalização” de seus corpos. A vigilância constante, por si só, gera problemas³².

Portanto, em face do aumento exponencial do uso do material genético, bem como do histórico de falha do Estado na proteção de direitos fundamentais, não se pode negar que a desconfiança no tocante ao “(ab)uso acerca do material genético do identificado é questão relevante e que deve ser apreciada com cautela”³³, somado ao fato de que o Estado brasileiro, ao ser formalmente questionado sobre eventuais acessos externos aos dados do Banco de Perfil Genético, opta por não responder o questionamento, conforme mencionado acima, o que certamente não contribui para uma política de proteção de dados sensíveis.

4. A COLETA DE DNA E OS DIREITOS HUMANOS

O genoma humano foi protegido de forma universal pela Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos da UNESCO, em 1997, que logo em seu artigo primeiro anuncia que o genoma humano “subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade”³⁴.

³¹ PRATT, John. *Penal Populism*. London: Routledge, 2007, p. 5-30.

³² Segundo Wolter, “diante da bandeira do “combate” à criminalidade organizada, não são mais levantadas questões sobre a legitimação do Estado para submeter os cidadãos à vigilância sem qualquer ensejo para investigação. WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alaar Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 161.

³³ BORRI, Luiz Antonio; NORONHA, Gustavo Noronha de. Capítulo 5 – Lei de Execução Penal - 7.210/84. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 105.

³⁴ Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-genomadh.pdf>. Acesso em: 03 out. 2022.

Além da proteção do genoma, o Estado moderno reconhece o direito de defesa, integridade física, privacidade, proteção de dados e os direitos de personalidade como direitos fundamentais. Na perspectiva constitucional e na Convenção Americana de Direitos Humanos, o direito de não produzir prova contra si mesmo também possui proteção jurídica, dispostos, respectivamente, no art. 5º, LXIII e art. 8º, seção 2, g.

Dito isso, a manutenção dos bancos de dados de perfis genéticos, tanto de investigados quanto de condenados, “está indissociavelmente conectado ao dever de confidencialidade sobre essas informações como corolário dos direitos fundamentais à intimidade genética e à proteção dos dados genéticos”³⁵.

O direito à não autoincriminação encontra-se expressamente previsto nos diplomas legais, produzindo importantes efeitos em julgados nacionais, que o tratam como direito subjetivo do investigado/acusado, conforme decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal (HC nº 79.812/SP³⁶; HC nº 93.916/PA³⁷; RHC 122.279³⁸; HC nº 99.289/RS³⁹)⁴⁰.

Por exemplo, no caso do bafômetro, a Corte Suprema reconheceu que o investigado não é obrigado a se submeter ao teste e a negativa não pode ser utilizada em seu prejuízo, vedando a polícia exercer qualquer tipo de pressão física ou mental para o fim de obter informação do suspeito ou de testemunhas, conforme Manual de Formação em Direitos

³⁵ SOUZA, Rosane Feitosa de; SOUZA, Hudson Fernandes de. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 165, p. 159-185, Mar/2020.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 79812, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2000.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93916, Relator(a): Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 122279, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99289, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009.

⁴⁰ DAGUER, Beatriz; SARTORIO; Anna Beatriz Ramos da Silva; SOARES, Rafael Junior. A extração compulsória do DNA prevista no art. 9-A da Lei de Execução Penal: uma análise dos avanços tecnológicos frente às garantias constitucionais do indivíduo. In: MARANHÃO, Douglas (Coord.). *Lei de Execução Penal*. Londrina: Editora Thoth, 2023, no prelo.

Humanos para Forças Policiais da ONU – o que se discutiu nos últimos anos foi se a multa dada ao motorista que recusa fazer o teste do bafômetro é válida, tendo a Corte Suprema decidido, neste ponto, não haveria inconstitucionalidade⁴¹.

De tais enunciados e do precedente do bafômetro se observa, em um primeiro momento, que o sujeito que responde a uma investigação criminal não está obrigado a produzir provas contra si mesmo ou a colaborar com o processo, de igual forma. O acusado não é e não pode ser obrigado a fornecer seu material genético. Nesse sentido, tem-se que “o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc.”⁴²

Como não há qualquer consequência quanto ao silêncio do réu no interrogatório, “deve ser a mesmo quando a pessoa se nega a fornecer material para exames periciais, como exame de sangue, ou exame de DNA, pois, em sendo um corolário constitucional a presunção de inocência, passa-se a obrigação de provar o alegado à acusação”⁴³.

A doutrina, a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e do direito à não autoincriminação, aduz que existiria óbice quanto à execução coercitiva das intervenções corporais, exceto se o material já estiver desintegrado do corpo humano, visto que naquela hipótese haveria violência física ou moral contra o acusado⁴⁴. Ainda na mesma perspectiva, caso o sujeito se recuse em fornecer material

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1224374. Não viola a Constituição a previsão legal de imposição das sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recuse à realização dos testes, exames clínicos ou perícias voltados a aferir a influência de álcool ou outra substância psicoativa (art. 165-A e art. 277, §§ 2º e 3º, todos do Código de Trânsito Brasileiro, na redação dada pela Lei 13.281/2016). Relator: Min. Luiz Fux, 19 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5742361>. Acesso em: 03 out. 2022.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. p. 42.

⁴³ MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Leticia Pereira; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Banco de dados genético e o princípio nemo tenetur se detegere. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 161, p. 75-99, Nov/2019.

⁴⁴ CARVALHO, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, nemo tenetur se detegere e inovações tecnológicas: é o fim do direito de

genético, isso não pode ser utilizado em seu prejuízo para fundamentar eventual decreto condenatório ou para justificar a tipificação no crime de desobediência⁴⁵, sob pena de violar o art. 5º, LVI, da Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.

Além disso, em um caso ocorrido no Brasil, em que o deputado estadual Carli Filho foi acusado de homicídio ocorrido no trânsito, reconheceu-se que a extração de sangue do sujeito que se encontra hospitalizado, ou seja, inconsciente, para verificar o índice de alcoolemia é ilícita⁴⁶.

Assim como no caso paradigma, a pessoa que tem seu material biométrico ou genético retirado para subsidiar uma investigação criminal, deve ser informada e consentir com a prática do ato, entendendo-se que consciente se refere à capacidade de consentir/permitir que algo seja feito. No tocante à extração de material biométrico, deverá ocorrer por método indolor, conforme já entendido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Van der Velden Contra Holanda, sob pena de ofensa à integridade física⁴⁷.

Ao ponderar o fato de que no caso Yara a polícia mentiu que estava realizando uma espécie de blitz para prender pessoas que dirigiam embriagadas e então coletar o dado genético do suspeito por meio da saliva, tal prática investigativa, caso fosse adotada no Brasil, violaria o direito de não produzir provas contra si mesmo e ofenderia a integridade física, à intimidade e o dever de informação que o Estado tem para aquele que está na posição de investigado.

não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. p. 42.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 342512. Habeas Corpus. Sucedâneo Recursal. Inadmissibilidade. Homicídio ocorrido no trânsito. Ilegalidade do teste de alcoolemia realizado no réu inconsciente. Exclusão da denúncia de referência a tal prova, considerada ilícita. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 15 de março de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=CARLI+FILHO&b=ACOR&p=true&tp=T>. Acesso em: 04 out. 2022.

⁴⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Van der Velden v. The Netherlands. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-78858%22%5D%7D>}. Acesso em: 29 abr. 2024.

Além disso, a prática violaria o direito fundamental à proteção de dados, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2022. Tal direito dá primazia ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação informacional, sendo direito do cidadão, sendo ele investigado, acusado ou apenado, o de saber de que forma o Estado está fazendo uso de seus dados,⁴⁸ o que, segundo o entendimento dos autores, inclui o dado genético.

Os direitos fundamentais, conforme exposto por Greco, são dirigidos, primeiramente, contra o Estado, que tem um dever de abstenção⁴⁹. Assim, não pode o Estado, ainda que sob o pretexto de garantir a segurança pública, investigar alguém mediante fraude ou de forma desproporcional, inexistindo “investigação de verdade ao preço da violação de direitos fundamentais intocáveis (...) o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos permanece a condição inarredável de um processo penal eficiente e justo”⁵⁰.

O direito à não autoincriminação poderá ser relativizado desde que o investigado tenha ciência que sua postura colaborativa resulta em potencial prejuízo processual à sua esfera de liberdade. Não há como se admitir posturas veladas ou fraudulentas por parte do Estado, que deve

⁴⁸ GRECO, Luiz. O inviolável e o intocável no Direito Processual Penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência). In: WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alair Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 21-82. p. 44.

⁴⁹ GRECO, Luiz. O inviolável e o intocável no Direito Processual Penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência). In: WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alair Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 21-82. p. 22-32.

⁵⁰ WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alair Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 95.

orientar a persecução penal nos limites constitucionais, legais e éticos, sob pena de inutilização da prova que escape aos referidos parâmetros. Afinal de contas, o Estado tem o dever de abstenção e deve se abster da produção de provas ilícitas.

Entretanto, não se olvida que é admitida a extração de dados genéticos por intermédio de restos orgânicos, conforme já decidido no Supremo Tribunal Espanhol:

(...) O Supremo Tribunal espanhol considerou que os restos orgânicos livremente expulsos pelo arguido podem ser tomadas pelas autoridades policiais sem necessidade de autorização judicial por se tratar de simples medidas de controle realizadas por acaso face a um acontecimento totalmente inesperado e sem intervenção corporal. Além disso, por meio dessas medidas, nenhuma coerção é exercida e os resultados são aleatórios.⁵¹

Entendimento similar também foi adotado pelo STJ, destacando-se dois julgados, em que se entendeu pela possibilidade de coletar material biológico de escovas de dentes, talheres, copos, barbeadores e roupas íntimas, por exemplo⁵². O entendimento, seja do Superior Tribunal de Justiça brasileiro ou do Supremo Tribunal espanhol, parece coerente, mas entende-se prudente condicionar a coleta do material genético de itens descartados à autorização judicial. Admitir o contrário, seria permitir um

⁵¹ JIMINIÁN, Miguel Ernesto Valerio. *Registros de ADN y prevención del delito*. Barcelona, ES: Atelier, Libros Jurídicos, 2019. p. 104.

⁵² Em que pese o entendimento aqui adotado não seja o do STJ, em outros julgados. O STJ entendeu que o DNA pode ser obtido em objetos descartados. Por exemplo, em cigarros, copos de plástico etc. Em relação à coleta de materiais utilizados ou eliminados pelo acusado, o STJ já se manifestou: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6 Turma). Recurso em Habeas Corpus 104.516/RN – Rio Grande do Norte. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 07 fev. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201802746247. Acesso em: 19 jan. 2024. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6 Turma). Habeas Corpus n. 495.694/SP – São Paulo. Relatora: Min. Laurita Vaz, 07 mar. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201900585350. Acesso em: 19 jan. 2023.

verdadeiro devassamento na vida das pessoas, em que qualquer autoridade policial poderia, por exemplo, revirar o lixo de uma pessoa ou até mesmo, coletar a saliva de um etilômetro.

A submissão de uma perícia genética ao escrutínio judicial pode evitar o abuso no uso indevido do recurso tecnológico, já que ainda que a coleta de material genético descartado em uma bituca de cigarro, por exemplo, provoque uma intervenção no corpo do sujeito de forma mínima, ainda assim não deixa de ser uma intervenção estatal⁵³.

Conforme apontado acima, no caso Yara a polícia coletou o material do suspeito por ter-lhe informado que ele apenas participaria de um teste de bafômetro, anulando, assim, a capacidade de consentir do sujeito investigado, induzindo-o ao erro. Não há como se admitir a superação do direito de não produzir prova contra si na hipótese de a decisão tomada pelo investigado não ter sido objeto de reflexão e compreensão quanto à utilidade da prova produzida e suas consequências legais. Em sentido semelhante, “evidenciado que o investigado ou o acusado contribuiu para sua autoincriminação, induzido em erro pelo agente estatal incumbido da investigação, a consequência será a nulidade da prova”⁵⁴.

