

GARANTÍAS PROCESALES Y CYBERJUICIOS PENALES

Dr. José Luis Tamayo Rodríguez*

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar si es o no posible satisfacer en los “juicios penales digitales” o “cyberjuicios penales”, las garantías y principios del juicio previo y debido proceso establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Para ello, se revisaron y estudiaron, a la luz de la telemática y del Derecho procesal informático, los principios referidos a la oralidad, publicidad, concentración, contradicción e inmediación, con especial énfasis en este último, considerado como el “núcleo central” del actual proceso penal adversarial o de corte acusatorio que nos rige, que se vería seriamente afectado merced de la *presencialidad virtual* pues esta -se argumenta- no es equiparable a la *presencialidad física*, dado que la percepción de tipo presencial por jueces y partes no sería de la misma calidad convictiva que la lograda a través de imágenes, sonidos y datos percibidos a distancia, en torno a lo cual versa una gran polémica doctrinaria. La metodología empleada fue de carácter bibliográfico o documental, habiéndose revisado, consultado, seleccionado y analizado exhaustivamente el material que se consideró de mayor relevancia e importancia sobre la materia. La investigación realizada arrojó, entre otras, las siguientes conclusiones: 1) Es necesario regular legalmente el *cyberjuicio penal* para que sea acorde con los principios y garantías procesales constitucionales; 2) En términos generales, las garantías de oralidad, publicidad, concentración y contradicción no resultan afectadas o menoscabadas en los *cyberjuicios penales*; 3) El principio de inmediación en los juicios penales digitales constituye el epicentro del debate que se plantea respecto al obligado tránsito del proceso penal presencial al proceso penal virtual. 4) Pese a las objeciones que se le hacen a la *presencialidad virtual* sobre la base de la afectación del principio de inmediación, es importante resaltar que en el actual proceso penal *presencial* venezolano no existe, ni podrá existir en todos los casos, una inmediación probatoria absoluta. 5) Es posible garantizar en los cyberjuicios penales la efectiva vigencia del juicio previo y debido proceso pero ello siempre y cuando, sí y solo sí, se verifiquen dos condiciones fundamentales: la primera, que mediante una ley formal especial dictada al efecto, se establezcan y regulen, todos los actos procesales y audiencias orales del “cyberjuicio penal”; y, la segunda, que los tribunales penales sean dotados del equipamiento y la infraestructura tecnológica necesaria para intervenir eficientemente en el proceso de modo no presencial, Descriptores: Garantías Procesales. Cyberjuicio penal. Audiencias virtuales. Principio de inmediación.

(*) Abogado venezolano egresado de la Universidad Central de Venezuela en 1981. Doctor en Derecho y profesor de pregrado y postgrado de Derecho penal y procesal penal en la misma Universidad. Exjuez asociado en los Tribunales penales, de primera y segunda instancia, en Caracas. Abogado litigante con cuarenta años de experiencia. Autor de nueve libros. Ponente y expositor en más de cien conferencias a nivel nacional e internacional. Acreedor de numerosos reconocimientos por su actividad académica y profesional. Correo: jolutaro1958@gmail.com

PROCEDURAL GUARANTEES AND CRIMINAL CYBER TRIALS

Dr. José Luis Tamayo Rodríguez*

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze whether it is possible to satisfy in "digital criminal trials" or "criminal cyber trials", the guarantees and principles of prior trial and due process established in the Code of Criminal Procedure and in the Constitution of Venezuela. To this end, the principles referring to orality, publicity, concentration, contradiction and immediacy were reviewed and studied, under telematics and computer procedural law, with special emphasis on the latter, considered as the "central nucleus" of the current adversarial criminal process or accusatory court that governs us, which would be seriously affected thanks to the virtual face-to-face since this -it is argued- is not comparable to the physical face-to-face, since the perception of face-to-face type by judges and parties would not be of the same convicting quality that is achieved through images, sounds and data perceived at a distance, around which there is a great doctrinal controversy. The methodology used was of a bibliographical or documentary nature, having exhaustively reviewed, consulted, selected, and analyzed the material that was considered most relevant and important on the subject. The investigation carried out yielded, among others, the following conclusions: 1) It is necessary to legally regulate the criminal cyber trial so that it is in accordance with the principles and constitutional procedural guarantees; 2) In general terms, the guarantees of orality, publicity, concentration and contradiction are not affected or undermined in criminal cyber trials; 3) The principle of immediacy in digital criminal trials constitutes the epicenter of the debate that arises regarding the obligatory transition from face-to-face criminal proceedings to virtual criminal proceedings. 4) Despite the objections that are made to the virtual presence based on the affectation of the immediacy principle, it is important to highlight that in the current Venezuelan face-to-face criminal process there is not, nor can there be in all cases, an evidentiary immediacy absolute. 5) It is possible to guarantee in criminal cyber trials the effective validity of prior judgment and due process, but this is provided that two fundamental conditions are verified: the first, that by means of a special formal law enacted for that purpose, and regulate all the procedural acts and oral hearings of the "criminal cyber trial"; and, second, that the criminal courts are provided with the equipment and technological infrastructure necessary to efficiently intervene in the process in a non-face-to-face manner,

Descriptors: Procedural Guarantees. Criminal cyber trial. Virtual hearings. Immediacy principle.

(*) Venezuelan lawyer graduated from the Central University of Venezuela in 1981. Doctor of Law and professor of criminal law and criminal procedure at the same University. Former associate judge in criminal courts in Caracas, Venezuela. Trial attorney with forty years of experience. Author of nine books. Speaker and exhibitor at more than one hundred national and international conferences. Recipient of numerous awards for his academic and professional activity. Mail: jolutaro1958@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Merced de la potenciación de la comunicación virtual en el primer trimestre del 2020, producto de la pandemia del COVID 19, que obligó a realizar, de manera inesperada --en varios países del mundo-- audiencias judiciales virtuales (especialmente en caso de detenciones en flagrancia), no es difícil prever que estamos próximos a presenciar y protagonizar la tramitación total del proceso penal en el “ciberespacio”, con todos sus actos procesales de principio a fin, a través de las distintas herramientas tecnológicas de comunicación, en forma simultánea y en tiempo real, intercambiando a distancia sonidos, imágenes y datos, separados físicamente en el espacio real, pero unidos virtualmente en el espacio cibernético. Es indudable que estamos viviendo un proceso de coexistencia progresiva entre los “estrados tribunalicios” y los “estrados cibernéticos”, cuyo futuro, como bien señala Cafferata (2020:3), “va a generar un paulatino pero sostenido avance del último sobre el primero”. Jueces, fiscales, defensores, imputados y víctimas estamos conviviendo y coexistiendo mayoritariamente en el mundo virtual, que es común a todos.

Este panorama impone la necesidad de regular el juicio penal digital o “cyberjuicio penal” mediante una ley especial dictada al efecto o una reforma de la ley adjetiva vigente, con disposiciones expresas, claras y precisas, desde la fase de investigación hasta la fase de juicio oral y público, al igual que la denominada “fase recursiva”, para lo cual se hace necesario definir y reglamentar, de manera estricta y rigurosa, los actos procesales virtuales hasta la conclusión del proceso por sentencia definitivamente firme.

Pero, ¿Es realmente posible satisfacer en los “estrados virtuales” las garantías del juicio previo y debido proceso que proclama el artículo 1º del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), en concordancia con los artículos 49 y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso constitucional y de la tutela judicial efectiva? O, por lo contrario, ¿Se encuentran amenazados o en peligro cierto, tales derechos y garantías de cara a un proceso penal virtual? En el presente artículo se procura dar respuesta a las anteriores interrogantes.

