

VISTAS TELEMÁTICAS Y PLATAFORMAS DIGITALES:
ALGUNAS CUESTIONES

TELEMATIC VIEWS AND DIGITAL PLATFORMS: SOME QUESTIONS

Rev. Boliv. de Derecho N° 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 364-401



Carolina
SANCHIS
CRESPO

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: La situación producida por la pandemia causada por el coronavirus, ha dejado su impronta en el modo de llevar a cabo la actividad cotidiana de nuestros juzgados y tribunales. Así, frente a la ordinaria realización de los juicios presenciales, ha sido frecuente la aparición de actuaciones judiciales telemáticas propiciadas por la nueva legislación. En este artículo se pretende dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿se respetan los principios y derechos fundamentales del proceso con estas nuevas regulaciones?

PALABRAS CLAVE: coronavirus; juicios telemáticos; principios procesales; derechos fundamentales procesales.

ABSTRACT: *The situation produced by the coronavirus pandemic has left its footprint on the way we carry out our courts and tribunals daily activity. Thus, contrary to the ordinary face-to-face trials conduct, the appearance of electronic judicial proceedings prompted by the new legislation was frequent. This paper aims to answer the following question: are the principles and fundamental rights of the process respected under these new regulations?*

KEY WORDS: coronavirus; telematic trials; procedural principles; fundamental procedural rights.

SUMARIO.- I. LA IRRUPCIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL ÁMBITO JUDICIAL.-II. REQUISITOS TÉCNICOS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES TELEMÁTICAS.-I. Tecnologías aplicables.- A) *Los sistemas de grabación de vistas.*- B) *Los mecanismos de acceso a la documentación.*- C) *La sede judicial electrónica.*- 2. Seguridad.-3. Organización.- 4. Verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos.- III. ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITAN LAS ACTUACIONES JUDICIALES TELEMÁTICAS MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES.- 1. Respecto a los principios estructurales del proceso.-A) *Contradicción.*- B) *Igualdad.*-2. Respecto a los principios del procedimiento.- A) *Inmediación.*- B) *Publicidad y ¿confidencialidad?*- 3. Respecto a los derechos fundamentales del proceso: el derecho de defensa.- 4. Respecto a la calidad de la prueba: intervención de partes, testigos y peritos.- A) *El lugar de la conexión.*- B) *La identificación de los intervinientes.*- C) *La sinceridad de los testigos.*- IV. CONSIDERACIÓN FINAL.

I. LA IRRUPCIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL ÁMBITO JUDICIAL.

Las plataformas digitales pueden ser definidas como una herramienta de carácter digital que tiene dos características principales. A través de ella se ofrecen productos y servicios (por ejemplo, mercados digitales, motores de búsqueda, sistemas de pago, etc.) y se facilita la interacción, mediante el servicio provisto y a través de Internet, entre dos o más conjuntos de usuarios diferentes pero interdependientes (pueden ser empresas, individuos, Administraciones Públicas o instituciones de cualquier tipo)¹.

El uso de las plataformas digitales como un servicio que procura la realización de juicios telemáticos o de parte de ellos -lo que denominaremos actuaciones judiciales o vistas telemáticas-, se ha convertido en uno de los logros recientes implementados por la legislación post-covid.

No es que antes de esta situación de emergencia no estuvieran previstos legalmente los actos procesales telemáticos. Sí que lo estaban, y se llevaban a cabo, especialmente, en proceso penal. Así, el art. 731 bis LECrim disponía que “El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de

1 Definición accesible en GUÍAS JURÍDICAS WOLTERS KLUWER, voz: plataforma digital, consultado el 3/11/ 2021.

• Carolina Sanchis Crespo

Catedrática de Derecho Procesal de la Universitat de València. Docente en Universidades de Irlanda, Finlandia, Cuba, Bolivia, Argentina, México y Costa Rica. Estancias investigadoras en Universidades de Italia, Alemania, Irlanda y Estados Unidos. Autora de 7 libros siendo el último de los mismos: *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, 823 pp. Libro en coautoría con Eloy Velasco Núñez. Directora y coautora de 3 libros colectivos sobre fraude electrónico. Autora de más de 40 artículos científicos especializados en Derecho Procesal publicados en Revistas españolas y extranjeras. Autora de más de 15 capítulos en libros colectivos. Conferenciante en congresos internacionales y nacionales en los últimos 25 años. Directora de 2 Proyectos de investigación y participante como equipo en otros 12. Correo electrónico: carolina.sanchis@uv.es.

orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”².

Por su parte ese artículo de la LOPJ establecía que tales actuaciones “(...) podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional (...) y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo”.

A su vez, el art. 230.I LOPJ dispone, en su redacción dada por LO 4/2018, de 28 de diciembre, que “los juzgados y los tribunales y las fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones (...). Las instrucciones generales o singulares de uso de las nuevas tecnologías que el Consejo General del Poder Judicial o la Fiscalía General del Estado dirijan a los jueces y magistrados o a los fiscales, respectivamente, determinando su utilización, serán de obligado cumplimiento”.

Sin embargo, como adelantábamos, la situación de pandemia ha hecho resurgir vigorosamente la necesidad de practicar actuaciones de modo telemático en aras de evitar el contacto personal que conlleva el riesgo de propagación de la enfermedad, ineludible en los juicios presenciales.

De esta forma, el legislador comenzó a apostar por este modo de proceder en el derogado RD 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19, en el ámbito de la Administración de Justicia. En él, su art. 19 disponía que:

² En los mismos términos se pronuncia el art. 325 LECrim, pero referido a la instrucción de las causas.

“1. Durante la vigencia del estado de alarma³ y hasta tres meses después de su finalización, constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas, y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave. (...)”.

El primer juicio que se realizó telemáticamente basado en él, tuvo lugar el 11 de mayo de 2020, poco después de entrar en vigor el RD. En ese mismo mes, en una comparecencia a petición propia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, el ministro del ramo informó de que, desde que se celebró en nuestro país ese primer juicio telemático, se habían producido 300.000 comparecencias virtuales⁴.

Posteriormente el RD 16/2020 fue derogado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. En su art. 14 dispone lo siguiente:

“1. Hasta el 20 de junio de 2021 inclusive, constituido el juzgado o tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas, y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave.

También se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.

3 El primer estado de alarma fue posteriormente declarado inconstitucional por la STC 148/2021, de 14 de julio. Resolvía el recurso de inconstitucionalidad 2054-2020, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Posteriormente, el segundo estado de alarma decretado por el Gobierno fue declarado parcialmente inconstitucional por STC 183/2021, de 27 de octubre.

4 CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: “Primer año de juicios telemáticos: 300.000 comparecencias virtuales”, accesible en Internet, consultado el 10/11/2021

Cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado. (...).

5. Se adoptarán las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos se garantizan los derechos de todas las partes del proceso. En especial, deberá garantizarse en todo caso el derecho de defensa de los acusados e investigados en los procedimientos penales, en particular, el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales.

6. En los actos que se celebren mediante presencia telemática, el juez o letrado de la Administración de Justicia ante quien se celebran podrá decidir la asistencia presencial a la sede del juzgado o tribunal de los comparecientes que estime necesarios”.

Si comparamos el contenido de este art. 14 de la Ley 3/2020 con el del art. 19 del RD 16/2020 observaremos que los apartados 1 y el 2 -en lo referente a los juicios por delito grave-, son idénticos. Sin embargo, el precepto de la nueva Ley requiere también la presencia física del investigado o acusado para la audiencia de prisión provisional y cuando la pena de prisión solicitada sea superior a los dos años. Por otro lado, el texto de la Ley, pone el énfasis en garantizar los derechos de todas las partes cuando se opte por el uso de medios telemáticos y permite que, aunque un acto se celebre de forma telemática, los comparecientes asistan presencialmente.

En conclusión: la dicción del art. 14 de la Ley 3/2020 es más restrictiva respecto al uso de medios telemáticos de lo que lo era su homóloga en el derogado RD. Este retroceso merece un juicio negativo a nuestro parecer porque pensamos que está suficientemente garantizado el derecho de defensa -con la exclusiva salvedad de presencia física para los delitos graves-, sin necesidad de extenderlo a los que lleven aparejadas penas de más de 2 años. Asimismo, la comparecencia de la prisión provisional puede realizarse sin merma de tal derecho si se lleva a cabo telemáticamente.

Hay que hacer notar que la vigencia del art. 14 de la Ley junto con el resto de artículos del Capítulo III -relativo a medidas organizativas y tecnológicas-, se ha extendido más allá del 20 de junio de 2021 y hasta el momento de escribir estas líneas. En efecto, la Disposición transitoria segunda de la Ley supedita la aplicación al mantenimiento de la crisis sanitaria que finalizará solo cuando el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible -previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias-, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. De

modo que, en tanto persista la situación de crisis sanitaria, las medidas serán aplicables.

Así lo confirma la Circular 3/2021 del Secretario General de la Administración de Justicia, de información sobre las medidas organizativas y tecnológicas previstas en el Capítulo III de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. “En el momento actual seguimos inmersos en una crisis sanitaria, una pandemia, como ha declarado la Organización Mundial de la Salud, y es necesario, como ya se contempló en la Ley 3/2020, que sigan vigentes las previsiones en materia de medidas organizativas y tecnológicas contenidas en su Capítulo III para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia hasta que, (...), el Gobierno declare (...) la finalización de la crisis sanitaria”.

