

Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial

Manuel Richard González

Profesor Titular de Derecho Procesal Universidad Pública de Navarra

Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio

Diario La Ley, Nº 9654, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 16 de Junio de 2020,
Wolters Kluwer

Normativa comentada

RD-ley 16/2020 de 28 Abr. (medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia)

CAPÍTULO III. Medidas organizativas y tecnológicas

Artículo 19. *Celebración de actos procesales mediante presencia telemática.*

Comentarios

Resumen

El reciente RDL 16/2020 de 28 de abril prevé la sustanciación de vistas, comparencias y juicios virtuales durante el estado de alarma y hasta tres meses después, ante la situación de colapso de la Justicia con motivo de la alarma sanitaria. Se trata de una medida elogiada por muchos desde una apuesta incondicional por las nuevas tecnologías como bálsamo de fierabrás que va a solucionar todos los problemas del proceso. Sin embargo, no creo que un juicio oral virtual pueda cumplir con las garantías procesales ante la existencia de un buen número de problemas de difícil solución.

«El día en el que el marciano llegue a esta Tierra, despachado en fulmínea exploración de una hora para ver cómo andan por aquí las cosas, ¿qué le mostraré yo para que aprecie el grado de civilización a que se ha llegado en nuestro planeta? No por cierto un aparato de televisión, ni una motoneta, ni un aeropuerto, ni una bomba atómica; lo invitaré a asistir conmigo en aquella hora a una audiencia judicial... Una sala moderadamente iluminada, alejada de los ruidos, en un rincón de un antiguo palacio

señorial, con muebles y cuadros antiguos: una atmosfera de recogimiento y de respetuosa familiaridad; el presidente, autoritario, pero cortes; los magistrados, atentos a los discursos de los defensores, y hasta deseosos de escucharlos hasta el final...¿Cuántos milenios se han necesitado para conseguir este milagro?» (1)

I. Introducción

Hablaba CALAMANDREI del acto del juicio oral referido a un momento, a un procedimiento, a un lugar, a una arquitectura, en definitiva a un modo de hacer determinado respecto a un acto social concreto que viene sirviendo desde hace milenios al fin de proveer justicia. Tanta era la admiración de CALAMANDREI por la vista oral como el culmen del sistema de justicia que, como hemos visto, la ofrecería a un marciano como ejemplo de nuestro grado de evolución social. Sería curioso saber que diría ahora el maestro italiano en el momento actual en el que la justicia, y su instrumento principal que es el proceso, se hallan en una situación difícil en la que debe hacer frente al colapso derivado de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid19. Efectivamente la situación de alarma sanitaria ha supuesto la práctica paralización de la actividad del sistema de justicia con la suspensión de plazos procesales y la consiguiente inactividad de los tribunales de justicia. Ello ha supuesto en los casi tres meses de mantenimiento del estado de alarma una situación de colapso de la justicia cuyo alcance se está revelando a partir del 4 de junio de 2020 cuando se levantó la suspensión de los plazos procesales. Además, la progresiva eliminación de las restricciones de movimiento va a ocasionar, previsiblemente, que se inicien nuevos y numerosos procedimientos judiciales derivados, en gran parte, de las situaciones de crisis económica y personal derivadas del estado de alarma.

En esta situación el RDL 16/2020 de 28 de abril (LA LEY 5843/2020), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia se dictó con la finalidad de afrontar los retos a los que se enfrenta el sistema de justicia en el reinicio de funcionamiento de los tribunales de justicia. Las medidas procesales previstas al amparo del RDL 16/2020, como se denota del propio título de la norma, tienen vocación de futuro partiendo del momento presente y concretamente de la doble situación sanitaria y de colapso judicial. A ese fin se regulan distintas medidas procesales que atienden a la situación de acumulación procesal que se producirá en el sistema judicial a partir de la regularización de la situación, pero también teniendo en cuenta la finalidad sanitaria de minimizar el riesgo de contagio de ciudadanos y profesionales durante la actividad ordinaria ante los tribunales de justicia. Entre las medidas previstas en la Ley se halla la celebración preferente de vistas, comparecencias e incluso juicios por videoconferencia durante el estado de alarma y hasta los tres meses siguientes. Se trata de una medida que pretende soslayar los

eventuales límites derivados de la limitación de movimientos y reunión de personas. El problema, como se verá más adelante, es que esta propuesta no tiene en cuenta los importantes obstáculos que se plantean ante esta posibilidad especialmente respecto a la sustanciación de juicios (2) . A esas cuestiones voy a referirme en este trabajo y, especialmente, a resolver la pregunta de si un juicio por videoconferencia cumple con los criterios de oralidad, inmediación, concentración, publicidad y contradicción exigibles en el juicio oral (3) . Ya adelanto que la respuesta es que no. También advierto que soy un absoluto partidario del uso de la tecnología en el sistema de justicia para su mejora y adaptación al tiempo que vivimos. Pero ello no significa que la tecnología pueda servir o aplicarse a todos los actos procesales. Esto es especialmente cierto para el acto del juicio.

II. Las medidas para hacer frente al Covid-19 contenidas en el RDL 16/2020 de 28 de abril

En el RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020) se contienen medidas de distinta clase y naturaleza que podemos clasificar esquemáticamente en tres apartados:

1º Normas que se refieren al cómputo de plazos o agilización de procedimientos.

2º Normas destinadas principalmente a garantizar: «...el derecho a la salud tanto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, como de los ciudadanos y de los profesionales que se relacionan con dicha Administración, procurando de esta manera evitar situaciones de contagio» (Apartado 1º Exp. Motivos RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020)). Se trata de medidas que conforme con la Exposición de Motivos de la Ley deben garantizar: «...la distancia de seguridad en el desarrollo a las vistas y audiencias públicas y el fomento de la incorporación de las nuevas tecnologías a las actuaciones procesales y, en general, a las relaciones de los ciudadanos y ciudadanas con la Administración de Justicia, que eviten, en la medida de lo posible, excesivas concentraciones en las sedes judiciales». (Apartado 1º in fine Exp. Motivos RDL 16/2020). Con estas normas se pretende evitar la cercanía entre todas las personas que intervienen en un juicio o vista oral y pueden consistir sencillamente en la limitación del aforo de las salas de vista a fin de guardar la debida separación entre las personas asistentes. También se pueden incluir aquí las medidas de acceso telefónico y telemático para la gestión procesal y acceso de usuarios de la justicia a los servicios ofrecidos por el Sistema de administración de justicia. Para ello el RDL 16/2020 modifica la Ley 18/2011, de 5 de julio (LA LEY 14138/2011), reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia para facilitar el acceso remoto al sistema de comunicación y gestión procesal. También se acuerda dotar de medios e instrumentos electrónicos y sistemas de información a todos los órganos, oficinas judiciales y fiscalías para

poder desarrollar su función eficientemente. De ese modo se pretende conseguir que el sistema de judicial pueda ser accesible y operativo sin necesidad de que los usuarios se desplacen físicamente a las sedes judiciales o fiscalías correspondientes. En su virtud, durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, la atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto. Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita a ese fin (art. 23 RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020)).

3º Medidas de utilización de la tecnología para la sustanciación de actos procesales. A este fin el RDL 16/2020 prevé que los actos procesales se sustancien preferentemente mediante la presencia telemática de los intervinientes, siempre que los órganos jurisdiccionales o la fiscalía tengan los medios técnicos a ese fin. No se descarta, en principio, ningún acto procesal de entre los que pueden celebrarse de forma telemática. En su virtud se pueden celebrar comparecencias, actos de prueba, juicios orales y deliberaciones (art. 19 RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020)).

Entre los actos procesales que se sustanciarán, preferentemente, por medios telemáticos se halla también el juicio oral (art. 19.1 RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020)). La única excepción que se prevé es la de los procesos penales por delito grave por considerar el RD que la presencia física del acusado resulta necesaria (art. 19.2 RDL 16/2020). Aquí habría que incluir también aquellas vistas y comparecencias en las que el objeto procesal puede afectar un derecho fundamental del sometido a proceso penal. Este es el caso de la comparecencia para acordar, en su caso, la prisión provisional (art. 505 LECrim (LA LEY 1/1882)).

Ningún problema se plantea, en principio, respecto a las medidas citadas en los puntos 1º y 2º. Se trata, en el primer caso, de disposiciones destinadas a garantizar la seguridad de los intervinientes en el sistema de justicia incluyendo aquí al público en general que puede asistir a los juicios orales en cumplimiento del principio de publicidad reconocido en el art. 120 Constitución Española (LA LEY 2500/1978). En el segundo caso la ley atiende a la sustanciación de actos procesales de prueba o comparecencias mediante el uso de videoconferencia. Esta es una excepción que también entiendo que debe ser admitida aunque no como regla general como explico en el siguiente apartado. Finalmente, el auténtico problema se plantea respecto a la posibilidad de celebrar juicios mediante dispositivos de videoconferencia sean civiles o penales. También en el caso de las comparecencias para resolver sobre la libertad o prisión provisional.