METODOLOGÍA

A fin de lograr el cometido propuesto, se ha empleado como metodología la de documental, habiéndose revisado, recopilado y consultado exhaustivamente el material bibliográfico que se ha escrito en la comunidad *jurídico-cibernética* sobre el tema objeto de estudio, muy en especial el que proporciona la actual fuente electrónica de información por excelencia: internet, sin descuidar la revisión de las demás fuentes tradicionales de información (libros, revistas, artículos de prensa, etc.), seleccionando para el análisis el que se ha considerado de mayor relevancia, Seguidamente, se realizó una lectura análítica, evaluativa y deductiva, de todo el material recopilado y seleccionado cuidadosamente, lo que permitió obtener las bases necesarias para el desarrollo del presente artículo, posterior a lo cual se hizo el análisis crítico (interno y externo) de interpretación de los datos obtenidos, lo que permitió desarrollar de manera adecuada el presente artículo

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. JUICIO PENAL DIGITAL O TELEMÁTICO

Para comenzar a dar respuesta a las interrogantes planteadas líneas arriba, traemos a colación, en primer lugar, la opinión de la distinguida profesora Magaly Vasquez González (2020:24), quien refiere que la posibilidad de recurrir a las tecnologías de información para la realización de actuaciones procesales y judiciales, ha dado lugar a posiciones diversas,

desde quienes sin reservas consideran perfectamente realizables a través de las audiencias y demás actos procesales, pues sostienen que tales tecnologías debidamente regladas, no comprometen y las garantías procesales, hasta quienes se oponen a la realización de estos actos por considerar que esta modalidad afecta las garantías procesales del justiciable, pasando por quienes lo aceptan con limitaciones.

La profesora Vasquez Gonzalez (2020:24) se ubica en una posición o tesis intermedia

pues sin desconocer la importancia de la tecnología y su utilidad en la simplificación de determinados trámites y actos procesales, consideramos que a diferencia de lo que podría acontecer en determinadas materias (familia, trabajo, mercantil o administrativa, entre otras), el fin del proceso penal difícilmente podría concretarse a través de medios que no permiten

el ejercicio pleno de las garantías establecidas a favor del sujeto del proceso.

Ahora bien, aun cuando es cierto que, hoy por hoy, es ciertamente muy difícil concretar, por la vía digital o telemática, la absoluta observancia de ciertas garantías procesales, especialmente las de inmediación y la contradicción o confrontación de la prueba en el juicio oral, nosotros creemos –con fundamento en las razones que expondremos a lo largo de este artículo-- que en un futuro no muy lejano, todas las garantías procesales podrán ser satisfechas plenamente por la vía telemática, pese a que ello no parezca posible en estos momentos. Sobre este punto en particular se hará específica referencia más adelante para justificar nuestra posición al respecto.

Así las cosas, es indiscutible que el “cyberjuicio penal” debe ser acorde con la garantía constitucional del juicio previo y del debido proceso que establece el artículo 1º del Código Orgánico Procesal Penal, que se satisface con el cumplimiento de todas las garantías constitucionales que le son inherentes, previstas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV): juez natural e imparcial; presunción de inocencia, inviolabilidad del derecho a la defensa en cualquier estado y grado del proceso; juzgamiento en plazo razonable y sin dilaciones indebidas; *nos bis in idem*; excepcionalidad de la detención preventiva; derecho a guardar silencio y no ser obligado a confesarse culpable, etc. Del mismo modo, el “cyberjuicio penal” debe estar en plena sintonía con los principios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción, establecidos respectivamente en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), que, a su vez, son inherentes al debido proceso penal.

El punto a debatir entonces es si la **presencialidad virtual**, esto es, la que se logra a través de las modernas herramientas tecnológicas de comunicación a través de la internet, es lo suficientemente apta e idónea para garantizar la vigencia y eficacia de tales principios y garantías constitucionales y legales, sin afectar su observancia y esencia, del mismo modo que la **presencialidad física**. Es decir, ¿Se pueden equiparar ambas **presencialidades**? ¿El uso de las herramientas telemáticas

garantiza a plenitud un juicio previo acorde con las exigencias del debido proceso y la tutela judicial efectiva?

Pues bien, de cara a todas las interrogantes planteadas, es preciso revisar y analizar, a la luz de la telemática y del Derecho procesal informático, los principales principios y garantías procesales que rigen y conforman el juicio previo y el debido proceso penal, entendido aquél, conforme enseñan Bielli y Ordoñez (2019:4), como:

la rama innovadora del Derecho procesal que rige el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, se desenvuelve y se determina un proceso judicial, aunque íntegramente influenciado por la aplicación y uso de las herramientas tecnológicas disponibles, que se manifiesta especialmente en la realización de audiencias virtuales y en el uso de las pruebas electrónicas y evidencias digitales para la resolución de los conflictos judiciales.

2. DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL TELEMÁTICO

Iniciaremos nuestro análisis con aquellos derechos y garantías que, en principio, pueden ser salvaguardados y satisfechos, sin mayores inconvenientes, en un proceso penal telemático. Veamos.

a) En cuanto al derecho de toda persona a “ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga”; a ser defendido y asistido “en todo estado y grado de la investigación y del proceso”; y a “acceder a las pruebas” y “disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa” (art. 49.1 CRBV), esto es posible satisfacerlo, sin mayor inconveniente, por vía telemática.

b) Lo mismo respecto al derecho a declarar y ser oído y al de “hallarse presente en el proceso”, pues, salvo ciertas excepciones puntuales (que deberán ser debidamente reguladas, como veremos luego), su presencia física no es necesaria ni indispensable para el desarrollo de la investigación y del proceso, en tanto en cuanto se encuentre debidamente representado por su defensor previamente designado y juramentado. Téngase en cuenta al efecto que el artículo 315 del Código Orgánico Procesal Penal autoriza al acusado a alejarse de la audiencia de juicio, previo permiso del tribunal, lo que se erige en el derecho que tiene el acusado a no tener que estar físicamente presente en las audiencias del debate oral, aunque sí debidamente representado por su defensor.

En igual sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece en su artículo 63 (num. 1 y 2), que el acusado “estará presente durante el juicio”, pero si estando presente en la Corte, “perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación”.

c) Por lo que concierne a la víctima, esta tiene el derecho de hacerse representar por un abogado de su confianza, mediante poder especial, o delegar su representación en el Ministerio Público o en asociaciones o fundaciones y otros entes de asistencia jurídica, para todos los actos procesales, incluyendo el juicio oral y público (art. 121,4 COPP). De allí que su presencia física no es estrictamente necesaria.

d) Respecto a la indispensable notificación o convocatoria para la celebración de las audiencias en cualquier fase de proceso, esto podrá satisfacerse sin mayor problema para todas las partes, incluida la víctima no querellante, con la constitución de domicilios electrónicos, tanto del imputado como de sus defensores, al igual que del Fiscal del Ministerio Público, la víctima y sus apoderados o representantes. **e)** Asimismo, opinamos que la **oralidad** de las audiencias puede alcanzarse y satisfacerse, sin mayores problemas, de manera virtual, toda vez que lo que exige el artículo 14 del COPP es que el juicio sea oral y solamente se aprecien las pruebas incorporadas y debatidas en la audiencia, que ha de ser oralmente; y respecto al resto de las audiencias que se puedan celebrar a lo largo de las fases preparatoria e intermedia, al igual que las relacionadas con los recursos ante la alzada, la oralidad no resulta afectada en modo alguno cuando se celebran vía telemática.

