

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU INCORPORACIÓN AL PROCESO PENAL

ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL*

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza una aproximación a la forma en que las nuevas tecnologías –correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos– fueron incorporadas al sistema judicial español, en desarrollo del derecho de todas las personas a comunicarse con los órganos jurisdiccionales –artículo 22 de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano–, buscando que sirva de orientación en el proceso de adaptación de estas tecnologías, dentro del sistema judicial colombiano.

Palabras clave: Proceso penal, nuevas tecnologías en la comunicación, sistema judicial español, sistema judicial colombiano, derecho a comunicarse con los jueces.

ABSTRACT

This essay focuses on how new technologies –e- mail, videoconferencing, and other communication means– were introduced into the Spanish Judicial System as a resource to protect individual's right to be in communication with jurisdictional entities –Article 22 Declaration of People's Rights Before Justice in Iberoamerican Judicial Space– aims at orientating the adaptation technologies of this technologies into the Colombian Judicial System.

Key words: Penal process, communication new technologies, Spanish judicial system, Colombian judicial system, right to communicate with judges.

1. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS ANTE LOS RETOS DE LA MEJORA DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA Y ESPAÑA

Conseguir que la justicia actúe con rapidez, eficacia y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados que se adapten a las nuevas exigencias de una sociedad cada vez más dinámica y compleja, es un reto al que se enfrenta cualquier sociedad democrática.

En este sentido, y a la vista de los esfuerzos que está realizando el Gobierno colombiano, a raíz de la declaración contenida en el artículo 22 de la Carta de Derechos de las

* Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano¹, en la que se recoge el derecho de todas las personas a comunicarse con los órganos jurisdiccionales a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos, consideramos oportuno realizar una aproximación a la forma en que estas nuevas tecnologías fueron incorporadas al sistema judicial español, especialmente la videoconferencia, para que, de alguna manera, puedan servir de orientación a la hora de realizar su adaptación al sistema colombiano.

Señala el artículo 22 de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, antes mencionado, que los poderes públicos impulsarán el empleo y aplicación de estos medios en el desarrollo de la actividad de los órganos jurisdiccionales, así como en las relaciones de esta con todas las personas; misión a la que se ha dedicado el Gobierno de Colombia a través de la implantación del Sistema Justicia Siglo XXI, proyecto mediante el cual el Ministerio del Interior y de Justicia pretende que se garantice el acceso de todos los colombianos a la justicia, la descongestión de los despachos judiciales y su consiguiente modernización, utilizando como base fundamental para la consecución de dichos objetivos la implementación del uso de las nuevas tecnologías².

Apoyando esta apuesta por las nuevas tecnologías, también encontramos otras normas colombianas tales como la Ley 527 del 18 agosto de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales o el acuerdo número PSAA06-3334 del 2 de marzo de 2006, del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se reglamenta la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de la administración de justicia, y donde se procede a definir conceptos que deberán convertirse en palabras de utilización frecuente por parte de los operadores jurídicos tales como "acto de comunicación procesal", "autoridad judicial", "certificado", "correo electrónico", "entidad de certificación", "estampado cronológico", "firma electrónica", "servidor seguro" y otras, que sin duda suponen un avance en la consecución de la adaptación de las nuevas tecnologías a la administración de justicia.

Sin embargo, lo que quizás más afecte a la regulación de las audiencias virtuales o videoconferencias, tema que con carácter específico trataremos en nuestro trabajo, sea el Acuerdo número 2189 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, donde se reguló el trámite judicial de las audiencias de

1 Aprobada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, en México en 2002.

2 Sobre este tema ver el artículo del docente de Informática Jurídica, Lozano Millán, F., "Las tecnologías de información y comunicación en el Derecho en Colombia", disponible en www.uniautonoma.edu.co/_oldweb/docentes/freidy/Informatica%20juridica/SENTENCI.DOC.

juzgamiento previstas en el Título I del Libro III del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de facilitar la presencia virtual del sindicado, en tiempos simultáneos y reales en aquellos casos en que por razones de seguridad o conveniencia, este lo considere necesario³.

También la ayuda internacional apuesta por esta incorporación de las nuevas tecnologías a los procesos judiciales en Colombia, encontrándonos recientemente, el pasado 19 de octubre de 2007, con la donación por parte de la Unión Europea de cerca de mil millones de pesos al proyecto "Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia", que sirvieron, en palabras del Ministro del Interior y de Justicia, Carlos Holguín Sardi, para la financiación de 115 equipos de videoconferencia de alta tecnología, que el Consejo Superior de la Judicatura instaló en 23 distritos judiciales y que permitirán interconectar los despachos judiciales y los principales centros carcelarios, implementando sistemas y herramientas tecnológicas que brindarán garantías de seguridad a los operadores de justicia y a los procesados.

Con todo esto, podemos afirmar que el recurso y la integración de las nuevas tecnologías en los sistemas judiciales español y colombiano es ya hoy una realidad que, llevada a cabo con el debido respeto a las garantías procesales básicas, supone una mejora en el funcionamiento de la administración de justicia, al hacerla más dinámica y sobre todo rápida.

Sin embargo, este hecho no puede servir de base para que, como alerta Calvo Sánchez, el legislador se deje deslumbrar por las evidentes ventajas de celeridad y productividad que estos medios presentan, cercenando los legítimos intereses de los justiciables, por lo que convendrá hacer un análisis de cómo debe llevarse a cabo la incorporación de estas nuevas tecnologías de manera que sean respetuosas con los principios y con las garantías procesales⁴.

3 En este sentido se pronuncia Díaz García, A. (2007), quien destaca que durante 2004 se realizaron 34 videoconferencias desde diferentes Salas de Audiencia del país, interconectándose ciudades como Bogotá, Cali, Santa Marta, Valledupar, Bucaramanga, Cúcuta y Neiva, con los establecimientos de reclusión de alta seguridad de Cómbita y Valledupar.

4 Calvo Sánchez, M. C. (1994: 1) señala que ante la crisis estructural que padecía la administración de la justicia, y que había alcanzado cotas alarmantes en esa época, el legislador volvía los ojos, como si de una tabla de salvación se tratara, hacia dichos medios, como si fueran la panacea, sin duda deslumbrado por las evidentes ventajas de celeridad y productividad que parecían ofrecer, pero jugando con el desconocimiento que de los mismos se tiene y que podría impedir calibrar adecuadamente los riesgos de su utilización, haciendo la autora una llamada a la reflexión y a la prudencia para que la introducción de dichas técnicas no deshumanice la administración de justicia ni cercene los legítimos derechos de los justiciables.

2. LA INCORPORACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA AL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL

La primera referencia en España a la integración de las nuevas tecnologías la encontramos con la aprobación, en septiembre de 1997, por el pleno del Consejo General del Poder Judicial, de un Libro Blanco de la Justicia, que proponía la inmediata adopción de múltiples medidas para intentar resolver los problemas de la administración de justicia, haciendo un replanteamiento de los procesos en todos los órdenes jurisdiccionales, y en el que ya se abogaba por la necesidad de hacer un reconocimiento legal de las nuevas tecnologías que permitiera agilizar el funcionamiento de los juzgados y tribunales⁵.

