



UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal y Penal

**LA VIDEOCONFERENCIA EN LAS GARANTÍAS DEL
PROCESO PENAL**

Tesis Doctoral

Araceli Baquero Martín

Sevilla, mayo de 2017

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Facultad de Derecho

LA VIDEOCONFERENCIA EN LAS GARANTÍAS DEL PROCESO
PENAL

Tesis Doctoral

Tesis realizada por la Lcda. Araceli Baquero Martin para la colación del grado de Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del Prof. Dr. D. Juan Burgos Ladrón de Guevara, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla.

Sevilla, mayo de 2017

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS	5
---------------------------	----------

INTRODUCCIÓN.....	8
--------------------------	----------

CAPÍTULO PRIMERO: DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LA INTERVENCIÓN POR VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN	15
--	-----------

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA INTERVENCIÓN POR VIDEOCONFERENCIA	16
--	-----------

1.1. La actualidad de la videoconferencia como instrumento al servicio de la Administración de Justicia	16
---	----

A) La videoconferencia como instrumento procesal.....	16
---	----

A. La documentación escrita de la videoconferencia	36
--	----

b) Marco autónomo de la regulación legal de la videoconferencia.	49
---	----

B) Ventajas de su utilización	56
-------------------------------------	----

1.2. Naturaleza jurídica.	70
--------------------------------	----

A) Regla general: Presencia física de las partes.	70
--	----

C) Excepcionalidad o normalización de la videoconferencia	74
---	----

C) Posibilidad y oportunidad en su aplicación.....	77
--	----

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	85
--------------------------------------	-----------

1.1. Legalidad desde la perspectiva internacional	85
---	----

A) Transcendencia del derecho de origen europeo.....	85
--	----

a) Ámbito supracomunitario, el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	98
---	----

b) Derecho comunitario	109
------------------------------	-----

a") Convenio de Asistencia judicial de la UE	109
--	-----

b") Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE	125
---	-----

c) Derecho Comparado	135
----------------------------	-----

a") Italia	135
------------------	-----

b") Francia	146
-------------------	-----

c") Portugal	152
--------------------	-----

B) Importancia del Convenio Internacional Iberoamericano. Mar del Plata 3 de diciembre de 2010.	159
--	-----

1.2 La regulación normativa de la utilización videoconferencia en el proceso penal español	165
--	-----

A) Relevancia en la modernización de la Administración de Justicia.	165
--	-----

B) Normas orgánicas procesales vigentes.	170
---	-----

C) Eficiencia de la FGE con sus Instrucciones, 1/2002, de 7 de febrero y 3/2002 de 1 de marzo.	183
---	-----

D) La Disminución de traslados: Instrucción 2/2007 de la Dirección General de instituciones Penitenciarias.	197
--	-----

CAPÍTULO SEGUNDO201

LA APLICACIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.....201

I. EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN PENAL..... 202

- 1.1. La declaración del investigado y medidas cautelares 202
- 1.2. Prueba pre-constituida: El menor ofendido 247
- 1.3. Prueba anticipada: Ausencia del declarante 266

II. EN EL JUICIO ORAL..... 278

- 1.1. Declaración y examen del acusado: Importancia 278
 - A) Doctrina del TS, la Sentencia de 16 de mayo de 2005 282
 - B) Videoconferencia y celebración del juicio en ausencia. 288
 - C) El riesgo de las posibles deficiencias técnicas en el funcionamiento..... 294
- 1.2. Relevancia probatoria y trascendencia de la videoconferencia para las víctimas 296
 - A) Declaración del testigo protegido y la insuficiencia legislativa. 297
 - B) Eficiencia jurídica en la declaración del testigo menor de edad y menor víctima de delitos sexuales. 325
 - C) Los casos de violencia de género y su influencia jurídica 337

CAPÍTULO TERCERO LA INCIDENCIA DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES343

I. LA VIDEOCONFERENCIA Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES 344

- 1.1. Relación de la videoconferencia con los principios procesales como valores constitucionales 344
- 1.2. La influencia de las Directivas de la Unión Europea en los principios del proceso penal 358

II. GARANTÍAS AFECTADAS POR LA VIDEOCONFERENCIA COMO PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA EN LA SOLUCIÓN DE LITIGIOS 377

- 2.1. Un juicio con todas las garantías y no indefensión 377
- 2.2. La Tutela judicial efectiva: El deber de motivación 392
- 2.3. Principio de inmediatez: su adaptación 399
- 2.4. El principio de publicidad y su restricción..... 415

III. LOS DERECHOS ATRIBUIDOS A LAS PARTES DEL PROCESO PENAL DERIVADOS DE LAS GARANTÍAS. 423

3.1. La audiencia y contradicción: El acusado	423
3.2. El derecho defensa, importancia de la legislación comunitaria	428
3.3. La presunción de inocencia y su refuerzo.....	434
CONCLUSIONES FINALES	442
BIBLIOGRAFÍA.....	452

ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BOCE: Boletín Oficial de la Comunidad Europea.

CE: Constitución española.

CC: Código Civil.

C.E.D.H: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convención europea de derechos humanos.

COMJIB: Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos.

CP: Código Penal.

DGP: Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

EE. MM.: Estados Miembros de la Unión Europea.

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LGP: Ley General Penitenciaria.

LO: Ley orgánica.

LOPTP: Ley orgánica de protección de testigos y peritos.

LORPM: Ley orgánica de responsabilidad penal del menor.

NOJ: Nueva oficina judicial.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

S: Sentencia.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STTS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TIC: Tecnologías de informática y comunicación.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de derechos humanos.

TFUE: Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

Históricamente, la llamada al juicio aparece y está profusamente regulada en el Digesto, que concibe la comparecencia con el fin de ejercitar un derecho (Digesto 2,4,1). Sin embargo, la presencia física no era ya entonces la única posibilidad de responder ante el Tribunal. En este antiguo texto se excluye la obligación de comparecer a determinados cargos relevantes y a los familiares de los litigantes; son razones de estatus institucional o familiar.

Las dos razones que avalan la comparecencia virtual que sustituye a la física en la intervención por videoconferencia son agilizar el procedimiento o la protección de las víctimas. Ambas constituyen prioridades contemporáneas. Tradicionalmente, en los textos históricos se dispensaba *ratione personae*. Y, ciertamente, el legislador no atisbaba la posibilidad de los avances técnicos. No obstante ambos casos tienen en común que sólo de forma excepcional se relaja la aplicación de la

norma. Lo cual significa que la regla general es la misma, a saber, al procedimiento judicial hay que acudir. Se requiere presencia física. El acudir a una cierta distancia para comparecer es un gravamen, que se añadirá a otra circunstancia gravosa como es la de un procedimiento penal, ambos casos podrán ser contemplados para utilizar la videoconferencia en el proceso.

Actualmente la posibilidad de intervención mediante videoconferencia, dentro del proceso del siglo XXI, se ha demostrado como un medio eficaz de protección de las víctimas, útil en economizar costes o tiempo por desplazamientos innecesarios. También se ha venido a poner de manifiesto, una vez más, la necesidad de aplicar las leyes conforme a la realidad social. Así, podemos afirmar que en la última década la intervención mediante videoconferencia en el proceso penal español, se ha llegado a convertir en imprescindible como una modalidad en la práctica de algunas diligencias procesales. Viene a corroborar así, aquellos primeros documentos

institucionales de difusión a la opinión pública que, desde las instituciones encargadas de la modernización de la Administración de Justicia, justificaban expresamente la implantación de esta y otras novedades técnicas como instrumentos a los que el proceso no podía seguir ajeno, o resaltaban ventajas y argumentos, como que facilitarían enormemente las tareas, conforme al estado de la ciencia actual y las finalidades procesales inmediatas de tramitación para la resolución ágil de conflictos.

¿Era ya apremiante que, en los últimos años del siglo XX y primeros del XXI, en la elaboración de los procedimientos judiciales se utilizaran las novedades informáticas, ofimáticas y electrónicas para confeccionarlos? No cabe sino ofrecer una respuesta afirmativa a este interrogante, ya que lo contrario hubiera supuesto una gestión poco racional de los recursos, dejando aislada a la Administración de Justicia de las facilidades de las que otros sectores de la Administración

Pública se aprovechan. Hay que recordar las palabras de KELSEN cuando afirmaba *"que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener"*. El orden social actual requiere que el proceso penal se adapte a él si quiere mantenerlo, y no al contrario. En suma, no sería razonable seguir anclados a un orden social pasado, como el que existía en 1882, fecha de publicación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así pues, en la actual "sociedad de la información" la Administración de Justicia española tiene un principal objetivo del expediente judicial electrónico, aunque tiene una implantación aún, desgraciadamente, escasa. El expediente en soporte de papel debe dejar de ser la modalidad más frecuente. Podemos afirmar que en este ámbito la dialéctica política en España entre Estado y Comunidades Autónomas con competencias transferidas en

materia de Justicia no ha resultado muy provechosa en la gestión de este propósito.

El apoyo económico a la Administración de Justicia no ha sido una cuestión secundaria, siendo decisivo el enorme esfuerzo presupuestario para dotar a los Juzgados y Fiscalías de los accesorios técnicos, con la consecuente necesidad de adaptación material y personal de un mínimo entorno para su uso. Y aunque por ahora no se haya alcanzado el objetivo principal, la supresión del expediente judicial de papel, al menos en el caso concreto de la videoconferencia, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que es un medio de comunicación plenamente integrado en la dinámica procesal en la totalidad de los órganos judiciales, Fiscalías y Centros penitenciarios en España y en la solemnidad de las salas de vistas.

En este orden de reflexiones, hay que poner de manifiesto que la utilización de la videoconferencia, en las funciones judiciales, ha sido fomentada desde la actitud del sector judicial, que decididamente, se mostró propiciatorio, y entusiasta, aunque con cierta reticencia inicial. Y es que la videoconferencia se ha revelado, realizada la oportuna reforma legislativa, óptima en ventajas, frente a la tradicional escasez de medios materiales y la lentitud de la Justicia. Sopesadas, desde el punto de vista jurídico, aquellas fórmulas que permiten su integración en el proceso penal, se revelan como un instrumento imprescindible, aunque susceptible de mejoras técnicas y legales.

Si bien es cierto, que, en la actualidad, las instituciones están adaptadas a las novedades técnicas, su uso en el caso de la videoconferencia en el ejercicio de las funciones judiciales es de naturaleza potestativa. Y es que, aunque la comunicación audiovisual a distancia signifique una flexibilización realista de las exigencias del cauce procesal,

la comunicación entre las partes y el órgano judicial se realiza con mayor dificultad; no es comparable con la presencia física. Además, la percepción inmediata-personal de los gestos y actitudes no es proporcional. En el uso de la videoconferencia, la pantalla reduce a dos las dimensiones de percepción. La utilización de la videoconferencia es un instrumento con ventajas indudables, pero tiene sus limitaciones, incluso es perfectible el nivel de tecnología disponible en las sedes judiciales. Es distinta a la modalidad presencial, sin perjuicio de que legalmente ambas se declaren equivalentes conforme a la utilidad procesal.

Veremos, pues, que la tensión conceptual a lo largo de estas líneas se repite y es la siguiente: la teórica posibilidad ilimitada de comparecer, incluso para los miembros del órgano judicial, en la sede del Tribunal sin desplazarse a través de la telecomunicación verbal y visual o videollamada, y la adaptación de este instrumento técnico, a los cauces del proceso penal, su delimitación.

**CAPÍTULO PRIMERO: DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LA
INTERVENCIÓN POR VIDEOCONFERENCIA EN EL
PROCESO PENAL Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN**

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA INTERVENCIÓN POR VIDEOCONFERENCIA

1.1. La actualidad de la videoconferencia como instrumento al servicio de la Administración de Justicia

A) La videoconferencia como instrumento procesal

Es necesario poner de manifiesto al comenzar el análisis jurídico que la videoconferencia es una innovación técnica reciente, contemporánea al proceso del siglo XXI. Conforme a la definición de la Real Academia Española, *videoconferencia* es la comunicación entre dos interlocutores, que se encuentran en lugares distintos, a través de una red de comunicaciones, un ordenador y una

cámara de vídeo, de forma que, además de hablar, pueden verse.

La Fiscalía General del Estado, en su Instrucción de 1 de octubre de 2003, hace referencia a la utilización de la videoconferencia en el proceso como una especie de "ficción jurídica" que consiste en la conversión de la ausencia física en presencia jurídica de carácter virtual.

Por su parte, el documento informativo de la Secretaría General del Consejo de Europa, elaborado en el año 2009 dentro del Plan de Acción en la Red Judicial Europea, acerca de las posibilidades, cuestiones técnicas elementales y buenas prácticas en la utilización de la videoconferencia transfronteriza en los procesos judiciales, definía "la videoconferencia como un conjunto de tecnologías de la telecomunicación interactiva que permiten las acciones simultáneas de dos o más emplazamientos bidireccionales".

Esta última definición concreta un elemento más, como es la referencia a la interacción simultánea en tiempo real, que va más allá de la simple recepción y emisión de palabras, la reciproca comunicación, admitiendo videos y fotografías¹. El mismo documento cita la utilización de la videoconferencia como ejemplo de simplicidad y como instrumento para la promoción de la comunicación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros y para practicar pruebas o diligencias judiciales.

La videoconferencia es, materialmente, un dispositivo técnico, un medio de comunicación, existiendo varias modalidades en el estado de la ciencia actual. No hay que olvidar que, por ese motivo, tanto la Ley Orgánica del

1 La posibilidad de interacción entre los intervinientes, observaremos que se contempla en las sentencias del Tribunal Supremo, en relación al principio de contradicción ya que la interacción contribuirá a que las partes ausentes en la Sala de Vistas puedan examinar y compartir en tiempo real documentos y videos.

Poder Judicial como la Ley de Enjuiciamiento Criminal² recogen en sus textos expresiones alternativas, como "videoconferencia u otro sistema similar", dejando abierta la posibilidad de otros instrumentos técnicos. Sin embargo, la Administración de Justicia española utiliza la videoconferencia³ que se compone de dos terminales de pantalla y cámaras, un codificador electrónico que transforma las señales de audio y sonido en un formato apto para ser visto y oído mientras se lleva a cabo, utilizando la red telefónica como cauce.⁴

2 A partir de ahora LOPJ y LECrim.

3 Se descartan del sistema utilizado en la Administración de Justicia en España, los circuitos cerrados de televisión y el software Skype que Albornoz Barrientos cita en páginas 235-236 "Marco jurídico de la utilización de la videoconferencia en materia penal" en la *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*- Vol 2 Núm,1 (2013). El autor cita el software Skype como empleado *por primera vez en febrero de 2011 en un supuesto de tráfico de drogas en el Estado de Georgia y en la que el abogado defensor Arturo Corso solicitó que se realizara declaración por Skype de un testigo que se encontraba en Texas* (Nevado ,2012: 12).

4 Los elementos personales en la utilización de la videoconferencia son los grupos que se comunican y los encargados de auxiliar la práctica de la videoconferencia, *el personal auxiliar para manejar el sistema*, estos últimos, son los principales destinatarios de la Instrucción 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre *Código de Conducta* para usuarios de equipos y sistemas informáticos al servicio de la Administración de Justicia.

Su puesta en funcionamiento, básicamente, consiste en conectar el audio en dos direcciones, igual que la comunicación telefónica, añadiendo que la videoconferencia tiene el video simultáneo, diferenciándose de la videollamada entre dos personas, ya que se caracterizará por permitir la comunicación de dos o más grupos -"multi-videoconferencia".

La configuración de un marco legal de utilización de la videoconferencia en el proceso ha venido a validar su aptitud para llevar a cabo con eficacia procesal algunas

Usuario: Todos los profesionales que prestan sus servicios en los órganos judiciales. A efectos de las presentes normas, los Jueces, Magistrados, Secretarios Judiciales, funcionarios, personal laboral, Médicos Forenses, Contratados, etc., son usuarios de equipos informáticos, por lo que en el presente Código de Conducta la denominación se hace en el sentido más amplio posible, siempre que desarrollen tareas, permanentes u ocasionales, en los órganos judiciales.

Los equipos materiales: compuestos del CODEC codificador-descodificador, las cámaras de video instaladas o "web cam", y las pantallas y dispositivos de control.

Se añade a lo anterior el lugar donde se practica, que tiene que contar con unas mínimas condiciones, lo cual no es una cuestión secundaria respecto de la iluminación o condiciones de sonido en que se realiza la transmisión-recepción.

diligencias, tales como las declaraciones de testigos, peritos y otras comparecencias previstas para practicar oralmente, sustituyendo la presencia física ante el órgano judicial por comparecencias jurídicas "virtuales" de personas que están a distancia. El objetivo de este análisis será estudiar el posible impacto jurídico de esa nueva forma de intervención en la práctica de algunas pruebas -diligencias- en las garantías procesales.

Esta aproximación conceptual requiere que incluyamos la videoconferencia como una especie dentro de una categoría más amplia: Las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación al servicio de la Administración de Justicia. En ella se incluyen aquellos avances informáticos, ofimáticos, telemáticos, electrónicos y de telecomunicaciones, aplicados hoy ya en el ámbito judicial español. En este entorno los Juzgados, Tribunales y Fiscalías, están obligados a utilizarlos en el ejercicio de sus funciones, siendo característico de la videoconferencia

dentro de la citada categoría que es el único medio técnico de uso potestativo para Jueces y Tribunales, (*podrá ser utilizada*). Su uso no es obligatorio, como sucede a partir del año 2015 con los restantes " (...) *medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición de los órganos judiciales para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones*"⁵. No es la anterior la única diferencia que podemos encontrar con las demás "novedades técnicas", ya que, inicialmente, la utilización de la videoconferencia en su proceso de adaptación estuvo marcada por contratiempos e interpretaciones dispares respecto de los límites en su uso.