III. Práctica de actos y comparecencias mediante videoconferencia

La Ley dispone que los actos procesales se sustanciarán, preferentemente, mediante la presencia telemática de los intervinientes, siempre que los órganos jurisdiccionales o la fiscalía tengan los medios técnicos a ese fin (art. 19 RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020)). Se trata de una norma que ya está prevista en el art. 229 LOPJ (LA LEY 1694/1985) desde 2003. En su virtud, se celebrarán, de forma preferente, virtualmente los actos procesales, consistentes en comparecencias e incluso actos de prueba. El art. 229 LOPJ no exige unas especiales condiciones para la realización de actos de investigación o prueba mediante videoconferencia. Tampoco exige especiales circunstancias el art. 19 RDL 16/2002 que sin establecer una obligación sí que establece una preferencia. No obstante, sí que existe una prevención en los arts. 293 LEC (LA LEY 58/2000) y 657 LECrim (LA LEY 1/1882) que exigen la concurrencia de razones de imposibilidad para acudir a esta forma de sustanciación de los actos de prueba. La razón se halla en razones de fondo en tanto que los actos de prueba están regidos por la aplicación de los principios de inmediación, oralidad, publicidad, concentración y contradicción. Principios que pueden resultar afectados de forma notable por la práctica virtual del acto. En consecuencia, entiendo que debe exigirse, con carácter general, la concurrencia de una situación de excepcionalidad que se van a dar sin ninguna duda en los siguientes meses post-Covid-19 de modo que estará justificada la práctica de comparecencias y vistas como audiencias previas o actos de prueba de modo telemático con la finalidad de evitar contagios y/o agilizar los procedimientos judiciales. Ese es también el criterio del CGPJ que en la Guía de 27 de mayo de 2020 para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas distingue entre actuaciones internas y externas de los órganos jurisdiccionales. Y dentro de las actividades externas entre aquéllas en las que actúan únicamente los operadores jurídicos y aquéllas en las que intervienen ciudadanos (actos de prueba o juicios). Respecto a las primeras, dispone que la sustanciación de vistas y comparecencias en las que intervienen únicamente profesionales del derecho, inclusive partes cuando no interaccionan con el tribunal, como es el caso de la audiencia previa del juicio ordinario, la celebración telemática debe ser preferente mientras sea necesario mantener comportamientos de distanciamiento social. Mientras que en el caso de actuaciones externas con intervención de ciudadanos la Guía dispone que deberá atenderse al caso concreto garantizando los principios y garantías del proceso y acordando la sustanciación presencial cuando fuese aconsejable por: *«La afluencia numerosa de partes, testigos y/o peritos a un acto, de manera que la presencialidad sea la nota dominante y sólo los profesionales vayan a ser los únicos que intervengan telemáticamente»* Apartado 26 Preámbulo Guía CGPJ. A los problemas de la práctica de prueba y juicios orales virtuales me refiero específicamente más adelante.

No existirá problema para sustanciar vistas y comparencias en las que intervengan abogados y procuradores, incluso con la asistencia no interactiva de la parte, mediante procedimientos virtuales

En consecuencia, no existirá problema alguno para sustanciar, vistas y comparencias en las que intervengan abogados y procuradores, incluso con la asistencia no interactiva de la parte, mediante procedimientos virtuales. Por ejemplo, una audiencia previa del juicio ordinario. No cabe duda que durante el estado de alarma y el período de tres meses posterior esta puede ser una buena práctica para agilizar la justicia. Ahora bien, el CGPJ va más allá de la situación concreta de crisis para considerar que incluso cuando se supere la alerta sanitaria podría ser aconsejable que esta clase de actos se siguieran celebrando de forma telemática. Eso sí cuando se dé una situación de imposibilidad o dificultad (Punto 21 preámbulo de la Guía del CGPJ de 27 de mayo de 2020). El CGPJ actúa en este punto con suma cautela, ya que su pauta no es optar en el futuro por la sustanciación virtual de actos procesales, sino únicamente en casos de imposibilidad de acudir a la sede judicial. Estoy de acuerdo con el CGPJ. Téngase en cuenta que el éxito conseguido por la audiencia previa en el juicio ordinario trae causa de sus sustanciación oral en directa inmediación lo que permite depurar y concretar el proceso para su mejor sustanciación en el juicio oral. Siendo así no sé hasta qué punto la celebración virtual puede ofrecer el mismo resultado. Yo lo dudo.

Sin embargo, no podemos dejar de citar aquí opiniones autorizadas como la de MAGRO SERVET que pronunciándose concretamente respecto a la situación actual de emergencia sanitaria y el consecuente uso de las nuevas tecnologías se ha mostrado firme partidario de convertir la excepcionalidad del uso de la tecnología en un proceder ordinario (4) . De hecho esta parece ser la posición de otros muchos magistrados y órganos de gobierno de los tribunales que ante la inminencia de la reanudación de la actividad de los Juzgados han dictado Acuerdos respecto a la sustanciación de vistas y comparencias por videoconferencia como una forma de superar la situación de colapso. En ese sentido, al momento de escribir este artículo, distintos órganos jurisdiccionales e incluso Juzgados concretos se han pronunciado ya en el sentido de utilizar esta posibilidad. Especialmente, todo hay que decirlo en Juzgados especializados, por ejemplo, en el conocimiento de asuntos derivados de las cláusulas abusivas en condiciones generales de la contratación. Sobre este particular se ha pronunciado J.M.^a APARICIO magistrado titular del Juzgado de primera instancia n.º 5 de Alicante especializado, precisamente, en materia de cláusulas abusivas, que se ha manifestado por: « *implantar de manera masiva y sistemática el uso de las vistas telemáticas al amparo del Real Decreto-ley 16/2020 de 28 de abril (LA LEY 5843/2020)* ». Las razones aducidas por el magistrado para apoyar la práctica de

comparecencias por videoconferencia son la agilización de los procedimientos, teniendo en cuenta que: «...en la mayoría de los casos, más de un 90% de las ocasiones, las demandas quedan vistas para sentencia tras la celebración de una vista previa, pues las partes tan solo proponen como prueba la documental aportada a la causa, y en contadas ocasiones la intervención de testigos» (5) . Se refiere el magistrado concretamente a la sustanciación por videoconferencia de la audiencia previa en los asuntos en materia de cláusulas abusivas en las que, efectivamente, se delimita el proceso y se solicita y admite la prueba que suele ser únicamente la documental quedando así el juicio visto para sentencia. Resulta indudable que en esa clase de procedimientos y respecto a la audiencia previa su celebración virtual no supone ninguna afectación importante de los derechos de las partes en el proceso. Ahora bien, como explico más adelante, no creo que en el supuesto general de un proceso civil ordinario sea una buena práctica convertir la audiencia previa del juicio en un trámite virtual. De ser así, estaremos modificando de una forma esencial esa clase de juicio y afectando a un trámite que gracias a su oralidad y a la intermediación judicial consigue delimitar con gran éxito el objeto del proceso a debatir en juicio.

IV. La práctica de juicios por videoconferencia

1. Estado de la cuestión: la regulación por el RDL 16/2020 de la sustanciación preferente de juicios por videoconferencia. Primeras experiencias

La posibilidad de celebrar juicios por videoconferencia no es ninguna novedad a nivel de discusión doctrinal. Se trata de una posibilidad con la que podríamos decir se viene «*fantaseando*» durante un tiempo dada la evolución técnica que ya permitiría esa posibilidad. Pero claro no todo lo que se puede hacer se debe hacer. Resulta evidente el atractivo de la celebración de juicios por videoconferencia que al decir de algunos resolvería, cual «*bálsamo de fierabrás*», los problemas de acumulación de trabajo de los Juzgados. Así sería en tanto que, aparentemente, la sustanciación de un juicio por videoconferencia resultaría más eficiente al evitarse desplazamientos de profesionales y de personas en general. Desde mi punto de vista esta es la única ventaja que se puede aducir y que sería aplicable únicamente a los abogados y procuradores, ya que el tribunal deberá estar en la sede judicial, al igual que en una vista ordinaria, y los testigos y peritos deberán estar también, en principio, o bien en la sede judicial o bien en algún otros establecimiento público, ya que no les puede ser exigible que cuenten con medios técnicos al fin de su comparecencia (y si los tuvieran no existirían las debidas garantías de identidad y confidencialidad) (6) . No hay más ventajas porque el tiempo de la vista virtual será el mismo que el que se daría en una vista pública sustanciada físicamente y, por supuesto,

a partir de ahí cualquier comparación del resultado práctico de una vista oral ordinaria o virtual es odiosa por los problemas y desventajas que se suscitan en un juicio virtual.