f) Lo mismo ocurre con el principio **publicidad** de las decisiones que adopte el Tribunal (sean en forma de auto o de sentencia), que habrán de ser notificadas en los domicilios electrónicos de las partes, previamente señalados por estas; y en lo que concierne a la **publicidad** del juicio oral que proclama el artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal -a salvo las excepciones legales del art. 316 COPP-, las plataformas más comunes actualmente utilizadas para la comunicación virtual a distancia, como ZOOM o GOOGLE MEET, entre muchas otras, permiten a cualquier

persona acceder a determinada reunión o acto que se celebre de manera virtual, conociendo de antemano la ID (identidad) o clave para ingresar a la reunión, que perfectamente puede darse a conocer previamente al público en general, sin que por ello resulte menoscabado este principio, que tiene por objeto lograr que “los asistentes a la audiencia conozcan cómo y por qué se juzgó de una manera determinada”, además de ofrecer, como afirma Amoni (2014:14), “mayores garantías de transparencia en la actuación judicial”, para lo cual no es óbice la *presencialidad virtual* de los asistentes.

g) En cuanto a la **contradicción**, consideramos que las partes, vía telemática, pueden igualmente ejercer este derecho sin mayores inconvenientes en las tres fases del proceso penal (investigación, intermedia y juicio), a salvo -en principio- el referido a la posibilidad que tienen las partes de participar en la incorporación y evacuación de los medios de prueba testimoniales previamente admitidos, que guarda relación con el principio de inmediación, al cual nos referiremos referiremos más adelante.

h) Concerniente a la **concentración**, el COPP ordena, en su artículo 17, que, “Iniciado el debate, éste debe concluir sin interrupciones en el menor número de días consecutivos posibles”; y salvo los casos excepcionales de interrupción absoluta o prolongada o suspensión indefinida de la comunicación telemática por razones de carácter técnico, caso fortuito o causas de fuerza mayor, la virtualidad no constituye mayor obstáculo para que este principio se verifique en la fase de juicio; mismo que, como bien lo apunta Amoni (2014:14),

no se descarta con la incorporación de la telemática a la celebración de las audiencias procesales penales, por el contrario, se garantiza en mayor medida al evitar los traslados hasta la sede judicial, particularmente en las audiencias de apelación y casación, respecto de quienes residen o están domiciliados lejos de las infraestructuras judiciales correspondientes. Lo mismo sucede en los casos de audiencias con detenidos, quienes pudieran declarar desde el lugar de reclusión donde estuvieren, evitando el tan difícil traslado.

i) Respecto a determinadas situaciones particulares que pudiesen constituir un obstáculo en razón de la *presencialidad virtual*, sobre todo el concerniente a la necesidad de firmar las actas procesales, como por ejemplo, la que exige el artículo

317 del COPP, conforme al cual ha de constar el “registro preciso, claro y circunstanciado” de todo lo acontecido en el desarrollo del juicio oral y público”, a cuyo efecto debe levantarse un acta “firmada por los integrantes del tribunal y por las partes...”, esta podría ser firmada con firmas electrónicas; sin olvidar que, incluso el artículo 153 del COPP, establece la posibilidad de no firmar las actas en caso de que alguno de los intervinientes en el acto de que se trate “no puede o no quiere firmar”, de cuyo hecho “se dejará constancia”.

En síntesis, y en términos generales, creemos que, salvo excepciones muy puntuales, las garantías de oralidad, publicidad, concentración y contradicción en los “cyber juicios penales” pueden alcanzarse satisfactoriamente sin resultar afectadas o menoscabadas.

3. LA PROBLEMÁTICA DE LA INMEDIACIÓN EN EL CYBERJUICIO PENAL

Ahora bien, quizás el problema más álgido que se presenta es el inherente al impacto que la virtualidad puede tener sobre la denominada “nave insignia” de los juicios criminales --como la refiere Cafferata (2020:8)--, esto es, el principio de **inmediación**, que encuentra en la celebración del debate oral y público su máxima expresión, vinculado estrechamente con el de la “**contradicción**” en materia de evacuación o desahogo de pruebas, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal, que establece: “Los jueces o juezas que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su vencimiento”.

Conforme señala Cafferata (2020:9), la **inmediación**,

consiste en el contacto directo, personal y permanente en un lapso y en un espacio físico común, que jueces, acusadores, imputados, víctimas y sus defensores tienen durante el desarrollo del debate con las pruebas que allí se reciban, y el que mantienen todos ellos entre sí, interactuando verbalmente cada uno en los roles como actores, contradictores, directores o decisores que la ley procesal les asigna, ante la presencia de cualquier ciudadano que lo desee.

Por su parte, Claus Roxín (2000:102) expresa que este principio implica que el Juez “debe elaborar la sentencia de acuerdo con las impresiones personales que obtiene del acusado y de los medios de prueba”; en tanto que Binder (2003:256), apunta que:

es imprescindible que las partes y el Juez estén presentes en el mismo momento y lugar, la prueba que valdrá será sólo aquella que se produzca en el juicio y que se incorpore conforme al procedimiento previsto para ello. De tal modo, que jueces, fiscales, defensores, testigos, documentos, cosas, etc., deberán coincidir temporal y espacialmente en un ambiente, esto es la sala de audiencia.

A la luz de lo anterior, cabe preguntarse:

- a) ¿La virtualidad puede satisfacer a plenitud el principio de inmediación en los debates del juicio oral y público?
- b) ¿Las “impresiones” producto del contacto personal ambiental, esto es, encontrándose físicamente presentes en el mismo lugar y a la misma hora, todos los protagonistas o interlocutores de un debate oral y público, son iguales o al menos similares a las que se producen a través de la pantalla de un ordenador?
- c) ¿La fuerza o capacidad convictiva del juez respecto de las pruebas evacuadas telemáticamente puede verse afectada de algún modo cuando las exposiciones y declaraciones de las partes y los testigos las percibe a través de imágenes y sonidos remotos?
- d) ¿La no *presencialidad física* puede ser sustituida sin inconvenientes por la *presencialidad virtual* sin afectar las virtudes de aquella, entre las que se resalta la fiel percepción, sin interferencias, de los aspectos verbales y no verbales de lo que en el debate se haga y se diga?

En cuanto a las anteriores interrogantes, Amoni (2014:17) afirma que aspectos como la postura, las expresiones faciales, oculares, los gestos con las manos y los brazos, el tono de voz o sistema paralingüístico, el sistema cronémico o del uso del tiempo y el diacrítico o la forma de vestir “pueden observarse tanto en persona como mediante una pantalla o una proyección de video beam”; y agrega, siguiendo a Alves y Pereira, que si se interpreta el principio de la inmediación procesal atendiendo a los avances tecnológicos con los que se conviven en la actualidad,

será posible la recepción probatoria en garantía del referido principio, dado que esta tecnología constituye un medio para acercar en tiempo real a personas alejadas geográficamente y así permitir su interacción audiovisual, que es en definitiva lo que inspira al principio de inmediación, aunque no se haya pensado en la videoconferencia al redactar la ley.