Ora, o Estado tem por dever o de fazer a devida cientificação do investigado sobre seus direitos, tal qual como apregoa o Aviso de Miranda, homenageando o direito ao silêncio, à ampla defesa e o contraditório, à presunção de inocência e, sobretudo, o direito de não autoincriminação. A obrigação do Estado de informar os direitos ao preso, até mesmo o de permanecer calado, estabelece especial âmbito de proteção, obrigando que a persecução penal tenha limites a serem respeitados, o que não se constata a partir da obtenção de DNA por meio de engodo ou fraude dos agentes estatais.

⁵³ Para Louzada, a coleta de material genético colhida em uma bituca de cigarro não implica em uma violação ao corpo da pessoa. LOUZADA, Luiza. *Bancos de Perfis Genéticos para fins de investigação criminal: reflexões sobre a regulamentação no Brasil*. 2015. 116f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais e Jurídicas). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Rio de Janeiro, 2015.

⁵⁴ BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A extração não compulsória de DNA para fins criminais e o direito ao silêncio. *Boletim do IBCCRIM*, nº. 272, julho de 2015, p. 3-5.

Em relação ao outro problema apontado no início do presente artigo, qual seja, se a legislação brasileira permite a coleta em massa de dados genéticos, tal qual como aconteceu no caso Yara, entende-se que não, isso porque, para o início das coletas de provas pessoais, exige-se requisitos mínimos de autoria e materialidade, sem olvidar que o investigado tem a discricionariedade de fornecer ou não seu material genético, não sendo obrigado a adotar postura proativa em favor da persecução penal.

Sem se ignorar que se está diante de um dispositivo de duvidosa constitucionalidade, na hipótese de determinação para coleta de material genético em desfavor de eventual investigado, isso deverá ocorrer por meio de despacho da autoridade judiciária competente, nos termos do art. 3º, IV, da Lei de Identificação Criminal, que precisará individualizar a ordem, face a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

A individualização para coleta de provas já foi alvo de análise por parte do Superior Tribunal de Justiça, que considerou ilegal a decisão judicial que autoriza busca e apreensão coletiva em residências, nos termos do habeas corpus 435.934.⁵⁵ Um dos argumentos utilizados na referida decisão foi no sentido de que a casa é asilo inviolável, não se admitindo ordem judicial genérica e indiscriminada de busca e apreensão para verificação da polícia em qualquer residência.

De igual sorte, tal raciocínio deve ser aplicado para garantir a proteção ao patrimônio genético e à vida, sendo a última protegida por vários tratados internacionais, em especial destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na eventualidade de uma busca geral de coleta de dados biométricos ser realizada, tal prova será considerada ilícita e, portanto,

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 435.937. Apuração de crimes praticados em comunidades de favelas. Busca e Apreensão em residências. Declaração de nulidade da decisão que decreto a medida de busca e apreensão coletiva, genérica e indiscriminada contra os cidadãos e cidadãs domiciliados nas comunidades atingidas pelo ato coator. Relator: Min. Sebastião Reis Junior, 20 de novembro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800269307&dt_publicacao=20/11/2019. Acesso em: 04 out. 2022.

inadmitida no processo penal, em face da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Em outras palavras, a postura adotada pela polícia italiana aproxima-se muito da pesca probatória, tendo em vista que se realiza verdadeira investigação indiscriminada. Segundo a doutrina, “uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação”⁵⁶.

Portanto, somente se admite a obtenção de DNA de pessoa concreta e individualizada, a partir de uma justa causa que autorize a intervenção judicial. Não é possível que a polícia, ainda mais de forma dissimulada, faça investigação de todos, sob pena de ofensa às regras basilares do Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

O trabalho levou em consideração o noticiado pela mídia internacional e nacional em relação ao caso Yara Gambirasio. Optou-se pela escolha do caso dada sua excepcionalidade consistente na captura em massa de dados genéticos da população italiana para desvendar a autoria do homicídio da referida adolescente.

O objetivo da pesquisa foi traçar um paralelo com o caso italiano para responder se (i) a legislação brasileira permite a coleta em massa de DNA para elucidação de uma investigação criminal? E se (ii) a legislação brasileira autoriza a coleta de prova genética com finalidade diversa da informada ao investigado?

Abordou-se ao longo do artigo as hipóteses em que a legislação brasileira admite a coleta de material genético em proveito de uma investigação criminal, bem como a discussão travada no Supremo Tribunal Federal em relação à inconstitucionalidade da coleta de material genético em proveito da persecução criminal. Apesar do tema não estar pacificado, a

⁵⁶ MELO E SILVA, Philippe Benoni. Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos da investigação. *Jota*. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>. Acesso em: 25 abr. 2022.

legislação brasileira inadmitte a coleta de provas anunciadas no problema de pesquisa, porque tal prática ofende liberdades fundamentais conquistadas ao longo da secularização, em especial o direito à não autoincriminação.

Além disso, no tocante ao recolhimento de prova genética com finalidade diversa da informada ao investigado, tal qual como ocorreu no caso Yara Gambirasio, a legislação brasileira não permite a coleta de prova obtida mediante fraude, na medida em que o investigado tem o direito de não produzir provas contra si mesmo, máxima de caráter constitucional que deve prevalecer no curso das persecuções penais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antônio. Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019, artigo por artigo – incluindo a rejeição de vetos*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v66i2.74454>

BORRI, Luiz Antonio; NORONHA, Gustavo Noronha de. Capítulo 5 – Lei de Execução Penal - 7.210/84. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A extração não compulsória de DNA para fins criminais e o direito ao silêncio. *Boletim do IBCCRIM*, nº. 272, julho de 2015.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. Pacote Anticrime e Banco de Perfis Genéticos. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda. *Pacote Anticrime: volume II*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021.

CARVALHO, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, nemo tenetur se detegere e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.

CERQUEIRA, Caio Cesar. Viabilidade de predição de fenótipos humanos na prática da genética forense: aspectos técnicos e jurídicos. In: SCHIOCCHET,

Thaise; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil: práticas periciais e impactos jurídico-sociais. V. I. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 31-51.

DAGUER, Beatriz; SARTORIO; Anna Beatriz Ramos da Silva; SOARES, Rafael Junior. A extração compulsória do DNA prevista no art. 9-A da Lei de Execução Penal: uma análise dos avanços tecnológicos frente às garantias constitucionais do indivíduo. In: MARANHÃO, Douglas (Coord.). *Lei de Execução Penal*. Londrina: Editora Thoth, 2023, no prelo.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

GRECO, Luiz. O inviolável e o intocável no Direito Processual Penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência). In: WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alaor Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. *Revista Perícia Federal*, Ano IX, n. 26, p. 17-20, jun./2007-ago./2008.

JIMINIÁN, Miguel Ernesto Valerio. *Registros de ADN y prevención del delito*. Barcelona, ES: Atelier, Libros Jurídicos, 2019. p. 104.

JONES, Tobias. The murder that has obsessed Italy. *The Guardian*. Europa, 8, janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/08/-sp-the-murder-that-has-obsessed-italy>. Acesso em 03 out. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Leticia Pereira; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Banco de dados genético e o princípio nemo tenetur se detegere. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 161/2019, p. 75-99, Nov/2019.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos da investigação. *Jota*. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>. Acesso em: 25 abr. 2022.

MILANEZI, Raissa de Cavassin. *Banco de Perfil Genético e Multibiométrico desde a perspectiva da proteção de dados pessoais e do Pacote Anticrime*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime comentado: Lei 13.964*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEIXOTO JR., Hélio; MOSCATELLI, Lívia Yuen Ngan. Lei anticrime e o banco de dados genéticos: a expansão da vigilância e a falta grave na execução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Vol. 6, n; 1, jun.2021, p. 257-258.

PRATT, John. *Penal Populism*. London: Routledge, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio do nemo tenetur se detegere e a coleta do material genético: identificação criminal ou colaboração na produção de prova? Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. São Paulo, 02 set. 2013. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5857/>. Acesso em: 30 abr. 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 3, p. 518-529, set./dez. 2013. <https://doi.org/10.14210/nej.v18n3.p518-529>

SOUZA, Rosane Feitosa de; SOUZA, Hudson Fernandes de. Da (in) constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 165, p. 159-185, Mar/2020.

STAITI, Nicola; GENTILE, Fabiano; PILLI, Elena; LAGO, Giampietro. The Yara Gambirasio case: Collection strategy and mass screening used to find the perpetrator DNA in a difficult scenario. Disponível em: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S1875176819300915>. Acesso em 03 out. 2022.

SUX BERGER, Antonio H. G.; FURTAD O, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização

de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 110, p. 329-366, Set-Out/2014.

WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alaor Leite, Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Authorship information

Cinthia Obladen de Almendra Freitas. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUCPR. Doutora em Informática Aplicada. Membro da Comissão de Direito Digital e Proteção de Dados da OAB/PR. Membro da Diretoria do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD). cinthia.freitas@pucpr.br

Rafael Junior Soares. Doutor em Direito no PPGD da PUCPR. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Direito Penal na PUC/PR, Campus Londrina. rafael@advocaciabittar.adv.br

Raissa de Cavassin Milanezi. Mestre em Direito no PPGD da PUCPR. Pós-graduada em Ciências Criminas e em Direito, Tecnologia e Inovação com ênfase em Lei Geral de Proteção de Dados. Professora de Direito Processual Penal na UNIFATEC. Advogada. raissadcm@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Os autores agradecem ao PROCAD-SPCF (Segurança Pública e Ciências Forenses) da CAPES.

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Cinthia Obladen de Almendra Freitas:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Rafael Junior Soares:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Raissa de Cavassin Milanezi:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 11/04/2023
 - Desk review and plagiarism check: 20/04/2023
 - Transfer to V10N1: 30/06/2023
 - Review 1: 02/12/2023
 - Review 2: 06/01/2024
 - Preliminary editorial decision: 11/02/2024
 - Editorial process suspended by author's request: 12/02/2024
 - Correction round return 1: 30/04/2024
 - Preliminary editorial decision: 02/06/2024
 - Correction round return 2: 04/06/2024
 - Final editorial decision: 05/06/2024
- **Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Assistant-editor: 1 (LEC)
 - Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

FREITAS, Cinthia O. A.; SOARES, Rafael Junior; MILANEZI, Raissa C. O caso Yara Gambirasio e a (im)possibilidade da coleta de material genético em massa da população brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e847, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.847>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Medidas cautelares

Preventive measures


Audiência de custódia em decorrência de cumprimento de mandado de prisão cautelar: perspectivas a partir de um estudo empírico realizado na comarca de Pelotas/RS¹

Custody hearing resulting from fulfillment of a cautionary arrest order: perspectives from an empirical study developed in the jurisdiction of Pelotas/RS

Felipe Lazzari da Silveira²

Universidade Católica de Pelotas – Pelotas, RS, Brasil

felipe_lsilveira@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5830643220329971>

 <https://orcid.org/0000-0002-2738-6914>

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o instituto da audiência de custódia, mais precisamente o procedimento realizado em decorrência de cumprimento de mandado de prisão cautelar e seu impacto nas decisões judiciais sobre o *status libertatis* do cidadão custodiado. O trabalho foi elaborado através de pesquisas bibliográfica e documental, bem como de uma investigação empírica quali-quantitativa que teve como recortes a Comarca de Pelotas/RS e o ano de 2022, e examinou decisões proferidas em audiências de custódia realizadas em casos de prisão cautelar. Com base nos dados teóricos e empíricos avaliados, a

¹ Este artigo utiliza dados obtidos pela pesquisa intitulada “Audiência de Custódia e Acesso à Justiça Penal: Perspectivas a partir da Comarca de Pelotas/RS”, desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos da Universidade Católica de Pelotas (UCPEL), trabalho que contou com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS).

² Doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS; Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS; Professor do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos e do Curso de Direito da UCPEL.

conclusão apresentada no artigo é no sentido de que a audiência de custódia é um instituto de extrema importância para a democratização do processo penal brasileiro e para a preservação dos direitos humanos e fundamentais, mas, que sua inserção no ordenamento jurídico e ampla efetivação, até o presente momento, não viabilizou a redução da decretação de prisões cautelares, especialmente preventiva, muito em razão da cultura punitivista e da racionalidade inquisitória que predominam no campo processual penal.

PALAVRAS-CHAVES: Audiência de Custódia; Prisão Preventiva; Processo Penal; Autoritarismo.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the institution of the custody hearing, particularly the procedure carried out in cases of provisional arrest and its impact on judicial decisions on the libertarian status of the citizen in custody. The work was prepared through bibliographical and documentary research, and through a qualitative-quantitative empirical investigation carried out in the jurisdiction of Pelotas/RS, which focused on hearings that took place in 2022 in cases of precautionary detention. Based on the theoretical and empirical data evaluated, the conclusion presented in the article is that the custody hearing is an extremely important institution for the democratization of the Brazilian criminal process and for the preservation of human and fundamental rights, but that its insertion into the legal system and broad implementation, to date, have not made it possible to reduce the number of prisons, especially preventive detention, largely due to the punitive culture and inquisitorial rationality that predominate in the criminal procedural area.*

KEYWORDS: *Custody Hearings; Preventive Detention; Criminal Procedure; Authoritarianism.*

INTRODUÇÃO

As discussões e os protestos provocados pela positivação da audiência de custódia pela Lei nº 13.964/2019, que alterou o artigo 310 do Código de Processo Penal Brasileiro, introduzindo o instituto no sistema processual brasileiro, evidenciaram os principais fatores que lastrearam a negligência do Estado brasileiro em efetivar esse procedimento de

cariz democrático preconizado nos pactos internacionais que ratificou³. Na ocasião, a cultura punitivista e a racionalidade inquisitória mostraram sua força.

Todavia, por mais que os empresários morais tenham tentado deslegitimar o procedimento mobilizando argumentos desarrazoados e difundido narrativas completamente distorcidas e falaciosas sobre suas

³ Em que pese o ineditismo da nomenclatura utilizada no Brasil, isto é, “audiência de custódia”, a apresentação imediata da pessoa presa ao juiz é um direito previsto no ordenamento jurídico internacional desde a década de 1960. Importante reconhecer que esse direito deveria estar sendo respeitado no Brasil no mínimo há vinte anos, quando o país ratificou o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, diplomas internacionais destinados à proteção dos direitos humanos que preconizam o procedimento. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi aprovado através do Decreto Legislativo nº 226/1991 e promulgado pelo Decreto Executivo nº 592/1992. No que tange à apresentação da pessoa presa ao juiz, estabelece em seu artigo 9.3 que: “(...) Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada através do Decreto Legislativo nº 27/1992 e promulgada pelo Decreto Executivo nº 678/1992. Sobre a audiência de apresentação, dispõe em seu artigo 7.5 que: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a 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 da posição do Supremo Tribunal Federal (Cf. Habeas corpus 90.172 e REXT nº 466.343 – STF) de que os tratados internacionais sobre direitos humanos não incorporados na forma do artigo 5º, § 3º, da Constituição da República (incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004) têm *status* de norma infraconstitucional e supralegal (que é contestada por correntes doutrinárias que entendem que os tratados sobre direitos humanos estão acima ou no mesmo patamar hierárquico da Carta Magna), bem como que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através de projetos pilotos em parceria com os Tribunais Estaduais, conseguiu colocar em prática o procedimento antes mesmo de sua positivação, conclui-se que a morosidade na ampla efetivação do instituto é injustificável.

finalidades (por exemplo: que ele serviria para frustrar ações policiais, promover um tratamento leniente aos “delinquentes” e fomentar a impunidade), hoje, resta claro que não existiam motivos jurídicos, técnicos ou operacionais plausíveis capazes de justificar o atraso na sua inserção (SILVA, 2018, p. 46).

Inobstante a previsão da audiência de custódia nos tratados firmados pelo Brasil e a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à natureza jurídica e à posição hierárquica dos diplomas internacionais que versam sobre os direitos humanos, até bem pouco tempo prevalecia o entendimento de que a simples comunicação por escrito da prisão ao juiz competente seria suficiente para atestar a legalidade da prisão. Visivelmente, negava-se a vigência das normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos em nome de um procedimento estruturalmente precário afastado do prisma processual acusatório (MELO, 2021. p. 144).

Apesar do atraso e dos protestos infundados, a introdução da audiência de custódia no ordenamento brasileiro representou um passo importante na direção da democratização do processo penal. O procedimento alinha-se à perspectiva da proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (OLIVEIRA et al., 2015; TÓPOR; NUNES, 2015; ZERBINI, 2017; COSTA, 2019), pois, ao possibilitar a apresentação imediata do cidadão preso (o que antes ocorria somente meses após a prisão), momento em que devem ser procedidas a avaliação das circunstâncias da detenção e a identificação da prática de maus-tratos ou da tortura, demonstra grande potencial para imprimir concretude às garantias da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência, e possibilitar a efetiva verificação da legalidade da prisão (GIACOMOLLI, 2016, p. 145; OCAMPOS, 2022. p. 55).

Dito isso, oportuno assinalar que o presente artigo tem como objeto a audiência de custódia realizada em razão do cumprimento de mandado de prisão cautelar, e, como objetivos precípuos esmiuçar a dinâmica desse procedimento e avaliar o seu impacto nas decisões sobre o *status libertatis* dos custodiados, especialmente no manejo da prisão preventiva. Considerando as limitações de espaço impostas pelo formato deste trabalho científico, não serão abordados todos os flancos da audiência de custódia e tampouco problematizadas com profundidade algumas

questões imbricadas ao tema, como os intentos de reduzir a quantidade de presos provisórios⁴ e de obstar a violência policial⁵.

⁴ Por estarmos tratando da audiência de custódia, é importante observar que o Brasil sempre apresentou índices elevados de presos provisórios. Segundo dados oficiais, em 2014 o percentual de presos provisórios em relação ao total da população carcerária chegou ao quantum de 40,13%. Embora o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) informe uma redução nesse percentual, que hoje (em 2023) seria de 26,57%, entendemos que a quantidade de presos cautelares ainda é elevada. Neste escrito, partimos do pressuposto que o quadro é mais grave do que parece, uma vez que essa percentagem apresentada pelo DEPEN é calculada sobre o total da população carcerária, incluindo as pessoas custodiadas em regimes mais brandos e até mesmo em prisão domiciliar. Importante sublinhar que com raras exceções em que estão em prisão domiciliar, os presos cautelares são custodiados em estabelecimentos do regime fechado. Desse modo, por estarmos tratando da audiência de custódia, que tem como um de seus principais desígnios reduzir o encarceramento em massa, entendemos ser adequado calcular a quantidade de presos provisórios utilizando como base o número total de pessoas presas em estabelecimentos do regime fechado. Observa-se nos dados publicados pelo DEPEN que, atualmente, o Estado mantém 326.803 indivíduos segregados em regime fechado, sendo que, desse quantum, 190.814 são presos provisórios. Por essa perspectiva, constata-se, então, que mais de 50% dos presos em regime fechado (que é o regime que mais causa preocupação com as violações de direitos humanos diante da superlotação, da insalubridade e das violências praticadas pelos agentes estatais e grupos criminosos que dominam os ergástulos) estão presos preventivamente. Nessa mesma perspectiva, também com base nos dados publicados pelo DEPEN, verifica-se que a situação no Rio Grande do Sul é grave, tendo em vista que das 13.844 pessoas recolhidas em regime fechado, 12.604 estão presas provisoriamente. Mesmo que muitos presos provisórios estejam ao mesmo tempo cumprindo pena, esses dados permitem concluir que a prisão preventiva vem sendo utilizada em larga escala no Estado sulista. A Comarca de Pelotas/RS, recorte da pesquisa empírica que embasa este estudo, historicamente também apresentou elevados índices de presos provisórios. Segundo o DEPEN, em 2022, ano que serviu de recorte temporal para a investigação, o Presídio Regional de Pelotas (para onde é encaminhada a maioria dos cidadãos presos na cidade – é preciso considerar que as mulheres são remetidas para o presídio de Rio Grande/RS e alguns homens, dependendo da situação, para presídios de cidades vizinhas) apresentava uma população de 501 pessoas, sendo que 160 (31,94%) delas estavam presas provisoriamente (DEPEN, 2023).

⁵ Mesmo após a redemocratização, a violência que se materializa nas práticas de maus-tratos e da tortura revela-se como um traço constitutivo da atividade das forças de segurança pública brasileiras, sendo praticada sistematicamente (GONÇALVES, 2014; SILVEIRA, 2021a).

Curial ressaltar que a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu artigo 13⁶, preconiza a realização da audiência de custódia também nos casos de prisão por mandado (incluindo a prisão preventiva e temporária), disposição que foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Reclamação (RCL) 29.303, decisão que teve como fundamento o artigo 287 do CPPB⁷.

A audiência de custódia realizada nos casos de cumprimento de mandado de prisão cautelar suscita divergências doutrinárias em relação à finalidade de permitir a verificação da legalidade da constrição. As dissonâncias são motivadas pelo fato de que o juiz competente para presidir o ato é o mesmo que decretou a prisão cujo mandado foi cumprido. Enquanto alguns estudiosos sustentam que essa fiscalização seria inviável, na medida em que o juiz que preside a solenidade já teria verificado os pressupostos e requisitos que tecnicamente tornam a prisão legal no momento em que decretou a medida (MASSON; MARÇAL, 2016), outros, de modo diverso, entendem que o controle da legalidade da prisão seria possível também nessas audiências (MELO, 2021; OCAMPOS, 2022). Válido sublinhar que parte dos juristas que em alguma medida contestam a viabilidade da aferição da legalidade da prisão defende que, quando a audiência evidenciar a alteração do substrato fático que motivou a prisão, o decreto construtivo deverá ser revisado (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

Dito isso, medular consignar que muitos pesquisadores, apesar de reconhecerem a importância da inclusão da audiência de custódia no ordenamento jurídico processual penal brasileiro, demonstram que o

⁶ Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Art. 13: “A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução. Parágrafo único: Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local”.

⁷ Art. 287 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB): “Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia”.

procedimento encontra resistência e ainda não alterou substancialmente o cenário caracterizado pela utilização da prisão preventiva em larga escala, situação que atribuem à tradição autoritária que norteia o campo da Justiça Criminal, sobretudo o Poder Judiciário (SILVA, 2018; TEIXEIRA, 2019; COSTA, 2019; FERNANDES, 2020).

Instigado pelos elementos expostos, este artigo tenciona responder à seguinte questão: Em que medida a audiência de custódia, com seu procedimento de essência acusatória formalmente capaz de viabilizar o exercício da ampla defesa, do contraditório e o respeito à presunção de inocência, tem impactado as decisões obre o *status libertatis* dos custodiados, mais precisamente no que diz respeito à manutenção ou não da prisão preventiva, quando realizada em decorrência de cumprimento de mandado de prisão cautelar?

Exposto o problema de pesquisa, cumpre esclarecer que a hipótese que guiou este artigo, elaborado por meio de revisão bibliográfica, da análise de outros estudos sobre o tema e dos dados empíricos obtidos na investigação empírica, é no sentido de que as audiências de custódia realizadas em casos de prisão por mandado não têm impactado as decisões sobre o *status libertatis* dos cidadãos custodiados na direção de promover a restituição da liberdade ou a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares mais brandas, e que um dos fatores que mais contribui para a permanência desse quadro é a racionalidade processual penal autoritária que predomina no campo.