Es sabido que la Modernización de la Justicia en España tiene un objetivo principal, como es la desaparición del expediente en "soporte de papel" y su sustitución por el

5 LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

expediente digital⁶, que hoy está más cerca de conseguirse. En efecto, el denominado "objetivo papel cero" es un horizonte a corto o medio plazo, que se ha ido retrasando debido a que los sistemas informáticos operativos en los diferentes territorios de la Administración Autonómica, con competencias transferidas en materia de Justicia, han venido durante años resultando incompatibles entre sí, al existir falta de coordinación en el ejercicio de la gestión de competencias transferidas en materia de justicia.⁷ No

6 Véase: La información institucional de la página web del Ministerio de Justicia, en el epígrafe de modernización afirma que el proyecto del Expediente Judicial Electrónico constituye uno de los ejes principales del proceso modernizador de la Administración de Justicia. Su implantación supondrá la definitiva superación de una justicia basada en el papel, un importante ahorro en recursos y una simplificación de la gestión, lo que repercutirá, en una mayor celeridad en la adopción de las resoluciones y, en consecuencia, en una reducción de los tiempos de espera. Con el Expediente Judicial Electrónico se avanza, de forma decidida, en la senda marcada por la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, cuyo Título IV fija las condiciones para hacer posible la íntegra tramitación electrónica de los procedimientos judiciales. Asimismo, dedica el Capítulo II a definir y regular el Expediente Judicial Electrónico, heredero digital de los expedientes en papel que tradicionalmente han constituido el decorado de nuestros juzgados y tribunales.

7 Revista *La Ley el Derecho*. Sección Justicia. Madrid 15.1.15. El Ministro de Justicia Don Rafael Catalá Polo "(..) ha asegurado que la sustitución del actual sistema de gestión procesal operativo en el territorio gestionado por el Ministerio de Justicia **por el nuevo Sistema Integrado de Justicia, proporcionará la compatibilidad entre sistemas** y la plena interoperabilidad a todas aquellas Comunidades autónomas que soliciten su implantación total o parcial. Otro de los objetivos es digitalizar los procesos de tramitación y gestión procesal, así como la conexión digital de las oficinas judiciales con los diferentes actores que intervienen en los procedimientos. Esta integración tecnológica permitiría, por

obstante, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ordena⁸ que: *"Los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí, para facilitar su comunicación e integración, en los términos que determine el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica"*.

Actualmente, los instrumentos auxiliares, incluida la videoconferencia, están todos plenamente operativos, así como los medios técnicos de control de cumplimiento de penas⁹, el correo electrónico protegido, la firma electrónica, los procesadores de texto, los aparatos de escáner, el Sistema Lexnet , el sistema programado de

ejemplo, remitir electrónicamente desde los juzgados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad requisitorias y medidas cautelares que precisen de su actuación".

8 Por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con vigencia a partir del 1 de octubre de 2015 (esta reforma modificó el artículo 230 en su apartado 6).

9 Las denominadas "pulseras" electrónicas.

agendas y señalamientos¹⁰, las Unidades Procesales de Apoyo directo¹¹, el sistema de gestión procesal de Minerva de la Nueva Oficina Judicial (NOJ), como apéndice del expediente electrónico, la grabación de vistas en soportes digitales y los ficheros jurisdiccionales de la Oficina Judicial.

10 En la STC de 29 de noviembre de 2012, la Sala del Pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucional varios incisos de la LO 10/2003 y en concreto nulo: " El Ministerio de Justicia, de acuerdo con la Comunidad Autónoma correspondiente con competencias en esta materias, inciso por el que se atribuía competencias al Ministerio de Justicia en la creación de las Oficinas de señalamiento inmediato.

11 Instrucción 1/2011, de 31 de marzo, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre el funcionamiento de las unidades procesales de apoyo directo a jueces y magistrados y su actuación coordinada con los servicios comunes procesales. La dirección de la unidad procesal de apoyo directo, se atribuye al Juez quien " podrá dar criterios e instrucciones a los funcionarios que prestan servicio en la Unidad Procesal de Apoyo directo, con arreglo a los cuales se deberán realizar las distintas actuaciones desarrolladas en el ejercicio de su función jurisdiccional. Dichos criterios e instrucciones podrán referirse a actuaciones que, resultando imprescindibles para el debido ejercicio de la función jurisdiccional, se refieran, entre otras, a la preparación de las resoluciones judiciales y al dictado de las mismas; al establecimiento de las instrucciones generales y particulares para la realización de los señalamientos; a la dirección del desarrollo de actos y vistas de conformidad con las leyes procesales; a la decisión sobre la prioridad de una actuación sobre otra en un momento puntual, o de una clase de asuntos sobre otros en casos justificados; al establecimiento de pautas para la preparación de determinadas vistas; al encargo de la realización de fotocopias así como a otras funciones que son propias del auxilio a la labor de Jueces y Magistrados. Lo que significa un nuevo concepto de Oficina Judicial más orientado a la eficiencia, pudiendo encontrarse dentro de las instrucciones generales o particulares los señalamientos de las diligencias que se practiquen mediante **videoconferencia**.

No obstante, es fundamental tener en cuenta, dos aspectos distintos que afectan a estas novedades técnicas : por una parte, la dotación material y mantenimiento técnico de los medios materiales que auxilian los desempeños procesales, y por otra parte, la conciliación de estos medios en los estrictos márgenes procesales de nuestro sistema jurídico, en suma, su compatibilidad con las finalidades jurídicas del proceso. Son, como veremos, cuestiones totalmente distintas. La primera está exclusivamente supeditada a los límites presupuestarios y de formación de los usuarios, mientras que la funcionalidad como instrumentos procesales queda condicionada por los límites legales¹² que se han ido poniendo de manifiesto desde su implantación, y a los que se subordina su aplicación, llegando incluso, en el caso particular de la videoconferencia, a poner en entredicho los principios

12 Todas las Nuevas Tecnologías están limitadas por los derechos constitucionales de intimidad familiar y personal en los términos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. actual vigencia del texto revisado de 06 de marzo de 2011.

procesales. En particular en este análisis estudiaremos en detalle aquellos que pudieran verse afectados por su uso.¹³

Aunque la Administración de Justicia en España pudiera seguir pareciendo un sector caracterizado por su proverbial anclaje a modelos de actuación tradicionales¹⁴, al menos en el caso de la videoconferencia *el sector judicial* reaccionó de forma contraria a lo previsible. Y todo ello a pesar del apego a formalidades tradicionalmente observadas, y admitiendo que el proceso tiene mucho de ritual -ley rituarial-, y que desde luego, al menos

13 Sirva como ejemplo de lo anterior, el caso de los dispositivos técnicos para controlar el cumplimiento de las penas, previsto en el artículo 48 párrafo 4º del Código Penal, introducido por LO 15/2003, las denominadas "pulseras electrónicas", cuya rotura o inutilización dolosa era de difícil encaje en los tipos previstos en el Código Penal para el delito de quebrantamiento de condena o medida, lo que ha requerido la inclusión de un nuevo párrafo 3º en el artículo 468, en la reforma LO 1/2015, de 30 de marzo.

14 GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María; La videoconferencia como instrumento para la agilización de la justicia penal: Nota sobre el modelo español", dentro de ponencias y comunicaciones *Problemas actuales del proceso iberoamericano* coordinado por ROBLES GARZÓN, Juan Antonio y ORTELLS RAMOS, Manuel P., Vol. 1, 2006, págs. 647-662.

inicialmente, la instalación de los aparatos de videoconferencia significó un elemento de contraste en la solemnidad de las Salas de vistas.¹⁵

Entrando ya en el análisis jurídico, es conveniente distinguir entre el soporte material del expediente judicial y el documento en su concepto procesal estricto. En cuanto a lo primero, actualmente coexisten dos tipos de soportes, el papel y la nueva modalidad del soporte digital o electrónico. Aunque teniendo en cuenta que, conforme al Plan Estratégico de Modernización de la Justicia de 2009¹⁶, el

15 STTS Sala 2ª de 27 diciembre 2010: (...) ya que la ley procesal del siglo XIX pensaba en los medios técnicos existentes en aquella época y no, como es lógico, en los avances de las nuevas tecnologías".

16 El Plan de Modernización de la Justicia fue aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, celebrado el 12 de noviembre de 2008. Dicho Plan se orienta al perfeccionamiento de la Administración de Justicia incidiendo en los factores ligados a la modernización e innovación, según la constante demanda de los operadores jurídicos. En cuanto a sus objetivos, cabe destacar: la implantación de la Oficina Judicial, la reestructuración de la Planta y Demarcación Judicial, la aplicación de las Nuevas Tecnologías, dentro del marco general conocido como e-Justicia, la efectividad de las

futuro en cuanto al papel es su eliminación, nos encontramos aún en una etapa transitoria de digitalización masiva, de sustitución paulatina del papel por el expediente electrónico¹⁷. En este ámbito ha supuesto un avance decisivo la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante la reforma operada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, como veremos.

Dentro del proceso de conversión electrónica de los expedientes judiciales de papel, la incorporación de las videoconferencias grabadas se lleva a cabo dentro de una categoría que ha venido a denominarse "documento especial", que es una fórmula distinta del escaneo de los

medidas de la Carta de Derechos y del Plan de Transparencia Judicial. Ello sin olvidar el seguimiento y la mejora de la actividad de los órganos judiciales, el impulso de las reformas procesales y el estatuto del Juez.

17 Llevada a cabo por la Subdirección General de Nuevas tecnologías de la Dirección General de la Modernización de la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia.

documentos escritos o dibujados, aunque ambas vías están sometidas al mismo proceso de verificación.

Llegados a este punto, es conveniente señalar que las intervenciones procesales por videoconferencia se incorporan al procedimiento en un soporte digital de grabación¹⁸, formando parte de la prueba documental en un soporte independiente, siempre que estemos ante una diligencia practicada en la fase de instrucción o bien integrada dentro del acta de celebración del Juicio si se practica alguna prueba en esta modalidad. El acceso de las partes es mediante copias en soporte digital expedidas por el Letrado de la Administración de Justicia, el Fedatario Público Judicial¹⁹, da fe de aquello que consta en la

18 Cabe su documentación en acta sin grabación excepcionalmente.

19 Así, en el proceso penal, el artículo 743 de Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que "el desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario Judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales".

grabación, en cuanto a su autenticidad e integridad como documento²⁰.

En el futuro el acceso será a través de los archivos de grabación dentro del expediente electrónico, ya es el propio gestor procesal "Minerva" quien incorpora a sus archivos las videoconferencias que se practiquen en el ámbito del expediente electrónico . Y conforme a lo acordado el 20 de abril de 2017, por la Comisión Permanente del CGPJ, será también competencia de los letrados de la Administración de Justicia el deber de cuidar que las grabaciones incluyan los oportunos puntos de control que faciliten el acceso con agilidad que en cada caso se precisen de la grabación.

20 El 20 de abril de 2017 la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial aprobó un informe relativo a la transcripción desde soporte digital a soporte papel de las grabaciones de las declaraciones testificales y periciales practicadas en la fase de instrucción que concluye que “tales prácticas, en principio, no se ajustarían al ordenamiento jurídico”. La Comisión atribuye la competencia a los letrados de la Administración de Justicia de cuidar de que la grabación sea realizada con los oportunos puntos de control que permitan acceder con facilidad y agilidad a la parte que se precise.

No podemos olvidar que el proceso penal es una sucesión de trámites reglados a través de los cuales el Estado ejercita el *ius puniendi* y que el expediente judicial sigue siendo una agrupación de documentos públicos o privados que, por incorporación o destino, conforman el procedimiento penal. Esta documentación procesal todavía hoy, según hemos visto, tiene dos **modalidades de materializarse, en papel o en soporte digital**, incluyéndose también los dibujos, fotografías, planos etc.²¹ Todos ellos como diferentes formas de manifestación de la realidad, quedarán incorporados al procedimiento como documento, incluida la videoconferencia realizada que, por otra parte, puede haber servido como instrumento para la práctica de una prueba, una diligencia procesal o un acto de comunicación. Su práctica, integridad y autenticidad se documentan, pero tratándose del

21 Artículo 26 del Código Penal: "A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

expediente judicial en papel, consta grabado en un distinto soporte material.²²

A este respecto, ya la Sentencia del Tribunal Supremo²³ de 4 de noviembre de 2009²⁴ da carta de naturaleza al soporte electrónico empleado en el caso ya

22 El artículo 146.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que "las actuaciones procesales **que no consistan en escritos y documentos** se documentarán por medio de actas, diligencias y notas".

23 En adelante TS.

24 STTS de 4 de noviembre de 2009 Sala Segunda: en relación a la documentación del juicio oral, y al examen del artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, decía: "(...) que ordena extender acta de cada una de las sesiones del juicio oral que deberá ser firmada por los miembros del Tribunal, el Ministerio Fiscal y las demás partes asistentes. Y lo hace, tratando del acta electrónica, pues en este caso concreto, para redactar el acta no se utilizó papel escrito, sino que su contenido se introdujo, mediante las teclas del tabulador, directamente y se imprimió en la memoria o disco duro del ordenador que es el que hacía las veces de documento soporte a los efectos de reflejar lo sucedido en las sesiones del juicio oral. De ese modo, y al amparo del artículo 26 del Código Penal, artículo 135.5º y 146 2º Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se da carta de naturaleza al soporte electrónico empleado en el caso, ya que el documento electrónico imprime en las 'neuronas tecnológicas', de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos o realidades de los que se quiere que quede constancia. Su autenticidad es tan firme que supera la realidad que puede visualizarse en un documento escrito. Y el documento electrónico adquiere, según sus formas de materializarse, la posibilidad de adquirir las categorías tradicionales de documentos privados, oficiales o públicos, según los elementos técnicos que se incorporen para su uso y materialización. La Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información, consagra la validez del contacto electrónico, lo que dota a los resortes informáticos de la misma validez que los soportes tradicionales. (F. J. 1º)".

que el documento electrónico imprime en **las 'neuronas tecnológicas', de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos o realidades de los que se quiere que quede constancia. Su autenticidad es tan firme que supera la realidad que puede visualizarse en un documento escrito**".

Conviene pues, en referencia a lo anterior, hacer mención al inicial reconocimiento normativo del soporte digital de los documentos, siendo esta una de las primeras manifestaciones de incorporación de las novedades técnicas al proceso, empezando por el derecho penal, señalaremos el artículo 26 del Código Penal ²⁵, cuya dicción literal es - "documento es todo soporte material"-, en el ámbito civil la LEC de 7 de enero de 2000²⁶, en materia

25 En adelante CP.

26 En la Exposición de Motivos se recoge: "La documentación de las actuaciones podrá llevarse a cabo, no sólo mediante actas, notas y diligencias, sino también con los medios técnicos que reúnan las garantías de integridad y autenticidad. Y las vistas y comparencias

administrativa, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.²⁷

orales habrán de registrarse o grabarse en soportes aptos para la reproducción". Como fuente de prueba, está previsto en el artículo 318 LEC, "soporte papel o imagen digitalizada" y como medio de documentación -mediante documento electrónico- de las actuaciones judiciales.

27 En las modificaciones de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, modificada en 2001 por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, para el ámbito administrativo en su artículo 68, para impulsar la administración electrónica. Se añade un nuevo apartado nueve al artículo 38 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con la siguiente redacción: "Se podrán crear registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones que se transmitan por medios telemáticos, con sujeción a los requisitos establecidos en el apartado 3 de este artículo. Los registros telemáticos sólo estarán habilitados para la recepción o salida de las solicitudes, escritos y comunicaciones relativas a los procedimientos y trámites de la competencia del órgano o entidad que creó el registro y que se especifiquen en la norma de creación de éste, así como que cumplan con los criterios de disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad y conservación de la información que igualmente se señalen en la citada norma. Los registros telemáticos permitirán la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones todos los días del año durante las veinticuatro horas. A efectos de cómputo de plazos, la recepción en un día inhábil para el órgano o entidad se entenderá efectuada en el primer día hábil siguiente."

Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 59 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con la redacción que a continuación se señala: "Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

A. La documentación escrita de la videoconferencia

Sabido es que el procedimiento, según la legislación procesal vigente debe documentarse. En la actualidad la documentación grabada se articula sin transcripción escrita. No puede dejar de reconocerse que la grabación recoge de una forma distinta que las tradicionales actas escritas, la totalidad completa de lo manifestado o sucedido, sin valoración jurídica previa, que lleva a cabo el Letrado de la Administración de Justicia al redactar por escrito un Acta. Esta no se limita a una simple transcripción de lo manifestado en relación a los actos procesales o hechos, plasmando aquellos dotados de suficiente trascendencia jurídica, y eliminando de la

Y, por último, se añade a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común una nueva disposición adicional, decimoctava, relativa a la presentación telemática de solicitudes y comunicaciones dirigidas a la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos. Y un nuevo artículo en la Ley del Notariado de 1862 que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el denominado documento público notarial electrónico.

memoria procesal detalles accesorios y carentes de dicha relevancia ²⁸. Por el contrario, la grabación incorpora la totalidad de lo manifestado en la grabación de voz y lo sucedido en las imágenes, esto es, la forma íntegra en que dichas actuaciones se han realizado, lo cual incluye otros aspectos inéditos para un acta: las inflexiones de voz, la gestualidad facial y corporal, e incluso el tiempo y el gesto de los silencios. En definitiva, son dos formas de reflejar lo acontecido y, en nuestra opinión, la posibilidad de reproducción íntegra de la grabación, demuestra la superior eficacia de la técnica comparada con el acta. Pese a lo anterior, no debemos olvidar, que la opción de utilizar los soportes de grabación, requieren **para su validez la documentación** o autenticación del Fedatario Judicial, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo el soporte digital la única forma válida de que la grabación se integre en el

28 Como decía el derogado artículo 280.1 de la LOPJ "Las actas tienen por objeto dejar constancia de la realización de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal".

procedimiento²⁹, a este respecto, el artículo 230.3 LOPJ establece que:" Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital **no podrán transcribirse**".