¿Problemas, desventajas? Sí unas cuantos. Algunos de gran relevancia que expongo más adelante. Siendo así que sólo se da una ventaja y muchos problemas la única explicación que puede darse ante la regulación legal que prevé la celebración preferente de vistas, comparecencias y juicios telemáticos es probablemente por una suerte de «*encantamiento*» que se viene produciendo respecto a las presuntas ventajas del uso de las nuevas tecnologías para cualquier aspecto de la vida social. Naturalmente ello no supone negar las indudables mejoras que las nuevas tecnologías han aportado y pueden seguir aportando al proceso, pero a mi juicio resulta claro que el juicio oral es un juicio y es oral. Lamento la repetición, pero quiero resaltar que un juicio oral es un todo en el que el lugar donde se celebra, la sede judicial, el modo, mediante la declaración oral y espontánea de testigos y el informe técnico de peritos, la inmediación, contradicción y publicidad asociadas al acto determinan su esencia y su valor técnico. No creo que se pueda obviar todo lo dicho y sustituirlo por un agregado de imágenes en directo que son visualizadas por los intervinientes en un escenario que sencillamente no cumple con los principios propios del juicio oral.

Sin embargo, el legislador parece haber optado por decididamente por la práctica de los juicios virtuales como el modo preferente de sustanciar los juicios durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después: «*Durante la vigencia del estado de alarma 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*» art. 19 RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020). La única excepción a la regla se halla en la jurisdicción penal respecto de la cual el apartado 2º del citado art. 19 dispone que: «*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*».

La norma legal no establece una obligación de celebrar juicios por videoconferencia aunque sí prevé que ése sea el modo preferente de sustanciación

Ciertamente, la norma legal no establece una obligación de celebrar juicios por videoconferencia aunque sí que prevé que ese sea el modo preferente de sustanciación. Y, naturalmente, como sucede

con todo lo relacionado con las nuevas tecnologías la atracción ejercida por la norma es importante. Tal vez sea por ello que a fecha de escribir este artículo ya se ha celebrado, varios juicios telemáticos en España. Uno de ellos, posiblemente el primero, se sustanció el pasado 11 de mayo en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Santander donde por medio de conexión digital y pantallas de video se celebró la vista de un juicio contencioso-administrativo relacionado con una sanción urbanística. El juicio se celebró con asistencia de las partes, el Juez y un público virtual que pudo acceder a la vista previa solicitud e inclusión en una lista de público asistente. El asunto finalizó cuando las partes llegaron a un acuerdo en la vista. Los intervinientes, según la noticia periodística, se mostraron satisfechos por la experiencia. No tengo muy claro si su valoración se fundamenta en la circunstancia de haber participado en un juicio que, de algún modo, es histórico o habiendo valorado el cumplimiento de los principios procesales en la vista virtual. Precisamente, respecto a ese segundo punto que es el realmente importante, los intervinientes en el proceso manifestaron que la tramitación de la vista había sido idéntica a la tradicional, aunque destacaron que las conexiones informáticas habían planteado alguna dificultad para acceder a la sesión.

2. Problemas que plantea la sustanciación de juicios por videoconferencia. Los criterios generales contenidos en la Guía del CGPJ de 27 de mayo de 2020

Los primeros juicios celebrados por videoconferencia sólo son el punto de partida de una forma de proceder que va a ser habitual una vez que su práctica ha sido sancionada por la Ley. En estos días, todavía en estado de alarma, ya conocemos que algunos juzgados están señalando vistas a celebrar a partir del mes de junio que es cuando se levanta la suspensión de plazos procesales. A falta de más información entiendo que los juicios que se han celebrado hasta ahora tenían un objeto procesal sencillo con una práctica de prueba muy limitada, básicamente la documental. También parece ser que en todos los juicios señalados para sus sustanciación por videoconferencia se ha obtenido la conformidad de las partes para esta clase de celebración. Pero lo que no resulta claro es cuál va a ser el funcionamiento de procedimientos en los que se deba practicar prueba. Más aún ¿Qué reglas se van a seguir? Porque naturalmente que deben seguirse las reglas procesales contenidas en las respectivas leyes de procedimiento. Sin embargo estas reglas no creo que sean suficientes para esta nueva modalidad de sustanciación de los juicios. No estoy seguro, pero salvo nueva noticia los sistemas de videoconferencia que se están utilizando con carácter general en España no están adaptados la dinámica de un proceso interactivo. Las cuestiones y dudas que aparecen son de gran importancia ¿Dónde se hallaran físicamente los testigos y peritos? ¿tendrá el magistrado o algún funcionario judicial (el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ por ejemplo) alguna clase de control o gestión de la participación de los intervinientes en el juicio? ¿Cómo se garantiza la seguridad y la confidencialidad?

Las respuestas a las preguntas planteadas deberían hallarse en la normativa general, preferentemente legal, que todavía no existe. Se trata de una grave deficiencia, porque resulta que se aprueba una Ley, que en realidad es un Decreto Ley del gobierno que precisa de su ratificación por las Cortes, que abre la «veda» para los juicios por videoconferencia, pero que no los regula fijando su práctica a unas leyes procesales que no se regularon teniendo en cuenta esa clase de sustanciación virtual. Finalmente, con fecha de 27 de mayo de 2020 el CGPJ aprobó una Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas. (LA LEY 365/2020) En esta guía se parte de la asunción de la falta de regulación legal y de la necesidad que en esta clase de actos procesales se respeten las garantías del proceso. Respecto a la normativa sobre las actuaciones telemáticas el CGPJ es consciente de la necesidad de aprobar una normativa específica, es por ello que la Guía se presenta no como un texto definitivo, sino como: *«...un avance muy provisional para dar respuesta a las necesidades más inmediatas que se prevé que se van a plantear en esta materia una vez que se alce la suspensión e interrupción de términos y plazos procesales, y también una orientación sobre cómo actuar en caso de que la actual situación de alerta sanitaria tuviera que reproducirse en meses posteriores»* (Punto 71 Preámbulo Guía CGPJ). Respecto a los principios y garantías procesales en el preámbulo de la Guía se señala, acertadamente, que: *« la aplicación de las tecnologías al proceso ha de ser una forma de avanzar, no de retroceder»* no siendo admisible una degradación de los mismos como una posible consecuencia paradójica de los avances en tecnología. Como no puede ser de otra forma la Guía parte de la prevención ante la posibilidad de la celebración de juicios orales en los que se debe practicar prueba, especialmente testifical y pericial, entendiendo que en ese caso es preferible sustanciar el juicio presencialmente: *«La afluencia numerosa de partes, testigos y/o peritos a un acto, de manera que la presencialidad sea la nota dominante y sólo los profesionales vayan a ser los únicos que intervengan telemáticamente, será una circunstancia a tener en cuenta para valorar la oportunidad de que el acto sea realizado presencialmente en su integridad»* (Punto 26 preámbulo Guía CGPJ 27 mayo de 2020).

La Guía del CGPJ contiene normas bienintencionadas pero claramente insuficientes porque no puede, ni debe, refutar la redacción legal. Y tampoco puede regular un procedimiento legal para la sustanciación de los juicios virtuales. De modo que, al final, lo que se contiene en la Guía, y no es poco, es una suerte de manual de instrucciones respecto al modo y la forma en la que se vayan a celebrar los juicios telemáticos. Pero, lo que resulta evidente es la responsabilidad del poder legislativo que debe proceder si considera que deben celebrarse esa clase de juicios a su regulación precisa para evitar, precisamente, que se afecten los derechos de las partes. Sobre ese particular se pronunció el CGPJ, antes de publicar su Guía, señalando que: *«El problema es que te dicen que se puede pero en ningún sitio se dice cómo (se refiere a los juicios por videoconferencia). Sobre eso es en lo que estamos trabajando. Para que muchos de dichos actos se puedan realizar con todas las garantías. Es necesario*

que se respete la integridad, la publicidad y la limpieza de la prueba. El desafío que ahora tiene el Consejo es el de definir, en esa Guía, qué condiciones son las preferentes para llevar a cabo los juicios telemáticos y las pautas que deben seguirse para que se respeten los principios que deben de regir en los juicios». Desafío que admitían les llevaría a ofrecer un simple borrador, que se contiene en la Guía del CGPJ para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas de 27 de mayo de 2020.