Posteriormente, ya en el año 2000, el texto del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, firmado entre el Gobierno de la Nación y los principales partidos políticos, el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español, vuelve a hacer hincapié en este tema, al dedicar su apartado número 14 a la aplicación de las nuevas tecnologías en la administración de justicia, al mismo tiempo que, en el número 17, se insta a la adaptación de la regulación de los medios de prueba a los últimos avances tecnológicos, dentro de los cuales podríamos considerar incluida la declaración mediante videoconferencia como una posibilidad más de prueba testifical⁶.

La utilización de los medios audiovisuales, concretamente de la videoconferencia, parece presentarse como la mejor alternativa posible para poder recibir las declaraciones de quienes residen en el extranjero, pese a los recelos que en muchos ámbitos jurídicos aún existen hacia la admisibilidad de que algunos sujetos procesales puedan participar válidamente en el proceso, emitiendo sus declaraciones desde lugares distintos de aquel en que se está desarrollando la vista⁷.

5 Libro Blanco de la Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997. Dicho Libro Blanco trataba de realizar una radiografía de la situación de la Administración de Justicia, centrándose sobre todo en los órdenes civil y contencioso al ser estos los que mayores retrasos registraban y en los que se sugería una simplificación de los procedimientos. Sobre este tema ver Nabal (1998: 83-130).

6 Concretamente se hace referencia a que se elaborará un Plan Estratégico de las Nuevas Tecnologías que se implantaría de manera integral. Este Plan debía contribuir a modernizar las técnicas de funcionamiento de las Oficinas Judiciales, agilizando los procedimientos y abaratando los costes en las comunicaciones y notificaciones. En opinión de Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M. (2001: 1-2) este Pacto surge como una necesaria respuesta de los partidos políticos a una demanda creciente e inaplazable de los ciudadanos, constituyendo el trasfondo de una iniciativa que, desde diversas perspectivas, tiene un objetivo común que no es otro que mejorar los valores y la conciencia ética de la ciudadanía en una sociedad democrática.

7 Para Bujosa Vadell, L. M. "Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en materia penal", en *La Ley*, núm. 5627, de 7 de octubre de 2002, pp. 1-8, se trata de una materia rica en sugerencias y matices que encuentra en buena parte todavía en periodo

En este sentido, el Plan de Implantación del Sistema de Videoconferencia, promovido por el Ministerio de Justicia, y presentado oficialmente el 4 de diciembre de 2001⁸, destaca que la videoconferencia aplicada a la administración de justicia, es un medio rápido y preciso que permitirá la realización de actuaciones procesales sin necesidad de que los intervinientes estén físicamente presentes en el mismo lugar, al posibilitar la comunicación de imagen y sonido en tiempo real entre dos puntos distantes y consiguiendo una suerte de reunión virtual, en la que la distancia física deja de ser un impedimento para la celebración de encuentros, como si los participantes se encontraran en la misma sala, consiguiéndose con ello un mejor aprovechamiento de los recursos económicos de la justicia, agilidad en el desarrollo de los procesos y mayores garantías de seguridad en los supuestos de traslados de internos de centros penitenciarios a las sedes judiciales⁹.

No obstante, la utilización de este sistema de declaración a distancia, que propugnaba el mencionado Plan de Implantación, no era algo que resultara del todo nuevo a la regulación legal española, que ya durante los años precedentes había ido dotando a la videoconferencia de una cierta cobertura legal. De hecho, la primera norma que, de alguna manera, amparaba su utilización en el proceso fue el artículo 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los juzgados y tribunales podrían utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen las leyes de protección de datos de carácter personal. Si bien el legislador no pensaba, en ese momento, expresamente en un sistema de comunicación como la videoconferencia, sin embargo sí que parecía desear dar entrada a la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la administración de justicia, de una manera lo suficientemente amplia como para que no fuera necesario hacer ningún tipo de modificación cada vez que apareciera un nuevo desarrollo tecnológico que pudiera resultar de utilidad para la actuación de juzgados y tribunales¹⁰.

de experimentación y, por consiguiente, de reflexión como vía de modernización de las actuaciones procesales, que no se ajusta a los límites de la asistencia judicial pero que ha tenido ya un destacado desarrollo de manera expresa entre los mecanismos que facilitan la cooperación internacional.

8 Puede consultarse en <http://www.mju.es/videoconferencia.pdf>.

9 Sin embargo, y pese a estos aparentes beneficios, nos advierten sobre los peligros de una introducción irreflexiva de las nuevas tecnologías en la administración de justicia, Álvarez-Cienfuegos (1992: 1-2; 1993: 1 y 3), Fernández Del Torco (1998: 113-140) y Miró (1983: 33-38).

10 Así pues, podríamos entender que, dentro de la previsión contenida en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que evita referencias a innovaciones concretas, se encontraría encuadrado el recurso a la utilización de la videoconferencia como concreto medio de prueba, siempre que la misma fuera compatible con los principios del proceso vigente en cada orden jurisdiccional y que se respetara la normativa en materia de tratamiento y protección de datos. De esta opinión se muestra De La Mata Amaya, J., (2002: 1267-1286) quien considera al artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como una auténtica

No obstante, y ante la generalidad con que se abordaba este tema en dicho artículo, que no hacía referencia en concreto ni al uso de la videoconferencia ni a su utilización en el marco de proceso penal, hubo quienes pensaban que, a pesar de que el Plan de Implantación del Sistema de Videoconferencia nacía al amparo de dicho artículo, era necesaria una cobertura legal específica que aclarara la utilización de esta técnica en el marco del proceso penal, más o menos en la línea en que lo hacían los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y de cuyo tenor literal se deduce que cuando el testigo sea menor de edad, el juez o tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de dicha prueba.

Intentando arrojar luz sobre la viabilidad o no de la utilización de la videoconferencia en el proceso penal, vieron la luz en el año 2002 dos Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, que sorprenden por el carácter contradictorio que presentan y que intentan unificar a través de lo que algunos han considerado una doble pirueta argumentativa¹¹.

En este sentido, la primera de ellas, la Instrucción núm. 1/2002 acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, de 7 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, llegaba a la radical conclusión de que en el estado actual de nuestro sistema legislativo no cabía la celebración de juicios orales en materia penal a través de videoconferencia, de manera que, si el Ministerio Fiscal fuera citado para la celebración de un juicio en esos términos, debería oponerse motivadamente a su celebración, excusando su asistencia por carecer, hoy por hoy, de las garantías necesarias para el debido respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Quizás por las enormes críticas recibidas, o quizás como aclaración a la radical conclusión a la que llegaba en su anterior Instrucción, lo cierto es que tres semanas más

regla general de autorización, al considerar como criterio general que el mero acuerdo del órgano jurisdiccional y de las partes, o del propio órgano jurisdiccional, debidamente motivado, de oficio o a instancia de una de las partes y aun con la oposición de otra u otras, para que alguna de las actuaciones procesales se practique mediante videoconferencia, hará rigurosamente válida la actividad procesal de que se trate, siempre que no haya riesgo de menoscabo de los derechos fundamentales que están presentes en el proceso, ni merma de los principios estructurales que lo informan.