Ya en el año 2015, en sentido contrario, tuvieron ocasión de pronunciarse los Magistrados reunidos en el mes de junio, dentro de las I Jornadas de Presidentes de las Audiencias Provinciales, y a juicio de los autorizados asistentes: "La documentación de las actuaciones y diligencias afectan a la jurisdicción. Las diligencias de investigación de la fase instructora **deben tener reflejo escrito**, tal como previene la regulación procesal vigente. Y ello sin perjuicio de su grabación en el caso de diligencias probatorias preconstituidas o cuando el juez lo disponga o

29 A este respecto el Acuerdo de la Comisión permanente del TSJA de fecha de 28 de abril de 2015-fecha anterior a la reforma LOPJ 21 de julio de 2015- aborda esta cuestión, en su conclusión segunda que establece que: Los Letrados de la Administración de Justicia (Secretarios Judiciales), en el uso de sus atribuciones, podrán optar por su documentación escrita o digital, sin que tenga sentido el despilfarro de recursos que supone utilizar ambas vías de documentación. Verificada, por tanto, la documentación digital, no es procedente la transcripción escrita de la misma, sin perjuicio, en todo caso de supuestos excepcionales que así lo aconsejen.

las partes lo interesen como garantía complementaria del acto, pero sin desplazar la obligación de constancia escrita".³⁰

Así pues, ya podemos establecer la primera conclusión de las anteriores reflexiones, y es que ciertamente, existe una cierta contradicción en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 229 y 230. En el primero cabría la interpretación de oralidad versus escritura, y concebir la documentación escrita como la genuina en el proceso penal respecto de la que el soporte material de grabación es una **garantía complementaria**. Todos los trámites procesales practicados en instrucción, preconstituidas o las pruebas anticipadas en fase intermedia, y fundamentalmente, por lo que respecta a este análisis, aquellas que se lleven a cabo utilizando la videoconferencia deberán serán documentadas por escrito concibiendo la grabación del acto

30 Web CGPJ -XV Jornadas de Presidentes Audiencias Provinciales. Badajoz, junio de 2015.

como una garantía complementaria. A la anterior interpretación cabe oponer una segunda derivada de la literalidad del artículo 230.3 del mismo texto, que con la finalidad de impedir la duplicidad de tramites suprime **la transcripción** de lo manifestado, "(...) **que no podrá realizarse**" siempre que se haya llevado a cabo su documentación digital.

La cuestión no es pacífica, provocando un Acuerdo del CGPJ en abril de 2017 quien, en uso de sus potestades gubernativas, ha resuelto prohibir la transcripción escrita de testificales y periciales grabadas en soporte digital. Sin embargo, no existe un pronunciamiento jurisdiccional vinculante y es cierto que, a pesar de los términos literales de la Ley, la doctrina de las Audiencias Provinciales ha constatado en sus razonamientos ser proclive a la posibilidad de la transcripción de las grabaciones, entre las que, por supuesto se encuentran las practicadas por videoconferencia. Así, citaremos el reciente auto de la

Audiencia Provincial de Santander de fecha veinte de febrero de dos mil diecisiete, resolución acerca de un recurso planteado por el Ministerio Fiscal³¹, el cual solicitó como diligencias complementarias la transcripción de unas

31 Dice el meritado auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cantabria a partir del tercero de sus antecedentes: Analiza el Ministerio Fiscal el artículo 230 de la LOPJ; y para ello refiere que: esta norma con rango de ley orgánica establece la obligación de la utilización de los medios técnicos, dicho artículo ha sido modificado por la reforma de la Ley 7/2015 que persigue la modernización de la justicia. Se trata de una obligación (la de utilizar medios tecnológicos) que fue introducida por la ley 13/2009 y que conllevó importantes modificaciones del artículo 147 (uso de medios) y del artículo 187 (documentación de las vistas). La grabación de las actuaciones orales con dichas modificaciones pasó a ser imperativa y se prohibió la transcripción escrita de lo que hubiera quedado registrado. Finalmente fue ampliado por la ley 42/2015 el deber de documentación por medios técnicos videográficos a las actuaciones orales de vistas, audiencias y comparecencias.

Sin embargo, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 230.3 de la LOPJ no puede ser entendida para las diligencias sumariales, que no son actuaciones orales, sino actos materiales, preparatorios del juicio oral dirigidos de oficio por el juez, pero que en nada tienen que ver con las vistas a las que se refieren los artículos 182 a 193 de la LEC y cualesquiera otras actuaciones procesales. Entiende que debe tenerse presente que el artículo 230 de la LOPJ ha añadido: “salvo en aquellos casos que una ley así lo determine”. Y ello es esencial ya que la ratio de la reforma de la Ley 7/2015 es la de implementar los recursos tecnológicos al alcance de los operadores procesales sin alterar las reglas del proceso y garantías. Alega que la ley 7/2015 no ha modificado los preceptos de la LE Crim que aluden a la documentación de los actos de instrucción mediante acta escrita, insistiendo en que la aplicación de lo dispuesto en la LOPJ y el mantener las actuaciones escritas de la fase sumarial conforme a lo dispuesto en la LECrim no supone ninguna incompatibilidad de contenido con lo dispuesto en los artículos de la LOPJ. Entenderlo de otra forma, implicaría un entorpecimiento y restricción en el desenvolvimiento de los medios de prueba tanto en la fase de instrucción como en la preparación del juicio oral, y especialmente con el artículo 714 de la LE. Crim, esencial en la fase de juicio oral. Refiere que no es de aplicación el artículo 4 de la LEC de forma supletoria, ya que se ha previsto que la prohibición de las transcripciones se aplique a las actuaciones orales de las vistas, audiencias y comparecencias de la segunda fase del procedimiento penal manteniendo la escritura para la primera fase del mismo. El artículo 2.2 del CC establece que las leyes sólo se derogarán por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá a todo aquello que, en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior, lo que no ocurre en este caso, ya que el proceso penal tiene dos fases y no se ha modificado la sumarial.

declaraciones grabadas dice el Fiscal que la denegación significaría: *"un entorpecimiento y restricción en el desenvolvimiento de los medios de prueba tanto en la fase de instrucción como en la preparación del juicio oral, y especialmente con el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esencial en la fase de juicio oral"*.

Reconoce la Audiencia que la petición del Ministerio Fiscal: *"pone de manifiesto una cuestión actualmente debatida por diferentes Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, relativa a la transcripción de aquellas declaraciones grabadas en sede de instrucción"*, resolviendo finalmente revocar la denegación acordada y acordar la transcripción de las grabaciones.

Esta cuestión, como vemos, es un tema pendiente de resolver que afecta a la videoconferencia como documentación grabada en el proceso penal, lo que,

debemos recordar, afectaría a las comparecencias en instrucción y en el juicio oral practicadas mediante videoconferencia. No es una cuestión secundaria ya que puede entorpecer el desarrollo del proceso y, a día de hoy, aún no se llevado a cabo en los soportes digitales esas marcas en la grabación que permitan un acceso y visionado rápido, o al menos en un tiempo razonable.

No obstante, podemos adelantar que, en nuestra opinión, al menos en algunos casos, debería quedar abierta la posibilidad de transcripción, a pesar de la grabación en soporte digital, puesto que, el artículo 230 en su párrafo 1 establece que "1. Los Juzgados y Tribunales y las Fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, **con las limitaciones** que de tales medios

establecen (...) las demás leyes que resulten de aplicación".³²

Ciertamente, una visión integradora de la Ley Orgánica del Poder Judicial en este aspecto, en concreto de ambos artículos, conjuntamente considerados, vendría a establecer una relación de complementariedad optativa de la **documentación digital del proceso** respecto de la escrita, cuando las actuaciones procesales o las vistas **hayan sido grabadas** en soporte digital.

La relación entre la documentación escrita en relación a la digital, debió quedar configurada literalmente como optativa para el Letrado de la Administración de Justicia al ostentar este las competencias de documentación de los

³² Hay que poner de manifiesto que las Nuevas tecnologías en el proceso, como categoría genérica, tienen impuesto legalmente el respeto a los derechos al honor, la intimidad y privacidad personal y familiar, así como el secreto de las comunicaciones impuesto por la LO 15/99 de 13 de diciembre de Protección de datos e carácter personal.

actos procesales para su incorporación al proceso, sus competencias ahora se reducen a los extremos que validan el soporte digital añadiendo la de controlar el sistema de marcar las grabaciones.

Recordemos que en la actualidad, las partes y el órgano judicial se ven obligados a memorizar y rebobinar una y otra vez el soporte digital de cada uno de los procedimientos. Con ello, existirán, al margen del procedimiento transcripciones personales, anotaciones que se llevarán a cabo a lo largo del procedimiento por parte de los abogados y los jueces, resultando muy difícil que coincidan. Por ello la comprobación de las contradicciones en lo declarado³³, puede verse ralentizada, no siendo deseable sacrificar el acceso de las partes a las actuaciones judiciales. Este puede verse comprometido, al menos en esta fase intermedia del proceso de modernización electrónica de la Administración de Justicia, requiriendo un

³³ Artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

desarrollo concreto en la práctica, en garantía de los requisitos procesales, que de otra forma pudieran verse desbordados.

Valgan las anteriores manifestaciones tanto para las grabaciones de las videoconferencias practicadas como para el resto de las diligencias grabadas. Hay que tener en cuenta para las primeras que sigue siendo ineludible la presencia del Fedatario Judicial, prevista en el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quién garantiza la autenticidad e integridad de la documentación del acto, así como el cumplimiento de los requisitos procesales. Por ello deberá constar el órgano receptor y el órgano requerido, la fecha, hora y el lugar, así como, de la identidad de los intervinientes, su presencia física o a distancia. Y en nuestra opinión, deberían constar transcritas también las manifestaciones, las preguntas, así como la información que el órgano judicial está obligado a poner en

conocimiento de las partes relativa a derechos y obligaciones en pro de las garantías procesales.

Se demuestra así, un ligero desplazamiento de las exigencias jurisdiccionales en favor de los medios técnicos que siempre deberían estar al servicio de las finalidades procesales, no al contrario y todo ello, sin desdeñar la probada eficacia técnica de estos medios para garantizar la autenticidad y la integridad, como venimos apuntado.

Además, y en base al inciso final del artículo 229. 1º y 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial - sin perjuicio de su documentación-, conforme a las conclusiones de las "Jornadas" citadas se eleva la **documentación escrita** a la categoría de **jurisdiccional**. Las Nuevas Tecnologías están previstas para mejorar el proceso, su uso es obligatorio y "complementario del acto", sin desvirtuar ni desplazar las garantías legales preexistentes, no es suficiente, en

nuestra opinión, la mera grabación del trámite. Pudiera perturbar la necesaria sucesión motivada de las fases del procedimiento. La constancia de los hechos con trascendencia jurídica debería constar por escrito y las grabaciones que custodian la integridad de lo expresado con y sin palabras perfeccionan lo anterior.³⁴

El 20 de abril de 2017, la Comisión Permanente del CGPJ zanjó el debate anterior pronunciándose en el sentido de negar la posibilidad de transcripción, reconociendo la necesidad de mejorar las grabaciones que se practiquen en instrucción mediante puntos que permitan acceder fácil y cómodamente. No obstante el atribuir ese deber a los Letrados de la Administración de Justicia, la mejora del

34 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 18-4-2005. “ En el desarrollo del motivo no se indica o señala ni siquiera tangencialmente qué medio de prueba fue rechazado por la Sala y que pudiera constituir el defecto formal que se denuncia. Así lo viene a reconocer el propio recurrente cuando dice que sería lógico que esta Sala de casación no pueda conocer del motivo en la forma que se plantea, pues en realidad de lo que se trata es de poner de relieve que la declaración **de uno de los testigos llevada a cabo por videoconferencia no se plasmó** en la correspondiente grabación, sino que únicamente se levantó acta por el secretario, según consta en autos. En este aspecto tampoco cabe colegir la indefensión que pudiera haberse causado al acusado al haberse empleado ese método de dación de cuenta”.

sistema está pendiente de los necesarios medios técnicos, y desde luego quedan sin respuesta las diligencias y juicios grabados hasta este momento y las dificultades apuntadas para las partes para acceder a las manifestaciones, debiendo renunciar a la lectura al preparar el juicio, o interponer recursos.

b) Marco autónomo de la regulación legal de la videoconferencia.

Podemos afirmar, que el uso de la videoconferencia no obstante tiene un marco normativo de regulación autónomo del resto de los instrumentos técnicos.

De otro lado, la videoconferencia es un instrumento procesal, los artículos de la L.O.P.J relativos a su uso, tienen como **destinatario inmediato al juez** -usuario- como director del proceso, por lo que los límites se

decidirán por él caso a caso, ponderando las circunstancias concretas que estime el órgano jurisdiccional -usuario- requirente de la videoconferencia y esta valoración no tiene por qué coincidir con el órgano jurisdiccional requerido, pudiendo plantearse una cuestión gubernativa, a resolver por el órgano de Gobierno Superior común, Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJA) o en órganos judiciales de distintas Comunidades Autónomas el CGPJ.

No podemos olvidar, por otra parte, que la utilización de la videoconferencia es un **instrumento** primordial de cooperación procesal entre autoridades judiciales de distintos Estados. En ese caso existirían dos autoridades judiciales sometidas a reglas de interpretación de dos ordenamientos jurídicos distintos. Por ello, en caso de conflicto, habría que acudir al mecanismo de conflicto de derecho comunitario, o la vía diplomática para resolver, o bien una negativa a practicar la videoconferencia por

parte del órgano jurisdiccional español como requerido, o bien si la negativa lo fuese por la autoridad judicial competente de otro Estado, respecto de la solicitud del español en calidad de requirente. No obstante, la totalidad de los Convenios, como tendremos ocasión de analizar, recogen la posibilidad de los Estados para limitar la aplicación de los Tratados en cuanto a la cooperación mediante el uso de la videoconferencia y la cláusula a salvo del derecho interno³⁵.

El marco normativo analizado contiene también previsiones para otra de las Autoridades Judiciales "usuaria" de la videoconferencia, el **Ministerio Fiscal**, que es también el sujeto de una de las normas reguladoras. El

35 GARCIA MORENO, José Miguel " La asistencia penal internacional a través de la videoconferencia" en la *'Revista de Jurisprudencia'*, número 1, el 1 de julio de 2012."(...) Se oponen a la audición de imputados por videoconferencia, en virtud de la declaración realizada al respecto, estados miembros como Dinamarca, Francia (para el acto del juicio oral), Países Bajos, Polonia (respecto de todas las solicitudes de auxilio judicial, tanto activo como pasivo) y Reino Unido. Hungría exige constancia por escrito del consentimiento del acusado, mientras que Alemania, sin excluir la posibilidad de audición de imputados por videoconferencia, indica que ésta solo se realizará voluntariamente, lo que no parece añadir nada a las exigencias del artículo 10,9 del Convenio 2000. Passim.

artículo 306, in fine, LECrim³⁶, le habilita expresamente para intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, sumario, diligencias previas, procedimiento de Jurado, incluida la comparecencia para decidir sobre la adopción de medidas cautelares personales, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido. La intervención se extiende a cualquier diligencia en la que el Fiscal esté citado o deba intervenir, en cualquier sede, incluyendo la práctica de las testificales anticipadas, las declaraciones de imputados, las testificales, los careos, excluyendo, eso sí, la celebración de juicio oral penal. No requiere, por tanto, su intervención por videoconferencia autorización del órgano judicial, puesto que su habilitación es legal. Su intervención mediante videoconferencia tan solo precisa de una puesta en

36 Includido en el capítulo II dentro del título IV del Libro II, cuyo título es de la formación del sumario, a partir de la reforma citada de 2003.

conocimiento al órgano judicial que va a llevar a cabo en su sede el acto procesal.

Así pues, tanto los Órganos Judiciales como el Ministerio Fiscal están autorizados legalmente, por separado y de forma directa, para utilizar en el desarrollo de sus respectivas funciones este medio técnico, siendo posible, pues, que el Fiscal, se opusiera a la utilización, autorizada por resolución judicial en un procedimiento y, sin embargo su propia intervención se realice de forma virtual (con presencia jurídica). Y por el contrario, es posible que el Órgano Judicial no autorice la utilización de la videoconferencia al Ministerio Fiscal para comparecer, a pesar de que exista la **autorización legal** previa, la comparecencia del Ministerio Fiscal por videoconferencia, que de por sí no requiere de resolución judicial motivada, aunque sí la requerirá la eventual denegación, a efectos de recurso.

La autorización legal a ambas autoridades, Órgano Judicial y Ministerio Fiscal, antes reseñada, es la legalización de la videoconferencia como instrumento procesal, sin olvidar que en la reforma de la LECrim llevada a cabo por la LO 13/2003, se incluyeron dos artículos más, el 325 y 731 bis, que vienen a completar el marco normativo del uso de la videoconferencia. Refiriéndose a aquellos que intervengan "... en cualquier tipo de procedimiento penal, como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente³⁷ gravosa o perjudicial, *y especialmente, cuando se trate de un menor,(...)*" .

Así pues, **exceptuando al acusado³⁸**, cualquier parte o interviniente en el proceso penal puede comparecer jurídicamente mediante videoconferencia, si se resuelve

37 El art 731 Bis Ley de Enjuiciamiento Criminal en su dicción literal expresa: "(...) *gravosa o perjudicial*", mientras que el artículo 325 "(...) *particularmente gravosa o perjudicial*". Recordemos que el primero está incluido en las normas del Juicio y el artículo 325 en las normas de la fase de instrucción.

38 Vid. Capítulo 2.

motivadamente de oficio a instancia de parte, que, conforme a las finalidades previstas, en el siguiente epígrafe analizaremos.

Conforme a la finalidad legítima de la videoconferencia, ¿es posible o conveniente, dispensar o sustituir la comparecencia física ante el órgano judicial, permitiendo o imponiendo que la intervención del investigado se lleve a cabo mediante comparecencia virtual?

En nuestra opinión, el investigado deberá prestar su consentimiento a fin de que su declaración ante el juez se realice mediante videoconferencia. Por aplicación analógica del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal.

Otros supuestos se presentan más dudosos, como el caso de constitución de una Sección de la Audiencia Provincial con un Magistrado que interviene mediante videoconferencia, supuesto que se da en la práctica y sobre el que no existe pronunciamiento del Tribunal Supremo.