A) ¿Cómo cumplir el principio de publicidad en los juicios virtuales?

La publicidad es un principio constitucional reconocido en el art. 120 CE (LA LEY 2500/1978) y el art. 186 LOPJ (LA LEY 1694/1985) que se asocia directamente con el principio de oralidad e inmediación y también con el completo espíritu de nuestro sistema constitucional de Justicia que precisa del pleno conocimiento y participación de los ciudadanos en la administración de Justicia. A ese fin sirven la acción popular y la institución del Jurado previstos en el art. 125 CE. (LA LEY 2500/1978) También sirven a un fin constitucional el derecho de los ciudadanos a presenciar las vistas judiciales con la única limitación de aquellas que se declarasen secretas o reservadas conforme con lo previsto en la Ley. La publicidad del proceso se asocia a la oralidad en tanto que un proceso por escrito tiende a la confidencialidad y a su conocimiento limitado por la sociedad. Es por ello de la importancia del acto ritual que realiza el agente judicial cuando al inicio de un juicio oral proclama a la entrada de la sala de vistas: «*audiencia Pública*» expresión con la que se manifiesta la vigencia del principio de publicidad y su complementario de oralidad en el juicio que va a tener lugar en la Sala de vistas.

No parece claro que los juicios virtuales respeten, ni puedan respetar, el principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Ni siquiera en el caso que pudiera establecerse alguna clase de portal virtual mediante el que los particulares pudieran acceder a las sesiones de los juicios programados. El CGPJ propone en su Guía tres posibilidades a este fin: 1ª Que el juez o tribunal autorice la retrasmisión íntegra del juicio. Esta es una posibilidad limitada a supuestos de juicios de gran relevancia social y mediática. 2º Asistencia del público a la sala de vistas, u otra, de la sede judicial del tribunal desde donde puedan observar el juicio en circuito cerrado. 3º Anuncio virtual del juicio y posibilidad de solicitar el acceso de público mediante una clave o invitación, que se facilitará una vez que la persona interesada se acredite, física o virtualmente, ante el juzgado o tribunal. De todas las posibilidades citadas sólo parece viable la última, ya que la primera es absolutamente excepcional y la segunda no tiene fundamento, por carecer de sentido que sea el público el que deba ir a la sede judicial a presenciar un juicio virtual desde una pantalla.

La forma ordinaria de ofrecer publicidad en el proceso será la del acceso a la visión del juicio previa inscripción en una suerte de tablón virtual

En su virtud, parece claro que la forma ordinaria de ofrecer publicidad en el proceso será la del acceso a la visión del juicio previa inscripción en una suerte de tablón virtual. Se trataría de una especie de «*canal justicia*» en el que se podría acceder a las vistas programadas. La puesta en funcionamiento del sistema es difícil, costosa y puede acabar funcionando como una suerte de «*concesión graciosa*» de invitaciones como sucedió en el juicio virtual citado celebrado en Santander al que antes me he referido. Por ello, debería proveerse de un sistema de acceso de los ciudadanos a aquellas vistas que consideren de su interés, con la única excepción de las limitadas en razón de la regulación legal o disposición expresa del órgano jurisdiccional respecto a un determinado juicio o acto concreto del mismo.

En cualquier caso, el sistema no está en funcionamiento que yo sepa y no creo que se pueda instalar en el período de tiempo durante el que los juicios virtuales van a estar en funcionamiento. En su virtud considero que no cabe sustanciar vistas virtuales en tanto no se exista un medio eficaz que permita respetar el principio constitucional de publicidad en el proceso. Pero más aún, aunque se garantizase el acceso libre de los ciudadanos a las vistas judiciales se produciría una suerte de vulgarización del principio de publicidad alejándose de los motivos y razones que determinaron su consideración como principio fundamental del proceso y del entero sistema de justicia.

B) ¿Se garantizan en una vista virtual los principios de oralidad, inmediación y contradicción?

La respuesta clara y directa es que no. De ningún modo. Ciertamente, los intervinientes en un sistema de videoconferencia hablan y se les oye y el resto de participantes pueden a su vez intervenir cuando les corresponda según le pueda indicar el tribunal que, naturalmente, dirige el debate procesal conforme a la Ley. Sin embargo no creo que esa clase de comunicación cumpla con los requisitos de la oralidad procesal que se asocia en la LEC 1/2000 (LA LEY 58/2000) indefectiblemente a la inmediación, a la concentración, la contradicción, la publicidad y la valoración de la prueba mediante la sana crítica. Todo ello en un sistema procesal de juicio oral ordenado para reforzar las garantías de acierto en la sentencia. Como acertadamente señala VELILLA N.: «*Un busto parlante no puede meter a nadie en prisión*» (7) .

La asociación del principio de oralidad con la inmediación y el resto de principios citados en la sustanciación del juicio oral no es gratuita o accesoria. En el proceso penal la oralidad es la regla básica de esa clase de enjuiciamiento tal y como se proclama en el art. 120 CE. (LA LEY 2500/1978) También se pronuncia en el mismo sentido el art. 680 LECrim (LA LEY 1/1882) que dispone que: «*Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente*». También la LEC regula un procedimiento civil basado en un juicio oral público y contradictorio. Pero, la LEC 1/2000 (LA LEY 58/2000) no se conforma o limita a proclamar la oralidad como una suerte de principio mágico que vaya a sanar el proceso o como una suerte de apuesta técnico-científica frente al principio de escritura. La Ley 1/2000 hace lo que debe que es regular un procedimiento en el cual la oralidad tiene su lugar en el marco de unos principios del proceso que son acordes con lo que espera la sociedad de un instrumento público que no se regula para mayor gloria de la ciencia procesal, sino de las necesidades sociales.

El juicio o es oral o no lo es. Y no sólo, que también, por el simple hecho de que todos los intervinientes en cualquier clase de reunión social (también en un juicio) se expresan oralmente, sino porque la oralidad se asocia a todo un conjunto de principios mancomunados que garantizan en su conjunto la mayor eficacia posible para el instrumento social que es el proceso.

En cuanto al principio de inmediación es un principio complementario del principio de oralidad que exige que la actividad procesal se realice en presencia del tribunal que va a dictar la sentencia o resolución que ponga fin al asunto. Efectivamente, la oralidad carecería de sentido si el juicio se desarrollara ante un sujeto distinto del juzgador que debe dictar la sentencia. Precisamente, la oralidad tiene por finalidad que el Juez o magistrado pueda formarse una convicción tras la práctica de la prueba realizada en su presencia. A este fin el art. 229.2 Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985) dispone que: «*Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, informes, ratificación de las periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes, y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley*». También, en este sentido, se pronuncia el art. 137 LEC, que garantiza la plena vigencia y cumplimiento de la inmediación judicial con la consecuencia de la nulidad de pleno derecho de aquellos actos procesales realizados con infracción de este principio (art. 137 LEC (LA LEY 58/2000) y 238 LOPJ (LA LEY 1694/1985)).

De la conjunción de los principios expresados: publicidad, concentración, contradicción e inmediación resulta la necesidad de que determinados actos procesales, y especialmente el juicio oral, deban realizarse en forma oral, ya que de lo contrario se resentiría el sistema de justicia que no podrá

garantizar una decisión justa. Esto es lo que sucede respecto a los actos de prueba que deberán practicarse, necesariamente, en un acto oral careciendo de sentido que se puedan practicar de un modo distinto que no sea ante el juzgador que debe valorar su resultado en la sentencia. Siendo así, y siendo la prueba el acto central del proceso, podemos afirmar que la oralidad de hecho ha alcanzado una especial importancia en el proceso, al menos cuando éste debe decidirse tras la práctica de la prueba en el juicio oral. En este sentido, y tal y como se ha dicho, la oralidad en el juicio y en conjunto con el resto de principios descritos debe calificarse de principio jurídico-natural, sin el cual el proceso que no prevea normas en este sentido carecerá de un principio esencial que determina su calidad y eficacia.