No que tange à metodologia, relevante complementar que os dados empíricos cotejados neste artigo foram produzidos em uma pesquisa mais ampla, intitulada “Audiência de Custódia e Acesso à Justiça Penal: Perspectivas a partir da Comarca de Pelotas/RS”, que teve como recorte geográfico a Comarca de Pelotas/RS e como recorte temporal o ano de 2022 e foi realizada a partir do método hipotético-dedutivo, em perspectiva descritiva e analítica, e apoiada na produção e no escrutínio de dados quali-quantitativos. Os pormenores metodológicos (explicações sobre a escolha dos recortes geográfico e temporal, sobre a amostra e o material pesquisado, etc.) da investigação empírica serão descritos no início do último capítulo, onde serão apresentados e cotejados os dados produzidos pela pesquisa.

Para cumprir os objetivos propostos e também proporcionar ao leitor a melhor compreensão de seu conteúdo, o presente artigo é

estruturado em três capítulos, nos quais serão analisados, respectivamente, os aspectos epistemológicos, normativos e procedimentais da audiência de custódia realizada em decorrência de cumprimento de mandado de prisão cautelar, e problematizados os dados obtidos na pesquisa empírica que examinou decisões judiciais proferidas em audiências ocorridas na Comarca de Pelotas/RS.

1. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM DECORRÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO CAUTELAR: ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS E NORMATIVOS

O instituto da audiência de custódia foi efetivado inicialmente pelo “Projeto Audiência de Custódia”, organizado pelo CNJ em parcerias com alguns Tribunais Estaduais, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, que instituiu o procedimento por meio do Provimento Conjunto nº 3/2015; o Tribunal de Justiça do Maranhão, que instituiu a audiência de custódia através dos Provimentos ns. 14/2014 e 24/2014; o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que instituiu o procedimento mediante a Resolução nº 13/2015; e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que instituiu a audiência de custódia pela Resolução nº 796/2015. Pouco tempo depois, todos os demais Tribunais Estaduais colocaram em prática o procedimento.

Com os projetos pilotos em andamento, as contestações à audiência de custódia extrapolaram a esfera midiática. A inconformidade que já havia sido demonstrada em notas técnicas publicadas por associações de membros das polícias, do Ministério Público e do Judiciário, acabou sendo judicializada⁸. Em face do poder de pressão desses entes, pode-se afirmar que, após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 pelo STF em setembro de 2015, o ambiente se

⁸ Cf. ADI 5.240 – STF, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BRASIL) contra o Provimento Conjunto nº 3/2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que instituiu a audiência de custódia. Registre-se que o argumento manejado com o objetivo de barrar a implementação da audiência de custódia foi o de que a realização desse procedimento levaria o país a enfrentar uma onda de impunidade e o conseqüente aumento da criminalidade violenta.

tornou mais propício para a inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. A ADPF nº 347 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em face da situação caótica do sistema prisional brasileiro, pleiteando o reconhecimento das ilegalidades que caracterizam o sistema penitenciário, bem como a intervenção do Estado brasileiro para impedir a continuidade das violações de direitos humanos. Na ocasião, uma das providências requeridas pelo PSOL foi a implementação da audiência de custódia, justificando que a medida reduziria a quantidade de presos provisórios e, por consequência, a população prisional.

Na decisão proferida na ADPF nº 347, o STF reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional e reforçou o entendimento de que as decisões sobre prisão cautelares devem ser sempre motivadas e fundamentadas. Também recomendou que nos casos que demandem a constrição da liberdade sejam privilegiadas as medidas cautelares diversas da prisão elencadas no artigo 319 do CPPB. Na mesma oportunidade, a Suprema Corte determinou a implementação da audiência de custódia em todo o país no prazo de noventa dias.

Depois, no final de 2015, amparado na decisão do STF, o CNJ publicou a Resolução nº 213, tencionando fomentar a realização e padronizar as audiências de custódia em todo o país. Como era de se esperar, a normativa também gerou críticas, tendo, inclusive, sua constitucionalidade questionada pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) junto ao STF na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.448. Na ocasião, a ANAMAGES alegou que a Resolução teria criado normas abstratas e genéricas inéditas, usurpando a competência da União para legislar. No entanto, o pedido de revogação da normativa foi indeferido pela ausência de legitimidade da Associação. Independentemente do mérito da Ação não ter sido julgado, a reivindicação não teria razão de prosperar, tendo em vista que a normativa do CNJ apenas regulamentou a apresentação do preso, determinação que já se encontrava positivada em normas supralegais que já deveriam estar sendo cumpridas pelo Brasil.

Em síntese, a Resolução nº 213/2015 uniformizou o procedimento da audiência de custódia, definindo todas as regras e detalhes do procedimento. Em seu artigo 13º, a normativa estabelece que as pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandado de prisão cautelar ou definitiva também devem ser submetidas ao procedimento

de apresentação. Conforme antecipamos na introdução, a realização da audiência de custódia nos casos de prisão por mandado foi cancelada pelo STF no julgamento do RCL 29303 em 2023, decisão que confirmou a liminar que havia sido deferida em 2020 e se baseou no comando do artigo 287 do CPPB. Aqui, é importante alertar que, diante de tal determinação, tendo em vista que a prisão preventiva poderá ser decretada também após o oferecimento da denúncia (artigo 311 do CPP), a audiência de custódia poderá ser realizada até mesmo na fase judicial do processo e, nessa hipótese, segundo o artigo 13, parágrafo único, da Resolução 213/2015 do CNJ, também será presidida pelo magistrado que decretou a segregação (COSTA, 2019, pp. 97-98-99).

A despeito da modalidade de prisão, seja nas cautelares, que exigem requisitos mais rígidos, ou na prisão em flagrante, que é estruturalmente precária, já que se desenvolve na maior parte pela via administrativa, a audiência de custódia é uma medida imprescindível pelo fato de que, em um regime democrático, qualquer medida que resulte na privação de liberdade deve ter sua legalidade averiguada pelo Estado-Juiz, crivo que se mostra mais efetivo com a presença do custodiado e quando considera a manifestação de sua defesa técnica (OCAMPOS, 2022, pp. 93-94-95).

A Resolução nº 213/2015 prescreve um roteiro sequencial que culmina na tomada de decisão do juiz sobre o *status libertatis* do custodiado, que poderá ter a liberdade restituída ou ser submetido às medidas cautelares (inclusive à prisão preventiva), e nos casos que envolvam violência policial, na determinação de providências que viabilizem a apuração das responsabilidades. Tal procedimento deverá ser adotado em todos os casos, incluindo os de prisão por mandado.

Passados três anos, em 2018, muito em decorrência da onda lavajatista, os intentos de recrudescer o controle penal, incluindo o processo, e de expurgar os dispositivos de essência acusatória, como a audiência de custódia, adquiriram intensidade e expressividade. As ideias processuais autoritárias que serviram de sustentáculo para o Projeto de Lei nº 882/2019 (Projeto Anticrime), apresentado ao Congresso por Sergio Fernando Moro, na época ministro da Justiça e da Segurança Pública do Governo Bolsonaro, replicaram sem muitos disfarces as orientações do tecnicismo-jurídico de matriz inquisitória que alicerçou a processualística penal do Fascismo italiano, que inspirou a elaboração do CPPB de

1941 e a cultura processual penal que predomina no Brasil desde então (GLOECKNER, 2018; SALES, 2021; SILVEIRA, 2021b).

Curiosamente, na ciranda dos poderes, o Pacote Anticrime, que atropelou o projeto que previa a promulgação de um código de processo penal acusatório que vinha tramitando na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.045/2010), acabou sendo radicalmente modificado. Apesar de terem sido mantidos inúmeros dispositivos de essência inquisitória, cujo principal exemplo é o que determina a prisão automática ainda em primeira instância no procedimento do Tribunal do Júri, muitos dispositivos de essência acusatória foram introduzidos, dentre eles a audiência de custódia.

A audiência de custódia foi introduzida no artigo 310 do CPP, que determina sua obrigatoriedade e as medidas que poderão ser adotadas pelo juiz em relação ao *status libertatis* do custodiado, mas não preconiza as minúcias do procedimento. O referido dispositivo legal também não estabelece as medidas a serem adotadas nos casos em que o cidadão preso tenha sido vítima de maus-tratos ou tortura. Portanto, o rito da audiência segue sendo disciplinado pela Resolução nº 213/2015 do CNJ.

Gize-se que a positivação e a efetivação do controle presencial da prisão cautelar não constituíram atos de benevolência do Estado brasileiro. Frente ao que já expusemos, resta claro que o país nada mais fez do que imprimir efetividade ao disposto nos tratados internacionais que ratificou. A audiência de custódia racionaliza a inclusão de detidos no sistema prisional e pode inibir a prática de tortura por agentes estatais. Isso denota que, na prática, o procedimento ostenta potencial para tutelar os direitos humanos porque pode evitar prisões desnecessárias e ilegais, bem como assegurar a incolumidade física e psíquica dos detidos (CAMARGO, 2019, p. 38).

Tecnicamente, o instituto pode tornar eficaz a proteção dos direitos humanos e fundamentais da pessoa presa porque lhe aproxima dos atores do sistema de justiça, permitindo que apresente sua versão sobre as circunstâncias da prisão, ato que será complementado pela manifestação da defesa técnica. Sem dúvidas, o procedimento é capaz de materializar de forma substancial a ampla defesa e o contraditório. Nota-se que se trata de uma dinâmica radicalmente diferente da que caracterizava o procedimento flagrançial anterior, no qual as garantias eram exercidas de modo diferido. Frise-se que, no antigo procedimento, em grande parte das

vezes os acusados reservavam-se ao silêncio e acabavam se manifestando somente na audiência de instrução realizada muitos meses após a prisão (SILVA, 2018, pp. 125-126).

No entanto, como estamos tratando da audiência de custódia em casos de cumprimento de mandado de prisão cautelar, imprescindível mencionar que os procedimentos para a decretação da prisão preventiva e da prisão temporária seguem iguais, isto é, continuam a não contar com a participação efetiva da defesa e tampouco com a oitiva do imputado. Neste escrito, não temos a pretensão de interrogar o contraditório diferido ou a primazia do interesse público em detrimento das garantias individuais no processo penal no regime democrático. Partimos da premissa de que o fato dos decretos de prisão preventiva ou temporária serem proferidos ao arrepio das garantias da ampla defesa e do contraditório, eis que são franqueados no formato postergado, denota a importância da audiência de apresentação também nessas modalidades de constrição.

A realização da audiência de custódia nos casos de prisão por mandado é um tema que engendra interessantes discussões sobre as finalidades do procedimento. Alguns estudiosos entendem que nas prisões decorrentes de cumprimento de mandado, a solenidade não tem como escopo a avaliação da legalidade da prisão preventiva ou a prisão temporária, mas somente a averiguação da integridade física e psíquica do custodiado. Nessa esteira, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016, n/p) sustentam que nessas modalidades de prisão, por já existir um decreto preventivo idôneo, fundamentado por uma autoridade judicial competente dentro dos rigores da lei, seria ilógico que a audiência de custódia, a ser presidida pelo mesmo juiz que decidiu pela prisão, tivesse como objetivo o controle da legalidade da prisão (“escopo meritório”).

Segundo os promotores de justiça, nesses casos, a audiência teria apenas um “escopo protetivo”, isto é, de viabilizar a identificação de violências praticadas no momento da efetivação da prisão. Nessa esteira, eventuais pedidos de revogação de prisão ou de sua substituição por medidas cautelares mais brandas teriam de ser inclusive rejeitados pela incompatibilidade com o ato. Ao nosso juízo, sobretudo no que tange à rejeição automática dos pedidos de revogação da prisão cautelar, o posicionamento dos promotores de justiça é equivocado, visto que a legislação não limita requerimentos dessa natureza ou pedidos de *habeas corpus*.

Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2016, pp. 59-98) também sustentam ser incoerente que, nos casos de prisão cautelar, a audiência de custódia tencione o controle da legalidade da prisão, argumentando que, em um ordenamento jurídico democrático, é preciso partir do pressuposto de que o decreto de prisão cumprido é legal e legítimo. Todavia, entendem que em alguns casos, além do objetivo de permitir a identificação de práticas de violência, o juiz terá de reavaliar a necessidade da manutenção da prisão. Na visão dos juristas, esse tipo de decisão encontra amparo no artigo 282, §5º, do CPP, e, na prática, mostra-se viável nos casos em que, no lapso temporal entre a decretação da prisão e a sua efetivação, as situações fáticas que motivaram a decisão tenham se alterado. A única ressalva ocorreria nos casos em que o mando de prisão é cumprido em comarca diversa da de onde foi decretada. Nessa hipótese, como a Resolução nº 213/2015 preconiza que o juiz competente para presidir a audiência de custódia nos casos de prisão por mandado é o que decretou a medida, consideram que qualquer outro magistrado seria incompetente para revogar a medida, e teria como incumbência apenas identificar a violência policial.

Outros pesquisadores, de maneira diversa, defendem que, além da identificação da prática de maus tratos ou tortura, a audiência de custódia realizada em decorrência do cumprimento de mandado de prisão cautelar deve objetivar o controle da legalidade da prisão mediante a reavaliação do decreto construtivo. Nessa perspectiva, a reavaliação da decisão que decretou a prisão não é uma opção do magistrado, mas uma medida obrigatória diante do depoimento do custodiado e das manifestações das partes, que podem revelar novos elementos informativos sobre o caso. Em suma, a decisão pela manutenção da constrição deve obrigatoriamente cotejar o lastro informativo produzido pelas partes na solenidade, mesmo que ele não altere a situação fática e a decisão seja pela manutenção da medida.

Adepta dessa posição, Lorena Ocampos (2022, pp. 101-102-245) assevera que as decisões que decretam prisões preventivas, por exemplo, baseiam-se exclusivamente nos elementos constantes nos pedidos da autoridade policial ou do promotor de justiça, e são proferidas sem considerar a manifestação da defesa, ou seja, sem o exercício das garantias da ampla defesa e do contraditório. Na visão da professora, o contraditório diferido

é insuficiente para efetivar tais garantias. Por isso, particularmente pelo fato da audiência de custódia ter como mote a oralidade, concedendo espaço às manifestações da pessoa presa e de sua defesa técnica, que pode, inclusive, levar ao conhecimento do juiz novos elementos informativos (documentos, imagens, etc.), dinâmica que pode alterar a compreensão dos fatos que motivaram a prisão, a reavaliação da necessidade e dos requisitos da prisão decretada deve ser sempre operada. O campo complementa que pela ótica constitucional o juiz é um garante de direito e que os artigos 282, §5º, 316 e 321 do CPPB determinam que nos casos em que os motivos e os requisitos que justificaram a prisão se mostrem ausentes, seja concedida a liberdade com ou sem medidas cautelares.

Na mesma linha, Raphael Melo (2021, pp. 203-204) defende que, mesmo nas audiências de custódias realizadas em razão de prisão por mandado, a necessidade da manutenção da medida deverá ser reanalisada. Na visão do pesquisador, o reexame da necessidade é fundamental porque o procedimento de apresentação do custodiado, ao permitir sua oitiva e a manifestação da defesa técnica, pode revelar uma alteração no quadro que motivou a decretação da prisão, tornando-a inapropriada. Concordamos com essa posição, uma vez que, em respeito aos princípios da provisionalidade e da provisoriedade, esvaído o suporte fático que motivou o decreto constritivo, a liberdade (plena ou cumulada com medidas cautelares mais brandas) deve ser restituída.

Ante ao exposto, entendemos que a realização do procedimento deve ser obrigatória também nessa modalidade de segregação (sob pena de tornar ilegal a constrição), e que o reexame do decreto preventivo é de fundamental importância, mormente no que tange à necessidade, tendo em vista que o procedimento pode evidenciar alterações fáticas que tornem a constrição dispensável.

Em tempo, essencial pontuar que o reexame da decisão que decretou a prisão é compatível com a axiomática da normativa que disciplina o procedimento, que prioriza a liberdade e reforça a ideia de que a prisão cautelar é a *ultima ratio*, e não é vedado pela lei. O reexame do decreto de prisão cautelar é imperioso também porque pode evitar que a audiência de custódia se torne um procedimento meramente protocolar, burocrático, e, com isso, os desvios motivados pela racionalidade inquisitória que ainda predomina no campo.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Desde a aprovação do Projeto de Lei nº 554/2011 (que, posteriormente, tramitou na Câmara dos Deputados sob o nº 6.620/2016 e acabou sendo apensado ao Projeto de Lei nº 8.045/2010, que propõe um novo Código de Processo Penal), que propôs a alteração do artigo art. 306 do CPPB, com a inclusão do parágrafo 4º, prevendo a apresentação da pessoa presa em flagrante ao juiz no prazo de 24 horas, os legisladores já justificavam o interesse na audiência de custódia na necessidade de se controlar legalidade da prisão e a ocorrência de maus tratos e/ou tortura, mas, essencialmente no objetivo de reduzir a quantidade de presos provisórios, que na época beirava 40% do total da população carcerária⁹.

Também a Resolução nº 213/2015 do CNJ apresenta em seu preâmbulo argumentos semelhantes, apoiados nos dados publicados nos relatórios sobre a prisão provisória nas Américas publicado pela Organização dos Estados Americanos, sobre a tortura e outros tratamentos cruéis publicados pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura e pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da Organização das Nações Unidas ONU (2014), e no diagnóstico sobre pessoas presas apresentado pelo CNJ e nos dados do Sistema INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, documentos que denunciaram as péssimas condições do aparelho prisional brasileiro e a grande quantidade de presos provisórios. Válido lembrar que a decisão do STF proferida na ADPF nº 347, que reconheceu a constitucionalidade da Resolução nº 213/2015, também foi motivada pelas condições indignas das prisões e pelo problema da grande quantidade de presos provisórios.

Tecnicamente, a audiência de custódia oferece proteção à liberdade porque sua estrutura procedimental requintada, ao proporcionar uma visão acurada das circunstâncias da detenção e das condições pessoais do cidadão preso, que é capaz de efetivar direitos e garantias (TEIXEIRA,

⁹ Cf. Senado aprova regulamentação de audiência de custódia. Senado Notícias. Brasília/DF. 30/11/2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/30/senado-aprova-regulamentacao-de-audien-cia-de-custodia>>; Acesso em 29.out.2023.

2019, pp. 93-94; LOPES JR., 2022, p. 90), possibilita que o controle da legalidade da prisão e a decisão sobre a necessidade de manter a constrição da liberdade mediante a aplicação de medidas cautelares sejam mais precisos (GONÇALVES, 2020; p. 131; FERNANDES, 2020, p. 109).

A melhor condição de julgar decorre da materialização do direito à presença, que configura o elemento constitutivo da audiência de custódia, visto que imprime substancialidade à ampla defesa. É por isso que a sua não realização viola a garantia do devido processo legal. Além de fortalecer a dialética processual, uma vez que concede espaço não apenas para a oitiva do preso, mas também às manifestações do Ministério Público e da defesa, viabilizando o contraditório efetivo exercido pela oralidade, verifica-se que o procedimento imprime imediatidade especificamente no momento mais crítico do processo penal, aquele em que a liberdade de um inocente é efetivamente cerceada, que requer uma avaliação urgente. Sendo assim, humaniza o ato da prisão e cria condições interessantes para que o juiz avalie da melhor maneira a necessidade da manutenção da prisão (LOPES JR., 2022, p. 91; OCAMPOS, 2022, pp. 23-24 e p. 125).

Assim como o artigo 310 do CPPB, que é omissivo em relação ao rito da audiência de custódia decorrente de prisões em flagrante, o artigo 287 do mesmo diploma legal, apesar de prever a apresentação dos presos por mandado, também não indica o procedimento. Diante da insuficiência do texto legal sobre o procedimento da audiência de apresentação do preso, o caminho a ser percorrido nas audiências realizadas em decorrência do cumprimento de mandado de prisão deve ser também o prescrito na Resolução nº 213/2015 do CNJ.

A Resolução, além de estabelecer o prazo para realização da audiência, de tratar do juiz competente, bem como do modo como deverá ocorrer a condução do preso e de outras questões de cunho burocrático, define com clareza todas as regras procedimentais que devem ser respeitadas tanto nas apresentações dos presos em flagrante, quanto nas dos presos por mandado. A normativa disciplina, inclusive, o momento que precede à oitiva do custodiado tencionando assegurar à assistência por um advogado, direito consagrado nos artigos 5º, LXIII, e 133 da CF/88 e no artigo 185, §5º, do CPPB. Nesse sentido, em seu artigo 6º, dispõe que antes de iniciar o procedimento, o juiz assegure ao custodiado o atendimento

reservado com o seu defensor, destacando que o ato não deverá contar com a presença de policiais ou outros agentes estatais.

O detalhamento procedimental da audiência de custódia está previsto no artigo 8º da Resolução nº 213/2015. De acordo com dispositivo, o primeiro momento da solenidade consistirá na entrevista do preso que, antes de prestar suas declarações, deverá ser cientificado pelo juiz de seus direitos e garantias, bem como do funcionamento da solenidade. Essa determinação é fundamental, pois mesmo que o custodiado tenha sido atendido por seu defensor, as explicações por parte do juiz, que representa o Estado, certamente imprimem segurança e, por isso, possibilitam que a participação do preso no procedimento seja efetiva e não uma mera formalidade. Com efeito, a compreensão do ato e de seus meandros por parte do preso permitirá a concretização do direito à presença (GIACOMOLLI, 2016, p. 147). Segundo o inciso V do artigo 8º, é somente após realizar tais questionamentos que o magistrado deverá indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão, de modo a verificar a legalidade do ato e a ocorrência de maus tratos ou de tortura.

Será a partir dos questionamentos sobre os meandros da prisão que se iniciará o processo cognitivo que culminará na decisão a ser tomada ao final do procedimento. São os pormenores da prisão, somados às condições pessoais do custodiado, que deverão formar a convicção do juiz sobre a liberação ou a decretação/manutenção de medidas cautelares.

Em relação às perguntas a serem feitas pelo juiz, o inciso VIII do artigo 8º dispõe que o magistrado se abstenha de indagar com a finalidade de produzir provas para a investigação ou eventual ação penal. Isso indica que, mesmo na audiência realizada em decorrência de prisão por mandado, que será conduzida pelo juiz que decretou a prisão e que presidirá a instrução, os questionamentos terão de ser vinculados à finalidade do procedimento, isto é, à verificação da legalidade da prisão (especialmente da necessidade de sua manutenção) e da ocorrência de violência policial, bem como da presença dos requisitos e fundamentos para a decretação ou não de medidas cautelares. Nesse diapasão, a doutrina alerta que, além de serem incabíveis perguntas relacionadas ao mérito da causa, em nenhuma hipótese a audiência de custódia deverá mirar a confissão por parte do preso, sob pena de desviar o procedimento de suas finalidades (MELO, 2021, pp. 185-186-187; ROSA, 2021, p. 611).