B) Ventajas de su utilización

De la exposición realizada en el apartado anterior, se infiere que el uso de la videoconferencia en el proceso penal está permitido, en márgenes amplios, e incluso podemos afirmar que la dicción legal adolece de imprecisión terminológica. Por lo cual el órgano judicial para utilizar esta modalidad de practicar las diligencias podrá contextualizar y examinar las circunstancias concurrentes del caso. Ello hará en definitiva, que los límites legales se vayan precisando en el transcurrir del procedimiento, y en concreto en la doctrina jurisprudencial que se vaya consolidando. Esta afirmación aparentemente clara, si es reconocida como cierta, supondría una posible contravención del principio de legalidad penal en su manifestación de garantía jurisdiccional conforme a lo previsto en el artículo 117.3 de la Constitución Española³⁹

³⁹ En adelante, CE.

cuyo tenor literal es que" (...) el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según **las normas de** competencia y **procedimiento** que las mismas establezcan."⁴⁰

Recordemos que la Jurisprudencia no puede suplir la labor del legislador. Citaremos, a este respecto, a BARJA DE QUIROGA, cuando, en torno a la relación entre jurisprudencia y seguridad jurídica, afirma que dicha relación es de causa/efecto, ya que, cuando la primera establece "unas orientaciones claras y precisas que marquen perfectamente la línea de aplicación de las normas jurídicas que sean más adecuadas para la consecución de la justicia **desde una óptica de legalidad formal y material** que preserve ese espíritu de confianza que todo ciudadano ha de tener en un Estado social y

⁴⁰ Contravención, así mismo, de lo previsto en el artículo 1 del Código Civil (en adelante, CC), respecto de la faceta de la Jurisprudencia como fuente del ordenamiento jurídico español.

democrático de derecho"⁴¹, en esta opinión, ciertamente, se indica que es labor jurisprudencial el marcar la línea de aplicación de las normas. Sin embargo, obsérvese, que nuestro análisis apunta más allá, y es, la jurisprudencia la que indicará cuál es la finalidad del uso de este instrumento en el proceso, lo que en nuestra opinión parece un exceso en la labor y misión atribuida a los Tribunales.

Podemos comprobar la anterior afirmación, puesto que la regulación establece para justificar el uso de la videoconferencia, a saber: "la utilidad, la seguridad, el orden público y cualquier otra condición en que resulte gravosa o perjudicial la comparecencia 'particularmente' en la fase de instrucción y 'simplemente gravosa o perjudicial' en el Juicio Oral) especialmente, cuando se trate de un menor⁴². Se pueden agrupar las anteriores razones en dos

41 BARJA DE QUIROGA, Jacobo: "Tratado de derecho procesal penal". Aranzadi, 2007. pág. 87.

42 El análisis específico de las declaraciones de los menores por videoconferencia, se estudia en el capítulo 2.

grandes categorías, caracterizando así la videoconferencia como un instrumento al servicio del proceso cuyas finalidades legales son protección y agilización de los trámites.

No obstante, y a nuestro juicio, la primera de las enunciadas, la utilidad, haría innecesaria todas las demás. Véase el segundo y el tercer motivo expresados, en la dicción literal de los preceptos, que en sí constituyen aparentemente razones un poco más concretas, pero que ciertamente tienen también la característica de utilidad, que por definición es: la capacidad para servir a un fin. Y, desde luego, la **seguridad y el orden público**, son motivos útiles, también. Ante el fracaso de la interpretación gramatical, cabría interpretar contextualmente que la utilidad es procesal, lo que reduciría la motivación a aquellos casos de agilización en los señalamientos y ahorro de costes, en desplazamientos innecesarios en los casos de

funcionarios policiales o Médicos Forenses⁴³, mientras que el ahorro de los desplazamientos que conlleven especiales gastos ante una precaria situación económica o de impedimentos físicos de un particular podrían quedar incluidos en los supuestos gravosos conforme al artículo 731 Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el Juicio Oral y de **particularmente gravoso en la fase de instrucción**, puesto que el artículo 325 del mismo texto contiene este adverbio, que requeriría del gravamen caracterizado por alguna singularidad, para el compareciente. Podría tratarse de una contradicción legal el hecho de que en instrucción se exijan más requisitos que en el Juicio oral, que es el momento procesal exclusivo para practicar las pruebas.

43 Esta interpretación es contraria a STTS de 17 de marzo de 2015, ya que la misma dice en relación a las pruebas testificales por videoconferencia: el recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado a la concurrencia de razones de “utilidad” o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede del órgano ante el que se desarrolle el plenario “resulte gravosa o perjudicial”. Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables. Y sigue: "No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados".

Por el contrario, y a juicio del Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de marzo de 2005, en una interpretación o lectura contextual, se considera "útil procesalmente" "(...) la utilización de la videoconferencia, cuando razonablemente pueda esperarse que los resultados van a ser equivalentes en la comparecencia física o virtual de los testigos". A nuestro juicio es un razonamiento discutible que utilidad venga a significar equivalencia, además de que, en otros casos, el Tribunal Supremo resuelve en otra sentencia, un caso conocido como *Asedio al Parlamento Catalán* siendo los testigos Parlamentarios, unos asistieron físicamente y otros no, sin que quede justificada la utilidad procesal concreta, ya que la sentencia equipara la presencia física del testigo a la virtual, y cuál fue esa circunstancia personal gravosa, que se revirtió con la utilización de ese medio, máxime cuando la propia sentencia reconoce que "(...) *Es cierto, con carácter general, que tanto los artículos 229.3 de la LOPJ y 731 bis*

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, evocan una idea de justificada excepcionalidad."

A mayor abundamiento, puede afirmarse que, como tantas otras veces en las últimas décadas, la realidad apremió al legislador, quien, para solucionar la falta de previsión legal inicial, recurre a una redacción abierta, en blanco. En este caso concreto, la reforma legal estuvo precedida de una polémica, entre la Fiscalía General del Estado y la Audiencia Provincial de Alicante, en el conocido como juicio del 'Motín de Foncalent' en la interpretación de la autorización genérica legal para la utilización de la videoconferencia en el Juicio Oral. En concreto, para la comparecencia de los acusados⁴⁴, que puso de manifiesto la falta de previsión legal.⁴⁵

⁴⁴ Dicha falta de previsión legal también está presente en la Exposición de Motivos de la LO 13/2003, dedicada a la reforma de la prisión provisional, que incluyó la regulación legal de la videoconferencia, silenciado esta última en su Preámbulo, no obstante, es cierto que la habilitación del Ministerio Fiscal para utilizar la videoconferencia en la audiencia de medidas cautelares personales prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene una relación muy directa con la regulación de la prisión provisional

⁴⁵ En este caso la AP de Alicante, aducía razones de seguridad.

Por otro lado, y en cuanto a las razones de seguridad, estas pueden proyectarse tanto sobre el propio Tribunal en la celebración del acto, como en los comparecientes, o cuando las circunstancias personales sean indicativas de riesgo de fuga o especial peligrosidad. No hay que olvidar, además que seguridad es sinónimo de confianza y que indirectamente esta fórmula de comparecencia puede evitar la desconfianza al prestar testimonio en la propia víctima. Son las posibilidades tuitivas que ofrece la videoconferencia, especialmente, en menores víctimas de abusos sexuales y las mujeres víctimas de la violencia de género.

En efecto, la videoconferencia contribuiría a la conveniente *deslocalización* geográfica de la víctima de violencia de género, para el acusado y su entorno, evitando la oportunidad de ser perseguida después de la celebración de la comparecencia, en aquellos casos más graves, de residencia protegida o en niveles de riesgo extremo de

violencia en el acusado. Máxime, teniendo en cuenta que para las víctimas de género las comparecencias y la visualización del agresor constituyen un factor **perjudicial** de victimización secundaria y estas comparecen con posibilidad de acogerse a la dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁶⁻⁴⁷, norma que otorga prevalencia al mantenimiento de la paz familiar,⁴⁸ pudiendo ,en cambio, servir a la víctima para escudarse y evitar recordar episodios vitales de fuerte contenido emocional. Esta indeseable disyuntiva podría verse atenuada con la distancia física o presencia jurídica al usar la videoconferencia, pudiendo ser acordada de oficio o a instancia de parte, por motivo de comparecencia

46 MAGRO SERVET, Vicente. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores. (Artículo 416 L.E. Crim): ¿Es necesaria una reforma legal?” *Diario la Ley*. Número 6333. Miércoles 5 de octubre de 2005. PASSIM.

47 Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013. La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

48 En este sentido, y teniendo en cuenta que los delitos de violencia de género, tienen por finalidad proteger también el bien jurídico de la paz familiar, a nuestro juicio deberían quedar exceptuados de la aplicación de la dispensa que actúa, precisamente desprotegiendo dicho bien jurídico, cuyo quebranto queda ya constatado, máxime cuando el proceso ha avanzado hasta el Juicio oral.

perjudicial, al menos en los casos más graves, ya que las salas de vistas están dotadas de biombos opacos que evitan la confrontación visual y existen otros sistemas como espejos unidireccionales con la misma misión.

La no confrontación visual también está prevista legalmente en la Ley Orgánica de Protección a testigos y Peritos en causas criminales (en adelante, LOPTP), para la fase de instrucción, ya que la ley literalmente se refiere al Juez de instrucción como competente para acordar determinadas medidas de protección. No es discutible sin embargo, que dichas medidas puedan ser aplicadas en la fase de juicio oral, aunque la Sentencia 03-12-2013 del Tribunal Supremo reconoce que las limitaciones impuestas a la defensa en la práctica de la testifical determinan que esta prueba no alcance su valor pleno, poniendo en entredicho los principios de inmediación y contradicción. Y ello, no desde luego por la utilización de la videoconferencia, sino por la ocultación del rostro de la testigo. La motivación del uso de la videoconferencia en

este caso es de *seguridad para la__testigo,* cuya comparecencia resulta atendiendo a las circunstancias del caso , 'particularmente gravosa'.

Podemos afirmar que, en el caso que hemos analizado, el uso de la videoconferencia viene a suplir un vacío legal y que lo más conveniente sería una regulación adecuada para la protección de testigos a fin de evitar represalias futuras por su comparecencia. Se abre, no obstante, al menos provisionalmente, con esa modalidad de ocultar el rostro de la víctima, una posible vía de protección que excede de las expectativas iniciales. En efecto, y con respecto de las víctimas en aquellos casos especialmente violentos, cabría esta modalidad de prestar declaración en nuestro ordenamiento, sin perjuicio de su identificación por LAJ, o en su caso el Juez en una videoconferencia internacional, si se trata de un ordenamiento jurídico receptor distinto y se atribuye a este la competencia.

En resumen, conviene distinguir, dentro de las finalidades del uso de la videoconferencia en relación a la protección de la víctima del delito, por un lado entre aquellos motivos basados en la victimización secundaria, que tienen su cobertura legal en la expresión legal "perjuicio", y que justifican la celebración por este medio, con la ventaja de poner distancia física entre acusado y víctima, que da lugar a una prueba plenamente válida; y por otro lado, aquellos casos que requieren una especial protección por riesgos más graves de la víctima, que son motivos de seguridad. Estos incluirían la medida de captar la imagen de esta en un segundo plano que no permita su confrontación visual con el acusado, siendo el único imponderable el de la identificación personal, si la defensa lo contradice.

Como hemos apuntado anteriormente⁴⁹, la dicción literal del precepto (artículo 325 Ley de Enjuiciamiento

⁴⁹ Estatuto de la víctima del delito Ley 4/2015 de 27 de abril, *Vid.* artículos 19 y 25 (vigencia desde 28 de octubre de 2015).

Criminal) indica "**particularmente** perjudicial". Se trata de una motivación más especial o justificada que la "simplemente" perjudicial del artículo 731 Bis del mismo texto. Se utiliza la videoconferencia en ambos casos para evitar que la víctima del delito "sufra" además el entorno judicial, que en su caso requeriría compartir espacio físico con el acusado. No abarca evitar posibles represalias en el futuro. En cualquiera de los dos casos, a nuestro juicio son razones que apuntan a un perjuicio justificado. No es el simple rechazo de la víctima y aún menos su incomodidad.

Por último, el motivo de orden público, que legitimará la utilización de la videoconferencia en supuestos en que previsiblemente se pueda alterar el desenvolvimiento correcto del proceso, ante la actitud obstaculizadora o contraria al sistema procesal institucionalizado. Y ello, puesto que, tanto a juicio de la doctrina mayoritaria que ha venido entendiendo el orden público relacionado con ideas un tanto abstractas de

tranquilidad, respeto, paz y normal funcionamiento institucional, como a juicio del Tribunal Supremo que concreta el concepto configurándolo "*(...) como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales*"⁵⁰, podemos afirmar que la distancia física o presencia virtual atenuaría aquellos comportamientos disruptivos que puedan crearse, lo que ciertamente está comprobado en el caso de los acusados con la utilización de "barreras físicas", las urnas de cristal blindadas en la Audiencia Nacional en supuestos de terrorismo, sin olvidar la reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2015⁵¹, que ya hemos tenido ocasión de citar, dictada en el caso del "Asedio al Parlamento Catalán" por

50 STTS de 4 de diciembre de 2007.

51 N.º: 161/2015.

parte de integrantes del movimiento denominado *15 M*, donde se justifica la utilización por parte de algunos parlamentarios, de la videoconferencia en motivos de utilidad y resultar gravosa. No obstante, en nuestra opinión podría haberse fundado en motivos de orden público, conforme a lo anteriormente expuesto.

1.2. Naturaleza jurídica.

A) Regla general: Presencia física de las partes.

De la exposición razonada hasta ahora, podemos afirmar que, el uso de la videoconferencia en el proceso es una nueva modalidad jurídica de comparecencia en la práctica de algunas pruebas de carácter personal. Este modismo tiene tres características fundamentales, a saber, es excepcional, se concibe exclusivamente al servicio de

intereses procesales y su uso tiene que ser motivado, caso a caso.

La intervención mediante videoconferencia significa procesalmente una posibilidad de sustitución de la presencia física en la celebración de una comparecencia procesal por una presencia virtual-jurídica, en tiempo real, de uno o más intervinientes, que se encuentran en un lugar distinto de la sede judicial por causas justificadas expresamente. Se materializa en una comunicación bidireccional y simultánea de imagen y voz con los presentes. Es una reunión virtual que modifica los usos y maneras en la concepción tradicional de nuestro proceso.

La comunicación prevista por videoconferencia es oral, directa, presencial, en el examen por el juez, en los interrogatorios y es personal en los requerimientos o

notificaciones.⁵² Conforme a las previsiones de la LOPJ se consagra el principio general de oralidad como preeminente frente a la escritura, en especial en materia penal⁵³, estableciendo que "*cuando la práctica de las diligencias se realice por videoconferencia se respetaran los límites previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*⁵⁴ y demás leyes que resulten de aplicación". Además, en la redacción de este artículo, el legislador consciente de que las innovaciones tecnológicas van a una velocidad superior a las reformas legales, utiliza la cláusula abierta "o cualesquiera medios técnicos", dando paso a otras posibles innovaciones técnicas, que en definitiva están autorizadas aun no siendo aplicables en el caso de las videoconferencias, ya que los Juzgados y Fiscalías están

52 Artículos 229, 230 y 231 de Ley Orgánica del Poder Judicial.

53 Esta redacción fue introducida por el apartado 53 del artículo único de la LO de 23 de diciembre de 2003.

54 Texto el de esta Ley que ha sufrido sucesivas reformas, en concreto el artículo 21.1 que fue anulado por la sentencia T.C 292/2000 de 30 noviembre 2000, que dio nueva redacción al inciso "cuando la comunicación ...que regule su uso , anulando el inciso 2. del artículo 21 los incisos "impida o dificulte... de las Administraciones públicas" y "administrativas", el artículo 24.1 y 2 por la Ley 62/2003 de 30 diciembre 2003, Ley 2/2011 de 4 marzo 2011 y por último la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

dotados con estos equipos. La utilización de otros medios de comunicación distintos, por tanto, no es ilegal, pero conllevaría problemas de compatibilidad y de dotación de medios. Esta cláusula abierta sí resultaría aplicable a los supuestos de video-teleconferencia o videocámara telefónica, en los casos de videoconferencia internacional.

Por lo que respecta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo texto original es del siglo XIX, se hacen distinciones, en varias categorías de testigos, quedando algunos exceptuados de la obligación de acudir físicamente a la sede judicial, arbitrando distintas fórmulas respecto de la obligación de los testigos de comparecer al llamamiento judicial (artículo 410), mediante "*invitación a prestar su declaración por escrito*". Ello ciertamente evita "el encuentro personal de juez y testigo" en otros casos se impide la posibilidad de imponer coactivamente la declaración, otorgando al testigo la posibilidad de ejercitar la renuncia voluntaria a prestarla, declinando, o bien voluntariamente aceptar la invitación. Aún en este segundo

caso se descarta el encuentro personal con el juez y su apreciación inmediata y personal del testigo, lo que dice y como lo dice, y al proceso sólo se incorporará una declaración escrita. Estos casos que también son excepciones a la regla general de presencia física y oralidad en sede judicial, pudiendo constituir precedentes de la *presencia jurídica*, en la comparecencia procesal, usando la videoconferencia.⁵⁵

C) Excepcionalidad o normalización de la videoconferencia

⁵⁵ Se regula una segunda categoría de testigos. Son altos cargos representativos del poder ejecutivo, legislativo y judicial a quienes se recibirá declaración yendo el Juez hasta el domicilio o despacho oficial. Esto significa que, por motivos de estatus institucional, estos testigos no están obligados al encuentro personal en la sede judicial, variando por tanto el protocolo, puesto que es el Juez, conforme al artículo 413 Ley de Enjuiciamiento Criminal, quien se desplazará hasta el domicilio o el despacho oficial. Por tanto, podemos afirmar que la regla general preponderante es la presencia física y la oralidad, que presupone concurrencia, encuentro con el Juez y apreciación inmediata y personal. Existían excepciones antes de aparecer la posibilidad de utilizar la videoconferencia, y la justificación es que todas las personas no tienen la misma consideración respecto de la obligación de comparecer ante el Juzgado. En este caso la ley arbitra una nueva fórmula que es un *encuentro personal fuera de la sede procesal*.