En cualquier caso, se carece todavía del esperado Proyecto de Ley que prometía la Disposición Final 3ª de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Según ella -que lleva el marbete “Regulación del uso de los sistemas de videoconferencia en la Administración de Justicia”-, “El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule de manera integral el uso de los sistemas de videoconferencia en la Administración de Justicia”. La Ley entró en vigor el 7 de julio de 2011, hace ya más de diez años y... ni rastro del esperado Proyecto. Ese silencio clamoroso nos da una idea elocuente de cuál es la importancia real que los distintos gobiernos de la nación prestan a la Administración de Justicia⁵.

Para concluir este punto sobre la irrupción de las plataformas digitales, resta indicar que las plataformas usadas para la realización de actos procesales son distintas según se trate de órganos jurisdiccionales radicados en territorio de CCAA de ámbito competencial del Ministerio de Justicia o no.

La Guía para la celebración de actuaciones judiciales con medios telemáticos en el ámbito competencial del Ministerio de Justicia, dispone que, como sistema de videoconferencia, se utilizará el puesto a disposición del órgano judicial por parte del Ministerio de Justicia que no es otro que el *Cisco Meeting*. No se utilizarán aquellas plataformas de comunicación, públicas o privadas, que no hayan sido autorizadas previamente por la Dirección General del Transformación Digital de la Administración de Justicia.

5 Existe en estos momentos un Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, en el que se regulan las actuaciones judiciales no presenciales. Este Anteproyecto prevé la derogación expresa de la Ley 18/2011, de 5 de julio. Su entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2023 excepto un grupo de artículos que lo harán el 1 de enero de 2025. En fin, como reza el dicho popular, las cosas de palacio van despacio...

Por su parte, la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ, indica en su Anexo que considerando las exigencias establecidas en el art. 229.3 LOPJ, no podrán utilizarse para las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes y ratificación de las periciales, las videoconferencias de baja calidad como *Skype*, *Teams*, *Zoom*, etc. Para estos casos debe utilizarse la videoconferencia de calidad. La Guía no indica qué plataformas pueden ser consideradas como aptas para ser soporte de una videoconferencia de calidad, sino que remite a las Administraciones prestacionales la implementación de los sistemas tecnológicos teniendo en cuenta los requerimientos mínimos establecidos por el CGPJ⁶.

II. REQUISITOS TÉCNICOS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES TELEMÁTICAS.

Ateniéndonos a lo dispuesto en el Anexo de la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ⁷, se exigen unos requisitos técnicos mínimos para poder utilizar las plataformas de videoconferencia en los juicios con garantías. A este respecto cabe distinguir entre las tecnologías aplicables, la seguridad, la organización y la verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos.

I. Tecnologías aplicables.

El sistema de gestión procesal almacena y gestiona todos los documentos de un procedimiento judicial incluidos a lo largo de su vida procesal. Estos documentos deben ser mostrados en el acto procesal virtual, por ejemplo, en una vista pública. Se considera, pues, imprescindible que los recursos tecnológicos elegidos sean de calidad y estén integrados entre sí. Entre ellos, cabe destacar los sistemas de grabación de vistas, los mecanismos de acceso a la documentación y la sede judicial electrónica. Veámoslos a continuación.

A) Los sistemas de grabación de vistas.

Los sistemas de grabación de vistas son herramientas imprescindibles para poder celebrar actos procesales virtuales. Permiten grabar los actos procesales y generar copias para las partes, facilitan la firma electrónica de la vista por parte del LAJ garantizando la integridad de lo grabado y permiten marcar secuencias determinadas para simplificar el visionado posterior.

6 Los requerimientos mínimos según el Anexo a la Guía son; para el tipo de comunicación IP y para el ancho de banda: RDSI de 3 líneas, IP aconsejable 768Kb hasta 2Mb (bidireccional) e imagen de calidad HD (1080p) preferible Full HD.

7 En este epígrafe II, se sintetizan los requisitos técnicos de los juicios y actos procesales telemáticos de acuerdo con lo dispuesto en la Guía.

Estos sistemas están integrados a su vez con el sistema de gestión procesal y se complementan con: suficientes pantallas de gran tamaño y de alta resolución; micrófonos omnidireccionales; cámaras también de alta resolución y ordenadores en las salas de vistas. Todo ello para que la calidad de las grabaciones sea la necesaria y no haya problemas de visualización por parte de los asistentes y sea posible acceder a los expedientes judiciales y/o mostrar documentos.

Las plataformas que ofrecen sistemas de videoconferencias para ser aptas en este entorno deben ser de calidad. Estas herramientas permitirán a los intervinientes conectarse de forma remota con la sede física donde esté constituido el tribunal.

Estos sistemas de videoconferencias se consideran de calidad cuando permiten “la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal” (art. 229.3 LOPJ).

Las salas virtuales o videoconferencias de baja calidad (*Skype, Teams, Zoom*, etc.), carecen de las características mencionadas por lo que no serán utilizadas para las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes y ratificación de las periciales. Sí puede considerarse su uso en actuaciones internas, como las deliberaciones del tribunal o actuaciones externas, como aquellas llevadas a cabo con exclusiva intervención de operadores jurídicos.

B) Los mecanismos de acceso a la documentación.

Es imperativo asegurar que toda la documentación asociada al proceso permanece guardada de forma segura y está disponible siempre que sea requerida.

Si la integración con el sistema de gestión procesal de todas las herramientas proporciona esta seguridad y permite la exhibición de documentos que las partes puedan presentar en el momento de la vista o su descarga y distribución, este es el mecanismo a utilizar. Si no fuera así, puede ser necesario recurrir a otras posibilidades, como la gestión de documentos seguros en plataformas de nube. Caso de ser imprescindible el uso de esta herramienta, deberá adaptarse a las condiciones de seguridad de la Guía que tiene publicada a tal efecto la AEPD.

C) La sede judicial electrónica.

El tercer recurso tecnológico al que nos referíamos es la conocida como sede judicial electrónica. Se trata de una dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y

administración corresponde a cada una de las Administraciones competentes en materia de justicia.

La sede judicial electrónica ofrece los servicios de la Administración de Justicia a los que pueden acceder los ciudadanos y los operadores jurídicos. Se realizarán a través de estas sedes, por ejemplo: el acceso al estado de la tramitación del expediente; la publicación electrónica de resoluciones; la autenticación de la Administración de Justicia o de los ciudadanos y profesionales, etc.

Cuando los actos procesales deban realizarse en audiencia pública, la sede electrónica se revela como el mejor modo de garantizar la difusión de la información, cumpliendo así con la exigencia de publicidad

2. Seguridad.

Atender a las medidas de seguridad adquiere especial importancia cuando las conexiones remotas no se realizan en un entorno privado. Y ello sucede cuando se llevan a cabo actos procesales telemáticos.

Para empezar, resulta imprescindible cumplir con las medidas de seguridad reguladas en el EJIS (Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad), garantizando la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de la información grabada y de los documentos almacenados. Al mismo tiempo deben asegurarse los requerimientos que permitan la compatibilidad e interoperabilidad de los sistemas informáticos.

En consecuencia, se considera que deben ser especialmente controlados y posteriormente comprobados los siguientes controles, prevenciones y requisitos:

- a) autenticación de las partes y de los operadores jurídicos.
- b) control de acceso de los usuarios.
- c) encriptación de las comunicaciones.
- d) protocolos para la gestión de los incidentes relativos a la seguridad.
- e) posibilidad de rastrear cualquier fallo técnico intencionado.
- f) contar con soporte técnico que garantice la disponibilidad de las herramientas.
- g) garantía de confidencialidad.
- h) integridad de las grabaciones.

- i) custodia y almacenamiento de las grabaciones.
- j) custodia y almacenamiento de los documentos a exhibir.

3. Organización

En el ámbito de organización, son tres los requisitos que se consideran recomendables e incluso imprescindibles:

1º) contar con administradores que atiendan el sistema de grabación de vistas, controlen las videoconferencias y moderen las salas virtuales

2º) realizar pruebas previas a la audiencia virtual y llegar a acuerdos con las partes sobre las condiciones de celebración de la audiencia

3º) elaborar una guía del usuario para todos los participantes, que se les debe remitir con carácter previo a la audiencia virtual.

La aplicación de “salas de vista” debe incluir la función de “antesala” o “sala de espera”. En el caso de que no fuera así, se usará la llamada al interviniente evitando la conexión antes de que este sea llamado. Dicho llamamiento debe hacerlo el moderador cuando sea requerido para ello por el tribunal, y, por tanto:

- a) debe contarse con un teléfono de contacto inmediato -preferiblemente móvil- con el interviniente que haya de ser llamado;
- b) la llamada debe poder efectuarse por el funcionario moderador que esté manejando la conexión de la sala al sistema y la grabación del acto. A tal fin las salas de vista deben dotarse de teléfono;
- c) el teléfono servirá para establecer un contacto ágil con el interviniente para la resolución de incidencias como desconexiones;
- d) puede estudiarse la utilización del sistema de mensajería SMS del CGPJ para estas finalidades

4. Verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos

Todas las Administraciones que ofrezcan sus herramientas a los órganos judiciales para la celebración de actos procesales telemáticos deberán especificar:

- a) cuáles son y sus características técnicas;

b) cómo pueden satisfacer cada uno de los principios que deben cumplirse y respetarse, de forma que no suponga una merma en el derecho a la tutela judicial efectiva y demás principios aplicables en el seno de cada uno de los procedimientos judiciales;

c) si se cumplen las medidas de seguridad y organización antes mencionadas;

d) si alguna de las facilidades recomendadas para las salas virtuales, no puede ser satisfecha por la herramienta elegida por la Administración, deberá indicar con qué herramienta va a suplir esta carencia.