- 11 En este sentido, González García, J. M. (2006: 436) reconoce que, a pesar de su valor doctrinal, las Instrucciones y Circulares de la Fiscalía General del Estado no constituyen resoluciones de carácter legal ni por supuesto, vinculantes para los órganos judiciales, lo cual no erradicaba los obstáculos para la utilización real y efectiva de la videoconferencia en el marco del proceso penal. Es de destacar, sin embargo, el interés de la Fiscalía sobre la utilización de este sistema ya que, para la elaboración de la Memoria anual, correspondiente al ejercicio 2002, se solicitó a los Fiscales Jefes que en sus respectivas Memorias dedicasen un capítulo específico, de obligado tratamiento, a las experiencias en el uso de la videoconferencia u otros medios técnicos de comunicación en los procedimientos judiciales.

tarde veía la luz la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia, en la que se flexibilizaba el criterio anterior, explicando que el objetivo de la Instrucción núm. 1/2002 no era otro que el de evitar la celebración de juicios orales con un formato enteramente virtual¹², a la vez que se replanteaba una nueva concepción del artículo 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considerándolo en esta ocasión como un precepto lo suficientemente adecuado como para dar cobertura legal al uso de la videoconferencia en el proceso penal, afirmándose que este principio general de autorización solo debería ceder en casos de afectación de derechos fundamentales, de no idoneidad del medio para los fines que se persiguen, o de falta de proporcionalidad.

Para garantizar una correcta utilización de la videoconferencia y que esta no suponga una merma de los derechos fundamentales, la resolución por la que se acuerde la práctica de un acto de investigación o prueba, cuyo contenido será variable en función del momento procesal en que se produzca, y que será el resultado del análisis del caso concreto, habrá de expresar las razones que justifican la opción por el formato telemático, con indicación de las cautelas adoptadas para salvaguardar los derechos de cualquiera de las partes en los casos en que puedan verse afectados¹³.

En este sentido, la defensa de los derechos fundamentales habrá de extenderse, de modo especial, al aseguramiento de las exigencias derivadas de la fe pública judicial, haciendo esta extensible a todos aquellos puntos de emisión que hayan sido conectados para la realización del acto procesal de que se trate¹⁴.

12 En este sentido conviene destacar que la Instrucción 1/2002 de la Fiscalía General del Estado se encontró muy condicionada por el anuncio de un Tribunal de nuestro país, perteneciente a una circunscripción insular, concretamente el de Baleares, de proceder a celebrar los juicios orales constituido en una sede geográfica mientras que el resto de intervinientes se encontrarían en otro punto distinto del órgano jurisdiccional que podría ser cualquiera de las otras islas integrantes de su demarcación, lo que podría llevar a considerarse como un "ser juzgado sin la presencia física del Tribunal", algo absolutamente inadmisibles por la Fiscalía, incluso en aquellos casos en que se contara con la hipotética conformidad del acusado, debido al carácter irrenunciable de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional.

13 Según la propia Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, la exteriorización de las razones que avalan o justifican el empleo de la videoconferencia constituyen un modo de dar cabida expresa a la posibilidad de impugnación por cualquiera de las partes que estimen que ese modo de llevar a cabo la práctica de un determinado acto procesal, puede conllevar la merma de algunos de sus derechos fundamentales.

14 No compartimos la interpretación que de este aspecto realiza De La Mata Amaya, J. (2002: 1286), quien no considera que la presencia de secretario judicial u oficial habilitado sea inexcusable e imprescindible en todos los casos, juzgando adecuado que la fe pública judicial del Secretario presente en la sede física del Tribunal pueda extenderse a todos los puntos de emisión y de recepción conectados. Para este autor, el Secretario Judicial actuante, con carácter previo, debe hacer las gestiones necesarias para la acreditación de la

Por todo ello, la Fiscalía General del Estado termina su Instrucción núm. 3/2002, de 1 de marzo, con una serie de conclusiones muy concretas, donde se establece tajantemente la posibilidad del uso de la videoconferencia en las actuaciones procesales al amparo del artículo 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siempre que se efectúe con la necesaria motivación, que garantice el principio de proporcionalidad¹⁵ y la posibilidad de impugnación por las partes procesales, lo que conlleva un estudio de cada caso concreto, ya que el criterio de conversión de la ausencia física en presencia jurídica de carácter virtual deberá decidirse en cada caso, a la luz de las circunstancias y vicisitudes concurrentes¹⁶, y siempre que no se produzca afectación de derechos fundamentales, en cuyo caso debería entenderse ordinariamente exceptuada la regla general, ya que para esos casos sería exigible la necesaria cobertura legal, de acuerdo con lo señalado en la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, de la Fiscalía General del Estado.

Precisamente, para dotar de esa necesaria y exigida cobertura legal e intentar zanjar, de esta manera, la polémica sobre la utilización o no de las videoconferencias en los procesos penales, fue por lo que la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, vino a modificar determinados preceptos tanto de la Ley Orgánica del Poder Judicial como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que nada tenían que ver con el motivo de su reforma –la prisión provisional–, sino con la incorporación de esta nueva técnica de declaración a través de videoconferencia, terminando con la situación de ilegalidad que quienes no entendían que el artículo 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial diera cobertura legal a su uso, consideraban que existía.

identidad de los declarantes, mientras que durante la realización de la comunicación debe llevar a cabo las comprobaciones técnicas oportunas para constatar la autenticidad de la declaración, dando fe de la recepción del punto remoto tanto de la imagen como del contenido de las preguntas, ya que la respuesta a las preguntas se recibe directamente en la Sala de Vistas en que el Tribunal esté constituido. En nuestra opinión, lo que la Instrucción parece indicar no es que la presencia del Secretario Judicial presente en la sede física del Tribunal pueda extenderse al resto de sedes desde las que se está realizando la declaración, sino que, por el contrario, opinamos que lo que parece exigir es que los mismos requisitos que se exigen para la fe pública judicial en la sede del Tribunal, es decir, la presencia del Secretario Judicial, deben ser exigidos en cada uno de los puntos de emisión y recepción conectados, esto es, que en cada uno de ellos debe estar presente un Secretario Judicial. Parece compartir nuestra opinión Magro Servet (2002: 4).

- 15 Después de todo lo analizado hasta ahora no podemos entender que el uso de la videoconferencia deba reducirse a supuestos muy excepcionales o extraordinarios, ya que el respeto al principio de proporcionalidad, solo exigiría motivar las razones que justifican su uso, siendo en ocasiones igualmente válidas razones de oportunidad, eficiencia o ahorro, entre otras. De este parecer se muestra Fernández Del Torco Alonso, J. M. (1998: 134.)
- 16 Choclán Montalvo, J. A. (2002) considera que la utilización de la videoconferencia no constituye obstáculo para la práctica de la prueba por este sistema, ya que en cualquier caso se trataría de una cuestión jurisdiccional que el tribunal deberá decidir en atención a las circunstancias particulares de cada caso.

Las modificaciones operadas por la reforma contenida en la citada ley afectarían, en lo que aquí nos interesa, a cuatro preceptos, uno perteneciente a la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente el artículo 229, al que se añade un tercer apartado; y a tres de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente los artículos, 306, referido a la comparecencia del Ministerio Fiscal en el proceso, 325 y 731 bis, encargados de regular las declaraciones por videoconferencia tanto en la fase de instrucción como en la de juicio oral, respectivamente, y que a continuación pasamos a analizar.

Por lo que concierne a la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial diremos que el nuevo párrafo 3 del artículo 229 de dicho Cuerpo Legal, establece que las actuaciones orales que requieran intermediación procesal podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita 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, con lo que, sin duda, se zanja cualquier tipo de polémica, ya que permite expresamente el uso de la videoconferencia para las actuaciones contenidas en el artículo 229.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁷.