Más allá de los motivos legales que están previstos en la Ley de Enjuiciamiento criminal, que en muchas ocasiones en la práctica derivarán en evitar molestias a los testigos o a los peritos, están las razones de peso, de seguridad, de victimización, de evitar la cercanía física con el acusado, la agilización del procedimiento, que requiere un plazo razonable en su finalización. Pero ni siquiera todos estos motivos conjuntamente considerados son suficientes para explicar la excepcionalidad en el uso de la videoconferencia, que está basada en el respeto a los principios procesales a la concepción del juicio oral como un debate público, oral y contradictorio, y las limitaciones de la videoconferencia son evidentes. El derecho no es una ciencia matemática y no cabe demostración de ninguna afirmación jurídica sino a través de los razonamientos. Podemos afirmar que los razonamientos de la doctrina jurisprudencial son proclives a admitir el uso de la videoconferencia, olvidando en algunos casos que se trata de un medio de comunicación más, imprescindible, preciso, en el que los principios procesales

se desmejoran, que pudiera incluirse entre los “*riesgos*” que la civilización asume, como el automóvil o el avión. Quizás ese sería el planteamiento adecuado, y no el de la excepcionalidad, porque cualquier crítica a su utilización pasara a ser discutible en la práctica diaria de los Tribunales. Por ahora la videoconferencia tiene un límite: la comparecencia del acusado en el juicio oral. El resto de los casos estará justificado con argumentos que parten de su validación como “ en nada se ha contrariado el principio de (...)”, “todo se desarrolló igual que si hubieran estado físicamente presentes los peritos”, “ todos pudieron preguntar” etc.

En definitiva, en las intervenciones mediante videoconferencia no hay vulneración de los principios del proceso y si hay una devaluación se justificará por razones superiores, victimas o represalias por ejemplo. Hay acomodación a los principios del proceso, aunque más bien son los principios los que se van acomodando a la utilización de la videoconferencia. Por tanto nuestra

propuesta es que la futura regulación de la videoconferencia sea una norma detallada que concrete en que supuestos queda prohibida la utilización, y un sistema reglamentario de la intervención a través de este medio por los usuarios.

C) Posibilidad y oportunidad en su aplicación

En nuestro ordenamiento jurídico, la utilización de la videoconferencia como una modalidad para la práctica de la prueba, se regula como **una posibilidad subsidiaria y reglada**, que se lleva a cabo siempre que se justifique la ventaja de prescindir de la presencia física de algunos de los intervinientes procesales. "Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar(...)", la posibilidad se reconoce legalmente.

En el proceso, la utilización de la videoconferencia requiere la autorización motivada ⁵⁶del órgano receptor de la comunicación, resolución que puede adoptarse de oficio o a instancia de parte por aquel ante quien "virtualmente" va a comparecer, lo que significa que no se requiere el consentimiento del sujeto que va a prestar declaración o comparecer por ese medio. En el caso de que la motivación sea por razones de seguridad u orden público, cabe ponderar dichos motivos para acordar su práctica de oficio. Otra cosa es el necesario consentimiento en el caso **del acusado** que es ineludible conforme a la legislación internacional, como en los supuestos excepcionales para

56 Ver, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 27-2-2007, n.º 172/2007. En el fundamento de derecho primero de la sentencia explica la Audiencia que la declaración testifical de Bruno se realizó mediante videoconferencia por haber éste acudido erróneamente a la sede del Tribunal en Palma de Mallorca, a pesar de que había sido citado para comparecer en Ibiza, habiéndose practicado dicha prueba con cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales exigidos para su validez. Habida cuenta que dicho testigo, residente en la Península, hubo de desplazarse a Palma de Mallorca para declarar en el plenario, **la primera reflexión que procede realizar es que el procedimiento seguido para la práctica de la prueba estaba justificada por el hecho de que la suspensión del juicio para su celebración posterior con la presencia personal de aquél en la sala de vistas hubiera supuesto una demora en la tramitación de la causa perjudicial para el acusado y su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.**

prestar conformidad a la pena solicitada por las acusaciones, en el caso español.

Ciertamente, la posibilidad en la utilización de la videoconferencia, no es una cuestión secundaria, ya que en la regulación para la utilización de las Nuevas Tecnologías, entre las que se incluye la videoconferencia, se ha avanzado desde la inicial *posibilidad* genérica prevista en la ley en 1994, para el uso de todos los medios informáticos y telemáticos, hasta la obligatoriedad en la utilización. La primera previsión de obligatoriedad del uso afectó a Lexnet⁵⁷, posteriormente la obligatoriedad se extendió al resto de medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos.

No obstante, los anteriores y la videoconferencia, no son medios técnicos comparables. A este respecto,

57 El objetivo final de la modernización tecnológica de la Administración de Justicia es la consecución del expediente digital, con el que tanto las comunicaciones que deban realizar los particulares y profesionales con los órganos judiciales como las provenientes de estos podrán producirse a través de procedimientos telemáticos como vía de comunicación preferente y de uso obligatorio para secretarios judiciales y funcionarios Anexo II del RD 84/2007.

citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015⁵⁸ *"...el ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad"*, reflexión que se antoja incierta pero realista.

En suma, y de las anteriores consideraciones, podemos señalar sin temor a equivocarnos que en el momento actual la interpretación más acorde con los derechos fundamentales en el proceso y con la legalidad vigente es utilizar la videoconferencia como una posibilidad, solamente en casos justificados. Así debe evitarse la interpretación forzada, laxa, para ampliar los supuestos en los que se sustituirá la comparecencia física en el proceso, ya que lo contrario puede no estar prohibido legalmente,

58 Ídem STTS N.º 161/2015.

pero una utilización abusiva comporta una excesiva flexibilización de los fundamentos procesales, pudiendo llegar incluso al desajuste en el equilibrio del sistema de garantías. La instrumentalización de la videoconferencia como opción acomodaticia es una forma incorrecta en el desarrollo de las pruebas, debiendo imponerse un juicio de razonabilidad en cuanto a que los resultados que previsiblemente se obtendrán utilizando este medio, y si son realmente parecidos a los que se hubieran obtenido en caso de la presencia física en la sala de vistas.

Del anterior razonamiento, podemos afirmar que, a pesar de la jurisprudencia consolidada que considera parigual la prueba practicada de este modo, sustituyendo jurídicamente la prueba presencial con el uso de la videoconferencia, también es indiscutible que la presencia virtual 'no es proporcional a la intermediación física del testigo', luego la eficacia de la prueba practicada de este modo no puede ser proporcional, a pesar de su plena validez.

En nuestra opinión, la construcción jurídica que hace equivalente la presencia física y la virtual, se formula en una especie de presunción. Se presumen los resultados equivalentes, que en ocasiones llevarán a una desventaja procesal bien para las pruebas de la acusación, o de la defensa, puesto que la declaración por videoconferencia de testigos o peritos conlleva privación de algunos matices reveladores de falta de verosimilitud o de la convicción en sus declaraciones, que en parte puedan ser apreciados con el sistema de videoconferencia, sí, pero con mayor dificultad a distancia.

Este último aspecto que entendemos conviene resaltar, pone de manifiesto las razones por las cuales la utilización de la videoconferencia es, por el momento, una posibilidad subsidiaria. Recordemos la Sentencia del Tribunal Supremo 13 de diciembre de 2010 que dice: “(...)el sistema de videoconferencia le permite *‘ver y oír’*, aunque no *proporcional a la inmediatez física del testigo en la Sala de Audiencias. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su*

*artículo 229 introduce, adaptándose a las nuevas tecnologías, la posibilidad de valerse de estos instrumentos, entre ellos la videoconferencia, para practicar pruebas, siempre que esté asegurada la contradicción y **lo exijan** las circunstancias. A su vez, el art. 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite la utilización de la videoconferencia **simplemente por razones de utilidad**, es decir, introduce una flexibilidad mayor, previa autorización del Tribunal".*

Vemos, pues, que la norma es abierta, y Jueces y Tribunales podrán en nombre de la utilidad dar vía libre a razones realistas que puedan desvirtuar la transcendencia procesal de la prueba en el proceso penal, cómo el ahorro de costes de los desplazamientos, la no interrupción de vacaciones estivales, la realidad insular, el traslado por concurso de los funcionarios y una enorme casuística de circunstancias, todas ellas de tipo práctico, de agilización del procedimiento, o como dice el Tribunal Supremo

"(...) **simplemente razones de utilidad**"⁵⁹, " Sin perjuicio de ello, podemos añadir que existen reservas sobre la efectividad de las pruebas de careo, pero, en todo caso, la percepción de la consistencia de las versiones contradictorias y los gestos, pueden apreciarse perfectamente por videoconferencia ". Así pues, se admite que las más variadas circunstancias sean valoradas por el Tribunal que deba autorizar la videoconferencia, haciendo necesario que las partes en estos casos formulen protesta razonada en cuanto a la autorización meramente útil, puesto que la utilidad tiene que referirse al servicio del proceso. Es también jurisprudencia reiterada las reservas acerca de la efectividad de la prueba de careo, pero mutatis mutandis nunca puede ser proporcional la intermediación física de un careo en la sala, "aunque el sistema permita

59 En la anterior sentencia citada se desestima una alegación en relación a la imposibilidad de realizar un careo con el testigo que compareció en el procedimiento mediante videoconferencia por razones de utilidad, al no estar físicamente en el lugar de celebración del juicio.

ver y oír a ambos"⁶⁰, que mediante multi-videoconferencia o videoconferencia.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1.1. Legalidad desde la perspectiva internacional

A) Transcendencia del derecho de origen europeo

A juicio de CARPIO BRIZ,⁶¹ "*La principal novedad*

⁶⁰ Véase la STTS (Sala 2) de 13 de diciembre de 2010.

teórica para la comprensión del derecho reside actualmente en la proyección de un complejo normativo reticular-legislativo e institucional -con origen nacional, comunitario e internacional cuyos términos en relación con la visión dominante del sistema jurídico -el Kelseniano o piramidal-⁶² son por de pronto inciertos".

En nuestra opinión, este es un punto de partida ineludible para comprender la interrelación entre las diversas normativas que afectan a la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, en general y, por tanto, al marco normativo aplicable al uso de la videoconferencia como

61 Carpio Briz, David. Derecho penal europeo. ¿Imperio de la ley o fagocitación de las competencias para imperar? Derecho Penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig/Diego Manuel Luzón Peña (Dir.) 2010, págs. 175-206.

62 KELSEN, Hans *Theorie pure du droit, Introduction a la science du droit*. Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953. Editorial universitaria de Buenos Aires 1976. Páginas 190 Y 191 "A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes nacionales, el Estado que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado a al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición de Estado debe pues comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado".

instrumento de cooperación judicial internacional, que analizaremos a continuación.

Es sabido que España es uno de los estados miembros de la UE , y que también forma parte del Consejo de Europa⁶³ Ambas "organizaciones internacionales" europeas tienen diferentes estructuras, y se extienden territorialmente de forma superpuesta, puesto que todos los miembros de la UE son, a su vez, miembros del Consejo de Europa; este, más amplio desde el punto de vista de su ámbito territorial de influencia, aunque las normas de ambos coexisten, sus objetivos coinciden y sus relaciones son de colaboración, formando un entramado complejo y por esa razón apuntamos la cita de CARPIO BRIZ, aquello que a juicio del autor pondría en entredicho la "jerarquía" kelseniana *de las normas internacionales sobre el orden jurídico interno*.

⁶³ El Consejo de Europa se compone de 47 países, lo que incluye toda Europa con excepción de Bielorusia

En nuestra opinión lo anterior es evidente, ya que las normas del derecho comunitario nacen con vocación de ser absorbidas por los ordenamientos de los Estados Miembros⁶⁴, formando parte del mismo, pero también lo es que la jerarquía entre los orígenes internacional o comunitario y el interno subsiste, ya que la prevalencia en caso de conflicto en el caso español es de la Constitución de 1978, por lo que sigue, en cierta forma, "*incierta*", pero vigente la teoría *kelseniana*. Lo anterior resulta aplicable al posible conflicto en el supuesto de ser España la requerida para practicar una videoconferencia desde un país de la Unión Europea para la comparecencia a un juicio penal de un acusado.

En el ámbito internacional regional con origen europeo y estrictamente comunitario, analizaremos el conjunto de normas que son de aplicación a la utilización de la

64 En adelante EE. MM.

videoconferencia. En este orden, tendremos ocasión de comprobar ciertamente, conforme a las reflexiones anteriores, la coexistencia de distintos ordenamientos. Así cuando España es Parte requerida para la obtención de pruebas, sus principios procesales fundamentales operan como límite, el único límite, a la aplicación de los Convenios el Europeo de Derechos Humanos y el Convenio de Asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros, y para el caso de que el ordenamiento jurídico español añadiera mayores garantías que el sistema de otro estado miembro requirente. A su vez cuando España es Parte requirente, el límite para la obtención de pruebas en un proceso tramitado en España, la práctica de la videoconferencia en un país extranjero perteneciente a UE o al Consejo de Europa, vendrá impuesto por los límites del ordenamiento jurídico concreto del país donde se solicita la práctica. En este momento adquieren vigencia indirectamente en nuestro ordenamiento los principios

fundamentales procesales extranjeros⁶⁵, operando como límite, si es que la solicitud española los contraviene. Y todo lo anterior debemos interpretarlo en el marco **pro conventionis**, y sin que rija el tradicional principio de reciprocidad del derecho internacional. Al menos, en su sentido clásico, puesto que las cláusulas de salvaguarda del derecho interno pueden ser añadidas o no, por cada uno de los distintos países en la ratificación de dicho convenios.

Esta materia -el régimen jurídico internacional del uso de la videoconferencia- como instrumento de asistencia judicial penal entre distintos países y España, también se

65 **Conclusión 22** de la reunión organizada los días 28 y 29 de mayo de 2012, por el Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado, en relación con el uso de la videoconferencia en los procedimientos penales y en cooperación judicial internacional. " Especial atención habrá de prestarse no sólo al texto de los Convenios sino también a las reservas o declaraciones al mismo, atendiendo especialmente a la fase procesal de Instrucción o de Juicio Oral, con especial cuidado cuando la videoconferencia se refiera a imputados o acusados". Así pues, en relación a la utilización de la videoconferencia para recibir declaración al acusado en el Juicio Oral, **regirá la legislación más favorable a las cautelas, siendo posible por la efectividad de dos ordenamientos jurídicos**, la aplicación de un ordenamiento jurídico en el proceso penal y en este extremo concreto, la aplicación de otro que contenga más objeciones legales. Operaría esta conclusión en el supuesto de que España fuere Parte requirente y también requerida, marcando la pauta para poner especial atención en las propias exigencias del ordenamiento jurídico español conforme a las Conclusiones 24, que es relativa al necesario consentimiento del acusado y el número 25 necesaria asistencia letrada.

caracteriza por otro fenómeno, la progresiva homogenización⁶⁶ de las legislaciones penales, a pesar de que, en esta materia, la penal, no hay pacto de cesión de soberanía explícita, por parte de los Estados Miembros, al menos inicialmente.

El ambicioso proyecto que es la **Unión Europea**, más concretamente, sus decisiones en política criminal, ciertamente van creando, de forma progresiva, espacios armónicos entre las distintas legislaciones de sus miembros, tanto en derecho penal material, como procesal. En este sentido incluiremos en nuestro análisis la Ley de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, como una decisión de política criminal comunitaria materializada ya, con gran transcendencia práctica, que

66 A partir de 22 de mayo de 2017, hay que recordar que la obtención de pruebas en los procesos penales dentro de la UE, se regirá conforme a las previsiones de la Directiva de la orden europea de investigación, por lo que como vemos esta materia está sometida a un ritmo trepidante en el avance hacia la cooperación judicial.

viene a ser un paso decisivo en la integración del espacio judicial europeo.

En definitiva, la diversidad de normas nacionales, comunitarias e internacionales coexisten, con una intención compartida a favor de la aplicación de los Convenios de colaboración y asistencia mutua. Y ya sea porque no responden a las mismas razones de política criminal o porque el proceso de adaptación del derecho interno de los miembros no se ha materializado de forma homogénea, aún, en los distintos países, pueden darse discordancias en cuanto a los derechos fundamentales del proceso penal. En suma, las autoridades judiciales deberán prestar asistencia siempre que sus principios fundamentales no se lo impidan, en un clima de confianza recíproca.

Las nuevas tecnologías en videoconferencias, desde el punto de vista técnico, no presentan problemas de

compatibilidad, el estado material de la técnica sí es homogéneo⁶⁷. No obstante, la falta de dotación puede llevar a que la parte requirente ponga a disposición de la requerida los medios técnicos necesarios. Los instrumentos normativos internacionales en su mayoría prevén la comunicación telefónica, que entendemos incluye la posibilidad de videollamada. Esta normativa está contenida en los instrumentos multilaterales o bilaterales para el uso en el proceso penal de la videoconferencia y es complementaria de la normativa nacional de cada uno de los países.

La videoconferencia o video-teleconferencia o videocámara telefónica es un instrumento apto y sencillo para la promoción de comunicación y cooperación entre autoridades judiciales, un eficaz apoyo en la asistencia mutua. Esta posibilidad, en su justa aplicación, no puede

⁶⁷ El fenómeno de la globalización en este ámbito se traduce en una especie de universalización en las técnicas de comunicación.

evolucionar para convertirse en una modalidad alternativa de practicar las pruebas. En el territorio europeo, no es legalmente admisible en el proceso penal, cuya regulación actual a nivel internacional tiene su origen común en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948⁶⁸.