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

Como señala la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ, resulta conveniente distinguir entre dos tipos de actuaciones: las internas y las externas.

Las actuaciones internas se refieren a la actividad de los tribunales que se desarrolla sin presencia alguna ni de ciudadanos, ni de operadores jurídicos. Van estas desde las deliberaciones del propio órgano jurisdiccional, hasta las comunicaciones que jueces y magistrados hayan de sostener con LAJs y funcionarios, pasando por juntas de jueces y plenos no jurisdiccionales.

Las actuaciones externas versan sobre la actividad de los tribunales en las que participan operadores jurídicos y/o ciudadanos. Dentro de ellas podemos diferenciar entre aquellas en las que intervienen exclusivamente operadores jurídicos (MF, abogados, procuradores, graduados sociales) y aquellas otras en las que intervienen ciudadanos con o sin la concurrencia de operadores jurídicos.

Nosotros, en este trabajo, vamos a referirnos a la última de las actividades mencionadas, pues es en ella donde pueden producirse el mayor número de contravenciones de los principios del proceso y procedimiento, de sus derechos fundamentales, así como de la calidad exigible a la prueba.

I. Respecto a los principios estructurales del proceso.

Afirma acertadamente PARDO IRANZO que “para que haya proceso, del tipo que sea, es imprescindible que existan dos posiciones contrapuestas, a las que se concedan los mismos derechos, cargas y obligaciones y que se respete el derecho de ambas a defenderse. En definitiva, no hay proceso si no concurren tres principios: 1. Principio de dualidad de posiciones. 2. Principio de igualdad de partes.

3. Principio de contradicción o audiencia". A estos tres principios los denomina la autora principios estructurales o consustanciales al proceso⁸.

De los tres principios enumerados, el de contradicción y el de igualdad son los que pueden verse más directamente afectados por la celebración de actuaciones judiciales telemáticas.

A) *Contradicción.*

El principio de contradicción es uno de los límites que la LOPJ establece para la viabilidad de la videoconferencia o sistema similar al disponer el artículo que la posibilita que se debe asegurar, en todo caso, "la posibilidad de contradicción de las partes" (art. 229.3 LOPJ).

A su vez, el principio de contradicción se identifica con la expresión: "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Como señala PARDO IRANZO, "tras ese enunciado aparentemente sencillo se esconde un contenido más amplio de lo que a simple vista podría pensarse"⁹. Ese contenido complejo puede a su vez desglosarse en dos puntos¹⁰:

1º) Las partes han de poder conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial. Ningún material que pueda llegar a incidir en la resolución judicial puede mantenerse secreto para una o las dos partes, y si ello llegara a ocurrir estaríamos claramente ante un supuesto de indefensión. (...).

2º) Además el contenido fundamental del derecho, expresado en máximas como la de la necesidad de ser oído, se cumple cuando se ofrece a las partes la posibilidad real de ser oídas, en el sentido de poder alegar, probar y argumentar para influir en la decisión judicial".

Pues bien, el uso de videoconferencia o sistemas similares para la celebración de la prueba telemáticamente no colisiona con el principio de contradicción como explica la STS 331/2019, de 27 de junio¹¹: "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

8 PARDO IRANZO, V.: "El proceso: aspectos generales y principios estructurales o consustanciales", en AA.VV.: *Derecho Procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 287.

9 PARDO IRANZO, V.: "El proceso: aspectos generales...", cit., p. 290.

10 MONTERO AROCA, J.: "Los principios generales del proceso", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 251 y 252.

11 RJ 2019\2509, FD Cuarto.

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.). Esta Sala del Tribunal Supremo ha venido avalando con reiteración esta opción del uso de la videoconferencia en el plenario desde la aprobación de la Ley 13/2003 con testigos y peritos (...)."

En el mismo sentido se pronuncia CABEZUDO BAJO refiriéndose a los menores y señalando que "siendo el principio de inmediación presupuesto del principio de contradicción, esta segunda garantía se respetaría igualmente si se permite que puedan participar activamente en la práctica de las pruebas siempre que no exista problema técnico alguno"¹².

En conclusión, creemos que puede sostenerse con carácter general que tras la aprobación de la Ley 13/2003 y más aun, con la aprobación de la Ley 3/2020, el uso de las plataformas que permiten las videoconferencias en los juicios, es respetuoso con el principio de contradicción siempre que se disponga de los medios adecuados y se garantice la comunicación bidireccional o simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes (art. 229.3 LOPJ).

Para la Ley existen, sin embargo, tres excepciones en el orden jurisdiccional penal que invalidarían la videoconferencia y requerirían la presencia física del investigado o acusado. Se trata de los siguientes supuestos (art. 14.2 Ley 3/2020):

1ª.- Los juicios por delito grave.

2ª.- La audiencia prevista en el art. 505 LECrim cuando cualquiera de las acusaciones interese la prisión provisional.

3ª.- Los juicios en los que alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.

¹² CABEZUDO BAJO, M^a. J.: "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. 27.

B) Igualdad.

Sostiene MONTERO AROCA¹³, que el principio de igualdad “requiere conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Así entendido el principio no es sino consecuencia de aquel otro más general, enunciado en todas las constituciones (...)”.

Si ponemos en relación este principio con el uso de medios telemáticos en el proceso, habrá que concluir que para respetar su contenido será preciso que la utilización de los mismos esté a disposición de todas y cada una de las partes procesales. De este modo, si una de las partes hace uso de, por ejemplo, la videoconferencia para declarar, la otra parte debe poder hacerlo igualmente. De forma análoga sucederá, si se hace uso del acto presencial. Si no puede, deberá hacer constar la oportuna protesta a efectos de la posterior apelación. Pero ¿qué ocurrirá si la parte deja de formular esa protesta habiendo tenido oportunidad procesal para ello? Si nos hallamos en un proceso civil, deberá aplicarse el art. 459 LEC¹⁴ lo que imposibilitará que la alegación de normas o garantías procesales en la primera instancia sea estimada. Esto es precisamente lo que se constató en la SAP de Valladolid (Sección 1ª), núm. 149/2021, de 31 de marzo¹⁵.

En la citada resolución, la parte apelante pedía la nulidad del juicio “toda vez que no hubo igualdad de condiciones entre las partes ya que se celebró a presencia de la parte demandada mientras que la parte demandante actuó telemáticamente desde el despacho de su abogada, lo que le generó una grave indefensión. Además, el juicio telemático se celebró con malas condiciones de sonido, hasta el punto que algunas de las preguntas y respuestas no se entendían”. Frente a ello, la Audiencia desestimó el motivo de apelación aduciendo que: “el expresado motivo de apelación debe ser desestimado de conformidad con el art. 459 LEC. Basta para ello con el hecho cierto y reconocido por la propia parte apelante de que, teniendo oportunidad de haber denunciado las supuestas infracciones en el acto del juicio, no puso en su momento objeción alguna a la celebración y continuación del mismo”.

En resumen, puede decirse que el principio de igualdad no tiene por qué verse afectado por el uso de medios telemáticos en el proceso siempre y cuando se pongan a disposición de las partes los mismos medios, con independencia de que

13 MONTERO AROCA, J.: “Los principios generales...”, cit., p. 253.

14 Art. 459 LEC: “En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello”.

15 JUR 2021, 167433.

se opte o no por su uso. Es decir, si se ponen a disposición de ambas partes, pero solo una las usa decidiendo la otra no hacerlo, se habrá respetado el principio. También se entenderá que no hay vulneración del principio, cuando la parte que no utiliza los medios, no protesta formalmente por esa desigualdad siempre que tenga oportunidad procesal para ello.

2. Respeto a los principios del procedimiento

De entre los principios del procedimiento oral¹⁶ vamos a detenernos ahora en la inmediación y la publicidad, pues su cumplimiento puede verse más comprometido con el uso de medios telemáticos.

A) Inmediación.

La inmediación es uno de los principios del procedimiento que consiste básicamente en que el juez que presencie la práctica de la prueba será el mismo que lleve a cabo su valoración en la sentencia. Debe diferenciarse nítidamente de la garantía de presencia judicial, que se respetará siempre que un juez presencie la prueba y otro distinto dicte sentencia.

La nulidad de pleno derecho es la sanción que el ordenamiento jurídico dispone si no se cumple con la inmediación (art. 137.4 LEC).

Como dice GARCÍA-VARELA IGLESIAS¹⁷ “La inmediación se propugna como uno de los elementos básicos y necesarios para que el juez pueda valorar debidamente las pruebas que ante él se practiquen y de esta manera, pueda disponer de los elementos para poder juzgar”.