Y siendo así las cosas considero que no podemos aceptar que las vistas virtuales respetan los principios de oralidad, intermediación y contradicción. Uno puede engañarse todo lo que quiera y aceptar cualquier sucedáneo de juicio oral. Pero, no creo que resulte posible efectuar un auténtico y eficaz acto de comprensión del acto procesal del que el Juez únicamente tiene su reflejo en una pantalla. Dificultad que se incrementa cuando se trata de valorar la prueba practicada de la que se ha tenido conocimiento, nuevamente, por medio de las imágenes en una pantalla. Como bien dice VELILLA N.: *«no es igual tomarse un café con un amigo que dialogar con él por Zoom»* (8) . Se trata, en definitiva, de una cuestión de puro sentido común que en esta concreta materia se ha sintetizado en los principios procesales citados que no se respetan cuando se pretende sustituir una vista oral con directa intermediación por el reflejo del acto según se muestra en una pantalla o monitor de video. Finalmente téngase en cuenta que el reflejo en una pantalla no puede ser el objeto de apreciación y valoración por parte del Juez porque lesiona los principios en los que se fundamenta el sistema de medios de prueba en el proceso jurisdiccional. Nótese que la relación de los medios de prueba previstos en el art. 299 LEC (LA LEY 58/2000) y de los que se puede valer la parte en el proceso sigue una lógica inimpugnable, ya que cada medio de prueba se relaciona con actividades que permiten activar los sentidos y proporcionan información al cerebro del juzgador con la finalidad de convencerle para que dicte una sentencia favorable. De modo que los medios de prueba están relacionados directamente con nuestra dotación biológica como especie que nos ha provisto de varios sentidos, que no son sino canales de comunicación con nuestro entendimiento como animales sociales (con nuestro cerebro en definitiva): vista, tacto, oído, gusto y olfato. De los descritos, únicamente utilizamos plenamente dos al efecto de ser el sustento, medio o canal del medio de prueba: la vista y el oído (testifical, interrogatorio, documental). Otros dos sentidos se emplean muy limitadamente: el tacto y el olfato (reconocimiento judicial). En este sentido, no será habitual pero el tacto y el olfato pueden tener utilidad durante el reconocimiento judicial al efecto de permitir al tribunal obtener conocimiento por ejemplo percibiendo los olores molestos de una fábrica o actividad industrial, o en un vertido en un río

o mediante el tacto de un determinado material relacionado con el proceso. Finalmente, otro sentido directamente no se relaciona con ningún medio de prueba: el gusto. La razón de discriminar entre sentidos se halla en la mayor o menor precisión de cada uno de ellos y, consecuentemente, en la calidad de la información que pueden proporcionar al juzgador. También se dan otra clase de razones como los usos y convenciones sociales, que no consideran adecuado, por ejemplo, tocar u olfatear a una persona. En definitiva, no se trata de exigir que el tribunal pueda, en su caso, tocar u olfatear al testigo, pero sí que pueda verle y oírle que no es algo exactamente igual a visualizar unas imágenes en una pantalla.

C) *La práctica de la prueba en un juicio virtual. El problema de la ubicación geográfica de los intervinientes en el juicio oral*

El principal problema que plantea un juicio virtual es el de la práctica de la prueba, salvo que la única prueba admitida fuese la documental. Puesto que la prueba documental se suele tener por reproducida bastando en su caso con la lectura de algún documento o fragmento del mismo en el acto del juicio. Actividad que puede realizarse sin mayor problema en una vista virtual. Sin embargo, la cuestión no resulta tan sencilla cuando pensamos en la admisión de cualquier otro medio de prueba. El reconocimiento judicial virtual no cabe ni plantearse. En cuanto a las declaraciones de partes o testigos y periciales se plantean problemas, algunos insolubles. El principal a mi juicio está relacionado con el apartado anterior en tanto que aunque se pueda preguntar a una parte, testigo o perito resulta extremadamente difícil conducir un interrogatorio virtual y más aún poder valorar en su complejidad las respuestas dadas. Y esto es así porque la oralidad y la inmediación únicamente quedan garantizadas en un entorno físico ordinario, resultando realmente difícil poder cumplir con las exigencias de esos principios en un entorno virtual (9) .

Finalmente, se plantean otros problemas añadidos. Por ejemplo respecto del lugar en el que deben hallarse las partes, testigos y peritos. Porque resulta claro que si los juicios virtuales deben servir para evitar contagios y agilizar la sustanciación de los asuntos ya se entiende que los abogados y procuradores se hallarán en su despacho para evitar desplazamientos. No tengo muy claro donde se debe hallar el tribunal porque razonablemente deben estar en la sede judicial, pero puesto que el juicio es virtual porque no va a poder estar el Juez en su domicilio. Y si se trata de un tribunal colegiado porque no estar cada magistrado en su domicilio. De hecho la Guía del CGPJ de 27 de mayo de 2020 (LA LEY 365/2020) permite todas las anteriores posibilidades partiendo de la regla general de presencia del tribunal en la sede del juzgado, pero pudiendo, en caso de razón justificada, acceder a la sesión:

«desde lugares que reúnan las condiciones adecuadas para evitar interrupciones, sin que los miembros del colegio tengan que encontrarse en la misma estancia» (Punto 48 preámbulo Guía CGPJ).

Lo lógico sería que partes, testigos y peritos acudiesen a la sede del tribunal si fuese el de su domicilio

Y volviendo a partes, testigos y peritos, no resulta claro donde deben hallarse. Lo lógico sería que acudiesen a la sede del tribunal si fuese el de su domicilio. Este es el criterio de la Guía del CGPJ (punto 43 preámbulo). Pero ¿Y en caso contrario? ¿Deberían estar en su domicilio o en el despacho del abogado o tal vez en una comisaria u oficina pública? Parece claro que deben estar en la sede judicial, o al menos en una oficina pública. De otro modo alguien, por ejemplo, podría dictarle las respuestas (10) . Y si aceptamos que lo ordinario sea que acudan a la sede judicial donde ordinariamente también estará el tribunal ¿ Cómo se debe proceder? ¿Tal vez el tribunal debe presenciar la declaración del testigo o el informe del perito por medio de la pantalla conforme se haría en un juicio virtual? O tal vez si el testigo o perito están en la sede judicial sea mejor que el tribunal inmediate su testimonio directamente en la sala de vistas o en su despacho. Y si lo hacemos así no resulta mejor citar también a los abogados al acto del juicio y dejar de complicarnos la vida. Y ya puestos, porqué no nos vamos directamente a la sala de vista e iniciamos el juicio solicitando al agente judicial que proceda, se dirija a la puerta de la Sala de vistas y proclame vista pública antes de iniciarse el juicio oral. Eso sí con todo el distanciamiento, mascarillas y geles que sean necesarios.

D) La deliberación de la sentencia por medios telemáticos

Otra de las medidas previstas en el RDL 16/2020 es la de la celebración de las deliberaciones de los tribunales colegiados de forma virtual. A ese respecto la Ley establece que: «*Las deliberaciones de los tribunales tendrán lugar en régimen de presencia telemática cuando se cuente con los medios técnicos necesarios para ello*» (art. 19.3 RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020)).

¿ Esta forma de deliberación cumple con las exigencias constitucionales y legales ? Respecto a esa cuestión tengo mis dudas, aunque me inclino por considerar que la deliberación telemática cumple con los requisitos constitucionales y legales.

En primer lugar, desde el punto de vista constitucional resulta exigible que las sentencias se motiven y se pronuncien en audiencia pública (art. 120.3 CE (LA LEY 2500/1978)), pero no se establece obstáculo alguno que impida que la deliberación se realice de forma virtual. Tampoco se encuentra

limitación en las leyes aplicables que son los arts. 249 y ss. LOPJ (LA LEY 1694/1985) y 196 y ss. LEC (LA LEY 58/2000) que disponen el modo en el que se deliberan y resuelven los asuntos en los tribunales colegiados. A este respecto el art. 253 LOPJ (LA LEY 1694/1985) dispone que: *«(las) sentencias se deliberarán y votarán inmediatamente después de las vistas y, cuando así no pudiera hacerse, señalará el Presidente el día en que deban votarse, dentro del plazo señalado para dictar la resolución»*. Y el art. 197 LEC (LA LEY 58/2000) establece que: *«En los tribunales colegiados, la discusión y votación de las resoluciones será dirigida por el Presidente y se verificará siempre a puerta cerrada»*. De modo que ningún impedimento existe para la deliberación en tanto que la esencia del acto consiste en el contraste de pareceres entre los magistrados con un votación final respecto al fallo. Se trata de actividades que a diferencia de las de práctica de la prueba en un juicio oral virtual pueden realizarse sin problema por medios virtuales. Este es también el criterio del CGPJ que en la Guía de 27 de mayo de 2020 distingue entre actuaciones internas y externas de los tribunales de justicia considerando que las deliberación son actos internos que se pueden celebrar preferentemente de forma telemática al menos mientras sea necesario mantener comportamientos de distanciamiento social (Puntos 17 y 18 Preámbulo Guía CGPJ de 27 de mayo de 2020).