Como precisamente assinala Aury Lopes Jr. (2022, p. 95), apesar de estarem presentes o direito de se entrevistar com o advogado e o direito ao silêncio, a entrevista do preso não é um interrogatório. Em razão disso, não devem ser admitidas perguntas de cunho meritório. Segundo o professor, a audiência de custódia desempenha função diferente da audiência de instrução e julgamento, já que visa apenas à averiguação das condições da prisão e a produção de subsídios que permitam uma decisão adequada ao caso, que poderá ser no sentido da restituição da liberdade ou da aplicação de medidas cautelares. O ato também objetiva permitir a identificação de práticas maus-tratos ou tortura pelas forças de segurança pública.

Lopes Jr. (2022, pp. 96-97) alerta, contudo, que se o custodiado fizer alegações em relação à autoria não deverá ser impedido de falar, tendo em vista que esses elementos informativos poderão influenciar a decisão sobre o *status libertatis* ser tomada ao final da audiência. A audiência de custódia tem como um de seus desígnios permitir a avaliação da legalidade da prisão em todos os seus flancos, até mesmo no caso da prisão cautelar, portanto, em algumas ocasiões, perguntas que tratem de questões imbricadas ao *fumus comissi delicti* podem ser importantes.

Ressaltamos, ainda, que, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 8º, os questionamentos realizados pelo promotor de justiça e pela defesa técnica ao final da entrevista também terão de ser compatíveis com a natureza do ato, e que o juiz deverá indeferir perguntas relativas ao mérito. Pela leitura dos dispositivos cotejados, depreende-se que essa oitiva do preso tem âmbito cognitivo restrito e não diz respeito à finalidade investigativa. Neste ponto, oportuno cogitar que sem a certeza de que as suas declarações não serão utilizadas como provas em seu desfavor na ação penal, o preso se quedará reticente em narrar todas as circunstâncias da sua detenção e não exercerá plenamente o direito de ser ouvido perante a autoridade competente. Ademais, a limitação sobre certas perguntas concretiza o direito constitucional do acusado de não produzir provas em seu desfavor (CAMARGO, 2019, pp. 76-78; OCAMPOS, 2022, p. 87).

O percurso previsto no regramento da audiência de custódia deverá impreterivelmente respeitar o regramento da aplicação das medidas cautelares, e ser percorrido em consonância com os princípios e garantias

democráticos consagrados na Constituição, respeitando, especialmente, a garantia da presunção de inocência. Isso significa que o juiz, também na audiência de custódia realizada em razão do cumprimento de mandado de prisão cautelar, deverá decidir sempre partindo da premissa de que a liberdade é a regra, e que a liberdade do apresentado poderá ser constringida somente em situações excepcionais, quando for necessário, isto é, quando estiverem presentes os requisitos e fundamentos das medidas cautelares, ou seja, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O juiz não poderá se valer de justificativas estranhas aos fundamentos das medidas cautelares, genéricas ou abstratas, como gravidade genérica do delito, o clamor público e a comoção social, e tampouco aplicá-las em casos em que os crimes não sejam apenados com prisão (ROSA, 2021, pp. 611-612).

No que concerne à prisão preventiva, pelo que se depreende dos artigos 311 e 312 do CPPB, trata-se de uma medida cautelar que poderá ser decretada pelo juiz em qualquer fase do processo, sempre a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente ou da autoridade policial. A decretação da medida será idônea somente nas hipóteses permitidas (artigos 312 e 313 do CPPB), quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*) e também restar demonstrado, por fatos contemporâneos ou novos, que o imputado poderá prejudicar a instrução do processo, frustrar a aplicação da lei penal, ameaçar a ordem econômica e/ou a ordem pública (*periculum libertatis*). De acordo com os artigos 316 e 321 do CPPB, a constrição deverá ser revogada pelo juiz, seja de ofício ou a requerimento das partes, quando os requisitos autorizadores e os motivos ensejadores da medida não se fizerem mais presentes. Resta claro, então, que, mesmo nas audiências realizadas em casos de prisão por mandado, quando verificadas as hipóteses elencadas pelos referidos dispositivos legais, o juiz terá de rever sua decisão e conceder a liberdade ou substituir a prisão preventiva por medidas cautelares mais brandas.

Nesse diapasão, ao proceder ao reexame de sua decisão o juiz não deverá perder de vista que, de acordo com o regramento do sistema de medidas cautelares e com o princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva é uma medida que pode ser manejada somente em casos excepcionais, quando não houver outra maneira de assegurar o deslinde

e a conclusão do processo criminal. Essa é a única interpretação possível do texto do artigo 282, § 6º, do CPPB, que estabelece que prisão preventiva será cabível somente quando as medidas cautelares mais brandas previstas no artigo 319 do mesmo diploma legal não forem suficientes para assegurar o trâmite e a conclusão do processo. (WEDY, 2013, p. 67; LOPES JR., 2022, pp. 109 e ss.; MINAGÉ, 2017, pp. 236 e ss.).

No contexto democrático, onde o processo penal deve ser norteado pelo prisma humanitário, que se concretiza somente mediante o respeito dos direitos e garantias fundamentais, tais premissas deverão balizar a decisão do juiz mesmo nas audiências de realizadas nos casos de cumprimento de mandado de prisão cautelar, momento em que o decreto que motivou a privação da liberdade terá de ser obrigatoriamente reavaliado.

3. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM CASOS DE PRISÃO CAUTELAR NA COMARCA DE PELOTAS/RS: ANÁLISE EMPÍRICA

A pesquisa empírica que propiciou a produção dos dados apresentados e analisados neste tópico teve como recorte geográfico a Comarca de Pelotas/RS, e como recorte temporal o ano de 2022. A escolha do recorte geográfico levou em consideração primeiramente o fato de que, historicamente, inclusive à época, a Comarca apresentava um percentual de presos provisórios compatível com a realidade brasileira¹⁰, sempre acima

¹⁰ Dados sobre presos provisórios em Pelotas/RS a partir de 2018. Os percentuais foram contabilizados sobre o total de presos em regime fechado, base de cálculo que foi justificada na Introdução: - 2018: 496 presos em regime fechado, 397 (80,05%) presos provisórios; - 2019: 413 presos em regime fechado, 257 (62,23%) presos provisórios; - 2020: 454 presos em regime fechado, 201 (44,48%) presos provisórios; - 2021: 414 presos em regime fechado, 198 (47,90%) presos provisórios; 2022: 501 presos em regime fechado, 160 (31,94%) presos provisórios; 2023: 541 presos em regime fechado, 147 (27,18%) presos provisórios (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2023). * Estes dados não incluem as mulheres que estão recolhidas no Presídio Estadual de Rio Grande e os homens que estão custodiados em ergástulos de outras cidades da Região de Pelotas ou da Região Metropolitana de Porto Alegre.

de 30%, quantum que é considerado elevado (CIDH, 2013). Pelotas foi eleita como recorte também por ser uma cidade de médio porte (possui 325.689 habitantes) e de grande importância na Região Sul do Rio Grande do Sul¹¹, e por possuir diversas varas criminais que realizam audiências de custódias em revezamento. Ao nosso juízo, tais condições possibilitariam (como de fato possibilitaram) a obtenção de dados suficientes e capazes de embasar uma avaliação precisa dos meandros do procedimento na prática e de seus impactos no campo da Justiça Criminal.

A escolha do ano de 2022 como recorte temporal se deu pelo entendimento de que passados 2 (dois) anos da inserção da audiência de custódia no ordenamento jurídico, tempo suficiente para as comarcas se organizarem e padronizarem os procedimentos, lograríamos uma melhor condição para a realização da investigação. Salienda-se que os anos de 2020 e 2021 foram marcados pelas piores fases da Pandemia de Covid-19, situações que geraram problemas organizacionais em todas as comarcas do país, incluindo Pelotas, e deformidades nos procedimentos (não realização; realização apenas em determinados momentos apenas; realização por videoconferência, etc.), situações que, certamente, prejudicariam a análise pretendida. Diante disso, sequer foi cogitada a ampliação retroativa do recorte temporal até dezembro de 2019, marco da introdução da audiência de apresentação pela Lei nº 13.964/2019.

O material que serviu de base para a pesquisa empírica quali-quantitativa consistiu nos termos de audiência de custódia, os quais foram extraídos do Sistema SISTAC acessado no Foro de Pelotas/RS após a autorização da pesquisa pelo Poder Judiciário. Foram localizados ao todo 916 termos de audiência de custódia¹². Curial justificar que o caráter quali-quantitativo da investigação reside no fato de que os dados qualitativos coletados foram organizados quantitativamente

¹¹ Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Dados sobre os municípios brasileiros. 2022. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/pelotas/panorama>>; Acesso em 28.out.2022.

¹² Os dados utilizados pela pesquisa estão disponíveis no Scielo Data. Cf. SILVEIRA, Felipe Lazzari, 2024, “Replication Data for: Audiência de Custódia em decorrência de cumprimento de mandado de prisão cautelar: Perspectivas a partir de um estudo empírico realizado na Comarca de Pelotas/RS. <https://doi.org/10.48331/scielodata.TOTYSV>

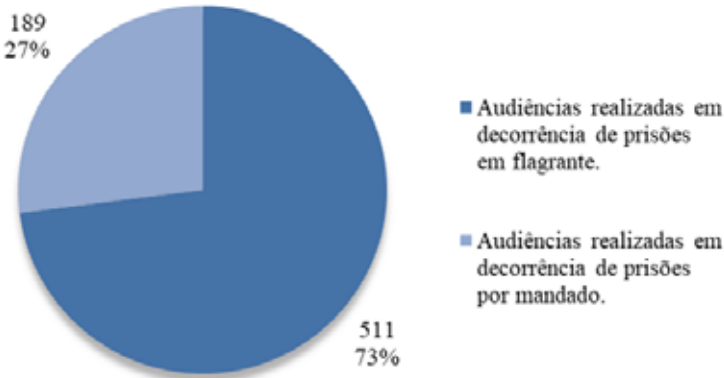
(numericamente) com o objetivo de permitir uma melhor visão do panorama e uma análise mais acurada de seus conteúdos. Entende-se que essa opção assegurou a precisão dos resultados. Em razão do pacto de confidencialidade firmado, bem como pelo entendimento de que a divulgação das varas, dos nomes dos juízes, dos nomes das partes ou dos detalhes dos casos criminais escrutinados nos termos não influenciaria os resultados da pesquisa, os dados produzidos serão apresentados sem nenhum tipo de identificação.

A amostra de termos analisados foi composta pelos termos de todas as audiências realizadas em 2022 pelas varas criminais, pela Vara da Violência Doméstica, e pelo Juízo do Plantão. Foram excluídos da amostra os termos referentes aos procedimentos realizados pelas varas de família (prisão por alimentos), pela Vara das Execuções Criminais e pela Vara da Infância e da Juventude, uma vez que a competência desses juízos apresentam peculiaridades que interfeririam na análise procedida, que teve como enfoque a dinâmica e o impacto da audiência de custódia nos casos de prisão cautelar, particularmente nas decisões sobre a manutenção ou não da medida.

Após tais exclusões, a amostra selecionada na pesquisa mais ampla¹³ totalizou 700 termos, sendo 511 de audiências realizadas em decorrência de prisões em flagrante, e 189 de audiências realizadas em casos de prisões por mandado de prisão cautelar (187 mandados de prisão preventiva e 2 mandados de prisão temporária). Interessante destacar que, nesse universo de 700 audiências de custódia, foram decretadas ou mantidas 385 prisões preventivas (em 55% dos casos). Para a produção deste artigo, foram analisados somente os 189 termos referentes às audiências de custódia decorrentes de prisões por mandado, as quais foram realizadas pelas varas criminais e pela Vara da Violência Doméstica.

¹³ A já mencionada pesquisa “Audiência de Custódia e Acesso à Justiça Penal: Perspectivas a partir da Comarca de Pelotas/RS” investigou também as audiências de custódia decorrentes de prisão em flagrante, as contribuições do procedimento para a identificação da prática de violências pelos agentes das forças de segurança pública, assim como outras questões relacionadas ao instituto da audiência de custódia, as quais não foram abordadas neste artigo.