No obstante, el mismo Amoni (2014:18) reconoce que:

con el uso de la videoconferencia quedarían excluidos aspectos como el tacto, el gusto o el olfato, los cuales no representan limitaciones sensoriales relevantes, aunque excepcionalmente esto pudiera ser necesario, como lo ha venido demostrando, por ejemplo, el desarrollo de la odorología, especialmente en el ámbito criminalístico.

Y coincidimos con Cafferata (2020:9), cuando afirma que de todas las argumentaciones que se hacen para sostener la afectación del principio de inmediación, la que más resalta es la referida a las “impresiones que produce el contacto personal sin interferencias con los aspectos verbales y no verbales de las declaraciones del imputado, testimoniales o periciales que se producen en un debate”, dado que: “parece indudable que su percepción de tipo presencial por jueces y partes no va a ser de la misma **calidad convictiva** que si lo es a través de imágenes, sonidos y datos percibidos a distancia”.

Añade Cafferata (2020:9) que este punto de la discusión

circulará por los muchos pliegues de la diferencia cualitativa entre el impacto sensitivo y espiritual propio de la presencialidad de la “vivencia” y el que puede generar la mejor y la más fiel de las imágenes animadas técnicamente imaginables. Estos aspectos son y serán sopesados en el análisis jurídico acerca de su capacidad o inocuidad para afectar alguna garantía constitucional.

En esta corriente de pensamiento se pueden ubicar a insignes procesalistas como Devis Echandía (1993:129), quien considera indispensable “la proximidad física entre el juez y los órganos de prueba a evaluar, sin la existencia de intermediarios, bien fueren cosas o personas” (como lo serían las pantallas de los ordenadores) para garantizar a plenitud el principio de inmediación

No obstante los válidos asertos de Cafferata --en sintonía con los de Echandía--, la “calidad convictiva” y el “impacto sensitivo y espiritual” que se vería disminuido por la no presencialidad física, somos de la opinión que ello pudiese resolverse o mitigarse (sin llegar a afectar de manera relevante el principio de inmediación), del mismo modo en que se ha resuelto la prohibición de incomunicación de los testigos entre sí y con otras personas, y la de no ver, oír o ser informados de lo que ocurra en el debate, a que se refiere el artículo 338 del Código Orgánico Procesal Penal, en cuyo único aparte se dispone que “el incumplimiento de la incomunicación no

impedirá la declaración de el o la testigo, pero el tribunal apreciará esta circunstancia al valorar la prueba”. Al efecto, podría consagrarse una disposición similar para el caso de que alguna de las partes alegare la transgresión del principio de inmediación por no haberse celebrado el acto de recepción de la prueba testimonial de manera virtual y no presencial.

Otros van más allá del aspecto netamente probatorio y sostienen la inconveniencia de la “presencialidad virtual” en las audiencias iniciales de presentación del imputado aprehendido. En torno a este último punto, varias organizaciones dedicadas a la defensa de los Derechos Humanos en Latinoamérica, presentaron el 22 de junio de 2021, ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDDHHH), en el marco del 180º periodo de sesiones, un Informe Técnico titulado: “USO DE AUDIENCIAS VIRTUALES EN PROCEDIMIENTOS PENALES EN LA REGIÓN EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE COVID-19” (Recuperado el 02 de abril de 2022 de la URL: <https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/Uso-de-Audiencias-Virtuales-en-Procedimientos-Penales.pdf>), producto de una investigación realizada en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, México, El Salvador y Paraguay, advirtiendo que el uso de audiencias remotas o telemáticas en las audiencias iniciales, de custodia o de control de detención en la región latinoamericana, “conlleva consecuencias adversas para la prevención, identificación y documentación de la tortura, el uso excesivo de la prisión preventiva y el goce del derecho a una defensa penal efectiva” (p. 7).

Allí se explica que la realización de audiencias en formato virtual, torna necesario hacer

una diferenciación entre aquellas audiencias que requieren de la presencialidad y las que podrían sostenerse en formato virtual. La audiencia de control de detención, o audiencia inicial, justamente por el rol que cumplen de salvaguardia de las garantías individuales de la persona imputada en las primeras horas de la detención, de control del actuar policial y de verificación de la legalidad del arresto, exige el requisito de la presencialidad y la conducción de la persona detenida ante la autoridad judicial. Su implementación en formato virtual es incompatible con las finalidades a que se proponen dichas audiencias. (p.7).

Se agrega en el Informe que las audiencias iniciales, de control, o de custodia, están diseñadas en gran parte “para identificar si las personas detenidas han sido víctimas de tortura, malos tratos o uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad”; y que

la detección de la tortura y otros malos tratos se ve enormemente facilitada por la presentación física de la persona detenida ante un abogado/a defensor/a independiente y una autoridad judicial, así como por el acceso en persona a un examen médico independiente (p.8).

Se afirma igualmente en dicho Informe, que:

la distancia que implica la barrera de la pantalla no permite una visualización clara, precisa y completa por parte del juez que preside la audiencia inicial o de custodia, del entorno en el que se encuentra la persona detenida, siendo imposible asegurar un examen completo de toda el área. El uso de videoconferencias abre la posibilidad de que la persona detenida relate su situación y contexto de arresto en un entorno potencialmente hostil, en presencia de agentes de seguridad del Estado, en comisarías de policía o prisiones, o incluso otorgar testimonio rodeado de los agentes responsables de prácticas de tortura o tratos crueles (p.8).

Hay otros más radicales, sosteniendo con ahínco, como Andrés Felipe Jaramillo, que los juicios virtuales son una “nefasta realidad”, pues con estos “se arrasan de un tajo” las garantías de la “oralidad, la inmediación, la concentración, la contradicción y la confrontación”, erigidos como “bacilares principios del juzgamiento”, que habían sido un logro anhelado; lo que implica una regresión del procedimiento penal,

pues, lo que era oral se está volviendo escriturario y lo que era la regla general (la presencialidad de los juicios) se ha vuelto la excepción, mientras que la virtualidad (antes la excepción) se convirtió en la regla general. De continuar como vamos, lo oral se devolverá a lo escriturario y lo presencial se convertirá en virtual y, de paso, se lesionarán la contradicción, la confrontación y la inmediación. Sin duda, el proceso penal quedará herido de muerte y volveremos inequívocamente a la inquisición de una ciega justicia (Jaramillo:2020).

4. EL EPICENTRO DEL DEBATE

De manera que, a no dudar, el principio de inmediación en los procesos penales constituye el **epicentro del debate** que se plantea respecto al obligado tránsito del proceso penal presencial al proceso penal virtual, mismo que, por fuerza de las

circunstancias, y pese las objeciones que se le hagan, se impondrá en definitiva (total o parcialmente) en el corto y mediano plazo, merced de la absoluta digitalización que vivimos en la era presente. Y, se quiera o no, “Todo lo que pueda ser digitalizado, lo será” (Streibich:2015).

Y este debate se dará especialmente, y con mayor énfasis, respecto de la fase de juicio oral y público, que es, como afirma Cafferata (2020:8), el “núcleo esencial del juicio oral” (sin perder de vista las válidas objeciones que se le hacen a la audiencia virtual de presentación del detenido), toda vez que durante las fases de investigación e intermedia, la inmediación probatoria (salvo el caso de la prueba anticipada), no tiene la fuerza, intensidad e importancia que sí podría tener en la celebración del debate oral y público de la fase de juicio. No en balde el concepto de inmediación que brinda y enfatiza el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 16, hace referencia exclusiva a este principio respecto al “debate y la incorporación de las pruebas”, haciendo alusión, por tanto, a la inmediación probatoria.