E) La seguridad de los sistemas telemáticos

La seguridad de los sistemas informáticos en una situación de un previsto uso extensivo y extendido de los dispositivos de telecomunicaciones requiere un breve comentario. Sobre este particular debemos tener en cuenta que no es lo mismo gestionar un sistema cerrado de comunicación y gestión procesal como es LEXnet al que se accede con una acreditación personal que permite garantizar un alto grado de seguridad, que un sistema abierto en el que se interconectan usuarios distintos que pueden hallarse en su domicilio. Piénsese en un testigo por ejemplo ¿Quién garantiza que ese testigo que comparece en una pantalla es efectivamente quien dice ser? A ese respecto PEREA GONZÁLEZ señala con acierto que: *«...la identidad digital será una clave de bóveda para toda la seguridad e integridad del sistema de relaciones que supone un proceso jurisdiccional»* y se pregunta: *«¿cómo podemos salvaguardar quién es quién en un proceso judicial?»* (11) . Naturalmente que esta cuestión puede y debe ser objeto de solución, ya que cada vez es más habitual la comunicación telemática del ciudadano con la administración pública. De modo que no cabe duda que en el futuro todo ciudadano estará provisto de una identificación electrónica. Pero, naturalmente esta es una cuestión que no se puede ni acelerar ni improvisar.

Por otra parte, las cuestiones de seguridad de los datos es también una cuestión a tener en cuenta. Por ejemplo en las deliberaciones de los tribunales colegiados que son secretas. Es por ello que se hacen a

puerta cerrada (art. 197 LEC (LA LEY 58/2000)) y deben ser protegidas de la intromisión por terceros. Este peligro que puede parecer exagerado es bien real y ya ha sido puesto de relieve durante estas últimas semanas durante las que se ha incrementado el uso de los sistemas de videoconferencia (12) . La seguridad en las comunicaciones también se señala en la Guía del CGPJ de 27 de mayo de 2020 como una cuestión de gran importancia asociada no sólo a las deliberaciones de los tribunales, sino también a todos los actos procesales celebrados de forma telemática (Punto 36 Preámbulo Guía CGPJ 27 mayo de 2020).

V. Sobre la posibilidad de sustanciar juicios virtuales en procesos penales

El RDL 16/2020 también prevé la posibilidad de sustanciar juicios penales de forma telemática. Con una excepción prevista en el art. 19.2 RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020) que dispone que: «*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*». Por delito grave debe entenderse, de conformidad con lo previsto en los arts. 13 (LA LEY 3996/1995) y 33.2 CP (LA LEY 3996/1995), los castigados con penas de prisión superior a cinco años (art. 33 CP). Se trata de delitos que se sustancian por el procedimiento abreviado siendo competente el Juez de lo Penal (art. 14.3 LECrim (LA LEY 1/1882)). Téngase presente que conforme con la LECrim la presencia física del acusado en el acto del juicio es necesaria siempre que la pena solicitada supere los dos años de prisión y además concurren una serie de requisitos (que deje de comparecer sin motivo legítimo, que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio designado, que el Juez, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estime que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento). De modo que con el RDL 16/2020 se produce una importante modificación del régimen legal de los juicios en ausencia que se podrán celebrar, durante el tiempo señalado de la duración del estado de alarma más tres meses, cuando la pena sea superior a cinco años. Por otra parte, tampoco resulta clara la excepción que dispone que: « *será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave*». Parece claro que en esos casos de delito grave se exige la presencia física del acusado y se supone que debe ser ante el tribunal y también se supone que siendo así también estarán presentes los abogados y la fiscalía. No tengo claro, sin embargo, si eso supone que también deberán comparecer en el plenario el resto de intervinientes o éstos pueden o deben actuar telemáticamente, limitándose la excepción a la presencia del acusado ante el tribunal.

En cualquier caso, la celebración de juicios penal por delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión considero que desmerece los evidentes avances sociales y jurídicos realizados en el proceso penal. La cuestión me parece de tal obviedad que no voy a extenderme en demasía en ella. Pero baste

señalar la importancia social y personal que debe concederse a un juicio penal aunque su objeto se refiera a la más mínima contravención. La justicia penal constituye la pieza angular del sistema socio-jurídico porque tiene por objeto la sanción de aquellas conductas que se consideran en mayor o mayor medida contrarias a las reglas esenciales de una sociedad. Es por ello que el acusado es titular de los derechos y garantías propias de esta clase de juicios que huelga aquí exponer con extensión. La primera garantía es el derecho no a ser oído, sino escuchado y todavía más, el derecho a poder comunicar directamente con su abogado a efectos de su defensa y también a comunicarse con el fiscal y el tribunal a fin de hacerles llegar su relato de hechos. Derecho a una comunicación directa y personal que no puede, obvia y naturalmente, ser sustituida por ninguna clase de sistema tecnológico de comunicaciones. Sigue resultando obvio pero cuando un Juez o un abogado asiste a la declaración de un investigado o acusado que se lleva a cabo por videoconferencia no está viendo a una persona, sino la imagen y el sonido, la representación de alguien, en una pantalla con todas las implicaciones psicológicas que ello conlleva (13) .

También tiene derecho el acusado a comunicarse con su abogado lo cual resulta imposible de obtener mediante una pantalla

También tiene derecho el acusado a comunicarse con su abogado lo cual resulta imposible de obtener mediante una pantalla. Siendo así, el abogado debería desplazarse al lugar donde estuviere el acusado, probablemente también el Fiscal que debería estar interesado en poder preguntar directamente al acusado en un acto presencial no virtual. Sobre esta cuestión se pronuncia la Guía del CGPJ de 27 de mayo de 2020 advirtiendo de la necesidad de mantener el contacto entre acusado y abogado en el caso que se hallen en la misma estancia. Proponiendo que, en ese caso, se cuente con la posibilidad de la comunicación telemática entre ambos. El problema consiste en que aunque se habilitara esa comunicación virtual el derecho de defensa del acusado resultaría dañado por las limitaciones que ese modo de comunicación presenta. Además no se acaba de entender de qué forma se va a proveer un canal paralelo de comunicación entre abogado y acusado. MAGRO SERVET se refiere a ello señalando que se debería hacer mediante la posibilidad de solicitar una suspensión de la vista virtual al efecto de poder, también mediante videoconferencia, llevar a cabo la comunicación entre acusado y abogado (14) . Desde mi punto de vista ciertamente esa posibilidad puede «salvar», aunque difícilmente, ese mínimo contenido que el derecho de defensa debe tener en ese concreto acto del juicio. Ahora bien, desde mi punto de vista los derechos fundamentales se ejercen no se solicitan y se espera la concesión por parte del tribunal. No creo, por tanto, que un sistema en el que el acusado no puede interaccionar

directamente con su abogado sino a través de una pantalla y que para poder interactuar con él debe ¿levantar la mano?, para que el tribunal suspenda el juicio, aunque sea brevemente, y le conceda esa posibilidad. Sinceramente considero que es un procedimiento profundamente injusto para el acusado y atentatorio para sus derechos y por extensión para todo el sistema de justicia.

Con base en todo lo expuesto resulta insólito que nadie pueda considerar que la celebración de juicios por videoconferencia pueda respetar los derechos de los ciudadanos sometidos al proceso penal. A pesar de ello el RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020) lo autoriza y, efectivamente, se aducen algunos supuestos de derecho comparado que parecerían convalidar esta posibilidad (15) .

En realidad el Tribunal Supremo ya abordó esta cuestión en la bien conocida STS 678/2005 de 16 de mayo (LA LEY 1690/2005) en la que se planteaba el recurso interpuesto por los condenados que habían sido juzgados y condenados sin comparecer en la sala de vistas en razón de su peligrosidad. Decía el Tribunal Supremo que conforme razonaba la Audiencia Provincial habría que celebrar todos los juicios orales, al menos aquellos en los que los acusados se encuentran en situación de prisión preventiva, mediante el sistema de videoconferencia, pues al decir de la Audiencia Provincial: *« todo lo que ofrece esta innovadora fórmula son múltiples ventajas, sin merma alguna de los derechos fundamentales y garantías propios de nuestro enjuiciamiento penal»*. Sin embargo continuaba el Tribunal Supremo afirmando: *«Pero esto, evidentemente, no es así. No se puede afirmar que en un futuro los juicios no lleguen a celebrarse en todos los casos, utilizando los propios términos del Tribunal a quo, en forma "virtual". Sin embargo, hoy por hoy, el principio general es el de que los acusados se encuentren en la Sala, directamente asistidos por sus Letrados. Y hay indudables razones para ello.../...no puede ignorarse que la proyección de los principios básicos del procedimiento es, en esta materia, diferente según que nos hallemos ante la declaración distante de un testigo o la práctica del informe de un perito, que tan sólo requieren garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes, que cuando estamos ante la participación de los propios acusados, especialmente en el momento cumbre del juicio oral, a los que ha de permitírseles intervenir activamente en el ejercicio de su propio derecho de defensa. Mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios y las pericias, tan sólo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no sólo 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 asistencia».