GRÁFICO 1. Audiências de custódia realizadas por modalidade de prisão – Pelotas/RS, 2022.



Fonte: Elaborado pelo autor (2023).

Conforme mencionamos nos tópicos anteriores, a audiência de custódia realizada em casos de prisão cautelar apresenta uma peculiaridade importante, na medida em que o juiz competente para presidir o procedimento é o mesmo que decretou a prisão cautelar nos autos do processo (seja na fase de investigação preliminar ou na fase de instrução). Diante disso, para cumprir os objetivos propostos, decidimos examinar as decisões proferidas em audiências dessa natureza, mais precisamente as motivações e os fundamentos nelas utilizados, elementos que serão expostos e problematizados neste capítulo.

De pronto, consigne-se que a investigação confirmou as expectativas de alguns estudiosos do tema de que, sendo a audiência presidida pelo mesmo juiz que decreta a prisão, imperaria a tendência da manutenção da prisão (ANDRADE; ALFLEN, 2016)¹⁴. Corroborou, também, os

¹⁴ Sobre os poderes do juiz na audiência de custódia, é interessante destacar, primeiramente, que segundo a Resolução nº 213/2015 do CNJ, mais precisamente seu artigo 13º, parágrafo único, a competência para a condução da audiência decorrente de prisão cautelar por mandado é do próprio juízo prolator da decisão. No entanto, verifica-se que, em alguns casos, os mandados são cumpridos em outras comarcas ou em horário de plantão (sobretudo em finais de semana), o que inviabiliza a realização da audiência perante o juízo que determinou a expedição da ordem de custódia no prazo estabelecido na normativa do CNJ. Nesses casos, a discussão sobre os poderes do juiz, sobretudo o de alterar a

dados publicados em algumas investigações realizadas em outras regiões do país, que dão conta de que, desde sua implementação, as audiências de custódia ainda não produziram os resultados esperados no que tange à redução dos encarceramentos provisórios (SILVA, 2018; TEIXEIRA, 2019; COSTA, 2019; FERNANDES, 2020). Essa realidade condiz com o alerta feito por Andrade e Alflen (2016, p. 57) na direção de que o procedimento não solucionará o problema dos abusos no plano da prisão preventiva ou contribuirá para uma redução sensível da quantidade de presos provisórios, tendo em vista que os pressupostos e requisitos da medida permanecem iguais, e, na prática, a avaliação dos mesmos continua dependendo da interpretação de cada magistrado. De fato, isoladamente, sem o enfraquecimento da racionalidade processual inquisitória que predomina, é improvável que a implementação de um novo procedimento (mesmo que tenha essência acusatória¹⁵) possibilite a alteração do quadro marcado pela utilização banalizada das prisões cautelares.

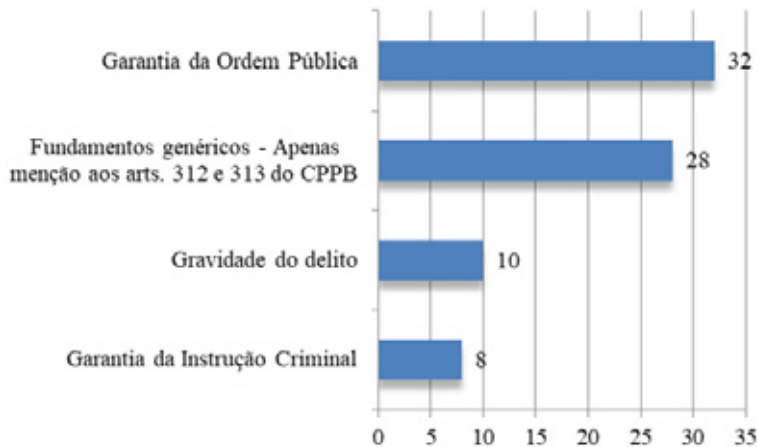
decisão do magistrado que decretou a prisão, é marcada por posições diversas. Em síntese, é possível inferir que alguns processualistas entendem que o juiz que realiza a prisão não teria competência para modificar a decisão, determinando a substituição da prisão pelas cautelares do artigo 319 do CPPB ou concedendo a liberdade provisória, tendo em vista que não teriam o conhecimento suficiente sobre o caso e tampouco poderiam atuar como revisores das decisões de seus pares (ANDRADE; ALFLEN, 2016). No entanto, da leitura de outros estudiosos, pode-se deduzir que o juiz, na posição de garante, poderia substituir a medida ou conceder a liberdade somente quando verificasse a alteração do quadro fático que justificou a prisão no sentido de torna-la desnecessária (LOPES JR., 2022; OCAMPOS, 2022).

¹⁵ Evidentemente, é fundamental para a sobrevivência da democracia e para garantir o respeito aos direitos humanos e fundamentais que tenhamos institutos e procedimentos acusatórios no regramento processual. No entanto, aqui devemos recordar de alguns dispositivos acusatórios que, após terem sido incluídos, tiveram a substancialidade acusatória subtraída em grande medida. Merece destaque o que ocorreu em relação à alteração do artigo 212 do CPP, que teve como escopo barrar o ativismo judicial, mas que acabou não logrando êxito nesse intento, pois muitos juízes seguiram inquirindo testemunhas de modo a produzir provas – normalmente em favor da acusação; e à introdução do juiz de garantias no CPP a partir do artigo 3º-A, que foi imediatamente suspenso pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e depois desfigurado. O caso do novo regime de medidas cautelares introduzido em 2011, cuja sistemática situou definitivamente a prisão preventiva como a *ultima ratio*, também é muito simbólico no que tange à cooptação autoritária dos dispositivos acusatórios, pois, a medida radical seguiu sendo utilizada em larga escala.

Em relação aos dados empíricos apresentados neste artigo, cumpre registrar que em todas as 189 audiências de custódia realizadas em casos de prisão por mandado analisadas o resultado final foi a manutenção da prisão cautelar (100% das decisões foram mantidas - 187 prisões preventivas e 2 prisões temporárias), sendo que, somente em dois casos de prisão preventiva, por força do estado de saúde dos custodiados, foi autorizado o cumprimento da medida em regime domiciliar (em 1,06% do total das decisões).

Relevante registrar que dos 189 termos analisados, 111 se mostraram imprestáveis para a análise dos fundamentos da manutenção da prisão porque no campo onde deveria constar o fundamento da decisão aparecia somente que “a prisão foi mantida pelos fundamentos utilizados na sua decretação” ou outra expressão similar. Provavelmente, os fundamentos tenham sido expedidos nas decisões proferidas nos autos dos processos, documentos que não acompanham os termos de audiência alocados no SISTAC do CNJ. No que tange aos objetivos da pesquisa, observa-se que, conforme indica o Gráfico 2, o fundamento mais utilizado para a manutenção da prisão preventiva nas audiências de custódia em decorrência de prisão por mandado foi o fundamento da Garantia da Ordem Pública, previsto no artigo 312 do CPP.

GRÁFICO 2. Fundamentos utilizados para a manutenção da prisão preventiva nas audiências realizadas em razão de cumprimento de mandado de prisão cautelar - Pelotas/RS, 2022.



Fonte: Elaborado pelo autor (2023).

Essencial sopesar que o fundamento da Garantia da Ordem Pública, segundo a doutrina mais crítica, é o mais problemático dos presentes no artigo 312 do CPPB, tendo em vista a sua vagueza semântica, bem como a indefinição acerca de seu próprio conceito, condição que enseja riscos ao direito fundamental à liberdade porque prejudica o rígido controle da motivação da decisão judicial que cerceia liberdade, que é indispensável em uma democracia (ROSA, 2006, p. 139; LOPES JR., 2022, p. 117). Diante disso, por ser muito mais um recurso retórico do que um fundamento jurídico (CÂMARA, 2011, pp. 130-131-132-133), o qual se presta a cancelar prisões que, na verdade, não têm caráter cautelar, o “fundamento” da Garantia da Ordem Pública é considerado inconstitucional por alguns processualistas (CHOUKR, 2011, pp. 79-80; PRADO, 2011, pp. 138-143).

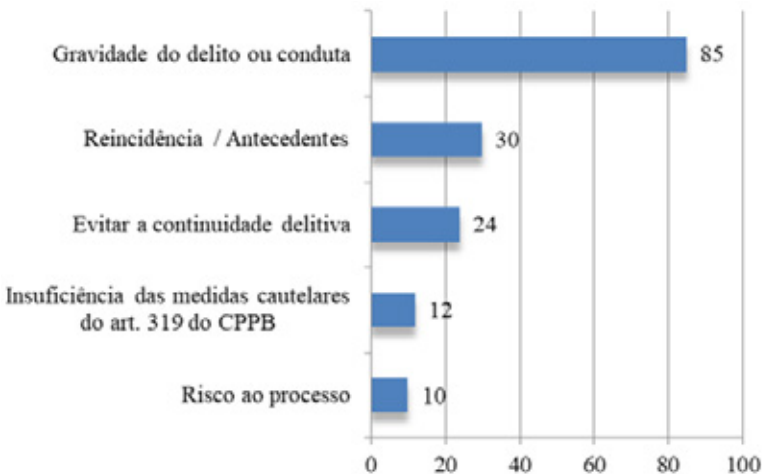
Pelo que se observa no campo, a tendência dos juízes de manterem suas próprias prisões, bem como de utilizarem a Garantia da Ordem Pública como fundamento, reflete a cultura processual predominante, fulcrada na concepção inquisitória de processo readequada pelos juristas alinhados ao tecnicismo jurídico que idealizaram o ordenamento jurídico processual penal da Itália fascista na década de 1930. Esclarecemos que o processo penal brasileiro desde sempre foi marcado pela inquisitorialidade. Porém, com a introjeção da orientação tecnicista-fascista¹⁶ operada na década de 1940, a qual inspirou o Código de Processo Penal vigente, considerado uma “cópia mal feita” do *Codice Rocco* (MIRANDA COUTINHO, 2018, p. 205), essa mentalidade inquisitória, por meio da atualização dos discursos securitários e punitivos, foi adequada ao contexto contemporâneo e ainda reforçada (GLOECKNER, 2018; CHAVES, 2020; SALES, 2021; SILVEIRA, 2021). Não por acaso ela seguiu norteando o campo processual penal

¹⁶ Curial elucidar que, quando mencionamos a presença da razão fascista no processo penal brasileiro, nos reportamos à concepção de processo desenvolvida por Vincenzo Manzini, jurista alinhado ao tecnicismo-jurídico que elaborou código de processo penal do Fascismo italiano, o famigerado *Codice Rocco*. Medular frisar que, apesar do alegado caráter “técnico” e “neutro”, a processualística penal de Manzini nada mais fez do que readequar os paradigmas inquisitoriais preexistentes ao contexto da época, camuflando-os com uma fachada consistente na manutenção de elementos da tradição jurídica liberal completamente despidos de substancialidade, tudo em nome dos interesses persecutórios da ditadura de Mussolini (SILVEIRA, 2021).

mesmo após a redemocratização, tanto no âmbito da produção legislativa quanto no das práticas.

Visando evidenciar o descompasso da prática com a essência cautelar das prisões processuais, pareceu-nos relevante verificar e mapear as motivações associadas ao fundamento da Garantia da Ordem Pública nas decisões pela manutenção da prisão preventiva proferidas nas audiências de custódia realizadas em decorrência de prisões por mandado. Pelo que se observa nos resultados explicitados no diagrama abaixo, as motivações mais utilizadas claramente não correspondem à natureza cautelar da prisão preventiva, isto é, não possuem relação com o êxito do trâmite ou com a conclusão do processo. Esclareça-se que as motivações utilizadas associadas ao fundamento da ordem pública apresentadas no Gráfico 3 superam a quantidade de 32 decretações de prisões com base em tal fundamento porque em muitos casos foram usados em conjunto.