Sin embargo, téngase en cuenta que la inmediación no solo abarca --y por excelencia-- el ámbito probatorio, sino también el ámbito de las alegaciones de las partes, mismas que se pueden verificar en aquellas audiencias que sean convocadas para debatir un determinado asunto o celebrar un determinado acto procesal, que puede tener lugar en la fase de investigación (v.gr., una audiencia para resolver una excepción o verificar el cumplimiento de un acuerdo reparatorio); y, necesariamente, en la fase intermedia, en la audiencia preliminar; cuyos actos, en obsequio del principio de inmediación, han de verificarse, necesariamente, en presencia del juez y de las partes; y esta *presencialidad* pudiese ser virtual.

5. LA INMEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PROBATORIO.

La inmediación, vista desde el ámbito probatorio, prohíbe entonces que la actividad probatoria la presencie un juez diferente al que va a sentenciar la causa, a salvo, claro está, ciertas excepciones, como la anotada, líneas arriba, referente a la *prueba anticipada* (art. 289 COPP) cuando se realiza en fase distinta a la del juicio oral; y también en el caso de imposibilidad de asistencia de los órganos de prueba que no puedan concurrir de manera presencial al debate por un impedimento justificado,

los cuales, si se encuentran en un lugar distinto al del juicio, serán examinados por el juez “de aquél lugar”, es decir, por un juez distinto al sentenciador, valiéndose para ello, en ambos casos, de “cualquier medio tecnológico audiovisual”, a través del cual se verificará la “recepción y reproducción del actos, y las partes podrán participar en él”, como lo establece el artículo 323 del COPP. Dentro de tales medios quedan incluidos, obviamente, las actuales plataformas de reunión a distancia entre dos o más personas, como ZOOM o GOOGLE MEET.

Por lo demás, la posibilidad de recibir “declaraciones a distancia” o presenciar la reproducción por diversos elementos probatorios que consten en soportes físicos o electrónicos, ha sido reputada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1571 del 22 de agosto de 2001 como un sub-principio en materia de inmediación, “cual es que se ordene la reproducción cinematográfica, o de otra especie (vídeos, por ejemplo), de los actos probatorios, de manera de crear una inmediación de segundo grado, lo que abre la prueba a este tipo de inmediación”. (Recuperado el 29 de marzo de 2022 de: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#>).

Se trata de aquellos casos en los que el juez no presencia personalmente *in situ* la evacuación de la prueba, “pero si la dirige de una manera mediata, utilizando técnicas y aparatos de control remoto, que le permiten aprehender personalmente los hechos mediante pantallas, sensores, monitores o aparatos semejantes (videoconferencias, por ejemplo), coetáneamente a su ocurrencia”; concluyendo así la aludida sentencia:

No atentarían contra la inmediación, inspecciones judiciales o experimentos que realiza el juez sobre un lugar, utilizando aparatos de video o similares que transmitan o retransmitan imágenes y sonidos, o solo lo que fuere necesario para la prueba, desde el sitio de los acontecimientos al local del tribunal. Tampoco atentaría contra dicho principio, el que pueda recibir en la Sala de Audiencias informaciones directas transmitidas por aparatos allí presentes, facilitados por las partes o por el sistema de justicia.

La misma sentencia refiere también que es válido que ambas partes “presenten en la audiencia pública reproducciones de sonidos e imágenes, a fin de que el sentenciador aprehenda los hechos mediante estas reproducciones”; y añade que tales representaciones “serían exhibidas en el tribunal, en la audiencia oral o en el

debate oral probatorio, después que sucedieron, y se captaron, y contendrían la evacuación de un medio de prueba que las partes controlarían con su *presencia, en el acto reproducido*”, lo que, por lo demás, está previsto en el artículo 341 del COPP: “Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales se reproducirán en la audiencia, según su forma de reproducción habitual”.

Se trata de casos en los cuales no hay *presencialidad física* en la *formación* de la prueba, y ni siquiera *presencialidad virtual*, sino, pura y simplemente, *una inmediatez de segundo grado*, en la cual el juez sentenciador, viendo imágenes y/o escuchando sonidos, percibe de manera gráfica y viva lo sucedido. Podría hablarse entonces de una “inmediatez diferida” y no “en vivo y directo”.

Ya en Venezuela, desde hace algunos años, se cuenta con cierta experiencia de *presencialidad virtual* durante el desarrollo del debate del juicio oral público, respecto a las declaraciones, a distancia, de los peritos y expertos, mediante las denominadas “videoconferencias”; e, incluso, con la declaración, por la misma vía, de testigos que se encuentran en el exterior de la República, y también de funcionarios policiales del extranjero, especialmente en casos de la delincuencia organizada transnacional. Y hasta el momento, que sepamos, no han sido invalidadas los testimonios así logrados bajo el alegato de violación del principio de inmediatez.

Ahora bien, en casos como los ejemplificados anteriormente (prueba anticipada, imposibilidad de asistencia del órgano de la prueba y reproducción de grabaciones y videos), no podría sostenerse con éxito la violación del principio de inmediatez en su válida incorporación al debate oral y público dado el respaldo legal del cual gozan estos medios en los artículos 289, 323, 241 y 267 del COPP; pero posiblemente pudiese prosperar el alegato de su afectación en ciertos casos, como por ejemplo, la declaración de la víctima directamente ofendida por el hecho y único testigo, en ciertos delitos graves, como violación, secuestro o torturas; o se trate de un testigo presencial único en un caso de homicidio o trata de personas; o de testigos claves, determinantes para la condena o absolución del acusado; de un careo de dos o mas testigos; de interrogatorios y contrainterrogatorios de testigos entre aguerridos litigantes. En todos estos casos, pareciera resultar necesaria la *presencialidad*

física en obsequio de la “calidad convictiva” que no brindaría la *presencialidad virtual*.

Y es que, como bien apunta Cafferata (2020:10):

no es sencillo de imaginar el ejercicio útil por el abogado del acusado, e incluso por este mismo, de estas facultades ‘exploratorias’ [para controlar, atacar y contradecir la versión inculpativa, y desafiar o cuestionar a un testigo que o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra] sobre los dichos que lo inculpan, y menos aún la posibilidad efectiva de ‘actuar’ sobre quienes los pronuncien, atacando, contradiciendo, desafiando o cuestionando su veracidad ‘de pantalla a pantalla’. Sobre todo porque la fecundidad convictiva que de esta confrontación se espera, pareciera más posible de lograr si ella se lleva a cabo ¡cara a cara! entre los protagonistas de modo presencial, aventando así el riesgo de que la virtualidad frustre su objetivo de provocar en los jueces una impresión sobre la inconsistencia o la insinceridad de esa prueba personal de cargo.

6. INEXISTENCIA DE LA INMEDIACIÓN PROBATORIA ABSOLUTA

Téngase presente, por otra parte, que no existe, ni podrá existir en todos los casos, una inmediación probatoria absoluta (signada por la presencialidad física del juez sentenciador en el propio acto de formación del prueba) en el proceso penal venezolano, y prueba de ello la encontramos en los supuestos de la prueba anticipada, lo cual, aunado el hecho de que la propia ley procesal prevé el uso medios audiovisuales y tecnológicos para recibir la declaración de los órganos de prueba que no puedan concurrir al debate por un impedimento justificado, pareciera dar pábulo a sostener que la “inmediación virtual”, no afecta en modo alguno el principio de inmediación probatoria.