En resumen el Tribunal Supremo rechazó por completo la posibilidad de celebrar juicios penales sin la presencia física del acusado ante el tribunal entre otras cuestiones: « *en orden al respeto debido al derecho de Defensa*» anulando el juicio y ordenando su repetición. Ciertamente el Tribunal Supremo debería haber ido más allá por cuanto en su sentencia admitía implícitamente la posibilidad de practicar la prueba testifical o pericial de forma virtual (esa es la conocida maldición de los «*obiter dicta*» en la que se dicen cosas por decir que pueden resultar confusas o desacertadas). Pero en cualquier caso tan rotunda y clara es esa jurisprudencia que desde 2005 no ha hecho falta dictar una nueva sentencia respecto a esta cuestión porque sencillamente no se ha producido una situación similar a la que dio lugar la STS 678/2005 (LA LEY 1690/2005). No creo que la situación se haya modificado lo más mínimo en cuanto a la prevalencia de los derechos del acusado en el proceso penal, por lo que considero absoluta y totalmente rechazable la posibilidad de celebrar juicios penales virtuales sea cual sea la entidad del delito o la clase del procedimiento, salvo los supuestos específicos de juicios en ausencia por incomparecencia previstos en la Ley.

De modo que salvo que pretendamos reinventar nuestra sociedad no cabe duda que en la nuestra hoy por hoy a los ciudadanos se les juzga y eventualmente se les condena por la comisión de algún delito en un acto público, oral, contradictorio e inmediado por el tribunal. Y si resulta que en algún momento no se puede hacer así por pandemia o lo que fuere habrá que suspender el señalamiento del juicio para el momento en el que se pueda realizar. Ello sin perjuicio de los supuestos legales absolutamente limitados en los que se puede juzgar en España sin presencia del acusado. Supuestos que, no se olvide, se refieren a acusados que voluntariamente no comparecen en el acto del juicio oral. Porque, finalmente, de lo que se trata es del derecho del acusado a ser juzgado y, en su caso, condenado en la forma constitucional que está prevista sin que puedan aducirse motivos de urgencia, económicos u otros que puedan o deban movernos a actuar de diferente forma. Y llegados a este punto, salvo que demos por finalizada nuestra sociedad ¿no resulta más razonable que sigamos celebrando los juicios respetando los derechos fundamentales en el proceso? A ese fin resulta necesario que los juicios se celebren en la sede judicial en presencia de partes, testigos, peritos y ante el tribunal en un acto solemne de juicio presencial y oral sustanciado con todas las garantías. A ese fin, nada impide a los tribunales acordarlo de ese modo al amparo de la necesidad de respetar los principios y garantías procesales. Y, por supuesto, entiendo que en ningún caso se debería prolongar ese modo de celebración de los juicios más allá de los tres meses después del estado de alarma conforme está previsto en el RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020) (16) .

VI. ¿Qué piensan de los juicios virtuales Jueces y abogados?

La postura de los magistrados respecto a la celebración de juicios orales mediante videoconferencia es al menos en parte de una desconcertante conformidad y apoyo a la medida. Alguno de ellos manifestando un gran entusiasmo por el uso masivo e indiscriminado de las nuevas tecnologías en el sistema de justicia (17) . En este sentido se pronuncia MAGRO SERVET, citando a VELASCO NÚÑEZ (18) , para el cual entre los múltiples beneficios de la videoconferencia o el uso de las plataformas de conexión on line se halla el siguiente: *«2.- Autenticidad de la declaración prestada, porque la videoconferencia tiene la ventaja de permitir ver la imagen y oír la voz del declarante en tiempo real, garantizando la frescura del interrogatorio vivo»*. MAGRO SERVET además aduce otra presunta ventaja de la celebración de juicios por videoconferencia que resulta realmente inquietante: *«9.- Permite al seguimiento de un juicio oral de interés social por los medios de comunicación y por el público en general desde sala distinta, sin alterar con ruidos la tranquilidad y serenidad que exige cualquier enjuiciamiento.»* (19) . La razón de mi inquietud no es otra que la terrible contraposición que se realiza entre presencia de público en la sala de justicia y la tranquilidad y serenidad que exige el enjuiciamiento. Se trata de un falsa y absolutamente errónea disyuntiva. Los juicios se deben celebrar como regla general en audiencia pública y al mismo tiempo en la tranquilidad y serenidad que deriva de la aplicación de la ley y la dirección de los debates por el tribunal. No son términos antitéticos, sino complementarios. Ahora bien, si entendemos que el principio de publicidad sobra, altera y al final no sirve para nada. Pues lo decimos claramente, pero no utilizando esa clase de falsos problemas creados únicamente con la intención de confirmar la previa solución que se tenía pensado defender.

También se han pronunciado a favor de esta clase de juicios virtuales otros magistrados que han participado en las primeras experiencias. Ese es el caso de la magistrada de Elche RAQUEL CATALÀ que señaló para celebrar por vía telemática 12 juicios virtuales el día 1 de junio de 2020 conforme se contiene en una información periodística especializada en Derecho. A ese fin la citada magistrada, según la noticia, se había puesto en contacto con los abogados que se mostraron partidarios del uso de la tecnología para la sustanciación de los juicios virtuales. Bien es cierto que la abogacía del Estado entendió que los juicios virtuales serán adecuados en tanto que sean vistas breves donde se traten básicamente cuestiones jurídicas y no cuestiones probatorias o periciales de mayor complejidad. También se ha pronunciado sobre los juicios virtuales VICENTE PASCUAL, decano del Colegio de Abogados de Elche, que manifestó que a su parecer se trataba de una iniciativa viable si es autorizada por el propio CGPJ. En sentido contrario, sin embargo, se pronuncia con rotundidad la magistrada NATALIA VELILLA que señala en argumentación que comparto absolutamente la incongruencia de hablar de los juicios telemáticos como: *«..la solución milagrosa al colapso post-pandemia que se*

producirá en los tribunales. Unos juicios telemáticos que no han sido desarrollados técnicamente de ninguna manera» para a continuación señalar gráficamente que: « No podemos olvidar que nuestro trabajo afecta a derechos fundamentales. Un busto parlante no puede meter a nadie en prisión» (20) . Por su parte JOAQUÍN DELGADO advierte que la participación telemática en los actos judiciales de naturaleza oral requiere del cumplimiento de tres elementos necesarios: garantías de **confidencialidad, respeto del derecho de defensa y las garantías procesales y la aprobación de protocolos técnicos para la sustanciación de las vistas orales** (21) .

En cuanto a los abogados se han pronunciado por lo general favorablemente ante la posibilidad de celebrar juicios virtuales. Ya sea aduciendo ventajas prácticas como la mayor agilidad en la sustanciación de las vistas (22) ; como por razones sanitarias de evitar contagios, teniendo en cuenta la actual situación de alerta sanitaria. Aunque otros abogados se pronuncian de un modo crítico o como mínimo reservado respecto a esta posibilidad básicamente por el temor a dejar por el camino las garantías procesales básicamente del acusado (23) .

VII. Conclusiones: Justicia electrónica Vs Derechos de los ciudadanos

No cabe duda de las mejoras que las nuevas tecnologías pueden introducir, en sentido amplio, en el proceso jurisdiccional. Desde la comunicación procesal, a la gestión del expediente electrónico o la grabación de vistas y comparencias. Todas estas actividades procesales son posibles gracias al uso de las nuevas tecnologías que han permitido obtener un mejor rendimiento y eficacia de la actividad procesal. La tecnología incluso permite ahora la comunicación con video y audio entre distintos intervinientes en los actos procesales permitiendo que vistas, comparencias e, incluso, algún acto de prueba pueda sustanciarse virtualmente mediante el uso de plataformas tecnológicas específicas ¿Éste es el fin de la historia de «colaboración» entre el proceso y la tecnología? Pues probablemente sí. Al menos por el momento.

Las profundas significaciones humanas, sociales y jurídicas que confluyen en el juicio oral no pueden ser sustituidas por una vista virtual

¿Dónde quedan entonces los juicios virtuales o el uso de la inteligencia artificial para decidir los litigios? En nada o en casi nada. Todo es posible en el futuro. Pero lo que resulta claro es que las profundas significaciones humanas, sociales y jurídicas que confluyen en el juicio oral no pueden ser sustituidas por una vista virtual. Y ello por la misma razón por la que nadie debe entender que tus eventuales

seguidores en redes sociales son en realidad tus amigos o que un Pokémon, Tamagotchi o similar es un buen sustituto para tu tradicional mascota. No, no es lo mismo.