En relación a los antecedentes de la legalidad internacional vigente en España, en cuanto al uso de la videoconferencia en el proceso penal, destacaremos la Convención de Palermo⁶⁹, ratificada por España el 21 de febrero de 2002⁷⁰. Los países signatarios manifestaron la voluntad política de dar una respuesta más efectiva a la

68 De hecho, está al alcance de cualquiera en su vida cotidiana, a través de su teléfono, imagen y sonido bidireccional y simultáneo, que permite la comunicación visual y auditiva o encuentro virtual entre dos o más interlocutores, pudiendo tratarse incluso de acceso público a internet. Hoy la videoconferencia es un instrumento accesible universalmente, para todos, particulares, empresas privadas y enseñanza, con sus características de bajo coste, rapidez y accesibilidad.

69 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 55/25 de diciembre de 2000.

70 La Convención se firmó en Palermo (Italia), el 12 de diciembre de 2000; cuenta en la actualidad con 147 signatarios y 93 ratificaciones, entre ellas entrando en vigor para España el 29 de septiembre del mismo año.

<http://www.redsafeworld.net/news/la-convencion-de-palermo/> Passim

delincuencia organizada, "si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley". En su artículo 18 se regula, la asistencia judicial recíproca⁷¹, enmarcando una serie de medidas para la asistencia judicial internacional. En el párrafo 18 del mismo precepto, se establece respecto de la videoconferencia: "**Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia, si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado**

71 Recíproca, entendida como que ninguna parte está obligada respecto de la otra a sacrificar sus principios fundamentales. Los pactos internacionales, bilaterales o multilaterales no suponen cesión de soberanía y, por tanto, de los principios fundamentales " autóctonos".

Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido", reconociendo pues la primacía del derecho interno del Estado requerido, y resultando este sistema de cautelas un condicionante negativo, siempre que sean más intensas que las del estado requirente.

No es ajeno el Convenio de Palermo a las ventajas tuitivas de la utilización de la videoconferencia y, así, en el artículo 24, con la finalidad de protección de testigos, establece previsiones que permiten que el testigo protegido, cuya seguridad esté en peligro, preste su declaración por conducto de tecnologías de comunicación como **videoconferencias u otros medios adecuados.**

Tres cuestiones relevantes se recogen en el Convenio, que se volverán a repetir a lo largo de toda la normativa

internacional que a este respecto se firmará posteriormente.

En primer lugar: la posibilidad a los Estados de utilizar y permitir utilizar este medio, la videoconferencia, para practicar diligencias judiciales cuando la víctima, el testigo y el perito que están en otro país distinto al de la autoridad judicial que está dirigiendo el proceso penal. La práctica de la audiencia se concibe condicionada a las normas del derecho interno del requerido y, por tanto, el proceso penal está caracterizado como manifestación de la soberanía nacional, es la norma prevalente.

En segundo lugar: los motivos que justifican la utilización son la imposibilidad de acudir, la conveniencia de utilizar este medio y la protección de las víctimas.

Y, en tercer lugar, se establece la necesaria doble presencia de autoridad judicial en el lugar receptor de la

comunicación y en el lugar donde se va a practicar la videoconferencia, como mecanismo de asegurar la autenticidad de la comparecencia.

a) **Ámbito supracomunitario, el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos⁷² de 4 de noviembre de 1950⁷³, entró en vigor en el año 1953.⁷⁴

72 En adelante, CEDH.

73 El artículo 6º del CEDH establece:

*"1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída **equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. Todo acusado tiene, como **mínimo, los siguientes derechos:*****

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

Cobran importancia varias cuestiones; la primera es que el segundo Protocolo Adicional del CEDH, aún no ha sido ratificado por España, siendo precisamente el que regula el uso de la videoconferencia⁷⁵. Este texto establece

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

*c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido **gratuitamente por un abogado de oficio**, cuando los intereses de la justicia así lo exijan.*

*d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de **los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.***

*e) a ser asistido gratuitamente de un **intérprete** si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".*

74 El texto original del CEDH ha sido sucesivamente modificado por los siguientes Protocolos:

- Número 11, con la creación de un Tribunal permanente.
- Número 14, relativo al control de admisibilidad de demandas.
- Número 15, prevé el recurso directo como mecanismo subsidiario después de haber agotado los recursos internos, ad Protocolo Adicional 1º de ellos al que España se adhirió en 1991, tiene por objeto la ejecución de las comisiones rogatorias que tengan por finalidad un registro o embargo de bienes, la notificación de los documentos relativos a la ejecución de una condena, el cobro de una multa o el pago de gastos procesales, la suspensión de condena o ejecución, la libertad condicional. **Con respecto al 2º Protocolo Adicional que es el que regula el uso de la videoconferencia España no se ha adherido.**
- Número 4, para el reconocimiento de ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio.
- Número 6, de abolición de la pena de muerte, de regulador de la condena o ejecución y la libertad condicional, en relación con el número 13 que reitera el objetivo de abolición de la pena de muerte.
- Número 7, dentro de la finalidad del Convenio de asegurar garantías colectivas para algunos derechos y libertades añade mecanismos de refuerzo.
- Número 12, prohibición general de discriminación.

75 En la reunión organizada en mayo de 2012, por el Centro de Estudios Judiciales y la Fiscalía General del Estado, en relación con el uso de la videoconferencia en los procedimientos penales y en cooperación judicial internacional, los jueces y fiscales españoles consideraron conveniente el manifestar en la numerada como conclusión 20 que: *"El segundo protocolo al Convenio de Cooperación Penal del Consejo de Europa de 1959 de 8 de noviembre de 2001, incorpora buena parte de los avances contenidos en el Convenio 2000, incluyendo también esta técnica, por lo que sería muy recomendable su ratificación por España".*

en su artículo 9, apartado 1⁷⁶. " *Si una persona está en el territorio de una de las partes y va a ser oído **como testigo o perito** ante las autoridades judiciales de otro partido, este último podrá, cuando a la persona en cuestión no le fuera deseable o posible comparecer personalmente en su territorio, que la audiencia se celebre por videoconferencia de conformidad con los apartados de 2 a 7⁷⁷.*

76 Traducción comparada con la certificada de la Oficina de interpretación de lenguas M° de AA.EE.

77 El apartado 2. establece que, "La Parte requerida de la audiencia por videoconferencia y si el uso de este método no es contrario a los principios fundamentales de su derecho y dispone de los medios técnicos para llevar a cabo la audiencia. Si la Parte requerida no dispone de los medios técnicos para la videoconferencia, la parte requirente puede ponerlo a su disposición previo mutuo acuerdo. El apartado 3. establece que, Las solicitudes de audiencia por videoconferencia deberán contener, además de la información especificada en el artículo 14 de la Convención, la razón por la cual no es deseable o posible que el testigo o perito comparezca y el nombre de la autoridad judicial y de las personas que llevan a cabo la audiencia. El apartado 4. dispone que, la autoridad judicial de la Parte requerida citará a la apersona de que se trate conforme a los procedimientos establecidos en el derecho nacional. Y el apartado 5. establece las normas para llevar a la practica la videoconferencia, entre las que destaca la competencia de la autoridad judicial interviniente de la Parte requerida para determinar si se están vulnerando los principios fundamentales de su derecho, teniendo en cuenta que la audiencia se lleva a cabo directamente por la autoridad judicial de la parte requirente , la autoridad judicial presente físicamente tiene asignado un papel de garante por el respeto de los principios procesales territorialmente aplicables. Pero no solo se admite la posibilidad de videoconferencia para audiencias de perito o testigo, ya que el apartado 8 establece que las Partes también podrán aplicar, si lo consideran oportuno, las disposiciones del presente artículo, si es necesario o si lo consideran apropiado y con el consentimiento de sus autoridades judiciales competentes, a audiencias por videoconferencia, en las que participa la persona penalmente acusada o sospechosa. En ese caso, la decisión de celebrar la videoconferencia y la forma de su funcionamiento deben ser objeto de un acuerdo entre las Partes interesadas, y de conformidad con su legislación nacional y los instrumentos

Cada Estado contratante podrá, en cualquier momento, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, declarar que no ejercerá la opción, contemplada en el apartado 8 del presente artículo, excluyendo así la declaración del **acusado o sospechoso**, en su derecho a aplicar las disposiciones del presente artículo, cuando participe en las audiencias por videoconferencia el acusado o el sospechoso⁷⁸. Lo que a contrario determina la virtualidad del consentimiento para la intervención por videoconferencia.

internacionales pertinentes. Las audiencias en que el acusado o el sospechoso participa solo pueden efectuarse con su consentimiento.

78 Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000. artículo 10 "Los Estados miembros podrán, si lo consideran oportuno, aplicar igualmente las disposiciones del presente artículo, cuando sea apropiado y con el acuerdo de sus autoridades judiciales competentes, a la audición por videoconferencia de un acusado. En este caso, la decisión de mantener la videoconferencia y la forma en que ésta se lleve a cabo estarán supeditadas al acuerdo de los Estados miembros de que se trate, de conformidad con su Derecho interno y con los correspondientes instrumentos internacionales, incluido el Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Todo Estado miembro podrá declarar, al efectuar la notificación prevista en el apartado 2 del artículo 27, que no tiene intención de aplicar el párrafo primero. Dicha declaración podrá retirarse en cualquier momento. La audición sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento de la persona acusada. El Consejo, en un instrumento jurídicamente vinculante, adoptará las normas que sean necesarias con vistas a la protección de los derechos de los acusados".

No obstante esta regulación, hay que recordar que en su aplicación práctica dependerá de que la eficacia del CEDH es distinta en cada uno de los países, según los efectos que sus respectivos ordenamientos jurídicos prevean para los Tratados internacionales.

Con respecto a la Jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁹, si bien es cierto que el artículo 46.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, prevé el compromiso de acatar las Sentencias para las Altas Partes Contratantes, el efecto vinculante de las mismas varía de unos países a otros. En lo concerniente a España, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no eran ejecutorias, aunque sí de obligado cumplimiento hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, llevada a cabo por la reforma Ley Orgánica 41/15, que en

⁷⁹ En adelante TEDH.

el artículo 954, establece la posibilidad de revisión de las sentencias firmes, y en concreto cuando el TEDH haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos por el Convenio. Ha existido una larga etapa transitoria, no exenta de problemas interpretativos, citando a modo de resumen a BARJA DE QUIROGA⁸⁰, autor que afirmaba a este respecto *"...El problema fundamental ---refiriéndose a nuestro sistema- se produce cuando la violación del Convenio ha sido realizada por una sentencia judicial que, necesariamente, tiene que tener el carácter de firme"*.

No obstante, el Tribunal Supremo⁸¹, con ocasión de la STEDH de 21 de octubre de 2013 (Caso Del Río Prada contra España), en relación con el efecto directo de dichas sentencias, acordó lo siguiente: **"Considerando necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en**

80 Barja de Quiroga, Jacobo, "Tratado de derecho procesal penal", Aranzadi, 2007. Ver páginas 1536 y 1540.

81 Acuerdo no jurisdiccional de la Sala General del TS de 12 de noviembre de 2013.

relación a la efectividad de las resoluciones del TEDH;

después de esta declaración, el legislador español procedió a la modificación del artículo 954 de la Ley procesal, incluyendo como motivo del Recurso de revisión de una resolución judicial firme, (no necesariamente sentencia), *"..cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que **dicha resolución** ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión"*.

Así pues, podemos afirmar que nuestro sistema "proyecta" la vinculación directa mediante la vía del recurso de Revisión y reconoce una mayor eficacia que la declarativa a las sentencias del TEDH⁸², y el rango de

82 Recordemos que el TEDH no acuerda la nulidad o revocación de la sentencia interna.

auténtica **primacía a la Jurisprudencia emanada del TEDH** en el ámbito procesal penal, por lo que la doctrina de esta instancia Judicial internacional quedará integrada en el ámbito jurisdiccional español. Siempre que en la resolución del TEDH se estime que la violación del CEDH, sea " cosa juzgada y se trate de un procedimiento en el que haya sido demandada España⁸³.

En relación al **posible conflicto** de "jerarquía" entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia está integrada en nuestro ordenamiento jurídico interno también a través del principio de *prevalencia* en la interpretación y aplicación de las normas de derecho comunitario, sobre la Jurisprudencia de los Tribunales Españoles, igual que en los demás países miembros, queda resuelta a través del mecanismo previsto en el artículo 35. 1. b) del Protocolo número 11, que creó el

83 Sin perjuicio de que la doctrina emanada del TEDH, cuando el demandado sea otro Estado Parte, gozará de la denominada fuerza de "cosa interpretada", en España vinculando como tal doctrina a los Tribunales españoles.

Tribunal permanente. Este precepto establece "la inadmisibilidad de las demandas ante el TJUE cuando sea esencialmente la misma que una demanda anteriormente examinada(...) o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo y no contenga hechos nuevos".

No obstante, es muy importante recalcar que, ya anteriormente, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, eran "vinculantes", por la especial transcendencia que les confería la **cosa decidida** o **cosa interpretada**, al ser citadas en importantes sentencias del TC y del TS. Y todo ello, a pesar de ser resoluciones meramente declarativas, ya que existe un compromiso en la ratificación por parte de los Estados de que las resoluciones dictadas estimando la violación del Convenio sean *de obligado cumplimiento*.

En relación al uso de la videoconferencia en el proceso penal, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse

reiteradamente, indirectamente al referirse a las dilaciones indebidas⁸⁴, cuestión relacionada con los motivos de celeridad, que como hemos visto en algunos casos da lugar, a la utilización de la videoconferencia para intervenir en el proceso. El TEDH, respecto de las dilaciones indebidas, dice que: "*...el Convenio obliga a los Estados contratantes, sus órganos jurisdiccionales de manera que les permita cumplir con las exigencia del artículo 6.1 , incluida a la que se refiere a la tramitación del proceso en un plazo razonable; no obstante una acumulación provisional de las tramitaciones de las causas en sus Juzgados no implica **responsabilidad** alguna por parte de los Estados contratantes a condición de que tomen con la debida prontitud, las medidas reparadoras pertinentes para superar una situación excepcional de este tipo*".⁸⁵

84 Dicha doctrina, después de una serie de avatares dio, lugar a la modificación del Código Penal Español, que en su actual artículo 21. 6º recoge la atenuante de dilaciones indebidas; sirva lo anterior a modo de constatación de la fuerza que en nuestro ordenamiento jurídico tiene la doctrina del TEDH.

85 Caso Milasi, STEDH 25 de julio de 1987, y en el mismo sentido, caso Zimmermann y Steinner, STEDH 13 de julio de 1983.

Otros pronunciamientos, del Tribunal se produjeron directamente respecto al uso de la videoconferencia como sistema de comunicarse con el acusado, el demandante había sido, acusado por crímenes de la mafia. Había alegado las dificultades que suponía para él la participación en juicio a través de la videoconferencia, el TEDH se pronunció el 13 de diciembre de 2005, declarando la demanda parcialmente inadmisibile ("estimando parcialmente") y decidió comunicar al Gobierno italiano demandado lo relativo a la participación del demandante por videoconferencia en las audiencias de apelación en el segundo juicio penal.⁸⁶

⁸⁶ El caso contra la República Italiana de V. M ("el recurrente"). Interpuso un recurso ante el Tribunal el 30 de noviembre 2004 en virtud del artículo 34 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

b) Derecho comunitario

a") Convenio de Asistencia judicial de la UE

La libertad de circulación de personas y mercancías del Convenio de Schengen en 1985 ⁸⁷ posibilitó indirectamente la promoción de las grandes organizaciones criminales. Contra este fenómeno se precisaba una respuesta común-comunitaria de cooperación, puesto que atacaba los intereses financieros de la Comunidad Europea, cuya necesidad de protección ya había sido puesta de manifiesto anteriormente. Los EE MM transigieron en seguir cediendo espacio soberano a favor del ejercicio de competencias penales por parte de la UE. ⁸⁸

⁸⁷ Se concibe la UE como una estructura **supraestatal** que, en palabras de Schünemann, se caracteriza por “la *posición ambigua de la Unión entre federación de Estados y Estado federal*”. No podemos olvidar que precisamente la UE, antigua CEE, en esta materia- **la penal**-parte de un pacto inicial excluyente, se excluyen las competencias penales de las CCEE, de este ámbito supranacional, para después ir modificando, a medida que las necesidades de política criminal lo requerían.

⁸⁸ JUANES PECES, Ángel: “*Armonización del derecho penal en la Unión Europea*”. Revista El Derecho.com, 4 de noviembre de 2010 en relación a la conocida Sentencia del “Maíz” afirma: “*la única legislación en el ámbito de la cooperación jurídica penal se canalizó a*

Conviene citar algunos de los acontecimientos más relevantes que conforman el origen del **actual sistema de cooperación en materia penal entre los Estados Miembros**. Así, las reuniones de ministros en Trevi, el tercer Pilar Maastricht en 1992⁸⁹, que proclamó la cooperación en materia de Justicia e Interior, el proyecto de Corpus Iuris⁹⁰, el Tratado de Ámsterdam (en adelante TUE) en 1997, que significó la aproximación de legislaciones, así

través del Consejo de Europa hasta la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 21 de septiembre 1989 (conocida como "sentencia del maíz griego"). En efecto, con ocasión de dicha sentencia el TJCE llegó a la conclusión de que, en orden a la protección de los intereses financieros de la Comunidad, las normas sancionadoras comunitarias no eran suficientes, de ahí la necesidad de que las normas penales internacionales establecieran tipos penales para perseguir aquellas conductas que afectaren a la debida protección de los intereses financieros de la Unión Europea".

89 El Tratado de la Comunidad Europea se basaba en tres pilares básicos uno de los cuales, el tercero desaparece con el Tratado de Lisboa en 2007, ya que hubo una transferencia **de competencias** de la regulación del ámbito al que afectaba el tercer pilar, al primero, lo que conlleva **la sumisión de las materias de justicia e interior al TJCE**.