La inmediación es, así, un principio del proceso, pero también una garantía para las partes que preferirán la inmediación a la mera presencia judicial, por la seguridad que produce saber que el grado de convicción alcanzado por el juez en la práctica de la prueba se verterá después sin intermediarios en la sentencia.

Ahora bien, la inmediación judicial ¿se obtiene también cuando la práctica de la prueba se lleva a cabo mediante actos procesales telemáticos?

En la doctrina encontramos partidarios vehementes del fortalecimiento de la inmediación telemática en detrimento de la presencial como MAGRO SERVET para quien “lo excepcional debería ser la vía presencial, que es el auténtico lastre

16 Sobre la oralidad, la escritura y los principios consecuencia de ambas, véase PARDO IRANZO, V.: “Los principios del procedimiento”, en AA.VV.: *Derecho Procesal I...*, cit., pp. 316-327.

17 GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R.: “Camino a la inmediación digital en justicia: Juicios y actos procesales remotos”, *Diario La Ley*, 8 de junio de 2021, p.5.

que nos impide avanzar”¹⁸. Otros autores, como VIDAL FUEYO, abogan por “una solución intermedia, distinguiendo entre aquellos procesos en los que los juicios telemáticos no plantean ninguna objeción y aquellos otros en los que el principio de intermediación puede verse comprometido”¹⁹.

La jurisprudencia del TS ha dado a la pregunta respuestas dispares a través del tiempo. En un primer momento -en 2005-, consideró inadecuado el uso de la videoconferencia para la declaración del acusado; mientras que más recientemente -en 2021-, sí lo ha aceptado como válido.

Veamos con algo de detalle cuáles son esas dos resoluciones.

La STS núm. 678/2005, de 16 de mayo²⁰, trae causa de la SAP de Alicante (Sección 1ª) núm. 549/2002 de 2 diciembre²¹. Los hechos enjuiciados tuvieron lugar durante un motín en la prisión de Fontcalent, en Picassent (Valencia). Se condenó a los acusados como autores de un asesinato consumado y de otro en grado de tentativa, detención ilegal, lesiones, atentado, robos y tentativa de quebrantamiento de condena.

Los acusados intervinieron en el acto del juicio a través de videoconferencia y tras la sentencia condenatoria de la Audiencia, recurrieron al TS aduciendo como principal motivo que la celebración del juicio se produjese hallándose ausentes de la sala, lo que les ocasionó una vulneración -entre otros-, del principio de intermediación.

La Audiencia desestimó la vulneración de este principio argumentando que “no puede hablarse, con rigor, (de) que este principio se haya vulnerado en el acto del juicio cuando todos los allí presentes han podido no sólo oír las declaraciones de los acusados y de los testigos, sino detalles de cómo unos acusados, concretamente los que estaban en la Sala de vistas saludaban, veían o incluso se contradecían con los que estaban en el centro e incluso, como los allí recluidos protestaban, fuera de su turno y orden, por lo que estaban declarando otros, en la medida que aquello les perjudicaba, o cómo varios acusados se metían contra las declaraciones de los testigos presenciales, o cómo interrumpían al Ministerio Fiscal o al Presidente del propio Tribunal que pedía respeto, silencio y orden para el normal desenvolvimiento del juicio; probablemente en pocos casos como en el presente se ha visto más intervención de los acusados, y todo ello, ha sido visto

18 MAGRO SERVET, V.: “De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril”, *Diario La Ley*, núm. 9646, Tribuna, 4 de junio de 2020, p. 21.

19 VIDAL FUEYO, M.C.: “El derecho a la tutela judicial efectiva en tiempos de pandemia”, en AA.VV.: *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 25.

20 RJ 2005, 6586.

21 ARP 2003, 587.

por todos los asistentes y ha colaborado también a que las distintas versiones de unos u otros, sean más o menos creíbles; es por ello que no procede la estimación de este principio²².

Sin embargo, el TS vio las cosas de distinta manera. Para él “mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios o las pericias tan solo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no solo puede ser «objeto» de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de «sujeto» activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio juicio. Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia²³”.

Concluye el TS diciendo que “solo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate. (...). De modo que esta Sala no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del juicio mediante videoconferencia que, antes, al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos²⁴”.

Lo anteriormente expuesto condujo a la estimación del recurso de casación, con la anulación de la sentencia recurrida y del juicio oral, junto con el mandato de nueva celebración del mismo.

Parece desprenderse de la sentencia examinada, que uno de los óbices a la declaración mediante videoconferencia del acusado es la limitación de las funciones de asesoramiento y asistencia del Letrado a su defendido. Ello supondría una vulneración, más allá del principio de intermediación, del derecho de defensa. Sin embargo, esto no tiene por qué ser un impedimento a tal derecho.

Existen fórmulas variadas para obviarlo. Algunas de las cuales las refiere GUERRA GONZÁLEZ. Podrían por ejemplo utilizar el “WhatsApp u otra aplicación parecida. Y si desean hacerlo de palabra, basta que, momentáneamente y sin que la vista se detenga, apaguen sus respectivos micrófonos en la aplicación con la que se está celebrando el juicio, y platicuen unos momentos utilizando algún programa idóneo o el teléfono. Es como si, en una sesión celebrada en sala al estilo

22 FD Primero.

23 FD Tercero.

24 *Idem*.

tradicional, hablasen entre ellos en voz baja. De necesitar una conversación más larga, se puede, perfectamente, suspender la sesión para que la mantengan en la misma videoconferencia, de la que se desconectará a los demás intervinientes (...). Es *mutatis mutandis*, lo que se practica en los juicios celebrados en sala, si abogado o defendido piden esa comunicación privada. A poco que se quiera, la intermediación procesal (...) durante las vistas puede quedar plenamente garantizada también en las celebradas por videoconferencia²⁵".

Es cierto que la referencia a aplicaciones de mensajería instantánea -como WhatsApp-, no pudieron ser consideradas por la sentencia pues su generalización se produjo al final de la primera década de este siglo, pero el resto de soluciones ofrecidas sí eran factibles. Por ello nos parece que el asesoramiento y asistencia del letrado estuvieron garantizados, puesto que no se arguye por las defensas la falta de comunicación con su defendido durante la práctica de la prueba.

Un punto de inflexión en cuanto a la posibilidad de usar la videoconferencia como medio apto para la declaración de los acusados se produjo con la STS núm. 652/2021, de 22 de julio²⁶.-

Esta resolución se dicta como consecuencia del recurso de casación interpuesto contra la STJ de Madrid núm. 204/2020, de 15 de julio²⁷ dictada en apelación. A su vez traía causa de la SAP de Madrid núm. 146/2020, de 27 de abril²⁸.

La resolución recurrida en casación condenaba al acusado como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de los arts. 368.1º y 369.1.5º CP, con la concurrencia de la agravante de reincidencia del art. 22.8 CP.

Frente al motivo esgrimido por la defensa²⁹ según el cual "se protesta por la celebración del juicio oral sin la presencia física del acusado, que se mantuvo conectado de forma exclusivamente telemática (videoconferencia)³⁰(...)" el TS argumenta que "el derecho a estar presente en el juicio no implica siempre y en todo caso presencia física en la sala de vistas. La legislación vigente admite

25 GUERRA GONZÁLEZ, R.: "Generalización de los juicios celebrados por videoconferencia", *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 20 de mayo de 2021, pp. 11 y 12.

26 Id Cendoj 28079120012021100643.

27 JUR 2020, 288406.

28 JUR 2020, 179211.

29 FD Primero.

30 "(...) desde el inicio hasta el final de las dos sesiones en que se desarrolló el juicio oral por decisión expresa y previa de la sala impugnada infructuosamente y luego protestada".

la presencia virtual para casos de penas inferiores a dos años. Y la norma inmediatamente precedente la permitía para todos los delitos no graves^{31,32}.

Expone el TS que dos son los criterios jurisprudenciales a la hora de resolver la cuestión de si el uso de la videoconferencia era o no procedente³³:

1º.- El carácter excepcional de la presencia del acusado en el acto del juicio oral en forma telemática (siempre que se cumplan los requisitos del art. 229.3 LOPJ).

2º.- La exigencia de que tales decisiones jurisdiccionales aparezcan suficientemente motivadas a través del adecuado juicio de proporcionalidad.

En cuanto a la excepcionalidad el TS considera que está plenamente justificada por la grave pandemia que nos asola. Más en concreto, la circunstancia de que el acusado se hallara en prisión provisional cuando se desarrollaba el juicio, hacía que para su traslado hasta la sede del Tribunal se hubieran tenido que movilizar a miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Ello suponía un riesgo inasumible para el acusado, para los agentes, para los demás internos que pudieran haber compartido ese traslado y para el conjunto de la población penitenciaria, tras el reingreso del acusado en el centro³⁴.

En lo referente al sacrificio impuesto al acusado, en términos de proporcionalidad, no se considera relevante pues se les informó a él y a su letrado defensor de “que cualquier dificultad que presentara el desarrollo del juicio y que pudieran entender mermaba su derecho de defensa, podría ser puesta de manifiesto (y corregida) a lo largo del desarrollo del acto. Ninguna queja, sin embargo, se formuló a lo largo del desarrollo del acto en este sentido ni por el propio acusado ni por el Letrado de la defensa.”³⁵.