Dicho artículo establece las condiciones que se exigen al sistema de videoconferencia o similar. Esto es, que pueda permitir la comunicación bidireccional, es decir, en ambos sentidos, tanto desde el lugar donde se encuentra el juez o tribunal hasta donde se encuentra la persona que está prestando declaración, como en el sentido inverso. A su vez, esa comunicación bidireccional, que deberá comprender tanto la imagen como el sonido, debe realizarse de forma simultánea, para que pueda producirse una interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas intervinientes en la actuación procesal de que se trate, ya que esta interacción es la que garantizaría la frescura de un interrogatorio vivo, abierto a aclaraciones y contraalegaciones¹⁸.

En cualquier caso, lo que sí exige el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es que se asegure, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa.

17 En opinión de González García, J. M (2006: 437), de la redacción actual del artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se deduce la voluntad del legislador español de conjurar algunas de las más importantes reticencias que plantea la introducción de la videoconferencia en el proceso y concretamente en el proceso penal.

18 En opinión de Velasco Núñez, E., (2002: 2), esta supone una de las mayores utilidades prácticas de la videoconferencia, superándose, en el caso de las solicitudes de auxilio judicial tanto interno como internacional, la rigidez del interrogatorio por escrito. En nuestra opinión, también sería una garantía más de intermediación al poder, concretamente por parte del Juez de Instrucción, tomar contacto directamente con los testigos o peritos intervinientes, pudiendo apreciar, aunque sea mediante la recepción de la videoconferencia, gestos, expresiones y todo tipo de reacciones humanas durante la declaración, no viéndose obligado a delegar su práctica en otro órgano judicial, como se venía haciendo hasta ahora.

La posibilidad de contradicción parece asegurada por cuanto los defensores de las partes podrían efectuar las preguntas que sean declaradas pertinentes, tanto a los testigos o peritos que pudieran declarar por el sistema de videoconferencia, como a los acusados que se encuentren en algún centro penitenciario, dando fe el secretario judicial que se encuentre junto al testigo, perito o acusado, de la correcta y concreta recepción de las preguntas que formule tanto el tribunal, como el Ministerio Fiscal y el resto de las partes presentes en el acto, así como de las contestaciones que se dé a las preguntas formuladas y que serán cotejadas con la presencia, al mismo tiempo, del secretario judicial que se encuentra físicamente en la sala¹⁹.

En cuanto a la salvaguarda del derecho de defensa, el supuesto más complicado sería aquel cuando el que se encuentra a distancia es el propio acusado, ya que recordemos que, aparte de su posible declaración durante el juicio oral, tiene opción a pronunciar su última palabra conforme al artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para cuya efectividad es esencial que haya podido tomar conocimiento pleno de los medios de prueba practicados en el juicio, por lo que, en principio, el acusado debería encontrarse dentro de la sala de vistas, presenciando directamente el transcurrir de la fase de juicio oral, lo que no impediría que, en casos excepcionales, no pudiera desarrollarse el juicio sin su presencia, eso sí, siempre que se mantuviera la efectividad de su participación a través de la videoconferencia, es decir, que haya podido tener una correcta percepción de la sala de vistas, asegurándose una visibilidad contextual, efectiva y recíproca de las personas presentes en ambos lugares, con la posibilidad de oír lo que allí se diga y ver lo que allí se haga²⁰.

Aparte de esta exigencia de presencia física del acusado ante el juzgador, recogida tanto en textos nacionales como internacionales²¹, que hasta cierto punto podría llegar

19 Es de esta opinión Bujosa Vadell, L. M (2002: 1-8), quien considera la presencia del Secretario judicial en el lugar de la declaración, que fije en el acta la identidad del sujeto declarante, la autenticidad de la declaración y los detalles y condiciones en que se ha llevado a cabo la videoconferencia, constatando las posibles interferencias o defectos de recepción, como uno de los estándares que garanticen una mínima calidad de la contradicción, de la intermediación y de la publicidad que se produce con la aplicación de estos medios probatorios. De la misma forma, se destaca la importancia de su presencia en orden a garantizar que se den todas las garantías técnicas que impidan la manipulación de la emisión.

20 De esta opinión se muestra Bujosa Vadell, L. M., (2002: 1-8), quien apoya su afirmación en la Sentencia n. 342, de 22 de julio, del Tribunal Constitucional italiano, que defiende que es preciso, desde la perspectiva constitucional, que se garantice la efectiva participación personal y consciente del imputado en el juicio y, en consecuencia, que los medios técnicos, en caso de participación a distancia, sean del todo idóneos para realizar esa participación.

21 Entre los que destaca el artículo 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977), que textualmente afirma que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas, entre las que se incluye la de hallarse presente en el proceso y la defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho

a ser sustituida en casos excepcionales por una presencia virtual²², también deberíamos asegurar, dentro del derecho de defensa, la forma en que se produciría la asistencia letrada al acusado²³.

Continúa el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señalando que, en los casos en que se adopte la realización de una actuación mediante videoconferencia, 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

que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

- 22 Presencia virtual o participación a través de la informática que no dejaría de ser una "pseudoparticipación" o participación "de tipo B" como la denomina la doctrina italiana. En este sentido, Dalia, A. A., y Ferraioli, M. (1999: 487-537), en palabras de "illuminati", afirman que: "la mejor emisión televisiva nunca podrá sustituir perfectamente la presencia física del declarante", ya que en este tipo de declaraciones por videoconferencia se puede encontrar una cierta dosis de subjetivismo en la toma de las imágenes que podría dar lugar a lo que se denominarían efectos deformantes de la realidad, dando lugar a una degradación de la certeza y a una visión fragmentaria del proceso, debido a la posibilidad de que se tergiverse imperceptiblemente la emisión, algo que resultaría sencillo de hacer a un especialista en medios audiovisuales a través de un diferente enfoque, encuadre, plano, fondo, altura o la utilización del zoom, entre otras.
- 23 En este sentido puede obstar por una defensa dúplice, como señala Velasco Núñez, E. (2002: 4), de abogados colaboradores en sendos puntos, emisor y receptor, o por la de un único letrado, cuya presencia junto a su defendido en el juicio oral garantizaría totalmente el derecho constitucional a la defensa y asistencia de letrado. No obstante, si se optara por la no presencia física del abogado defensor junto al acusado, por ejemplo en el caso de procesados recluidos en centros de internamientos, debería asegurarse la comunicación permanente, directa y reservada, entre abogado y procesado, en el sentido expresado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5ª) de 8 de febrero de 2002, lo que supondría una generalización del artículo 42.2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, BOE de 23 de mayo de 1995, donde se establece que el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores, respetándose este precepto incluso cuando se encuentren en lugares físicos separados. En este sentido Bujosa Vadell (2002), en *La Ley*, núm. 5627, de 7 de octubre de 2002, pp. 1-8. ¿IDEA INCOMPLETA? Quizás la solución a estos casos la pudiéramos encontrar, como apunta De La Mata Amaya, J. (2002: 1286), en la forma prevista por el artículo 62.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, ratificado por España por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, para los casos en que el acusado perturbare continuamente el juicio, en cuyo caso el Tribunal podría ordenar que saliera de la Sala y que observe el proceso, y de instrucciones a su defensor, desde fuera, utilizando, en caso necesario, las correspondientes tecnologías de comunicación que bien podrían consistir en un mecanismo paralelo de videoconferencia que garantice que durante el juicio oral existe comunicación directa efectiva e inmediata entre acusado y defensores. No parece mostrarse de acuerdo con esta posibilidad Magro Servet, V., (2003: 3), pues considera que el artículo 42.2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, prohíbe expresamente esta posibilidad, opinión que no compartimos siempre que se lleven a cabo las cautelas a las que hacíamos referencia.

videoconferencia, mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo²⁴.