GRÁFICO 3. Motivações associadas ao fundamento da Garantia da Ordem Pública nas decisões pela manutenção da constrição proferidas nas audiências realizadas em decorrência de cumprimento de mandado de prisão cautelar - Pelotas, 2022.

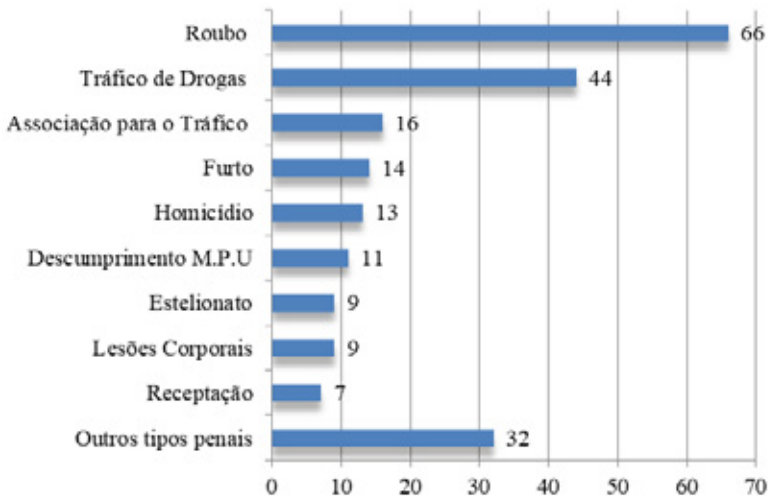


Fonte: Elaborado pelo autor (2023)

Outro dado medular produzido pela pesquisa é o que se refere aos tipos penais que mais ensejaram a manutenção da prisão cautelar

nas audiências de custódia realizadas em casos de prisões por mandado. Conforme se observa no gráfico 4, os delitos que mais aparecem correspondem aos que mais culminam no encarceramento no Brasil, conforme se verifica nos dados disponibilizados no SISDEPEN do DEPEN. Tratam-se dos “crimes de rua”, compreendidos como os mais violentos, cujas práticas normalmente são atribuídas aos indivíduos estereotipados como “inimigos”, modalidades que mais preocupam e causam medo à população e, por conseguinte, mais mobilizam a classe política e os agentes estatais, e influenciam na elaboração das políticas criminais (KARAM, 2020, pp. 75 e ss.). Esclarecemos que o número de tipos penais apresentados supera o número do total de decisões analisadas, que somam 189, pelo fato de que muitas vezes foram praticados de forma cumulativa, em concurso ou em continuidade.

GRÁFICO 4. Tipos penais que mais ensejaram as prisões por mandado submetidas à audiência de custódia – Pelotas/RS.



Fonte: Elaborado pelo autor (2023)

Tal fator, somado a utilização em larga escala do fundamento da Garantia da Ordem Pública, cujas peculiaridades comentamos, corrobora a dedução de que, em muitos casos, as prisões cautelares vêm sendo

decretadas ou mantidas para fins político-criminais e não cautelares, como se o Judiciário estivesse atuando como um braço das agências de segurança pública, performance que não coaduna com o prisma democrático, que tem o juiz como um garantidor de direitos do cidadão, mas que encontra amparo na cultura punitivista e na racionalidade processual penal dominante.

É fatal para qualquer problematização descuidar de que, apesar dos disfarces democráticos (por exemplo: previsão de princípios, garantias e institutos de natureza acusatória despidos de substancialidade), de acordo com a razão tecnicista-fascista, que possui essência inquisitória, o processo penal tem como escopo a defesa social e não a tutela dos direitos e garantias do cidadão acusado. É por isso que sua instrumentalização de forma autoritária é vista com bons olhos na conjuntura atual, que é altamente securitária. Reconhecer esses fatores auxilia a compreender os motivos pelos quais a audiência de custódia, procedimento de cariz acusatório que ostenta grande potencial de evitar violações de direitos, especialmente do direito à liberdade, ainda não produziu os resultados esperados (tanto nos procedimentos realizados em razão de prisões em flagrante, quanto em decorrência do cumprimento de mandado de prisão cautelar) ou em considerável medida sucumbe ao legado autoritário, desviando-se de seus objetivos.

CONCLUSÕES

Em razão de seu procedimento estruturalmente acusatório, capaz de permitir a concretização das garantias processuais, a audiência de custódia ostenta grande potencial de evitar prisões desnecessárias e outros tipos de violações de direitos humanos. Em tese, esse potencial não deveria ser reduzido nas audiências realizadas em casos de cumprimento de mandado de prisão cautelar, tendo em vista que a solenidade tende a viabilizar a produção de uma série de informações que podem alterar o quadro fático que motivou a prisão, as quais, na maioria das vezes, não eram de conhecimento do juiz no momento em que decretou a constrição nos autos.

Os dados referentes às audiências de custódia realizadas na Comarca de Pelotas/RS no ano de 2022 evidenciam que todas as prisões

cautelares submetidas ao crivo do judiciário no procedimento de apresentação foram mantidas (100% dos casos). Partindo da premissa de que vivemos em um regime democrático, no qual os juízes devem (ou pelo menos deveriam) decretar prisões cautelares dentro da técnica processual democrática, ou seja, somente em situações excepcionais, quando estiverem presentes os pressupostos e requisitos da medida, é incontestável que existe uma tendência de que os mesmos mantenham suas decisões pela segregação nas audiências.

Contudo, considerando as conclusões de outros pesquisadores do tema que cotejamos no trabalho, e os dados obtidos na investigação empírica apresentada, verificamos que, no plano prático, o quadro brasileiro é caracterizado por um exagero na manutenção das prisões cautelares, particularmente da prisão preventiva. No caso da Comarca de Pelotas/RS, por exemplo, os casos examinados demonstraram que muitas das prisões mantidas, pela ótica da técnica processual democrática (especialmente pelo regramento das medidas cautelares), poderiam ter sido revogadas ou substituídas por medidas cautelares menos restritivas.

A análise procedida no presente artigo, que levou em conta, principalmente, os dados referentes às fundamentações e motivações utilizadas nas decisões que mantiveram as prisões, os tipos penais supostamente praticados pelos custodiados e também outros elementos imbricados, permitiu inferir que as audiências de custódia realizadas por ocasião do cumprimento de mandados de prisões cautelares não viabilizaram a restituição da liberdade de nenhum dos custodiados muito por força da cultura punitivista e da racionalidade inquisitória arraigadas no campo. Ao nosso juízo, o constatado uso vulgarizado do problemático (e vago) fundamento da Garantia da Ordem Pública, na maioria das vezes motivado por fatores estranhos à natureza cautelar da medida, é emblemático nesse sentido.

Por derradeiro, concluímos que, para que as audiências de custódia realizadas em razão do cumprimento de mandado de prisões cautelares produzam impactos positivos, isto é, possibilitem decisões adequadas ao prisma processual penal democrático, e, por consequência, a redução da manutenção de prisões provisórias, faz-se necessária uma mudança cultural e de mentalidade. Em outras palavras, é preciso o substituir o legado da processualística tecnicista-fascista introjetada a partir da década de 1940,

na ocasião da promulgação do CPPB, por uma racionalidade processual acusatória, que compreende o processo como um instrumento destinado à tutelar e liberdade do cidadão e não como um dispositivo securitário, voltado à defesa social (instrumentalidade autoritária - o grande legado inquisitorial). Sem dúvidas, trata-se de um desafio bastante complexo e dificultoso. Mas, ao nosso juízo, é o único caminho possível.

Em suma, o potencial acusatório/democrático da audiência de custódia será viável somente se o processo penal for realmente compreendido como um instrumento destinado à tutelar e liberdade do cidadão e não como um dispositivo policalesco voltado à defesa social (traço medular da instrumentalidade autoritária - o grande legado inquisitorial). Do contrário, para além de não cumprir as finalidades que motivaram sua implementação, o procedimento correrá o risco de ser cooptado pela racionalidade inquisitória predominante, distorcido, e utilizado para legitimar prisões desnecessárias (e, portanto, ilegais) que materializam o autoritarismo no sistema de justiça criminal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais*. Prisão e liberdade provisória. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

CHAVES, Paulo Victor Leôncio. *Os paladinos da ordem pública*. Juízes e a (re) produção dos discursos legitimadores do encarceramento dos indesejados. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Forense, 2011.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA, 2013.

COSTA, Anderson Silva da. *Audiências de custódia*. Garantismo ou simbolismo? São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL - DEPEN. SISDEPEN. *Dados estatísticos do Sistema Penitenciário*. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen>>; Acesso em 22 out.2023.

FERNANDES, Liciomar. *Efetividade da audiência de custódia no enfrentamento da prática de tortura dos presos em flagrante*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. *Audiência de Custódia*. Desafios de sua implementação no Brasil. Curitiba: Juruá, 2020.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. *Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Dados sobre os municípios brasileiros*. 2022. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/pelotas/panorama>>; Acesso em 28.out.2022.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do Sistema Penal. In: PASSETI, Edson (Org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nélson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leandro Costa de; (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Escritos do Prof. Jacinto Nélson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por *mandado*? 2016. Disponível em: <<https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/penal/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>>; Acesso em 16.out.2023.

MELO, Raphael. *Audiências de custódia no processo penal*. Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

MINAGÉ, Thiago M. *Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição*. O contraditório como signficante estruturante do processo penal. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

OCAMPOS, Lorena. *Audiência de Custódia*. A presença como direito fundamental. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2022.

OLIVEIRA et al. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória – Comentários aos artigos 311- 318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Estratégico*. De acordo com a Teoria dos Jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais, 2021.

SALES, José Edvaldo Pereira. *Autoritarismo e Garantismo*. Tensões na tradição brasileira. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2021.

SILVA, Maria Rosinete dos Reis. *Audiência de Custódia*. Accountability das Prisões Cautelares e da Violência Policial. Curitiba: Juruá, 2018.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *A tortura continua*. O regime militar e a institucionalização da violência e do autoritarismo nas instituições de segurança pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021a.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021b.

SILVEIRA, Felipe Lazzari. Replication Data for: Audiência de Custódia em decorrência de cumprimento de mandado de prisão cautelar: Perspectivas a partir de um estudo empírico realizado na Comarca de Pelotas/RS, 2024. <https://doi.org/10.48331/scielodata.TOTYSV>

TEIXEIRA, Yuri Serra. *Do grande encarceramento à audiência de custódia*. Reflexões etnográficas sobre a seletividade penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TÓPOR, Klayton Augusto Martins; NUNES, Andréia Ribeiro. *Audiência de Custódia: Controle jurisdicional da prisão em flagrante*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ZERBINI, Marcelo de Siqueira. *Audiências de custódia*. Aspectos constitucionais, penais, econômicos e iminentes. Brasília: Trampolim Jurídico, 2017.

Authorship information

Felipe Lazzari da Silveira. Doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS; Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS; Professor do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos e do Curso de Direito da UCPEL. felipe_lsilveira@hotmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Este trabalho contou com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS), após a aprovação do projeto no Edital ARDHOC nº 10/2021.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data availability statement: The data that support the findings of this study are openly available in Scielo Data at <https://doi.org/10.48331/scielodata.TOTYSV>.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 01/02/2024
 - Desk review and plagiarism check: 20/02/2024
 - Review 1: 07/02/2024
 - Review 2: 19/02/2024
 - Preliminary editorial decision: 18/04/2024
 - Correction round return: 03/05/2024
 - Final editorial decision: 02/06/2024
- Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 2
-

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Audiência de custódia em decorrência de cumprimento de mandado de prisão cautelar: perspectivas a partir de um estudo empírico realizado na comarca de Pelotas/RS. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e974, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.974>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