Las objeciones fundadas en la disminución de la **calidad convictiva** de los testimonios recibidos a través de imágenes, sonidos y datos percibidos a distancia” y la diferencia cualitativa entre el **impacto sensitivo y espiritual** propio de la presencialidad de la “vivencia”, que no proporcionaría la *presencialidad virtual*, creemos que podrían ser superadas, en gran medida, por los aspectos técnicos de la conexión a internet, que necesariamente habrá de ser de alta calidad o, cuando menos, adecuada a los estándares tecnológicos mínimos aceptables, amén de la necesidad de contar de dispositivos receptores de las imágenes y el sonido de comprobada efectividad, con capacidad para captar distintos ángulos de visión y de un tamaño suficientemente grande y de gran resolución, como para percibir con

nitidez las imágenes; y, contar, además, con la suficiente “seguridad tecnológica” que impida el *hackeo* del acto.

Finalmente, en cuanto a la objeción fundada en el hecho de que *presencialidad virtual* conculcaría el derecho del acusado de poder hablar en todo momento con su defensor en el transcurso de las audiencias del debate oral y público, salvo cuando declare o antes de responder a las preguntas que se le formulen, tal como lo establece el artículo artículo 332 del Código Orgánico Procesal Penal, ello podría resolverse de la manera prevista en el artículo 18 de la Resolución N° 2016-001 del 12 de diciembre de 2016, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sobre la participación telemática de los sujetos procesales en la audiencias de dicha Sala (Recuperado el 29 de marzo de 2022 de: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/resoluciones>), en el cual se lee a la letra:

Artículo 18.- Asistencia jurídica de la persona privada de libertad en la República Bolivariana de Venezuela. En caso de que el interviniente a distancia fuere el imputado privado de libertad en la República Bolivariana de Venezuela, deberá estar asistido de uno o dos defensores presentes en el lugar desde donde declarar y de uno o dos defensores presentes en la sala de audiencias, sin que en su conjunto superen el número de tres, conforme a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico Procesal Penal. En ambos casos, podrá nombrarlos y pagar sus honorarios él mismo, o en su defecto, la República Bolivariana de Venezuela se los asignará de forma gratuita. Pero si el imputado estuviere sometido al proceso penal estando en libertad, podrá participar en la audiencia aunque el abogado defensor no compartiére igual espacio físico tangible.

En caso de estar asistido por dos defensores públicos, se encargará de la defensa, en cuanto al recurso de casación o a la pretensión de extradición, el abogado autorizado para actuar ante la Sala de Casación Penal; en este caso, las funciones del defensor público presente en el lugar de privación de libertad se limitarán a garantizar sus derechos en el sitio, salvo que también estuviere autorizado para actuar ante la Sala de Casación Penal.

7. EL FUTURO INMEDIATO DE LOS CYBERJUICIOS PENALES

Estamos convencidos de que el avasallante e indetenible avance de la tecnología será capaz de conjurar, en el corto o mediano plazo, los defectos y falencias que se le pueden endilgar hoy en día a la *presencialidad virtual* por su posible afectación a los principios de inmediación y de contradicción (en materia probatoria), incluso

en casos como los referidos, en los que, hoy en día, pareciera poco probable sustituir con éxito la *presencialidad física*.

De allí que no tardarán en aparecer plataformas digitales de tal sofisticación que sean capaces de brindar una *presencialidad virtual* tan igual o incluso mejor que la *presencialidad física*. El desarrollo tecnológico pareciera no tener límites de ninguna naturaleza, para alcanzar en breve tiempo, lo que Cafferata, metafóricamente, denomina “*virtualidad real*”.

En todo caso, somos de la opinión que, en la actualidad, es posible garantizar en los cyberjuicios penales la efectiva vigencia del juicio previo y debido proceso que preconiza el artículo 1º del Código Orgánico Procesal Penal y de los derechos que garantiza el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pero ello siempre y cuando, sí y solo sí, se verifiquen dos condiciones fundamentales:

La primera, que mediante una ley formal especial dictada al efecto, se establezcan y regulen, de manera estricta y rigurosa, todos los actos procesales y audiencias orales del “cyberjuicio penal”, desde su inicio hasta su conclusión por sentencia definitivamente firme; y, la segunda, que los tribunales penales sean dotados del equipamiento y la infraestructura tecnológica necesaria para intervenir eficientemente en el proceso de modo no presencial, cosa que ya ha venido ocurriendo en ciertos países latinoamericanos.

Así por ejemplo, en Ecuador el Consejo de la Judicatura dictó, en septiembre de 2021, dictó un “*PROTOCOLO PARA LA REALIZACIÓN DE VIDEOAUDIENCIAS para juzgados, unidades judiciales, tribunales y cortes provinciales*” (recuperado el 2 de abril de 2022 de la URL: <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/CJ-Protocolo%20de%20video%20audiencias%20CJ%20%20Versi%C3%B3n%20sept-2021.pdf>), con el fin de establecer --entre otros objetivos-- “el procedimiento para la realización de videoaudiencias que permitan un adecuado acceso a los medios telemáticos en las plataformas disponibles para las y los servidores judiciales, sujetos procesales y público en general” (p.5).

Se lee en dicho Protocolo que, de acuerdo con lo informado por la Dirección Nacional de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, “el Consejo de la

Judicatura cuenta con suficientes recursos tecnológicos para la atención de los pedidos de video audiencias que surjan de la autoridad jurisdiccional, a nivel nacional” (pp. 9-10); especificando también los requerimientos tecnológicos necesarios “para la conexión a las plataformas tecnológicas implementadas por el Consejo de la Judicatura para la ejecución de video audiencias” (pp. 10 y ss.).

En el caso de Venezuela es evidente que, por ahora, no están dadas las condiciones necesarias para la adecuada celebración de actos procesales virtuales, pese a la Resolución N° 020-09 dictada en ese sentido por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 4 de noviembre de 2020 (recuperada el 26 de marzo de 2022 de la URL: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/resoluciones>), mediante la cual se autorizó “el uso de los medios telemáticos disponibles para la ejecución de los actos de comunicación y demás actos de carácter jurisdiccional inherentes a las fases de investigación e intermedia del Proceso Penal en los Tribunales Penales a Nivel Nacional”, acordándose:

La creación de una sala especial de audiencias telemáticas en la sede los Circuitos Judiciales Penales correspondiente a cada Estado, la cual estará interconectada con el resto de los Circuitos Judiciales del país a través de la internet. Desde allí podrán llevarse a cabo las audiencias que sean inherentes a la presentación de los imputados aprehendidos con ocasión al procedimiento por flagrancia o requeridos por orden judicial. Ello con el fin de evitar los traslados entre Estados, garantizar la economía procesal y el ejercicio oportuno de los derechos de las partes”.

Pese a esta loable iniciativa, y al menos en el Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, la Sala de Audiencias Telemáticas es prácticamente inoperante, por diversos factores, entre ellos: la obsolescencia y falta de mantenimiento de los equipos de computación y plataformas de conexión existentes; la carencia de plataformas tecnológicas modernas; la deficiencia del servicio de internet; la falta de señal en algunos espacios del Palacio de Justicia; las constantes interrupciones del servicio eléctrico, y una de capital importancia: la falta de recursos económicos que permitan sufragar el costo de adquisición y/o modernización de las actuales plataformas y equipos tecnológicos por unos de última generación para implementar de manera eficiente la comunicación a

distancia, que se aúna a la carencia de suficientes técnicos especializados en manejo y mantenimiento de equipos y conexiones telemáticas.