Analizado ya el alcance del único precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado como consecuencia de la Ley Orgánica 13/2003, nos centraremos ahora en el estudio de los tres artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se ven afectados por la reforma operada por la citada Ley Orgánica, es decir, los artículos 306, 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La primera modificación, la que afecta al contenido del artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no plantea demasiados problemas de alcance, por cuanto se limita a permitir que, cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido²⁵.

Más interesantes resultan las reformas operadas sobre los artículos 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de idéntico contenido, pero referidos, en el primero de los casos a la fase de instrucción y en el segundo, a la fase de juicio oral. En ellos se habilita al órgano jurisdiccional, ya sea juez o tribunal, para que—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—, pueda 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.

24 Pese a lo dispuesto en dicho artículo, que exige tan solo la presencia de un único secretario judicial, encargado de acreditar la identidad de la persona, consideramos que ofrecería muchas más garantías, sobre todo en cuestión de identificación y dación de la fe pública judicial, la presencia de tantos secretarios judiciales, u oficiales habilitados, como puntos de emisión o recepción existieran, ya que, de esta manera, quedaría plenamente garantizada la realización correcta y plena de la videoconferencia, así como el cumplimiento de las exigencias derivadas de la aplicación de los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción.

25 Esta reforma incluye la comparecencia para acordar la prisión provisional del artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, evitándose así las poco deseables consecuencias que provocaba el que, al no poder acudir el Fiscal a dicha comparecencia, ésta tuviera que suspenderse y ponerse en libertad al detenido, siempre que no hubiera otra acusación que pidiera la prisión provisional, incluso en aquellos casos en que el Juez de Instrucción apreciara la concurrencia en él de circunstancias justificativas de su ingreso en prisión, a la espera del juicio, hecho muy habitual que se producía en determinadas provincias españolas y que venía motivado porque las Fiscalías tienen su sede en la capital de la provincia mientras que las decisiones sobre las medidas cautelares de carácter personal, se adoptan, en la mayoría de los casos, en un Juzgado de Instrucción que no tiene por qué tener sede en la capital.

De nuevo, varias son las precisiones que deben hacerse al contenido de estos novedosos artículos que otorgan cobertura legal, de una manera plena, a la utilización de las videoconferencias o cualquier otro sistema que permita la comunicación bidireccional de la imagen y el sonido, en el proceso penal.

La primera de ellas, derivada de su remisión específica al artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sería que debe cumplirse todo lo allí previsto, ya que afirman estos dos artículos que la realización de la actuación a través de videoconferencia se hará conforme con lo dispuesto en dicho precepto, siendo de aplicación todo lo anteriormente dicho, cuando estudiábamos el contenido del mismo, de lo que cabría deducir que dicha comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido debe, a su vez, producirse de una manera tal que permita una interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas intervinientes en la actuación procesal de que se trate, ya que esta interacción es la que garantizaría, en mayor o menor medida, el cumplimiento del principio de contradicción²⁶.

En segundo lugar, debemos destacar, aparte de esa remisión al artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en los artículos 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se señalan los supuestos específicos en que podrá adoptarse la práctica de una actuación mediante videoconferencia y que será cuando concurren razones de utilidad, de seguridad o de orden público, y cuando la presencia de quien deba comparecer ante el órgano jurisdiccional, sea como acusado, como testigo, como perito o en cualquier otra condición, resulte gravosa o perjudicial²⁷.

Encontramos, así, dos tipos de razones por las que podría acordarse la celebración de una actuación procesal mediante videoconferencia, siendo la primera de ellas la concurrencia de razones de utilidad, de seguridad y de orden público. Parece evidente lo que debería entenderse por razones de seguridad o de orden público, que serían aquellas fundamentadas en la extrema peligrosidad de algunos reclusos, en la posibilidad de un riesgo de fuga o en que se comprometa de alguna manera la convivencia por la asistencia de dichos reclusos a la sede del órgano jurisdiccional, por ejemplo, por las tensiones que provoca el movimiento de internos y las esperas en celdas de tránsito, si bien en estos casos la ponderación de los intereses en juego, en cuanto puede colisionar con las garan-

26 En nuestra opinión, sobre todo en el caso del artículo 325 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conllevaría una ventaja evidente, facilitando la inmediación al poder, concretamente el Juez de Instrucción, tomar contacto directo con los testigos o peritos intervinientes, pudiendo apreciar, aunque sea mediante la recepción de la videoconferencia, gestos, expresiones y todo tipo de reacciones humanas durante la declaración, ganándose en frescura al no verse obligado a delegar su práctica en otro órgano judicial a través del auxilio judicial.

27 Estas son las ocasiones en las que, según señala González García, J. M. (2006: 437), debe aceptarse una inmediación virtual, por oposición a la inmediación real que proporciona el modelo tradicional de presencia física, como mal necesario, siempre y cuando se salvaguarden las exigencias mínimas de contradicción y defensa de las partes.

tías procesales del acusado que se encuentra recluso en un centro de internamiento, ha de imponer que únicamente en supuestos excepcionales y debidamente justificados por este tipo de razones se impida al acusado la presencia física ante el tribunal²⁸.

Más difícil resultaría definir qué tipo de razones podrían considerarse como razones de utilidad, a los efectos de poder acordar la práctica de una concreta actuación procesal mediante videoconferencia, entendiendo que quizás pudieran ser aquellas que se basan en la oportunidad, la eficiencia o el ahorro²⁹. Las razones de utilidad también deberían ser aceptadas para poder llevar a cabo la práctica de la videoconferencia, por cuanto la cautela excesiva podría desembocar, incluso, en una privación del derecho de acceso a la justicia, que se vería frustrado en los casos en que la interpretación efectuada por el órgano judicial de la normativa a aplicar, para rechazar la posibilidad de traer la prueba al proceso por medio de videoconferencia, fuera arbitraria, rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican³⁰.

-
- 28 En este sentido debemos señalar que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de mayo de 2005, de su Sala II de lo Penal, ha afirmado que las reglas de la videoconferencia para el acusado, pese a estar admitidas por los artículos 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben ser interpretadas restrictivamente en el caso que impliquen la ausencia del acusado de la Sala de Justicia, solo pudiendo admitirse esta circunstancia en caso de que exista una absoluta imposibilidad de comparecer ante el órgano sentenciador y siempre que se garantice la perfecta comunicación entre éste y su abogado, como exigencia elemental del derecho de defensa.
- 29 Serían aquellas que buscan una disminución de los costes, por ejemplo en la reducción de los gastos de dietas a peritos o testigos, o los derivados de la custodia y traslado de presos, o los que pretenden una optimización de los recursos humanos, por ejemplo en el caso de los peritos dependientes de institutos o laboratorios dependientes del Estado, o incluso de los médicos forenses, que podrían declarar desde su lugar de trabajo, sin la habitual pérdida de tiempo consustancial a tener que acudir físicamente a la sede del órgano judicial. No serían aceptables, por el contrario, las que se debieran a mero capricho o comodidad, en este sentido Pérez-Cruz Martín, A. (2005: 6).
- 30 De esta opinión se muestra De La Mata Amaya, J., (2002: 1280) para quien el derecho de acceso a la justicia operaría, en este caso, sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para la práctica de la prueba, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva sobre la pretensión a él sometida, o lo haga sin tomar en consideración determinados medios de prueba que, por diversas razones, no pueden practicarse a presencia física del tribunal. Recientemente leíamos en la edición digital del diario El Nuevo Siglo, de Bogotá, de 18 de septiembre de 2007, que el ex Senador Jairo Merlano se mostraba muy preocupado por su defensa, ya que, según él, el noventa por ciento de sus testigos se encontraban en Sincelejo y no podrían asistir a las declaraciones por no poderse sufragar los gastos de su traslado hasta Bogotá. Sin duda, la aplicación efectiva del sistema de videoconferencia en Colombia permitirá que estas manifestaciones dejen de tener sentido, al permitirse la declaración de cualquier persona desde un lugar diferente a la sede del órgano judicial.