90 Vid. SCHÜNEMANN, Bernd. “¿Normas mínimas o derecho penal europeo sectorial? “Proyecto alternativo de persecución penal europea / coord. por Bernd Schünemann, Dykinson 2007, págs. 61-69: “(...) frente al llamado Corpus Juris, un grupo de trabajo creado por Tiedemann al elaborar un modelo global de **delitos europeos**, limitado a delitos contra el patrimonio de la Unión, cuyo alcance y configuración necesita por su naturaleza de una discusión más intensa. La necesidad de tipos penales uniformes en una -Europa sin frontera- puede y debe obtenerse de la naturaleza transfronteriza ya sea de los bienes jurídicos o de la acción típica, de tal manera que hay que diferenciar dos grupos de delitos originariamente europeos: “intereses patrimoniales de la Unión”, como lo hace el Corpus Juris cuando toma la decisión de distinguir para el caso de protección patrimonial entre patrimonio público y privado. Sin embargo, esto no es necesario tal y como se muestra en que, por ejemplo, el Código Penal alemán no ha regulado por separado ni la malversación ni tampoco, hasta la primera ley para la lucha contra la criminalidad económica, el delito de fraude de subvenciones.

como la creación en su artículo 29 de Eurojust⁹¹, como mecanismo para coordinar a las autoridades nacionales, facilitando las solicitudes de asistencia y la efectividad de la euroorden.

Una cuestión de enorme trascendencia, que no podemos olvidar a partir de TUE, fue el desplazamiento institucional del Parlamento a favor del Consejo, al que atribuyó la competencia para aprobar las Decisiones Marco que sustituyeron a los Convenios como fuente del derecho comunitario, que requerían la legitimación del Parlamento y ciertamente el sometimiento a la fiscalización de este órgano.

Otro hito de mucha importancia en el marco legislativo de las normas comunitarias, que vino también a afectar a la cooperación en materia penal, se produjo en 2001 el

91 TUE artículo 29, creación que se llevará a cabo por el Consejo el 28 de febrero de 2002.

Tratado de Niza, que proclamó la integración o **cooperación reforzada**, ampliando las funciones de Europol⁹² para organizar información, aunque ya funcionaba desde 1999, con una estructura centralizada y unidades nacionales integradas por funcionarios nacionales de enlace.

Y a pesar de que no llegó a entrar en vigor, citaremos el Tratado de Roma en 2004 ⁹³, puesto que en su Preámbulo se hace referencia **a las tradiciones comunes**, que en definitiva es un argumento más para defender la cesión de soberanía de los EE MM en materia penal, en aras de un origen común histórico, una pretendida Nación Europea. La cuestión apuntada, de suma complejidad, viene a colación, puesto que en el presente análisis

92 Convenio Europol en la fecha 18 de abril de 2007.

93 Obra citada: Schönemann: “ A su vez, se muestra que sobre la base de las tradiciones comunes que se invocan en el preámbulo del Proyecto de Constitución, sólo en el marco de restringidos márgenes de apreciación pueden considerarse como igualmente defendibles concepciones jurídico-penales y ámbitos de punibilidad diferentes, los cuales después son tan controvertidos dentro de cada Estado miembro como entre los Estados, mientras que es necesario que sean idénticos tanto el ámbito central del derecho penal, por una parte, como el ámbito libre de derecho penal del cual dispone en todo caso el ciudadano(...)”.

enfocamos derecho comunitario desde la perspectiva del derecho procesal penal y la cooperación judicial de los EE MM en esta materia: Pero no conviene olvidar, en nuestra opinión, que paralelamente se va produciendo al mismo ritmo de producción normativa un fenómeno de mayor trascendencia, como lo es la cesión indirecta en favor del derecho comunitario de las competencias para legislar en derecho penal material.

Conforme a lo anterior, el siguiente Tratado Lisboa en 2007 impuso las **Directivas como fuente normativa** y fórmula para **armonizar las legislaciones**, que en el caso del derecho penal se proponen como más adecuadas para este fin de armonización que los Acuerdo Marco, instrumentos que imponen a través del denominado "derecho penal de mínimos" un estrecho margen al

legislador nacional, quien ve sus funciones reducidas a tramitar los prontuarios de la UE⁹⁴.

Sirvan las anteriores puntualizaciones para situar en contexto los convenios de cooperación y asistencia penal entre los Estados Miembros en los que, ciertamente, la videoconferencia adquiere relieve y se promueve su utilización, puesto que no solo es un utensilio práctico para la asistencia internacional en el marco de la cooperación entre las autoridades judiciales, sino que esta última (la cooperación judicial en el ámbito comunitario) hay que entenderla, en nuestra opinión, como un avance forzoso para alcanzar un desenlace mucho más sustancial, como sería la unificación del derecho penal en el ámbito regional internacional de la Unión Europea⁹⁵.

94 Las materias objeto de la armonización tras TUE son todas las transnacionales.

95 Como consecuencia de la dialéctica entre las instituciones comunitarias, el marco normativo ha ido fluctuando, en esta la materia penal y de cooperación judicial. Primeramente, estuvo regulado en el Tercer Pilar de Maastrich de seguridad y justicia; después se vino a caracterizar formando parte del objetivo de unificación progresiva, y por último, nos encontramos en la fase de política de armonización de las legislaciones de los EE. MM. El Programa de La Haya para el ejercicio 2005-2010 responde a la pregunta ¿cómo reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea? La Comisión contestó a esta

El Convenio de Asistencia judicial en materia penal viene a completar el antiguo Convenio de 1959 del Consejo de Europa sobre ayuda mutua en materia penal⁹⁶, firmado por todos los EE MM con excepción de Grecia, Italia e Irlanda. Regula los instrumentos para la asistencia judicial en materia penal, fue firmado en Bruselas el 29 mayo 2000, y está vigente en España desde 23 de agosto de 2005, aplicándose provisionalmente hasta entonces ⁹⁷.

pregunta con diez prioridades, detallando el Anexo de la Comunicación las medidas específicas y el calendario para su aprobación, referidas a los siguientes aspectos:

- 1) Reforzar los derechos fundamentales y la ciudadanía.
- 2) Lucha contra el terrorismo.
- 3) Definir un enfoque equilibrado de la inmigración.
- 4) Establecer un procedimiento común en materia de asilo.
- 5) Maximizar las repercusiones positivas de la inmigración.
- 6) Elaborar una gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión.
- 7) Encontrar el equilibrio adecuado entre la protección de la vida privada y la seguridad al compartir información.
- 8) Elaborar un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada.
- 9) Garantizar un auténtico espacio europeo de justicia; y, por último,
- 10) Compartir las responsabilidades y velar por la solidaridad.

96 También abarca el Protocolo de 1978 del Convenio de 1959 y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990.

97 Se pretende completar y facilitar aquello que considera son ya bases sólidas, así el Convenio Europeo de Asistencia judicial en materia penal firmado en Estrasburgo de 17 de marzo de 1978, su Protocolo, el convenio Schengen de 14 de junio de 1985 y el Tratado del Benelux de extradición y asistencia judicial en materia penal de 27 de junio de 1962". **En relación a las nuevas tecnologías el citado informe de expertos dice "que la UE ayudada por su grado de integración política se ha visto obligada a desarrollar nuevas técnicas que permitieran tener en cuenta las importantes evoluciones en materia tecnológica, que *para algunas cuestiones pueden facilitar la asistencia judicial*"** videoconferencia, conferencia

"Al elaborar este convenio la UE,98 optó por no elaborar un instrumento autónomo, considerando más adecuado el completar mediante el mismo lo que se consideran ya bases sólidas, conforme se recoge en el informe explicativo del seminario de expertos de 30 de noviembre de 2000⁹⁹.

Los artículos 10 y 11 de la Convención configuran el marco legal que regula las fórmulas que utilizaran los EE MM para llevar a la práctica la videoconferencia. Dichos artículos son objeto de lo que bien podríamos denominar una interpretación auténtica, realizada por un grupo de

telefónica, (...) los artículos 10 y 11 del Convenio están destinados a la consecución de dicho objetivo.

99 En concreto: *"El presente Convenio no afectará a la aplicación de disposiciones más favorables de acuerdos bilaterales o multilaterales entre Estados miembros, ni, como establece el apartado 4 del artículo 26 del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal convenidas sobre la base de una legislación uniforme o de un régimen especial que establezca la aplicación recíproca de medidas de asistencia judicial en sus respectivos territorios. Artículo 1 Relación con otros convenios de asistencia judicial 1. El presente Convenio tiene por **objeto completar las disposiciones** y facilitar la aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea.*

INFORME EXPLICATIVO del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y texto aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 con normas de interpretación.

expertos a través de un informe explicativo¹⁰⁰. Con respecto a la audiencia por videoconferencia, se establece que, cuando una persona tiene que asistir a un procedimiento penal como testigo o perito y no le es posible¹⁰¹ o no es oportuno¹⁰² comparecer personalmente, y se encuentra físicamente dentro del territorio de aplicación del convenio, el órgano ante el que se tiene que practicar la diligencia podrá acordar que se haga mediante videoconferencia.

A continuación, dentro del mismo precepto, se establecen los requisitos para el uso, proclamando el respeto a los principios fundamentales del derecho de la Parte requerida¹⁰³, y siempre en el caso de que esta

100 En 2013 la Secretaría General del Consejo de Europa editó un documento *denominado GUÍA VIDEOCONFERENCIAS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES TRANSFRONTERIZOS*, página 23.

101 "**Posible**" según el informe se aplicaría, por ejemplo, en los casos de que el testigo corra un grave riesgo si compareciera en el Estado requirente.

102 El concepto de "**oportuno**", según el informe, podría aplicarse a los casos en que el testigo sea muy joven, de edad avanzada o no goce de buena salud.

103 El concepto de **respeto a los principios fundamentales del derecho** de la Parte requerida significa, según el informe, que no podrá denegarse una mera solicitud por la mera razón de que la ley del Estado miembro no se prevea la audición por este medio de peritos o expertos o que con arreglo a la legislación nacional no se cumplan una o más condiciones de detalle para realizar dicho tipo de audiciones.

disponga de los medios técnicos, medios que pueden ser proporcionados por la Parte requirente siempre que la requerida lo consienta. En cuanto al contenido de la solicitud para la práctica de la audiencia por medio de videoconferencia¹⁰⁴, destacaremos el contenido de la información¹⁰⁵ que debe facilitarse a la Parte requerida en cuanto a las razones por las que no se considera oportuna o posible la comparecencia física, atribuyendo las competencias a la Parte requerida para velar por el respeto de los principios fundamentales del requirente, y así poder adoptar las medidas que garanticen que la audiencia se efectuará de acuerdo con esos principios. Se pueden acordar por las partes las medidas necesarias para la protección¹⁰⁶ de la persona que va a comparecer, y en su caso la asistencia de intérprete si es necesario, pudiendo reclamar el compareciente la posibilidad de no declarar

104 Hay en este punto una remisión a lo previsto en el artículo 14 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial y en el artículo 37 del Tratado Benelux,

105 El Estado requirente si bien debe dar esa información dispone según el informe explicativo de plena libertad para valorar cuáles son sus circunstancias pertinentes.

106 No obstante, en el acta que se realiza de la audiencia, el Estado requerido puede omitir algunos nombres por razones de seguridad.

tanto si el derecho de la Parte requirente, como de la requerida lo reconocen¹⁰⁷. Así mismo deben de expresarse, los gastos relativos a enlace de video, los de desplazamiento del perito (testigo-experto) dentro del territorio de la Parte requerida, que serán a cargo del requirente, quien los reembolsara posteriormente a la Parte requerida, excepto que esta renuncie, en el caso de que el testigo o experto se niegue a declarar¹⁰⁸ o bien cuando no esté obligado a decir la verdad¹⁰⁹, siendo de aplicación las consecuencias jurídicas que establezca la legislación de la Parte requerida¹¹⁰.

Ahora bien, no debemos olvidar el tema clave en la relación entre garantías procesales y la utilización de la videoconferencia en el proceso, la declaración del

107 La persona que realiza la audiencia no debe tener menos derechos que si realiza la audiencia en el territorio de la Parte requirente.

108 Las autoridades deberían consultarse, según el informe de expertos, acerca de las alegaciones de dispensas legales a declarar de la legislación del Estado requirente y requerido.

109 El testigo o perito a diferencia del inculpado no tiene que prestar su consentimiento, una vez citado será obligatoria su comparecencia.

110 Deriva del hecho de que la obligación de declarar dimana de la legislación del Estado requerido

"acusado o sospechoso" utilizando este medio para comunicarse con el Tribunal¹¹¹. Se establecen varios requisitos. En primer lugar, que los Estados miembros lo consideren oportuno, en segundo lugar, que ambas autoridades judiciales competentes estén de acuerdo en aplicar este medio, ya que la videoconferencia en su práctica, estará supeditada a las normas del derecho interno del requerido y a los Acuerdos internacionales incluido el CEDH. Es requisito indispensable que el acusado o sospechoso preste **su consentimiento**, a diferencia de los testigos y peritos, del examen de dichos requisitos, en el caso español, tanto requirente como requerido podría llevarse a cabo la declaración del imputado en instrucción si este consiente. Y en el caso del acusado en el Juicio Oral sólo si este consiente a la celebración de la audiencia por

111 Siguiendo a GARCIA MORENO, José Miguel. *"La asistencia penal internacional a través de la videoconferencia"*. El Derecho Lefevre, 1 de julio de 2012 (...) "Se oponen a la audición de imputados por videoconferencia, en virtud de la declaración realizada al respecto, estados miembros como Dinamarca, Francia (para el acto del juicio oral), Países Bajos, Polonia (respecto de todas las solicitudes de auxilio judicial, tanto activo como pasivo) y Reino Unido. Hungría exige constancia por escrito del consentimiento del acusado, mientras que Alemania, sin excluir la posibilidad de audición de imputados por videoconferencia, indica que ésta solo se realizará voluntariamente".

este medio y presta su conformidad a la pena más grave de las solicitadas por las acusaciones, siempre que no exceda de seis años de privación de libertad. Y ello es debido a que, al igual que en la aplicación del CEDH apuntábamos, y conforme a la Jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Supremo: *'el acusado, aunque sea objeto de prueba, no deja de ser un sujeto y deben respetarse sus derechos fundamentales'*. Además, las partes, en relación a este apartado concreto del Convenio, pueden excluir la aplicación y pueden retirar esa negativa en cualquier momento¹¹².

Ahora bien, el artículo 11 del Convenio establece la posibilidad de la declaración en el proceso por medio de conferencia telefónica para testigos y peritos, siempre que estos consientan. En derecho español, la comunicación telefónica con las partes no está prevista y se reserva para

112 Es evidente la divergencia que existe entre la condición de inculcado y la de testigo y perito por lo está previsto que el Consejo adoptará las normas para la salvaguarda de los derechos de los inculcados, pero eso no obsta a que pueda ser de aplicación lo previsto en el apartado 9 y llevarse a cabo la comparecencia del acusado a través de videoconferencia.

simples manifestaciones de voluntad o puesta en conocimiento del órgano judicial, o bien, declaraciones rutinarias, que se documentan en el proceso mediante diligencias de constancia. Es en esa forma, únicamente, donde cabe su aplicación.¹¹³

De la conferencia telefónica quedan excluidas otras declaraciones testificales de mayor complejidad, aunque, no obstante, como tuvimos ocasión de analizar, cabe la posibilidad de practicar por motivos de seguridad la declaración del testigo mediante videoconferencia con la cara en un segundo plano, oculta; lo cual, en definitiva, y al ser solo audible su intervención, equivaldría a una llamada de voz, sin visión de la persona que realiza la audiencia. Sin embargo, y conforme hemos apuntado, el Convenio no exige el consentimiento de los testigos en las audiencias por videoconferencia, mientras que sí constituye un

113 En declaraciones rutinarias, el informe hace alusión a la simplicidad y bajo coste de este medio. Entendemos que en España cabría su utilización para las diligencias urgentes respecto del ofrecimiento de acciones al perjudicado, teniendo en cuenta que esta comunicación en los casos podría hacerse desde las oficinas consulares de cualquiera de los Estados directamente con la autoridad judicial.

requisito en las audiencias telefónicas, con lo que pudiera darse el caso paradójico de que el testigo en el que concurren razones especiales de protección por temor a represalias esté obligado a comparecer y la audiencia se pueda llevar a cabo con el rostro oculto y el testigo citado para una audiencia telefónica pueda negarse a prestar su consentimiento para realizar dicha audiencia por este medio.

Ciertamente, el Convenio no vincula a los Estados a practicar la videoconferencia en todos los casos. Y, de hecho la Directiva de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal, recuerda que *no deberán suprimirse de los motivos de denegación de una prueba, establecidos en el Protocolo del Convenio relativo a*

*la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*¹¹⁴.

Otros problemas *menores* en la intervención por videoconferencia se han ido solventado mediante la creación de una serie de mecanismos que fomentan la coordinación. Así, mediante Eurojust¹¹⁵, que tiene atribuida la función de apoyar y reforzar **la coordinación y la cooperación** entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave, la regulación del Estatuto de España como Miembro Nacional de Eurojust se llevó a cabo por la Ley 16/2006, de 26 de

114 Considerando 20 de la Directiva 3 de abril de 2014: No existe una definición común de lo que constituye una inmunidad o un privilegio en el Derecho de la Unión. Por consiguiente, corresponde al Derecho nacional establecer la definición exacta de esos términos, los cuales podrán incluir protecciones aplicables a las profesiones de médicos y abogados, pero no deberán interpretarse en un sentido que se oponga a la obligación de suprimir determinados motivos de denegación establecidos en el Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. También podrán incluir, aunque no se consideren necesariamente como privilegio o inmunidad, normas relativas a la libertad de prensa y a la libertad de expresión de otros medios de comunicación.