Por todo lo expuesto se desestimó el recurso de casación.

Si examinamos el razonamiento del TS en las dos sentencias analizadas, creemos que puede llegarse a la conclusión de que ante una misma realidad -que no es otra que la necesidad de acudir a la videoconferencia para evitar los riesgos sanitarios de la pandemia-, el Alto Tribunal adopta dos soluciones distintas.

31 FD Primero.

32 Téngase en cuenta que ni el RD Ley 16/2020, ni la Ley 3/2020 son aplicables a este caso pues ambas entraron en vigor con posterioridad a la emisión de la sentencia inicial, que es de 27 de abril de 2020. Por ese motivo las excepciones que establecen frente al juicio por videoconferencia, no son tenidas en cuenta por el TS, como inmediatamente se verá.

33 FD Primero.

34 *Idem*.

35 *Idem*.

En la primera ocasión opta por minimizar esos riesgos y considerar que la intermediación telemática no colma las mismas expectativas de la presencial a la que tiene derecho el acusado salvo absoluta imposibilidad.

En la segunda, sin embargo, con el mismo escenario de pandemia, pero distinto escenario normativo en cuanto al uso de la videoconferencia³⁶, el Tribunal se muestra más sensible a los riesgos existentes. Considera que la intermediación telemática, siempre que se cumplan las garantías del juicio y se permita una asistencia jurídica al acusado de calidad, es plenamente válida.

En nuestra opinión, la intermediación telemática debería equipararse con la presencial siempre que los medios técnicos disponibles permitan el acceso de los intervinientes y, especialmente de las partes, a las garantías procesales en los términos en los que lo expresa la última de las sentencias del TS. Pero ha de tenerse en cuenta que, con las previsiones normativas actuales del art. 14 Ley 3/2020, las excepciones a la videoconferencia en el proceso penal son muchas. Personalmente creo que establecer la previsión de videoconferencia con carácter general solo para los juicios por pena de prisión inferior a los 2 años es demasiado restrictivo.

B) Publicidad y ¿confidencialidad?

La publicidad de las actuaciones procesales viene recogida en los arts. 120.1 y 24.2 CE. Como consecuencia de ello, la publicidad no es solo un principio que informa el modo en que se producirán los procesos, sino que al mismo tiempo es un derecho fundamental de las partes.

Se trata ahora de dilucidar hasta qué punto las actuaciones judiciales telemáticas realizadas por videoconferencia pueden garantizar el cumplimiento de este principio-derecho.

El art. 15 de la Ley 3/2020 dice respecto a este tema que "con el fin de garantizar la protección de la salud de las personas, hasta el 20 de junio de 2021 inclusive³⁷, el órgano judicial ordenará, en atención a las características de las salas de vistas, el acceso del público a todas las actuaciones orales. Cuando se disponga de los medios materiales para ello, podrá acordar también la emisión de las vistas mediante sistemas de difusión telemática de la imagen y el sonido".

Por su parte, la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ, dispone que cabe considerar que la forma más idónea de asegurar el

³⁶ La LO 13/2003 ya había sido promulgada.

³⁷ Ya vimos que, de momento, las medidas son plenamente aplicables a pesar de haberse superado la citada fecha.

principio de publicidad “es mediante la asistencia del público a la sala de vistas del órgano que celebre el acto u otra dependencia judicial diferenciada donde pueda observarlo en circuito cerrado (...). Se procurará adoptar las medidas necesarias para la limitación de aforos cuando así lo exigiese la situación sanitaria y acceso de medios de comunicación acreditados”. Hasta aquí existe correspondencia entre el artículo de la Ley y el contenido de la Guía. Pero, a continuación, aparece una importante divergencia.

En efecto, sigue diciendo la Guía que “de no ser posible la asistencia de público en la sede del órgano que celebre el acto o en otra sede judicial desde el que pueda ser seguido, en la sede electrónica correspondiente se ubicará un «tablón de anuncios virtual» en el que constará la información indicada en el art. 232.2 LOPJ (...). En tales casos, el programa que se utilice para la sesión telemática deberá permitir el acceso de terceros mediante clave o invitación, que se facilitará una vez que la persona interesada se acredite física o virtualmente, ante el juzgado o tribunal. (...)”.

Como puede apreciarse, según lo dispuesto en el art. 15 Ley 3/2020, el acceso físico y el telemático son complementarios, lo que se evidencia por el uso del adjetivo «también»: “podrá acordar «también» la emisión de las vistas mediante sistemas de difusión telemática de la imagen y el sonido”. Sin embargo, en el texto de la Guía del CGPJ se supedita la asistencia telemática a la imposibilidad de “asistencia de público en la sede del órgano que celebre el acto o en otra sede judicial desde el que pueda ser seguido”.

En nuestra opinión, la Guía no puede restringir derechos que la ley reconoce. Así, la referencia en ella a la asistencia telemática debería considerarse complementaria al acceso físico a las salas y no solamente subsidiaria. Con ello se daría pleno cumplimiento al principio de publicidad.

Como señala PEREA GONZÁLEZ “el anuncio edictal digital por el juzgado o tribunal, y bajo la responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia, podría favorecer el mantenimiento del derecho a un proceso público en aquellos casos en que el juicio hubiere de celebrarse en forma telemática³⁸. A través del edicto -que habría de tener toda la publicidad posible- se comunicaría la celebración del acto procesal y, de este modo, se ofrecería la opción a cualquiera de asistir al juicio como observador³⁹”.

Yendo más lejos GUERRA GONZÁLEZ aboga por la normalidad de “publicar las agendas de todos los órganos jurisdiccionales de todos los órdenes y niveles, con

38 Entendemos que también cuando el juicio se sustanciara presencialmente.

39 PEREA GONZÁLEZ, A.: “El juicio telemático en el proceso civil: ventajas y cuestiones técnicas”, *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 147, 2020, p. 10.

los señalamientos, la información identificativa de los asuntos convenientemente homogeneizada y las direcciones electrónicas en las que poder seguir por Internet las vistas no celebradas a puerta cerrada (...). El número de espectadores no debería ser ningún límite para esta garantía. (...). Los límites de este tipo se han roto. Hoy es posible disponer de salas telemáticas con aforo ilimitado. Lo esencial de la publicidad procesal (...) es que quien quiera pueda asistir a la celebración de cualquier juicio celebrado a puerta abierta y conocer su resultado⁴⁰.

Paradójicamente, la Guía del CGPJ, habla también del respeto a la confidencialidad. En un proceso del que se predica la publicidad resulta extraño, en un primer momento, que también se exija la confidencialidad. Pero no es así. La publicidad tiene como referente al público que puede acceder libremente a las sesiones del juicio, como hemos visto, de forma física o virtualmente, mientras que la confidencialidad pretende proteger la actividad procesal telemática de grabaciones no oficiales. Ello es así porque el uso de la tecnología permite que esas grabaciones espurias tengan lugar con lo que suponen de puesta en riesgo de la autenticidad e integridad de los datos.

Así, dice la Guía que la confidencialidad se asegura mediante “los programas y dispositivos que se emplean (que) deberán impedir que puedan realizarse grabaciones de los actos diferentes de las que corresponden para su documentación oficial. También deberán permitir, en la medida de lo posible, el rastreo o trazabilidad de grabaciones diferentes a la autorizada (...). Los profesionales que intervengan tendrán la obligación de adoptar las medidas necesarias para que su participación se desarrolle en una dependencia que asegure un entorno reservado y dotada de los medios técnicos suficientes. En la medida de lo posible, el juez o tribunal procurará verificar que se cumplen esos requerimientos antes de dar inicio al acto, suspendiéndolo en otro caso, y procurará mantener esa actitud vigilante durante todo su desarrollo”.

3. Respeto a los derechos fundamentales del proceso: el derecho de defensa.

Según dispone la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ, en las circunstancias excepcionales en las que el abogado y el acusado no se encuentren en la misma estancia durante la celebración de un juicio penal, el acusado, mientras no preste declaración, deberá contar con la posibilidad de mantener contacto permanente y reservado con su abogado por vía telemática. Igualmente, cuando se den circunstancias excepcionales de alarma sanitaria que aconsejen que un detenido declare desde una dependencia policial sin que el abogado se encuentre físicamente presente, debe procurarse que se adopten

40 GUERRA GONZALEZ, R.: “Generalización de los juicios...”, cit., pp. 24 y 25.

las medidas oportunas para que pueda tener lugar la entrevista reservada con el abogado, y que esa reserva sea efectiva.

Como vemos, a pesar de la amplitud de derecho de defensa, la Guía se centra en la asistencia letrada al sujeto pasivo del proceso penal que es, ciertamente, uno de sus componentes más significativos.

Teniendo presente lo que dice la Guía y el texto del art. 229.3 LOPJ que supedita el uso de la videoconferencia en el proceso a la salvaguarda del derecho de defensa, podemos distinguir claramente entre dos momentos en los que dicho derecho ha de quedar garantizado: el momento del juicio y el momento previo en dependencias policiales.