El segundo gran grupo en el que estaría permitido el recurso a la utilización de la videoconferencia, siempre que el juez o tribunal así lo acordara, sería aquel referido a 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.

En este sentido, y sin pretender caer en una definición excesivamente casuística, entenderemos que la presencia de un testigo, perito o cualquier otra persona, con independencia de la condición que ostente, puede ser gravosa, por ejemplo en aquellos casos en los cuales, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito, o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial. Por lo anterior, el recurso a la videoconferencia conllevaría una disminución de costes, molestias y perturbaciones, así como una efectiva mejora del acceso a la justicia para ciudadanos con limitados recursos económicos, garantizándose, más aun, el principio de igualdad de partes en el proceso, cuando una de las partes no pueda conseguir, por razones económicas, que un perito o un testigo, residente en otra localidad o país, comparezca personalmente ante el tribunal³¹.

En cuanto a lo que debería entenderse por comparecencia perjudicial, debemos señalar que perjudicial, por ejemplo, resultaría la comparecencia de una persona en el caso de que concurran sobre ella circunstancias relevantes de una especial presión sobre sí o sobre su familia, como sería el caso de las víctimas de determinados delitos, como los de infracciones penales contra la libertad e indemnidad sexual, o en supuestos de violencia doméstica grave, donde se evitaría la victimización secundaria producida cuando acusados y víctimas coinciden en la misma sala, pese a que se usen medios mecánicos que eviten la visión directa entre ambos³².

También podríamos considerar perjudicial la comparecencia, en aquellos supuestos de testigos o peritos protegidos que podrían prestar declaración desde otra dependencia o lugar, con libertad y seguridad, eliminando riesgos y tensiones innecesarias. En estos casos, la utilización de la videoconferencia podría convertirse en un instru-

31 En estos supuestos, la utilización de la videoconferencia y de los demás medios técnicos que establecen los artículos 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no sería una posibilidad facultativa o discrecional a disposición del juez o tribunal, sino un medio exigible ante el tribunal y constitucionalmente digno de protección.

32 La misma característica de comparecencia perjudicial podemos encontrar en los casos en que el que sujeto que presta declaración sea menor de edad, a pesar de que para estas situaciones ya estaban previstos, como vimos, los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permitían que, cuando el testigo fuera menor de edad, el juez, atendiendo a la naturaleza del delito y las circunstancias de dicho testigo, podría acordar, en resolución motivada y previo informe pericial, que se evite la confrontación visual del testigo con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de dicha prueba.

mento técnico idóneo para complementar o posibilitar la aplicación de las medidas de protección de testigos y peritos en causas criminales, en aquellos supuestos en los que concurra un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en la medida de protección, o de su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, o sus ascendientes, descendientes o hermanos³³.

Por último, deben reconocerse sus evidentes ventajas cuando la persona que debe comparecer ante un juzgado o tribunal, para la práctica de algún acto procesal, se encuentra privada de libertad en un centro penitenciario, ya que se incrementa la seguridad al disminuirse el riesgo de fuga y se disminuyen considerablemente los costes en medios materiales y personales. Sin embargo, entendemos que la no presencia del acusado en el juicio oral solo debe admitirse, tal y como ha señalado la jurisprudencia, en supuestos muy excepcionales en los que resulte imposible su comparecencia³⁴.

Una vez analizado el marco legal de la posible utilización de la videoconferencia en España, y admitida la posibilidad de que esta práctica pueda ser llevada a cabo, con las cautelas descritas, centraremos ahora el objeto de nuestro estudio en la viabilidad de su uso para las declaraciones a distancia en el marco de los procesos penales, es decir, analizando su compatibilidad con los principios que informan nuestro proceso penal, sobre la base de que no nos encontramos ante un medio de prueba, sino ante un medio técnico de transmisión de la imagen y el sonido que por sí mismo no resulta lesivo de los derechos fundamentales³⁵.

33 Todo ello en el marco de aplicación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de peritos y testigos en causas criminales. Esta concepción iría en la línea de optar por otorgar las máximas medidas de protección a aquellas personas que colaboran con la justicia, ya sea como peritos o como testigos, y cuya regulación se encuentra contenida en numerosos textos de carácter internacional, tales como la Resolución del Consejo, de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada internacional, así como la Resolución 97/C 10/01 del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada u otras adoptadas en el ámbito del Consejo de Europa, tales como la Recomendación R (97) 13, del Comité de Ministros, en relación con la intimidación de testigos y los derechos de la defensa u otras como la Recomendación R (2001) 11, del Comité de Ministros, sobre los principios informadores de la lucha contra el crimen organizado, la Recomendación R (2001) 16, sobre la protección de los niños contra la explotación sexual o la Recomendación R (2002) 5, sobre protección de las mujeres frente a la violencia.

34 En este sentido es de nuevo de aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005, en la que se anuló la sentencia dictada y la propia celebración del primer juicio oral en el que se utilizó la videoconferencia con acusados. Sobre este tema ver González Pastor, C. P., (2006).

35 Compartimos la opinión de Pérez-Cruz Martín, A. J., (2005: 7), para quien la prueba llevada a cabo mediante videoconferencia sería plenamente admisible, siempre y cuando la prueba realizada se hubiera llevado a cabo con escrupuloso respeto de los derechos fundamentales, no pudiéndose considerar a la videoconferencia por sí misma como restrictiva de los

3. COMPATIBILIDAD DEL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA CON LOS PRINCIPIOS PROCESALES

En primer lugar, debemos mostrarnos en disconformidad con lo que afirmaba la Instrucción núm. 1/2002, de 7 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, al señalar que la celebración de un juicio oral en materia penal a través de videoconferencia compromería necesariamente los principios del proceso penal, ya que son numerosos los pronunciamientos judiciales en los que ha quedado suficientemente acreditada la compatibilidad de la utilización de la misma con dichos principios³⁶.

De este parecer también se mostró la Asociación Profesional de la Magistratura, que en un comunicado en respuesta a la publicación de la Instrucción a la que estamos haciendo referencia se mostró a favor de aceptar la legalidad del uso de las nuevas tecnologías, al entender que los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación, se entienden total y absolutamente respetados, ya que la presencia física, junto a los acusados, de un secretario judicial permite cumplir la dación de fe pública judicial que requiere el respeto de las garantías procesales; del mismo modo, se mostró de acuerdo la Unión Progresista de Fiscales, que afirmó que admitir la utilización de estos medios no supone ninguna merma o limitación de derecho fundamental alguno, llegando a ser, en algunos casos la utilización de la videoconferencia la que puede permitir la efectiva realización de los principios constitucionales de inmediación, contradicción y publicidad.