Desde mi punto de vista el ser humano es lo que es y no podemos cambiar el modo en el que percibimos la realidad mediante nuestros sentidos que son los que fundamentan los medios de prueba previstos en la Ley. Esto es así sencillamente por una razón de fiabilidad y eficacia de cada uno de los distintos sentidos humanos. Pero claro esto es algo propio de los humanos, porque no tengan ninguna duda que en una improbable sociedad regida por perros inteligentes el catálogo de medios de prueba de su legislación procesal incluiría uno que tendría como base el olfato que en el caso de los perros es aproximadamente 300 veces más potente que el humano lo que les permite obtener información a partir de un determinado olor sin necesidad de emplear técnicas de ningún tipo. Sin embargo, en el mundo de los humanos precisamos básicamente ver y oír a abogados, partes, testigos y peritos en un acto oral público y contradictorio en el que podamos, precisamente, utilizar nuestros sentidos. Y no, no es lo mismo oír o ver a una persona en vivo y en directo que en una pantalla. Es precisamente esa base, yo diría que biológica es la que impide considerar seriamente la posibilidad de celebrar juicios virtuales. Pero nada de lo descrito es inmutable, de modo que si por azar o evolución biológica en unos años los seres humanos nacemos con una conexión USB 3, 5, plus o la que sea, toda la discusión sobre este asunto quedará superada porque entonces será irrelevante sí se comparece presencialmente o a distancia, porque los abogados y jueces nos conectaremos a los dispositivos electrónicos para percibir de forma directa la realidad expresada por los intervinientes en el proceso. Mientras tanto y hasta que no sea así no creo que podamos sustraer a la sociedad del derecho de ser juzgados en un juicio, oral, público y, por supuesto, presencial. Por todo ello considero que un juicio virtual no puede en ningún caso sustituir una vista oral que a mi juicio constituye la esencia del proceso y, en realidad, del sistema de justicia. Pero en fin acabo como empecé este trabajo pidiéndoles que no me crean a mí, sino a PIERO CALAMANDREI que decía: *«El ideal de un palacio de justicia sería todavía el de los buenos tiempos idos: una encina, y a su sombra, el juez que escucha las razones de los justiciables; alrededor, el pueblo, en círculo, sin defensas, sin barras divisorias. Justicia al aire libre, a la luz del sol, sin puertas cerradas ni secretos pasillos»* (24) .

(1)

CALAMANDREI PIERO, Elogio de los jueces escrito por un abogado, ED. Librería el Foro, Buenos Aires 1998. Págs. 108, 109.

(2)

Ello al margen de otras cuestiones como la referida al posible exceso en el uso del instrumento legal del Real Decreto previsto en el art. 86 CE (LA LEY 2500/1978) como denuncia TORRES ROSELL. Véase TORRES ROSELL, N., Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RD-L 16/2020, diario La Ley n.º 9641, mayo 2020, Pág. 3.

(3)

Una buena, clara y directa explicación de los problemas que plantea la sustanciación de juicios por videoconferencia o las vistas de especial intensidad procesal, como en las que se decide la prisión provisional del sometido a proceso penal, se contiene en el trabajo de VELILLA ANTOLÍN N. ¿Juicios telemáticos? Sin garantías procesales, no hay juicio. Hay Derecho 18 de mayo de 2020. <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/18/juicios-telematicos-sin-garantias-procesales-no-hay-juicio/>.

(4)

Véase en este sentido MAGRO SERVET V., Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. «Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus», De la excepción a la regla general del art. 19 RDL 16/2020, de 28 de abril. Diario La Ley, n.º 9639. 25 de mayo 2020, págs.. 2-3.

(5)

Véase en: «Un juzgado de cláusulas suelo de Alicante dispuesto a celebrar juicios telemáticos en junio».

<https://confilegal.com/20200526-un-juzgado-de-clausulas-suelo-de-alicante-dispuesto-a-celebrar-juicios-telematicos-en-junio/>

(6)

Véase TORRES ROSELL que ni siquiera le otorga esa ventaja al señalar que nada indica que la «presencia telemática» acelere la tramitación procesal. TORRES ROSELL, N., Medidas ¿organizativas y tecnológicas? Ob. Cit. Pág. 5.

(7)

Véase VELILLA ANTOLÍN NATALIA, ¿Juicios telemáticos? Ob. Cit.

(8)

VELILLA ANTOLÍN N. ¿Juicios telemáticos? Sin garantías procesales, no hay juicio, ob. Cit.

(9)

Véase sobre este particular TORRES ROSELL, N., Medidas ¿organizativas y tecnológicas? Ob. Cit. Pág. 5.

(10)

Para VELILLA N. resulta claro que testigos y peritos deben estar siempre comparecidos en la sede judicial. Véase VELILLA ANTOLÍN N. ¿Juicios telemáticos? Sin garantías procesales, no hay juicio. Ob. Cit..

(11)

Véase PEREA GONZÁLEZ A., E-Justicia e Identidad Digital: un nuevo horizonte, Diario La Ley N.º 9641, 27 de mayo de 2020, pág. 4.

(12)

Este es el caso de la conocida aplicación de videoconferencia Zoom que ha presentado problemas de vulnerabilidad. Véase en «Las videollamadas en Zoom un soluble peligro de privacidad». <https://cso.computerworld.es/cibercrimen/las-videollamadas-en-zoom-un-soluble-peligro-de-privacidad>.

(13)

Véase también crítica con la regulación del RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020) respecto a la celebración de los juicios penales JIMENO BULNES M., Emergencia judicial ante la crisis sanitaria originada por el COVID-19, Rights Internacional Spain, Blog, 11 mayo de 2020.

(14)

Se refiere el magistrado MAGRO SERVET a un juicio presidido por él mismo como magistrado en el que se advirtió al acusado de poder utilizar ese modo de comunicación con su abogado.

MAGRO SERVET V., Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. Ob. Cit. Págs. 9-10.

(15)

Recientemente se publicó en España una noticia en la que se afirmaba que en Singapur se había dictado la primera sentencia, en la que se condenaba a muerte al acusado, por videoconferencia. Véase en este sentido el titular del diario El País de 21 de mayo de 2020: «*Singapur condena a muerte por videoconferencia a un narcotraficante*» <https://elpais.com/internacional/2020-05-21/singapur-condena-a-muerte-por-videoconferencia-a-un-narcotraficante.html>. El titular es vistoso a la par que inquietante, pero sin embargo, lo que hizo el tribunal de Singapur no fue juzgar y condenar al acusado, que es lo que se desprende del titular de la noticia, sino sencillamente comunicarle por videoconferencia la sentencia. Véase la noticia original en los medios de comunicación de Singapur: Drug offender gets death sentence via remote hearing- The Straits Times. 2020.Mayo.16. <https://www.straitstimes.com/singapore/courts-crime/drug-offender-gets-death-sentence-via-remote-hearing>.

(16)

Sin embargo, sorprendentemente desde mi punto de vista, MAGRO SERVET se pronuncia absolutamente partidario de extender la posibilidad de celebrar juicios orales penales a cualquier clase de juicio. Véase MAGRO SERVET V., Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. Ob. Cit. Pág. 10.

(17)

Véase, en este sentido, MAGRO SERVET V., Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales, ob. Cit. Pág. 5.

(18)

Véase VELASCO NÚÑEZ E., La videoconferencia y la Administración de Justicia, Diario La Ley, N.º 5630, 10 de octubre de 2002.

(19)

MAGRO SERVET V., Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales, ob. Cit. Pág. 14.

(20)

Véase VELILLA ANTOLÍN N. ¿Juicios telemáticos? Sin garantías procesales, no hay juicio. Ob. Cit.

(21)

Véase DELGADO MARTIN J. Reflexiones sobre la transformación digital de la Justicia (JudiTech) en tiempos de pandemia, en Conflegal 15 de mayo de 2020.

(22)

Véase, por ejemplo, GARCÍA SANZ y GONZÁLEZ-GUIMARAES-DA SILVA, Una oportunidad única para avanzar en la justicia digital, Cinco Días https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/08/legal/1588944202_041696.html.

(23)

Véase sobre este particular SERGIO CARRASCO, abogado experto en derecho y tecnología en «¿Es justo un juicio por Zoom? El lío de los tribunales con internet en plena pandemia» https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2020-05-22/justicia-online-tribunales-espana-juicios-zoom_2603680/

(24)

CALAMANDREI PIERO, Elogio de los jueces escrito por un abogado, ob. Cit. Pág. 249.