En cuanto al momento del juicio, hemos visto *supra*⁴¹ la evolución jurisprudencial que ha pasado de entender de forma totalmente restrictiva su uso para la declaración del detenido, a considerarla factible, aunque sometida a los criterios de excepcionalidad y motivación del juicio de proporcionalidad.

También hemos comprobado *supra*⁴², como el derecho de defensa podía preservarse durante la fase de juicio oral de varias maneras: 1) con la puesta de manifiesto al tribunal y posterior corrección de cualquier dificultad que mermara dicho derecho; 2) con el uso de WhatsApp u otra aplicación parecida entre acusado y defensor; 3) apagando sus respectivos micrófonos de la aplicación utilizada y hablando unos momentos utilizando algún programa idóneo o el teléfono y 4) suspendiendo la sesión, cuando se precise una conversación más larga, para que abogado y acusado puedan mantenerla en la misma videoconferencia de la que se desconectará a los demás intervinientes.

Restaría ahora examinar la vigencia del derecho de defensa, bajo su forma de asistencia letrada al investigado, durante el momento previo en dependencias policiales.

En virtud de lo dispuesto en el art. 520.2.c) LECrim, toda persona detenida tendrá derecho a designar abogado y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia, salvo que dicha comunicación sea imposible.

41 Véase el apartado III.2 A) Inmediación.

42 *Idem* y en él la cita a GUERRA GONZÁLEZ.

Como apunta BUENO BENEDÍ, a pesar de que el artículo ha previsto la videoconferencia solamente para los casos de lejanía geográfica, en aras de adaptar las normas a la realidad actual, convendría ampliar los supuestos⁴³.

En ese sentido, en el Acta de la Comisión Autónoma de seguimiento Covid-19 del TSJV de 31 de marzo de 2020, se puede leer que “la Comisión entiende que debe recomendarse la conveniencia de que las actuaciones de asistencia letrada a detenidos puedan realizarse por videoconferencia, acordando ponerlo en conocimiento de las distintas sedes policiales de esta Comunidad Autónoma y elevar la cuestión a fin de que por la Comisión Mixta del CGPJ, Ministerio del Interior y Fiscalía General del Estado se puedan acordar las dotaciones de medios necesarias para que resulte factible tal posibilidad”. Así, se considera la situación surgida con la pandemia, como uno de los supuestos que permitirá el uso de la videoconferencia junto con la lejanía geográfica que contempla la LECrim.

Siguiendo en esa misma línea, en la Nota de la Comisión de seguimiento ejecutiva Covid-19 del TSJM de 29 de marzo de 2020, se fundamenta el recurso a la videoconferencia en la asistencia letrada al detenido en dependencias policiales, dado que por complejas que sean las circunstancias que atravesemos el derecho de defensa debe seguir implicando una “efectiva asistencia”, en términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 13.5.1980, caso *Ártico*).

A pesar del carácter de órgano no decisorio de esta Comisión y de que su territorio es únicamente el de la Comunidad de Madrid, nos parecen interesantes y acertadas las recomendaciones que se hacen en torno a la videoconferencia en la asistencia letrada al detenido⁴⁴. No hay que olvidar, sin embargo, que las opiniones de la Comisión se ciñen a las diligencias a practicar en sede policial, pues en el momento en que el detenido sea puesto a disposición judicial, es al titular del Juzgado de Instrucción correspondiente al único que le compete adoptar las decisiones que procedan.

Las recomendaciones son las siguientes:

I.- En aquellos casos en los que una persona detenida precise de la asistencia letrada en dependencias policiales o de la Guardia Civil de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dicha asistencia podrá ser prestada en forma telemática, garantizando los derechos inherentes a la plena defensa.

43 BUENO BENEDÍ, M.: “Las actuaciones judiciales penales a través de medios telemáticos y su incidencia en los derechos del proceso”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 7, 2021, especial, p. 14.

44 Así lo refiere también BUENO BENEDÍ, M.: “Las actuaciones judiciales penales...”, cit., p. 15.

2.- Esta forma de asistencia debería acomodarse, al menos, a las siguientes pautas de actuación.

Debe producirse, una vez asignado el letrado de turno de oficio, o designado el de elección del detenido, la remisión -a través de correo electrónico- de las diligencias instruidas, con el fin de que el letrado tenga pleno conocimiento de su contenido con carácter previo a cualquier otra actuación. Esta remisión se realizará desde la Comisaría o el Cuartel de la Guardia Civil, a la dirección de correo que el propio letrado indique, preferiblemente del dominio informático del Colegio de Abogados con el fin de extremar las medidas de protección del tráfico de datos.

Una vez ilustrado el Letrado, podrá ponderar si resulta especialmente aconsejable su asistencia presencial.

Seguidamente habrá de producirse la entrevista reservada y confidencial con el detenido previa a la declaración. De existir medios para su práctica por videoconferencia en las dependencias policiales, así debe hacerse. De lo contrario, podría realizarse por teléfono, estableciendo la comunicación desde un número fijo de la comisaría o cuartel y quedando registrada la identificación de la llamada tanto en el libro de telefonemas como en el correspondiente atestado a través de Diligencia.

Cuando el detenido expresase después su negativa a declarar podría seguirse adelante con este sistema.

Debe quedar en todo caso constancia en el atestado de la forma y horario en que se han practicado las diligencias anteriores.

Asimismo, debería unirse al atestado una declaración jurada del Letrado (remitida también por vía telemática) en la que figure con claridad que ha tenido conocimiento de las diligencias policiales antes de su entrevista, de que se ha entrevistado con el detenido, y que éste le ha manifestado su decisión de acogerse al derecho a no declarar.

Entendemos que llevándose a cabo de la manera expuesta la asistencia al detenido, no debería obstaculizar su derecho de defensa. El problema, como en tantas otras ocasiones, podría estar en los medios técnicos que son indispensables para llevar a cabo esta asistencia sin cortapisas. Si ellos son suficientes, la asistencia judicial al detenido quedará garantizada con el uso de la videoconferencia.

4. Respeto a la calidad de la prueba: intervención de partes, testigos y peritos.

Volvamos de nuevo al art. 731 bis LECrim y recordemos que establece que “El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación de realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

De la dicción del precepto transcrito no se desprenden diferencias, en cuanto al uso de la videoconferencia, según que el interviniente sea imputado, testigo o perito. Pero evidentemente las hay porque los derechos en juego son distintos. Especialmente el derecho de defensa juega un papel primordial en la declaración del imputado y del acusado.

La STS núm. 678/2005, de 16 de mayo, a la que nos hemos referido *supra*⁴⁵, distingue claramente entre la declaración de los acusados y la del resto de intervinientes en el proceso⁴⁶.

Así, según ella, las diferencias serían las siguientes:

1º) Declaración del testigo o perito.

- Ofrece una posición pasiva que permite su correcta percepción a pesar de la distancia.

- Debe garantizar la exactitud y fiabilidad de la información.

- Debe garantizar el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes.

2º) Declaración del acusado

- Representa un papel de sujeto activo en la declaración que se desarrolla en el acto de su propio juicio.

- Es relevante, por tanto, su presencia física.

⁴⁵ Véase el apartado III.2 A) Inmediación.

⁴⁶ FD Tercero.

- Es relevante la posibilidad constante de comunicación directa con su letrado.

Teniendo en cuenta estas importantes diferencias entre la declaración del acusado y la de los testigos y peritos, vamos a analizar ahora tres cuestiones referidas a las condiciones en las que se producen estas intervenciones. A saber, el lugar de la conexión, la identificación de los intervinientes y la sinceridad de los testigos. Se trata de dilucidar si alguna/s de las mismas pueden obstruir la correcta práctica de la prueba repercutiendo en su calidad.

A) El lugar de la conexión.

En cuanto al lugar de la conexión hay que distinguir entre el lugar dónde estará el tribunal y el lugar dónde estarán los declarantes.

Respecto al tribunal, dice la Guía del CGPJ que cuando resulte indicada la celebración telemática de los actos procesales relativos a actuaciones externas, el juez o los miembros del tribunal se constituirán en la sede del Juzgado o Tribunal. En el caso de órganos colegiados, cuando las medidas sanitarias así lo impongan o aconsejen, sus miembros podrán conectarse telemáticamente desde distintas dependencias de la misma sede. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 268.2 LOPJ cuando resulte imposible el traslado a la sede o así lo aconsejen razones justificadas para la mejor administración de justicia, en cuyo caso los jueces y miembros de los tribunales podrán acceder a las sesiones telemáticas desde lugares que reúnan las condiciones adecuadas para evitar interrupciones, sin que los miembros del colegio tengan que encontrarse en la misma estancia.

De lo transcrito arriba se deduce que, como regla general, la constitución será en la sede del juzgado o tribunal, bien en una única dependencia o en varias de la misma sede, según las circunstancias.

Cuando sea imposible el traslado a la sede, el personal jurisdiccional podrá acceder a la videoconferencia desde otros lugares aptos para ella.