En este sentido y en relación con la posible afectación del principio de publicidad, entendemos que el recurso a la videoconferencia posibilita las mismas condiciones de publicidad que podrían darse en la realización de cualquier acto procesal, pues bastaría con permitir el acceso de aquellas personas que así lo desearan a los diferentes locales donde se estuviera llevando a cabo la conexión, ya fuera a la sede del órgano jurisdiccional donde se encuentre el tribunal o a la sala habilitada a los efectos de que se preste la declaración testifical mediante videoconferencia, bastando con que se ubique la pantalla en un punto que permita, tanto por el público asistente como por las partes intervinientes, el visionado de las actuaciones a practicar a través del sistema de videoconferencia y que el volumen de la retransmisión sea lo suficientemente audible

derechos fundamentales, pues la emisión de un testimonio por videoconferencia, es decir mediante la captación de la imagen y el sonido de la declaración prestada por una persona, no supone limitación de derecho fundamental alguno, siendo cuestión diferente que esa prueba se practique en forma lesiva a las garantías fundamentales que rigen en el proceso.

36 En este sentido, el Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción (AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005; 1301/2006, de 4 de mayo de 2006; 1462/2006, de 21 de junio de 2006; SSTS 957/2006, de 5 de octubre de 2006; 1351/2007, de 5 de enero de 2007). El ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006, enfatiza que el sistema de videoconferencia no vulnera los derechos de contradicción e inmediación de la prueba, "sino lo contrario".

como para que pudiera entenderse realizado el acto en condiciones de publicidad absoluta³⁷.

Tampoco consideramos que la contradicción pueda verse comprometida por cuanto los defensores de las partes podrían efectuar las preguntas que sean declaradas pertinentes, tanto a los testigos o peritos que pudieran declarar por el sistema de videoconferencia, como a los acusados que se encuentren en algún centro penitenciario, dando fe el secretario judicial que se encuentre junto al testigo, perito o acusado, de la correcta y concreta recepción de las preguntas que formule tanto el tribunal, como el Ministerio Fiscal y el resto de las partes presentes en el acto, así como de las contestaciones que se den a las preguntas formuladas y que serán cotejadas con la presencia, al mismo tiempo, del secretario judicial que se encuentra físicamente en la Sala³⁸.

Sobre la oralidad parece evidente pensar que, debido a la propia naturaleza de la videoconferencia como instrumento que permite la comunicación bidireccional de la imagen y el sonido, esta quedaría suficientemente garantizada³⁹.

Por el contrario, sí que podríamos entender las reticencias que pueden mostrarse hacia el efectivo cumplimiento del principio de inmediación en la fase de juicio oral, puesto que el respeto de la adecuada relación que debe existir entre el órgano jurisdic-

37 De este parecer se muestra incluso la propia Instrucción que puede llegar a parecer contradictoria al afirmar que la publicidad dependería en gran parte de las posibilidades que se ofrezcan para que los particulares puedan asistir al acto de la vista, en condiciones que garanticen que el juicio puede ser seguido y celebrarse ante quien lo estime procedente. Existe incluso algún autor, De La Mata Amaya, J., (2002: 1283), para quien incluso la videoconferencia mejora las condiciones de publicidad de las actuaciones judiciales, por cuanto permite garantizar la asistencia de un mayor número de personas y proporciona mejores condiciones para un seguimiento especializado de las mismas a través de los medios de comunicación. Comparten esta opinión Velasco Núñez, E., (2002: 2) y González García, J. M., (2006: 432).

38 Pese a ello, entendemos –dejando a un lado cuestiones de carácter ambiental sobre si la persona que va a prestar declaración se ve beneficiada o perjudicada por el hecho de estar o no en presencia del tribunal, o sobre si los medios técnicos permiten revelar más acerca de la credibilidad de una persona, por poderse repetir varias veces el testimonio, ampliarse la imagen, etc.– que cuanto más perfeccionado se encuentre el sistema de transmisión de imágenes mayor contenido y garantía tendrá el principio de contradicción.

39 Lo mismo podría decirse del principio de concentración y de unidad de acto, al considerarse equiparable la presencia física con la virtual, ya que tantas veces como tenga que continuarse la práctica del juicio, se seguirá el mismo sistema que garantice que las preguntas que se reciben son entendidas por el testigo, cuestión de la que dará fe el secretario judicial que se encuentre junto al mismo, y que las respuestas son recibidas en unidad de acto por parte del tribunal, encargándose de dar fe de este extremo el secretario judicial actuante en la sede del órgano jurisdiccional. En este sentido, ver Magro Servet, V., (2002: 4).

cional y lo que constituye el objeto del proceso, solo podría verse salvado desde la aceptación de una presencia virtual que pudiera ser equivalente a la presencia física⁴⁰.

Lejos de alinearnos junto a algunos autores que, en una defensa a ultranza de la videoconferencia, declaran que esta en nada obstaculiza la mejor percepción sensorial de la declaración, sino que por el contrario la facilita⁴¹, por el contrario, entenderemos como obvio que la utilización de este instrumento, en cierto modo, afectaría al principio de inmediación, entendido en el sentido de que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar sentencia, regla que rige en todo el enjuiciamiento y que, evidentemente, el uso de la videoconferencia no aseguraría, puesto que no todos los actos tendrían lugar en presencia del órgano jurisdiccional⁴².

Pese a ello, esto no debe significar que por este motivo deba desecharse esta figura, sino que su utilización debería limitarse a aquellos supuestos en que no pueda desarrollarse dicha actividad en presencia del Tribunal sentenciador o que razones de diferente índole aconsejen que la celebración de dicha declaración se haga desde un lugar distinto a aquel en que se encuentre el órgano jurisdiccional, encargado de pronunciar la sentencia, que por otro lado, podría desarrollar todos los actos directos de intervención judicial previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en las mismas condicio-

40 En este sentido Lourido Rico, A. M. (2003: 133) considera que la solución del problema reside en la superación del concepto de presencia, entendida como una presencia física y directa, admitiéndose en nuestra opinión la posibilidad de ampliarlo hacia un concepto que incluyera también la consideración de la presencia virtual. Cuestión de sumo interés, sobre todo en el marco del auxilio judicial internacional, posibilitando incluso, la directa aplicación de la legislación nacional en la práctica de la diligencia. En este sentido Rodríguez Sol, L., (2000: 1592-1593).

41 En este sentido, ver Fernández Del Torco Alonso, J. M., (1998: 134), quien se muestra a favor de la plena compatibilidad del uso de la videoconferencia con los principios rectores del proceso penal; Tirado Estrada, J. J., (2003:407) y Velasco Núñez, E. (2002: 3), quienes sostienen que el uso de la videoconferencia potencia la inmediación judicial ya que el órgano judicial que haya de practicar cualquier diligencia fuera de su sede judicial ya no se verá obligado a delegar su práctica en otro órgano judicial, por lo que podríamos afirmar que en la fase de instrucción, la utilización de la videoconferencia, más que suponer un obstáculo a la inmediación, lo que hace es favorecerla, puesto que permite que el juez o tribunal que conoce del asunto presencie directamente la práctica de la diligencia.