El panorama se torna aún más desolador y hasta utópico, si se parte del hecho cierto de que, luego de transcurridos más veinte de años de vigencia del COPP, no se ha podido implementar de manera efectiva, siquiera, lo dispuesto en el artículo 317 del COPP, respecto al “registro preciso, claro y circunstanciado de todo lo acontecido en el desarrollo del juicio oral y público”, pues es sabido que durante más de dos décadas no ha sido posible implementar de manera eficiente el “uso de medios de grabación de la voz, videograbación, y, en general, de cualquier medio de reproducción”, pues, aun cuando parezca insólito, muchos de esos registros todavía se hacen “a mano”, amén de las graves deficiencias de los servicios públicos ya referidas, de electricidad, de telefonía y de internet, quizás uno de los más deficientes del mundo.

No obstante de que por ahora, y difícilmente se podrán implementar los cyberdebate orales dadas las deficiencias tecnológicas, pero no por ello debemos permanecer inertes ante la realidad que nos arroja en la era actual: vivimos en un mundo virtual, en una sociedad digital, cada vez más tecnológica y digitalizada, que nos obliga inexorablemente a cambiar y adaptarnos a ella en todos los ámbitos. Y el de la justicia es uno de ellos. Lo que hace apenas veinte o treinta años atrás parecía completamente imposible e inalcanzable, hoy es una realidad, quizás hasta más avanzada que la imaginada. No en balde el conocido dicho: la realidad supera a la ficción. De allí que, es hora de ir pensando en abordar la elaboración de una ley formal que regule con rigurosidad la celebración de los cyberjuicios penales, de paulatina entrada en vigencia, incluyendo, obviamente, los aspectos técnicos; y esa regulación no debe ser improvisada ni quedar al arbitrio de cada tribunal o al capricho del juez de turno. Tampoco a cargo de simples Resoluciones que establezcan “soluciones procedimentales de emergencia no presenciales” (Cafferata 2020:5), similares a las que ha implementado el Tribunal Supremo de Justicia a raíz de la pandemia, que pueden variar de la noche a la mañana. Las reglas deben ser claras y precisas para todos los casos, con el fin de garantizar el

derecho de acceso a la justicia, aun en situaciones de fuerza mayor, como fue el caso de la pandemia.

Debe tratarse de una ley procesal penal que regule el “juicio especial, total o parcialmente no presencial”, y basada en las normas procesales vigentes sobre los actos procesales previstos en el Código Orgánico Procesal Penal, debidamente adaptadas al mundo virtual, es decir, adecuándolas, para poder cumplirlas de un modo no presencial, a través del uso de un tecnología probadamente idónea, resguardando siempre los principios y garantías judiciales constitucionales de las partes. Y en cualquier caso, como dice Cafferata (2020:5),

será necesario establecer, expresamente, los alcances prioritarios de la interpretación de esa ley, qué tipo de delitos o de causas podrán ser juzgados, total o parcialmente, mediante la nueva modalidad y, si fuera el caso, una orden de prioridades para ello.

Los actos procesales penales telemáticos no presenciales deben estar rigurosamente definidos y delimitados, estableciendo claramente sus requisitos de modo, tiempo y lugar, y sus necesarias excepciones, reglamentando además el tipo de herramientas tecnológicas que deben utilizarse y potenciando al máximo las redes de conexión, previendo incluso situaciones de “desconexión” o pérdida de la señal, cómo afrontarlas y cómo demostrar su ocurrencia y las consecuencias que las mismas conllevan (v.gr., suspensión de la audiencia). Al efecto, será necesario utilizar “herramientas informáticas tecnológicamente aptas para su desarrollo a distancia” (Carolina Prado, citada por Cafferata 2020:4), definiendo los medios técnicos –telemáticos, digitales o cibernéticos-- de que se disponen y cuáles son los que deben implementarse.

Previsiones como las que plantean los artículos 7 y 14 de la citada Resolución N° 2016-001 de la Sala de Casación Penal, deben adoptarse. En estos se lee:

Artículo 7.- Medio alternativo de comunicación. Deberá ponerse a disposición de la autoridad encargada de presenciar la intervención telemática, si fuere el caso, o del propio interviniente desde el lugar de emisión, un teléfono o algún otro medio de comunicación oral o audiovisual con la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, para resolver cualquier eventualidad que pudiera surgir durante el desarrollo de la audiencia, en especial en caso de imposibilidad o inidoneidad de la transmisión.

El equipo de comunicación deberá permanecer en modo silencioso durante la audiencia.

Artículo 14.- Asistencia técnica en el uso de los medios telemáticos. Durante la audiencia telemática deberán estar presentes técnicos informáticos en la sala de audiencias de la Sala de Casación Penal, para resolver cualquier problema de conexión, audio o video que pudiese suscitarse.

El Presidente o Presidenta de la Sala de Casación Penal podrá ordenar la presencia de técnicos informáticos en el lugar de emisión de la declaración.

En todo caso, la ausencia de los técnicos a los que se refiere esta disposición no acarrea la nulidad del acto.

Actos tales como la audiencia de presentación (excepto casos determinados), la audiencia de excepciones y la declaración del imputado en la fase de investigación; la audiencia preliminar en la fase intermedia; y las audiencias del juicio oral y público, etc., podrían realizarse de manera telemática, estableciendo determinadas excepciones en las cuales sea necesaria indefectiblemente la *presencialidad física* (como pudiera ser, v.gr., un acto de reconocimiento en rueda de detenidos), teniendo en cuenta, entre otros factores, la mayor o menor gravedad o complejidad del delito, el número de acusados, etc.

Pudiera incluso preverse un sistema mixto: *virtual-presencial alternativo*. El virtual para las dos primeras fases del proceso y/o para determinados delitos, o por “urgencias procedimentales” (muy probable pérdida de la prueba dirimente) o bien imposible por razones de fuerza mayor (pandemia u otras). O cuando exista consenso para ello entre todos los sujetos procesales, procurando siempre el resguardo de los principios y garantías judiciales constitucionales del imputado y la víctima.

Nos inclinamos por la virtualidad casi absoluta de las fases de investigación e intermedia, salvo excepciones debidamente establecidas. La declaración del imputado ante el fiscal podría ser perfectamente virtual. De hecho, garantizaría desagradables sorpresas y “emboscadas”. Será necesaria, insistimos, una implementación paulatina y progresiva. Y, en el caso de la fase de juicio oral y público, nos inclinamos por una virtualidad parcial, en el caso específico de la incorporación y evacuación de la prueba, que, salvo excepciones puntuales que deberán ser legalmente establecidas, deberían realizarse de manera presencial.

Para finalizar, creemos que la adopción definitiva de los cyberjuicios penales en nuestro país, que, necesariamente, deberá estar previamente sometida a un debate en el que participen todos los sectores y protagonistas involucrados, tanto jurídicos como tecnológicos, va a depender, casi que de manera exclusiva, de la posibilidad cierta y real de poder contar con la infraestructura tecnológica necesaria que garantice el derecho a la defensa, al debido proceso y la tutela judicial efectiva de las partes.