Respecto de los intervinientes dice la Guía -refiriéndose a todos ellos-, que lo más adecuado es que declaren en una dependencia judicial, ya sea la propia del órgano en el que se desarrolle el acto u otro más cercano al lugar de residencia de quien intervenga en él. Cuando las medidas de alerta sanitaria sean más extremas, podrían habilitarse dependencias en las sedes judiciales destinadas a ser ocupadas exclusivamente por quienes hayan de prestar declaración telemática para facilitar, entre otras cosas, la rápida higienización después de su uso. Es conveniente la adopción de medidas, ya sean técnicas -«salas de espera virtuales»- o físicas, que

impidan que testigos y peritos tengan conocimiento del desarrollo de la sesión en tanto se produce su intervención. Para la intervención telemática de personas que se encuentren en el extranjero habrá que recabar el auxilio judicial internacional.

Es decir, los intervinientes declararán en una dependencia judicial que puede estar en la sede del órgano jurisdiccional que conoce del asunto o en otra más cercana a su lugar de residencia. Es conveniente el uso de «salas de espera virtuales» o físicas para evitar que testigos o peritos se comuniquen entre sí. De todos modos, para completar este panorama, hay que tener presente la vigencia del art. 731 bis LECrim que permitirá que estos intervinientes declaren a distancia, esto es, fuera de una sede judicial. En este sentido arguye MAGRO SERVET que “No debe ser preciso que las personas que van a declarar por videoconferencia tengan que desplazarse a una sede judicial para hacer la conexión, sino que puede hacerse desde cualquier punto. Para ello, debería ser posible llevarlo a cabo no con equipos técnicos de videoconferencia, sino mediante plataformas que permiten la interconexión y que se utilizan hoy en día con éxito en el ámbito privado, y cuyo uso se ha incrementado durante el confinamiento, como *Skype*, *Zoom*, *Gotomeeting*, *Cisco meeting*, *Microsoft Team*, etc. Con ello, personas que deberían declarar en una vista judicial, en cualquiera de sus fases, podrían recabar la posibilidad de hacerlo por una de estas plataformas, evitando su desplazamiento a la sede judicial, y evitando, también, las esperas que ello provoca”⁴⁷.

Más específicamente en cuanto a la declaración de los acusados, hay que tener en cuenta que será presencial cuando se trate: de acusados por delito grave; de la audiencia del art. 505 LECrim cuando cualquiera de las acusaciones interese la prisión provisional o de juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años (art. 14.2 Ley 3/2020). Frente a esa dicción categórica de la Ley, el CGPJ en su Guía apostilla: “Sólo en situaciones de manifiesta imposibilidad de celebración presencial, y siempre que no resulte indicada la suspensión y aplazamiento, se considera aceptable llevar a cabo la celebración telemática, para lo que se procurará cumplir con las exigencias de defensa y garantías procesales consideradas por la jurisprudencia”.

Un supuesto de manifiesta imposibilidad de celebración presencial en la que no resultaría indicada la suspensión y aplazamiento sería, por ejemplo, cuando el acusado haya sido contacto estrecho de un enfermo de COVID-19 y esté en el período de cuarentena o cuando él mismo padezca la enfermedad con carácter asintomático. En cualquiera de esos supuestos el acusado está en condiciones de prestar declaración, lo que sucede es que no debe hacerlo -por razones obvias-, presencialmente.

47 MAGRO SERVET, V.: “De la excepción a...”, cit., p.15.

En cuanto a la pena como criterio para impedir la declaración telemática, opina MAGRO SERVET que debería existir la opción de usar las plataformas “en juicios penales con acusados sin tener en cuenta la pena que se le puede imponer, sino las características del caso (presos peligrosos, macrojuicios de varios días con organización complicada que requiera de constantes traslados, múltiples acusados, etc.). No supone ninguna merma en el derecho de defensa esta opción, ya que (...) el abogado puede pedir en cualquier momento hablar con su cliente y pedir que se suspenda el juicio por unos minutos para hablar reservadamente con él por una plataforma virtual de uso reservado entre el abogado y el acusado”⁴⁸.

Para algunos autores la calidad de la prueba sí se ve alterada cuando las intervenciones que estamos tratando se llevan a cabo de forma telemática. Un ejemplo de esta posición doctrinal lo hallamos en CARDONA FERNÁNDEZ para quien “la calidad epistémica de la prueba, la dispersión de medios de prueba y de intervinientes en el proceso puede suponer una merma de garantías que dificulte el ejercicio pleno del derecho de defensa y podría acarrear que el juez o tribunal acabe priorizando unas fuentes frente a otras y, que en un juicio presencial habrían podido considerarse de mayor relevancia (...) (la) valoración plena exige una percepción humanizada y (...) con la digitalización de los juicios telemáticos se desvanece (...) el análisis de la prueba por parte del juez en vía telemática no es equiparable a su examen por vía presencial, ya que mediante la declaración por videoconferencia son inapreciables algunas circunstancias propias de la declaración o de un interrogatorio presencial como son: la determinación del estado de nerviosismo del declarante, la gesticulación, la credibilidad de las respuestas atendiendo a su expresión corporal y otras muchas apreciaciones que se erradican o quedan mermadas en el momento que determinada práctica probatoria tiene lugar por vía telemática”⁴⁹.

En nuestra opinión, la posibilidad de realizar las intervenciones de acusados, peritos y testigos de forma telemática no tiene por qué suponer un menoscabo de la calidad de la prueba, siempre que la videoconferencia utilizada tenga los requisitos técnicos suficientes. De este modo, se garantizarán adecuadamente el derecho de defensa del acusado y el derecho de contradicción de las partes al examinar el testimonio de testigos y peritos. Sostener que solo la presencialidad preserva inexorablemente la capacidad de convicción del juzgador nos parece ingenuo. O ¿es que no es posible que el juez deje de atender por unos momentos a la declaración presencial en curso y tenga luego que acudir a visionar lo grabado para formar su criterio?

48 MAGRO SERVET, V.: “De la excepción a...”, cit., p.16.

49 CARDONA FERNÁNDEZ, A. M^º.: “La celebración de juicios telemáticos ¿es la solución a la pandemia y al colapso judicial?”, *Diario La Ley*, núm. 9786, Tribuna, 8 de febrero de 2021, p. 6.

En cuanto a la posibilidad de apreciar las circunstancias propias de la declaración telemática (gestos, nerviosismo, falta de espontaneidad, etc.), ello será posible mediante el uso del zoom que permitirá aproximaciones vívidas.

B) La identificación de los intervinientes.

Reza el art. 229.3 LOPJ, refiriéndose a las actuaciones que pueden realizarse a través de videoconferencia, que “en estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo”.

Serían tres, pues, las formas que la Ley reconoce como aptas para proceder a la identificación de los declarantes: 1ª) por previa remisión o exhibición directa de documentación; 2ª) por conocimiento personal y 3ª) por cualquier otro medio procesal idóneo.

Vemos que la última es una fórmula abierta que permite diversas posibilidades. El Anexo a la Guía del CGPJ, pone como ejemplo de esos medios procesales idóneos, la pregunta por el Tribunal de los últimos dígitos del CSV⁵⁰ de la cédula de citación mediante la que se convoca al declarante y su cotejo con el listado de intervinientes. Ese listado incluiría ese dato y lo tendría que haber preparado anticipadamente la oficina judicial al órgano jurisdiccional. Este modo de proceder se complementaría con la exhibición del DNI.

Otra posibilidad de medio procesal idóneo sería -como explica BUENO BENEDÍ-, el uso de un certificado digital o el envío previo, exclusivamente a la persona que debe intervenir, de una contraseña que le permita acceder a la videoconferencia. Para ello sería necesario que con anterioridad el futuro declarante enviase por email al juzgado sus datos identificativos⁵¹.

Pueden ser múltiples las posibilidades de identificación inequívoca de los declarantes en un juicio oral a distancia, de modo que la calidad de la prueba no se resienta en este aspecto. Probablemente una buena manera de llevar a cabo esa filiación, consista en la combinación de dos o más formas de hacerla para, así, asegurar su éxito. En cualquier caso, como dice GUTIÉRREZ MAYO, “no tiene mucho sentido que podamos identificarnos plenamente a efectos de interactuar

50 El CSV es el Código Seguro de Verificación. Es un término informático que designa al código único que identifica a un documento electrónico. Información accesible en Internet, en el Punto de Acceso General de la Administración de Justicia, consultado el 23/11/2021.

51 BUENO BENEDÍ, M.: “Las actuaciones judiciales penales...”, cit., p. 11.

con la AEAT o con otras Administraciones Públicas y no sea posible hacerlo con la Administración de Justicia”⁵².

C) La sinceridad de los testigos.

Una de las objeciones que se hacen a la realización por videoconferencia de la prueba testifical, es que la sinceridad de los testigos pueda verse comprometida por la falta de espontaneidad del acto.

Algunas decisiones jurisprudenciales se refieren a ello. Así, la STS 331/2019, de 27 de junio⁵³, reflexiona diciendo que “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.)”.

Vemos pues, que el hecho de deponer a distancia tiene sus inconvenientes en cuanto a la sinceridad de los testigos, pero, al mismo tiempo, proporciona ventajas no despreciables que permitirían sortear aquellos.

Como riesgos del acto testifical telemático se han apuntado, en concreto, los dos siguientes⁵⁴:

1º) la posibilidad de que a los testigos les dicten las respuestas desde su domicilio o desde el lugar en que se conecten;

2º) la posibilidad de que el abogado a quien no esté beneficiando el juicio se desconecte.