42 No obstante y coincidiendo con Tirado Estrada, J. J., (2003: 408), también es cierto que, si no se cuestiona la validez de la valoración como prueba de cualquier medio de reproducción del sonido o de la imagen, que tuvo lugar en un lugar y momento distinto al de la celebración de la vista, y que se incorpora a la misma a través de la utilización de un medio técnico de reproducción similar a la videoconferencia, tampoco debería cuestionarse que se dé validez a la declaración de un testigo o perito que se desarrolla con intervención directa de la autoridad judicial, en tiempo real y en su presencia sensorial, puesto que la inmediación parece quedar en este segundo caso, bastante más garantizada que en el primero.

nes de comunicación, en tiempo real, que pudieran darse en una vista oral con presencia física de todos los implicados⁴³.

4. CONCLUSIONES

1. La incorporación de las nuevas tecnologías, en particular de la videoconferencia, es ya una realidad en los diferentes ordenamientos jurídicos, aportando rapidez y agilidad a las actuaciones judiciales, en consonancia con lo establecido en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano.
2. A lo largo del presente trabajo, han sido puestas de manifiesto las indudables ventajas que comporta el recurso a la videoconferencia en el proceso penal: su utilidad para la declaración de testigos y peritos cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial; o para contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos declaren con plena libertad en un proceso en el que concurran circunstancias relevantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familias, especialmente en el caso de víctimas de delitos a menores de edad, así como en aquellos casos de testigos o peritos protegidos que podrían prestar declaración desde otra dependencia o lugar, con libertad y seguridad, eliminando riesgos y tensiones innecesarias; y, adicionalmente, sus evidentes ventajas cuando la persona que debe comparecer ante un juzgado o tribunal, para la práctica de algún acto procesal, se encuentra privada de libertad en un centro penitenciario, al disminuirse los costes y el riesgo de fuga.
3. Sin embargo, estas ventajas no deben servir de fundamento para adoptar una actitud que pudiera llegar a cegarnos, ignorando el respeto de los principios procesales y del derecho de defensa, por lo que estos deberán verse siempre garantizados, ya que la videoconferencia por sí misma no supone una lesión de esos derechos fundamentales, que, sin embargo, sí podrían llegar a verse vulnerados por la manera en que estas declaraciones se llevaran a la práctica. Por lo anterior, aconsejamos una utilización adecuada de la videoconferencia, plenamente respetuosa con los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y con el derecho de

43 En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de octubre de 2001 de su Sala II de lo Penal cuando, en relación con una comisión rogatoria para audiencia de unos testigos austriacos practicada al amparo del artículo 719 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afirma que "hoy existen procedimientos técnicos, como la videoconferencia, que permiten conectar la Sala donde se celebra el juicio con otro lugar diferente donde se encuentran los testigos y así las partes pueden formular directamente las preguntas y escuchar las respuestas como si el testigo estuviera allí físicamente presente, con lo cual la inmediación quedaría también satisfecha".

defensa, sobre todo en aquellos casos en que quien declara a distancia es el propio sujeto pasivo del proceso penal.

4. Del mismo modo, consideramos, que pese a que no exista una colisión con dichos principios del proceso y de que contemos con una autorización legal para poder utilizar la videoconferencia, sin embargo, esto no debe llevarnos a entender que pueda efectuarse un uso indiscriminado de la misma en el proceso penal, que pueda llegar a invertir la regla general; por ello, para su uso, estimamos que deberían concurrir, en cada caso concreto, los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad exigibles conforme a la doctrina general de restricción en materia de derechos fundamentales, establecidos por los tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M., 2001, "La modernización de la Justicia y la aplicación de las nuevas tecnologías" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 503, Navarra, Thomson-Aranzadi.

Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M., 1992, "La informática en el ámbito de la Administración de Justicia" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 4, Navarra, Thomson-Aranzadi.

Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M., 1993, "Administración de Justicia y nuevas tecnologías: una reforma decisiva" en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 84, Navarra, Thomson-Aranzadi.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5ª) de 8 de febrero de 2002.

AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005; 1301/2006, de 4 de mayo de 2006; 1462/2006, de 21 de junio de 2006; SSTS 957/2006, de 5 de octubre de 2006; 1351/2007, de 5 de enero de 2007; ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006.

Bujosa Vadell, L. M., 2002, "Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en materia penal" en *La Ley*, nº 5627, Madrid.

Calvo Sánchez, M. C., 1994, "Los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 157, Navarra, Thomson-Aranzadi.

Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano.

Choclán Montalvo, J. A., 2002, "Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 526, Navarra, Thomson-Aranzadi.

Curtotti Nappi, D., "L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessita di efficienza del processo e rispetto dei principio garantistici", RIDPP.

Dalia, A. A., y Ferraioli, M., 1999, *Nueva strategia processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Padova, CEDAM.

De La Mata Amaya, J., 2002, "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales" en *Actualidad Penal*, nº 47-48, semana del 16 al 19 de diciembre de 2002, Las Rozas, La Ley-Actualidad.

Díaz García, A., 2007, "Realidades y retos de la Administración de Justicia en Colombia a través de los medios electrónicos" en *Revista Alfa-Redi de Derecho Informático*, nº 102.

Fernández del Torco Alonso, J. M., 1998, "La aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento penal" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3, Madrid, Consejo Superior del Poder Judicial.

González García, J. M., 2006, "La videoconferencia como instrumento para la agilización de la justicia penal: nota sobre el modelo español" en *Problemas actuales del Proceso Iberoamericano*, volumen II, Málaga, CEDMA.

González Pastor, C. P., 2006, "Sobre la no validez del sistema de videoconferencia en el denominado juicio del 'motín de Foncalent'" en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 23, Las Rozas, La Ley.

Instrucción núm. 1/2002 acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, de 7 de febrero, de la Fiscalía General del Estado.

Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, de la Fiscalía General del Estado.

Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, BOE de 23 de mayo de 1995.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Libro Blanco de la Justicia, 1997, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

Lozano Millán, F., "Las tecnologías de información y comunicación en el Derecho en Colombia", disponible en www.uniautonoma.edu.co/_oldweb/docentes/freidy/Informatica%20juridica/SENTENCI.DOC.

- Lourido Rico, A. M., 2003, *La asistencia judicial en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Magro Servet, V., 2002, "La viabilidad legal del uso de la videoconferencia para la celebración de los juicios penales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 519, Navarra, Thomson-Aranzadi.
- Magro Servet, V., 2003, "La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales" en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5806, Las Rozas, La Ley.
- Miró Nicolau, J., 1983, "Derecho e informática" en *Poder Judicial*, nº 7, Madrid.
- Nabal Recio, A., 1998, "En torno al Libro Blanco de la Justicia", *Poder Judicial*, nº 49, Madrid.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966, *BOE*, nº 103, de 30 de abril de 1977.
- Pérez-Cruz Martín, A. J., 2005, "Videoconferencia y proceso penal (II)", *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2183, Madrid, El Derecho Ed.
- Recomendación R (97) 13, del Comité de Ministros.
- Recomendación R (2001) 11, del Comité de Ministros.
- Recomendación R (2001) 16.
- Recomendación R (2002) 5.
- Resolución del Consejo, de 23 de noviembre de 1995.
- Resolución 97/C 10/01 del Consejo, de 20 de diciembre de 1996.
- Rodríguez Sol, L., 2002, "Los magistrados de enlace", en *La Ley*, Las Rozas, La Ley.
- Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de octubre de 2001 de su Sala II de lo Penal.
- Tirado Estrada, J. J., 2003, "La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal. Especial referencia a su compatibilidad con el Ordenamiento Jurídico interno español" en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*.
- Velasco Núñez, E., 2002, "Videoconferencia y administración de justicia" en *La Ley*, nº 5630, Las Rozas, La Ley.