CONCLUSIONES

1ª) Vivimos actualmente un proceso de coexistencia progresiva entre los “estrados tribunales” y los “estrados cibernéticos”, que impone la necesidad de regular legalmente el *cyberjuicio penal* para que sea acorde con los principios y garantías procesales constitucionales, para lo cual es necesario definir y reglamentar por ley los actos procesales virtuales.

2ª) En términos generales, las garantías de oralidad, publicidad, concentración y contradicción en los *cyberjuicios penales* pueden alcanzarse satisfactoriamente sin resultar afectadas o menoscabadas.

3ª) El problema más álgido que se presenta en materia de garantías procesales, es el inherente al impacto que la virtualidad puede tener sobre el principio de *inmediación*, pues se argumenta que la *presencialidad física* no puede ser sustituida por la *presencialidad virtual* sin afectar las virtudes de aquella, dado que la percepción de tipo presencial por jueces y partes no va a ser de la misma *calidad convictiva* que si lo es a través de imágenes, sonidos y datos percibidos a distancia.

4ª) El principio de inmediación en los procesos penales constituye el **epicentro del debate** que se plantea respecto al obligado tránsito del proceso penal presencial al proceso penal virtual, cuyo debate se dará especialmente y con mayor énfasis, respecto de la fase de juicio oral y público, por ser el núcleo esencial del juicio oral.

5ª) Pese a las objeciones que se le hacen a la *presencialidad virtual* sobre la base de la afectación del principio de inmediación, es importante resaltar que en el actual proceso penal venezolano no existe, ni podrá existir en todos los casos, una inmediación probatoria absoluta y prueba de ello la encontramos en los supuestos

de la prueba anticipada (art. 289 COPP) y en los casos en que la propia ley procesal prevé el uso medios audiovisuales y tecnológicos para recibir la declaración de los órganos de prueba que no puedan concurrir al debate (art. 323 COPP).

6ª) El avasallante e indetenible avance de la tecnología será capaz de conjurar, en el corto o mediano plazo, los defectos y falencias que se le pueden endilgar hoy en día a la *presencialidad virtual* por su posible afectación a los principios de inmediación y de contradicción (en materia probatoria). De allí que no tardarán en aparecer plataformas digitales de tal sofisticación que sean capaces de brindar una *presencialidad virtual* tan igual o incluso mejor que la *presencialidad física*, puesto que el desarrollo tecnológico pareciera no tener límites de ninguna naturaleza, para alcanzar la denominada “*virtualidad real*”.

7ª) En la época actual es posible garantizar en los *cyberjuicios penales* la efectiva vigencia del juicio previo y debido proceso constitucional, siempre y cuando, sí y solo sí, se verifiquen dos condiciones fundamentales: la primera, que mediante una ley formal especial dictada al efecto, se establezcan y regulen, de manera estricta y rigurosa, todos los actos procesales y audiencias orales del *cyberjuicio penal*; y, la segunda, que los tribunales penales sean dotados del equipamiento y la infraestructura tecnológica necesaria para intervenir eficientemente en el proceso de modo no presencial.

8ª) Los juicios penales digitales, más temprano que tarde, terminarán por imponerse, de manera total o de manera parcial, y, por tanto, urge legislar sobre la materia.

9ª) En Venezuela, difícilmente se podrán implementar por ahora los *cyberjuicios penales*, dadas las deficiencias tecnológicas existentes y el deficiente funcionamiento de los servicios de electricidad, telefonía e internet, entre otros factores.

10ª) La adopción definitiva de los *cyberjuicios penales* en nuestro país deberá estar previamente sometida a un debate en el que participen todos los sectores y protagonistas involucrados, tanto jurídicos como tecnológicos, y ello dependerá, casi que de manera exclusiva, de la posibilidad cierta y real de poder contar con la

infraestructura tecnológica necesaria que garantice el derecho a la defensa, al debido proceso y la tutela judicial efectiva de las partes.

Quéretaro, México, abril 2022

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo. 2014. *LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA AUDIENCIA TELEMÁTICA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO*. **Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías**. N° 12. Págs. 2-33. Colombia. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.

BIELLI, Gastón Enrique y ORDOÑEZ, Carlos Jonahthan. 2019. *LA PRUEBA ELECTRÓNICA: TEORÍA Y PRÁCTICA*. 1a ed., Buenos Aires, Argentina. Thomson Reuters.

BINDER, Alberto. 2003. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL*. Buenos Aires. Argentina. Ad Hoc, S.R.L.

CAFFERATA NORES, José I. 2020. *EL JUICIO PENAL DIGITAL. De los “estrados tribunales” a los “estrados cibernéticos”*. *ANTICIPO*. Buenos Aires. Argentina. Hammurabi. José Luis Depalma, editor. (El artículo completo puede recuperarse en:

<https://d26lpennugtm8s.cloudfront.net/stores/910/619/rte/Cafferata%20%20El%20juicio%20penal%20digital.pdf>

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. 1993. *TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL*. Bogota. Colombia. Dike.

JARAMILLO, Andrés Felipe. 2020. *JUICIOS VIRTUALES, UNA NEFASTA REALIDAD*. **Legis. Ámbito Jurídico**. Recuperado el día 28 de marzo 2022 de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/penal/juicios-virtuales-una-nefasta-realidad>

ROXIN, Claus. 2000. *DERECHO PROCESAL PENAL*. Primera edición. Buenos Aires, Argentina. Editores Del Puerto.

STREIBICH, Karl-Heinz (2015). *TODO LO QUE PUEDA SER DIGITALIZADO, LO SERÁ. EL MUNDO*. Recuperado el día 26 de marzo de 2022 de: <https://www.elmundo.es/economia/2015/10/22/5628d7cfca4741616c8b4638.html>

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly. 2020. *JUICIO PENAL TELEMÁTICO Y GARANTÍAS PROCESALES*. **Revista Digital MULTIJURÍDICA AL DÍA**. Edición inaugural. Caracas.

LEGISLACIÓN:

Código Orgánico Procesal Penal. Recuperado de:

<http://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-organica-de-reforma-del-codigo-organico-procesal-penal-20211004180004.pdf>

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Recuperado de:

https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Recuperado de:

[https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

OTRAS FUENTES ELECTRÓNICAS:

Artículo: *Poder Judicial impulsa el uso de las videoconferencias para incrementar la celeridad procesal*. Publicado el 23 de julio de 2014 por [Ed. Microjuris.com Venezuela](#). (Recuperado el 29 de marzo de 2022 de:

<https://aldiavenezuela.microjuris.com/2014/07/23/13875/>).

PROTOCOLO PARA LA REALIZACIÓN DE VIDEOAUDIENCIAS para juzgados, unidades judiciales, tribunales y cortes provinciales” (recuperado el 2 de abril de 2022 de la URL: <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/CJ-Protocolo%20de%20video%20audiencias%20CJ%20%20Versi%C3%B3n%20sept-2021.pdf>).

Resolución N° 2016-001 del 12 de diciembre de 2016. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sobre la participación telemática de los sujetos procesales en las audiencias de dicha Sala. Recuperado el 29 de marzo de 2022 de: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/resoluciones>).

Sentencia N° 1571 del 22 de agosto de 2001. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Recuperado el 29 de marzo de 2022 de: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#>).

USO DE AUDIENCIAS VIRTUALES EN PROCEDIMIENTOS PENALES EN LA REGIÓN EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE COVID-19. Recuperado el 02 de abril de 2022 de la URL: <https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/Uso-de-Audiencias-Virtuales-en-Procedimientos-Penales.pdf>