En nuestra opinión cabría aludir a un tercer y cuarto riesgo. Serían, respectivamente, la posibilidad de amenazar al testigo con objeto de que cambie por completo o modifique su declaración y la de que el testigo consulte documentos en pantalla, al mismo tiempo que va contestando a las preguntas.

52 GUTIÉRREZ MAYO, E.: “Juicios telemáticos. Ventajas y posibles riesgos”, *Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, 2020.

53 Cit., FD Cuarto.

54 GUTIÉRREZ MAYO, E.: “Juicios telemáticos...”, cit., p. 21.

En cuanto al primer riesgo, afirma GUTIÉRREZ MAYO que “es prácticamente imposible que las partes y el Juez o Tribunal no observen que al testigo le están diciendo las respuestas, ya que, aunque se celebre mediante videoconferencia puede observarse si el testigo es espontáneo, si tarda en responder, o si mira hacia algún lado”⁵⁵.

A esto cabría oponer que el testigo puede tener un pinganillo o auricular pequeño -que puede llegar a ser imperceptible-, por el que reciba instrucciones o incluso la respuesta a las preguntas formuladas. Pero lo cierto es que como las preguntas no se conocen, habría un retraso en las contestaciones que sí sería apreciado. De modo que, a menos que las instrucciones recibidas sean muy rápidas y cortas, creemos que será improbable que la declaración testifical se ponga en entredicho por el uso de estos dispositivos.

En lo referente al segundo riesgo, sigue diciendo la autora que “alegar tal posibilidad me resulta equivalente a señalar que el abogado o acusado a quien no beneficiase un juicio presencial fingiría un desmayo para provocar la suspensión. No es imposible, pero yo nunca lo he visto”. A esto solo cabe objetar que siempre será más artificioso y arriesgado fingir un desmayo rodeado de personas, que una desconexión involuntaria. Es un hecho que esa falta puntual de conectividad puede producirse en contra de la voluntad del usuario, pero si fuera voluntaria, la distancia obstaculizaría la prueba.

En cuanto a la amenaza al testigo, quienes deponen presencialmente no están exentos de sufrir tales coacciones. En efecto, este abyecto comportamiento no tiene por qué llevarse a cabo mientras se produce la vista. Es más, lo común será que la amenaza sea previa y se condicionen las represalias al contenido de lo declarado. Es decir, el riesgo podría ser el mismo que en una declaración presencial.

Respecto de la consulta de documentos en pantalla, valga lo dicho en cuanto al primer riesgo por sus similitudes. Si bien la lectura puede pasar más desapercibida que el obedecer a instrucciones concretas dictadas en el momento.

Pues bien, a pesar de que los riesgos mencionados pueden no ser tan tangibles como pudiera parecer en un primer momento, es honesto reconocer que alguno de ellos puede concretarse y viciar de ese modo la prueba que nos ocupa.

Para anular ese eventual peligro existen posibles soluciones.

Una de las que nos parecen mejores consistiría en “exigir determinados parámetros técnicos a la imagen del declarante, que permitan una amplitud apta

55 *Idem*, p. 21.

para verificar que la declaración se está produciendo sin interferencias externas. Esta alternativa puede complementarse con la asignación a la vista de un funcionario judicial, presente en la sede del juzgado, cuya misión esencial sea verificar desde la pantalla que el declarante no está recibiendo indicaciones de terceros, liberando de esta tarea al juez, que podrá concentrarse en el contenido de la prueba⁵⁶.

Teniendo en cuenta los requisitos técnicos exigidos a las llamadas «videoconferencias de calidad»⁵⁷, parte de esa solución debiera ser sencilla de implementar. En cuanto a la asistencia del funcionario judicial, será mucho más problemática por la carencia de efectivos en los órganos jurisdiccionales.

En cualquier caso, puede y debe garantizarse la declaración sin interferencias del testigo para que ello no se convierta en una cortapisa que trabe el adecuado desenvolvimiento de la prueba testifical por videoconferencia.

V. CONSIDERACIÓN FINAL.

Llegados a este punto, creo que la pregunta que debemos hacernos es si el uso más extendido de las actuaciones judiciales telemáticas, ha sido meramente coyuntural o si, por el contrario, se convertirá en un futuro próximo en estructural.

Un avance de lo que puede pasar nos lo ofrece el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, en el que se regula la celebración de actos procesales mediante presencia telemática.

Esta norma prevé el carácter telemático generalizado de todos los actos y diligencias procesales tanto para el proceso civil⁵⁸, como para el penal⁵⁹. Si bien es cierto que se establecen importantes excepciones, no lo es menos que algunas de ellas tienen a su vez singularidades, que pueden hacer más vigorosa la regla general.

Por otro lado, se supedita la celebración telemática de los actos, a la condición de que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello. Creemos que aquí está la verdadera almendra de la cuestión, a la vez que un poderoso talón de Aquiles de la reforma que quiere implantarse.

Muchos de los problemas que se han ido examinando en las páginas precedentes, relativos a la preservación de garantías y derechos procesales,

56 Así lo indican GARCÍA SANZ, J. y GUIMARAES-DA SILVA, J.: "Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración", *Diario La Ley*, núm. 9659, Tribuna, 23 de junio de 2020, p. 39.

57 Véase nota al pie núm. 6.

58 Disposición Final séptima del Anteproyecto de Ley.

59 Disposición Final segunda del Anteproyecto de Ley.

tendrían fácil solución con una adecuada inversión en Justicia. Ello permitiría una relación fluida y segura entre el justiciable y el órgano jurisdiccional.

Tras años de infrafinanciación en medios materiales y recursos humanos, no se puede pretender ahora que una nueva Ley revierta la situación. Las cosas, por desgracia, no son tan sencillas. Incluso en el caso de que esta nueva norma fuese acompañada del adecuado respaldo presupuestario, los problemas endémicos de los órganos jurisdiccionales -como, por ejemplo, la dilación en los procedimientos por el incumplimiento sistemático de plazos o la ineficiencia del proceso de ejecución- no iban a corregirse por arte de magia.

Dicho lo cual, queda abierta una ventana al optimismo. La transformación digital de la Administración de Justicia está cada día más cerca y va tomando forma poco a poco. Aprovecha coyunturas inopinadas, como la propia pandemia, para avanzar imparable. La pregunta ahora no sería si va o no a tener lugar, sino cuánto tardará nuestra querida Cenicienta en subirse definitivamente a ese tren. Porque finalmente lo hará, aunque no viaje en preferente.

BIBLIOGRAFÍA

BUENO BENEDÍ, M.: "Las actuaciones judiciales penales a través de medios telemáticos y su incidencia en los derechos del proceso", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 7, 2021.

CABEZUDO BAJO, M^a J.: "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.

CARDONA FERNÁNDEZ, A. M^a: "La celebración de juicios telemáticos ¿es la solución a la pandemia y al colapso judicial?", *Diario La Ley*, núm. 9786, Tribuna, 8 de febrero de 2021.

C.G.P.J.: "Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas", 11 de febrero de 2021.

COMISIÓN AUTONÓMICA DE SEGUIMIENTO PARA EL COVID-19 DEL TSJV: Acta de 31 de marzo de 2020, accesible en Internet, consultada el 19/11/2021.

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO EJECUTIVA COVID-19 DEL TSJM: Nota de 29 de marzo de 2020 sobre asistencia letrada a detenidos en dependencias policiales, accesible en Internet, consultada el 19/11/2021.

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: "Primer año de juicios telemáticos: 300.000 comparecencias virtuales", accesible en Internet, consultado el 10/11/2021.

GARCÍA SANZ, J. y GUIMARAES-DA SILVA, J.: "Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración", *Diario La Ley*, núm. 9659, Tribuna, 23 de junio de 2020.

GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R.: "Camino a la intermediación digital en justicia: Juicios y actos procesales remotos", *Diario La Ley*, 8 de junio de 2021.

GUERRA GONZÁLEZ, R.: "Generalización de los juicios celebrados por videoconferencia", *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 20 de mayo de 2021.

GUÍAS JURÍDICAS WOLTERS KLUWER, voz: plataforma digital, consultado el 3/11/2021.

GUTIÉRREZ MAYO, E.: "Juicios telemáticos. Ventajas y posibles riesgos", *Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, 2020.

MAGRO SERVET, V.: "De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril", *Diario La Ley*, núm. 9646, Tribuna, 4 de junio de 2020.

MINISTERIO DE JUSTICIA: "Guía para la celebración de actuaciones judiciales con medios telemáticos en el ámbito competencial del Ministerio de Justicia", 9 de junio de 2020.

MONTERO AROCA, J.: "Los principios generales del proceso", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PARDO IRANZO, V.: "El proceso: aspectos generales y principios estructurales o consustanciales", en AA.VV.: *Derecho Procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2021.

PEREA GONZÁLEZ, A.: "El juicio telemático en el proceso civil: ventajas y cuestiones técnicas", *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 147, 2020.

PUNTO DE ACCESO GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, accesible en Internet, consultado el 23/11/2021.

VIDAL FUEYO, M. C.: "El derecho a la tutela judicial efectiva en tiempos de pandemia", en AA.VV.: *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