115 Conforme al artículo 85 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

mayo¹¹⁶. En cuanto a la composición y funcionamiento de este órgano, destacan la figura de los Magistrados de Enlace y las Redes Judiciales Europeas, que juegan un papel fundamental en la tramitación de las solicitudes de asistencia relativas al uso de la videoconferencia en el proceso.

b”) Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE

Esta ley de 20 de noviembre de 2014 es proclive a otorgar un cierto automatismo a algunas de las

116 Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior. En su Exposición de motivos de la misma se hace referencia a los posibles conflictos de jurisdicción, Esta Ley incorpora además al ordenamiento jurídico español las previsiones contenidas en la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. Dada la obligación que la presente Ley impone a las autoridades nacionales de informar al miembro nacional de España en Eurojust de los posibles casos en que pueda existir un conflicto de jurisdicción, se considera que esta Ley, dada su relación con la materia, es la norma adecuada para incorporar el contenido de la mencionada Decisión Marco al ordenamiento jurídico. En ese sentido, se regula un sistema de consultas y decisión entre las autoridades competentes de los países afectados por el eventual conflicto de jurisdicción.

resoluciones judiciales penales en todo el territorio de la UE, a fin de dotarlas de ejecutividad prácticamente directa. Es un avance muy importante en el desarrollo de la homogeneización del espacio judicial penal europeo. Reconoce vigencia uniforme en todo el territorio de la Unión a algunos instrumentos que detallaremos, eliminando obstáculos innecesarios y dificultades en la transmisión, y regulando y haciendo posible la comunicación directa entre autoridades intervinientes en el proceso penal, para verificar la autenticidad de los instrumentos, lo que en la práctica agiliza enormemente la tramitación, bien entre las distintas autoridades judiciales o entre las autoridades judiciales y autoridades centrales de los Estados en que tengan atribuidas estas competencias, cuando se trata de una detención y entrega o de un *exhorto* europeo de obtención de prueba.

La videoconferencia se muestra como un instrumento apto para la intervención procesal. Respecto de la utilización de la comunicación telefónica con el imputado, la

ley amplía su ámbito de aplicación más allá de las audiencias rutinarias y las declaraciones de los testigos, siendo de aplicación el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal la norma supletoria de primer grado aplicable, ante la falta de regulación de la Ley de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

Los instrumentos que en concreto se transmiten entre EE MM para su reconocimiento y ejecución dentro de su territorio están enumerados en el artículo 2¹¹⁷, que podemos sistematizar en tres grandes grupos: así los de tipo personal como son resoluciones de detención, de medidas cautelares, las penas privativas de libertad; control en la ejecución de la penas o medidas privativas de libertad; en segundo lugar, de tipo real, el decomiso, el embargo, las penas pecuniarias; y en tercer lugar, de tipo material u obtención de pruebas en la regulación del

117 Son los siguientes: Orden europea de detención y entrega. Resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad. La resolución de libertad vigilada. La resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional. La orden europea de protección. La resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas. La resolución de decomiso. La resolución por la que se imponen sanciones pecuniarias. El exhorto europeo de obtención de pruebas.

exhorto europeo para la obtención de pruebas, abarcado a su vez por la Directiva de 3 de abril de 2014.

En todos los casos anteriores, será de aplicación lo previsto dentro de las disposiciones generales de la ley; en concreto, el artículo 22.3 establece: "*El ejercicio del derecho de audiencia del imputado a lo largo del procedimiento podrá llevarse a cabo a través de la aplicación de los instrumentos de Derecho internacional o de la Unión Europea que prevean la posibilidad de realizar audiencias mediante teléfono o videoconferencia*".

El marco legal para la práctica de la intervención por videoconferencia¹¹⁸ es el Convenio de Asistencia judicial

118 Conviene hacer una referencia respecto de las videoconferencias que se practiquen desde la Unión Europea con Estados Unidos o cuando alguno de sus estados sea Parte requerida, al ser aplicable el Acuerdo de asistencia judicial entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea. Este instrumento internacional bilateral que destacamos por su importancia fue firmado el 25 de junio de 2003, y permite la transmisión de denuncias a efectos procesales. Regulado en el caso de España en el Instrumento contemplado por el artículo 3. sobre la aplicación del Tratado de Asistencia jurídica mutua en materia penal entre Estados Unidos de América y el Reino de España firmado el 20 de noviembre de 1990, refrendado en Madrid el 17 de diciembre de 2004. Conforme a dicho Acuerdo, las solicitudes se ejecutarán con sujeción a la legislación del Estado requerido, quien podrá permitir el uso de la tecnología de videoconferencia con otros fines diferentes a la toma de declaración de un

penal tratándose de países que lo hayan ratificado. En otro caso, regirán los Tratados internacionales, como régimen legal supletorio y partir de 22 de mayo de 2017, la Directiva relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

Podemos afirmar que la característica principal de la ley es que prima la agilidad en la tramitación, basada por otra parte en la confianza mutua entre los EE MM, que solo se excepciona por motivos tasados que justificarán el no reconocimiento. En el caso de la utilización de la videoconferencia, no hay ninguna objeción legal prevista a la aplicación de este medio de comunicación con los

testigo o de un perito o experto, incluyendo las diligencias para identificación de personas, objetos o para tomar declaraciones en la investigación; en este caso existe también la cláusula de salvaguarda del derecho interno para requirente y requerido, poniendo de manifiesto que en este Texto la fórmula es más amplia que practicar audiencias, ya que también están incluidas otras diligencias y siempre que la legislación del Estado requerido lo permita; cuestión de suma importancia, teniendo en cuenta que el derecho penal en Estados Unidos existen tres niveles legislativos, constitucional, federales y 50 estados, además de un sistema basado en el precedente jurisprudencial y de supremacía constitucional, por lo que, si bien el rango jerárquico del Acuerdo internacional es el siguiente al constitucional, la confluencia de distintas normativas, legales y jurisprudenciales, puede resultar en su aplicación heterogénea en los distintos Estados, eso cuando Estados Unidos sea Parte requerida, mientras que en el caso español requerido, los límites a la aplicación del Tratado serían homogéneos en todo el territorio, con lo cual se excluye a priori el principio de reciprocidad.

penados, 'condenados' es el término que utiliza la ley, si fuese necesario. Por todo ello podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la utilización de la videoconferencia puede convertirse en un medio indispensable en la legalización de la situación personal y, sobre todo, en el cumplimiento de las garantías en el caso de las órdenes de detención , cuando exista una solicitud de tránsito por un tercer Estado, ya que los plazos de la detención se alargan hasta una semana, eliminando este requisito para el caso de vuelos sin escala.

Con respecto a la utilización de la videoconferencia en España como Parte requerida en las solicitudes de cooperación judicial internacional, vista la complejidad normativa por la eficacia conjunta de dos ordenamientos jurídicos, Partes requirente y requerida, en la que los instrumentos internacionales dan prevalencia a aquel de los dos sistemas legales que contenga mayores cautelas, analizaremos un importante documento que, a modo de

interpretación auténtica, recoge las **Conclusiones**¹¹⁹ de la reunión organizada los días 28 y 29 de mayo de 2012, por el Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado, en relación con el uso de la videoconferencia en los procedimientos penales y en la cooperación judicial internacional¹²⁰.

119 Dicho documento que es público en la página web de *Fiscal.es*, no contiene sino una interpretación doctrinal muy autorizada, fundamentalmente " ... *teniendo en cuenta el gran número de experiencias prácticas...*". puesto que en nuestra legislación los jueces y fiscales españoles son las autoridades legalmente habilitadas para la posible utilización de la videoconferencia,

120 Las conclusiones están numeradas y las relativas a la asistencia penal internacional, a partir de la decimonovena:

Conclusión 19.- " Es altamente recomendable el establecimiento de un contacto directo entre la autoridad de emisión y

de ejecución para acordar tanto los aspectos jurídicos de la práctica de la videoconferencia como los aspectos técnicos.

Para la realización de estos contactos resulta útil acudir a los mecanismos de cooperación internacional, Magistrados

de Enlace, Red Judicial Europea, IberRed, o Eurojust en casos excepcionales. Siempre debería hacerse una prueba

técnica previa para asegurar la compatibilidad y el funcionamiento correcto de los sistemas técnicos".

Conclusión 20.- "El segundo protocolo al Convenio de Cooperación Penal del Consejo de Europa de 1959 de 8 de noviembre de 2001, incorpora buena parte de los avances contenidos en el Convenio 2000, incluyendo también esta técnica, por lo que sería muy recomendable su ratificación por España".

Conclusión 21.- "Para maximizar los efectos prácticos de la videoconferencia en el ámbito del auxilio judicial internacional, ofrecen pautas útiles las Guías elaboradas por el Consejo de la UE, el Convenio Iberoamericano para el Uso de la Videoconferencia y la Guía de Buenas Prácticas de IberRed. El portal e-Justice(www.e-justice.europa.eu), mantenido por la Comisión Europea y la web de IberRed (www.iberred.org), ofrecen una plataforma de acceso a buena parte de las herramientas útiles en esta materia. Igualmente, las páginas del prontuario (www.prontuario.org) contienen información útil a estos efectos". Ya que en definitiva son estas herramientas informáticas las que facilitan el trabajo diario.

Conclusión 22.- " Especial atención habrá de prestarse no sólo al texto de los Convenios sino también a las reservas o declaraciones al mismo, atendiendo especialmente a la fase procesal de Instrucción o de Juicio Oral, con especial cuidado cuando la videoconferencia se

Dicho documento refleja las opiniones de jueces y fiscales españoles asistentes, que entendieron que ya entonces: "*Conforme a nuestra legislación y jurisprudencia y siempre que se realice con las debidas cautelas, la*

refiera a imputados o acusados". Así pues, en relación a la utilización de la videoconferencia para recibir declaración al acusado en el Juicio Oral, regirá la legislación más favorable a las cautelas, siendo posible por la efectividad de dos ordenamientos jurídicos, la aplicación de un ordenamiento jurídico en el proceso penal y en este extremo concreto, la aplicación de otro que contenga más objeciones legales. Operaría esta conclusión en el supuesto de que España fuere Parte requirente y también requerida, marcando la pauta para poner especial atención en las propias exigencias del ordenamiento jurídico español conforme a las Conclusiones 24, consentimiento del acusado, y 25 asistencia letrada.

Conclusión 23.- " En todo caso, la invocación del principio pro asistencia o *pro conventionis* que declara el Art. 1º del Convenio de 1959, en el que los Estados se comprometen a prestar la asistencia de la forma más amplia posible, debe entenderse como título suficiente para solicitar la cooperación con uso de la videoconferencia invocando la aplicación de este Convenio".

Conclusión 24.- " En la ejecución en España de una solicitud de asistencia internacional para la declaración de un imputado o acusado, deberá hacerse constar el consentimiento del imputado o acusado a declarar por esta vía. A la inversa, cuando la autoridad española solicite asistencia judicial internacional para la declaración de un imputado o acusado por videoconferencia, debería solicitar que conste previamente el acuerdo del acusado".

Conclusión 25.- " Cuando España actúa como Estado requerido, la autoridad actuante debe asegurar el cumplimiento de los principios generales del derecho español y especialmente la asistencia letrada para quien declare como imputado o acusado, por lo que en el caso de que la legislación del Estado requirente no lo exija y por tanto se solicite la declaración sin abogado, la autoridad española debe comunicar a la autoridad requirente la necesidad de que el imputado o acusado declaren con asistencia letrada".

Conclusión 26.- " Conforme a lo dispuesto en el Art. 10 del Convenio 2000, sin perjuicio de las informaciones que la autoridad requirente dé sobre las dispensas a declarar conforme a su propia legislación, la autoridad requerida debe informar al declarante de las dispensas a declarar que rigen también en el Estado requerido". Así para la declaración de perito, testigo o imputado/ acusado regirían de nuevo dos ordenamientos jurídicos, acumulándose las dispensas de ambos ordenamientos jurídicos que los sujetos de la declaración pueden ejercitar.

Conclusión 27.- " Aunque los Convenios internacionales sólo hacen referencia a la videoconferencia y habida cuenta que los avances tecnológicos permiten otras vías de comunicación bidireccional simultánea de la imagen y el sonido, debería ser igualmente aceptable el uso de esas otras técnicas cuando la videoconferencia no esté disponible". Conforme al artículo 229.3 LPOJ "... otro sistema similar".

videoconferencia es compatible con el pleno respeto a los principios de inmediación, oralidad, contradicción, publicidad y concentración que exige el cumplimiento a un proceso con todas las garantías. Igualmente, la videoconferencia es compatible con la prestación de una asistencia letrada efectiva". Por tanto, desde el punto de vista de nuestra legislación interna y en opinión de los expertos, es favorable a la compatibilidad del uso con las garantías procesales y teniendo en cuenta que dicha afirmación sólo tiene el valor de doctrina autorizada, sin fuerza vinculante.

Se recordó en dichas conclusiones lo recomendable que sería la ratificación por España del segundo protocolo al Convenio de Cooperación Penal del Consejo de Europa de 1959 de 8 de noviembre de 2001¹²¹.

Las pautas mínimas para los derechos del acusado en la práctica de la videoconferencia en el Juicio

121 Véanse en este sentido las notas a pie de página números 44,45 y 46.

Oral son el necesario consentimiento del mismo, la asistencia letrada que conlleva la información de los derechos al acusado antes de prestarlo, señalando *también deberes de información* al sujeto que va a prestar declaración por la autoridad judicial española como Parte requerida de las dispensas legales de nuestra legislación, dispensas que, contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cobran eficacia en el territorio del requirente¹²². Entendemos que no solo serían aplicables las dispensas en sentido estricto, sino de las excepciones que se contemplan en los artículos 411 al 413 de dicha ley, puesto que pueden beneficiar a la persona que, reuniendo esos requisitos tenga que declarar como testigo.

122 Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del T.S de 24 de marzo de 2.013 sobre el alcance del artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal: “La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim. alcanza a las personas que están o han estado unidas por algunos de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese de la situación análoga de afectividad y b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”.

c) Derecho Comparado

a") Italia

Hay que recordar que es el derecho interno de cada país el que condiciona la aplicación de la videoconferencia en las solicitudes de asistencia judicial internacional¹²³. En el caso de Italia, país castigado por los

123 La exigencia de una razón concreta que justifique la opción por el empleo de medios telemáticos se halla presente con mayor claridad en algunos ejemplos de derecho comparado que en caso español. Así, por ejemplo, en el caso de Italia, la ley número 11, de 7 de enero de 1998, condiciona el empleo de medios técnicos que garanticen la audición a distancia, tanto a un listado predefinido de infracciones, como a la peligrosidad que se derive de la gravedad de los delitos imputados (art. 146 bis). Más recientemente la ley francesa de 15 de noviembre de 2001 llevó a cabo una modificación del Code de Procédure Pénal, aceptando la utilización de videoconferencia “*siempre que las necesidades de la investigación o la instrucción lo justifiquen*” (les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient art. 706-71). En España la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo de 2002, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia.

crímenes de 'la mafia', esta legislación fue pionera en el uso de este conducto de comunicación a distancia con el Tribunal, si bien adaptando sus previsiones normativas a las características específicas de este tipo de delincuencia¹²⁴.

Está regulada la audiencia por videoconferencia o la intervención en el juicio a distancia, en los artículos 146 bis, 147, 147 bis y 147 ter del Decreto Legislativo número 271 de 28 de julio de 1989 de "Aplicación de normas, disposiciones de coordinación y transitorias del Código de Procedimiento Penal".¹²⁵

El artículo 146 bis¹²⁶, regula la utilización de la videoconferencia como instrumento útil a efectos de la seguridad del sistema judicial y policial, las razones son la

124 Las traducciones de los textos legales están adaptadas al derecho español, sustituyendo las figuras jurídicas extranjeras por las más parecidas al derecho español, en aquellos casos en que es posible, se han respetado las figuras que no tienen su equivalente en derecho patrio como las relativas a las funciones instructoras del Ministerio Fiscal, a pesar de las diligencias preliminares, y el Juez de libertades previsto en los proyectos legislativos cuyo futuro es de pronto incierto.

125 . Decreto legislativo " 28 luglio 1989, n. 271 Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale". Vigente al: 28-5-2015

126 En la redacción vigente introducida por la Ley número 11 de 07 de enero de 1998, modificado por Ley número 4 de 19 de enero de 2011.

protección del sistema y la lucha más eficaz contra un tipo determinado de delincuencia, evitando que la celebración del juicio en la sala del tribunal desvirtúe la finalidad de este al poder ser aprovechada como ocasión para los acusados, para otros fines distintos de los estrictamente procesales.

A los acusados en estos casos, se les mantiene a distancia y aislados, mediante resolución motivada y detallando su participación en juicio con todas las garantías posibles que ofrece la tecnología. Rige el principio de especialidad, sólo por algunos delitos graves¹²⁷ y relacionados con las actividades de la mafia, tráfico de drogas y contrabando. En estos casos, la audiencia de las personas contra las que se sigue el procedimiento, privadas de libertad, podrá llevarse a cabo "a distancia" (mediante videoconferencia) en determinados casos, que son a saber: razones graves de seguridad, orden público, evitación de

127 Los tipificados en los artículos 51, párrafo 3 bis y 407.2 párrafo a. del Código Penal Italiano.

demoras en la puesta en práctica de procedimientos particularmente complejos, pudiendo ponderarse por el órgano judicial, también, el hecho de que el acusado tenga varios procedimientos pendientes en distintos Juzgados, con motivo de lo cual se llevará a la práctica este modo de participación a distancia.

También intervendrá por videoconferencia cuando el acusado esté privado de libertad y haya pasado a la condición de penado en otra causa, o bien cuando su intervención sea en calidad de testigo de cualquier clase y estuviera privado de libertad, excepto que en este caso, el tribunal dispusiera lo contrario. La participación a distancia del acusado en el juicio puede acordarse de oficio y mediante resolución motivada, de la que se dará traslado a las partes, 10 días antes como mínimo de la audiencia.

Cuando esté activada la videoconferencia ("participación a distancia") habrá de comprobarse que estén garantizadas la visibilidad y la audición efectiva,

simultánea y mutua. E incluso, en el caso de multi-videoconferencia, si son varios los acusados que van a participar a distancia en el juicio, deberán comprobarse que queda garantizada la posibilidad de que todos pueden verse y oírse entre sí.

El abogado defensor puede estar en el mismo lugar donde esté el acusado, garantizando también la ley italiana la posibilidad de comunicación confidencial entre ellos, con los medios técnicos adecuados no sólo entre el acusado y el abogado defensor, sino también con el abogado delegado que está en la Sala. Se establece la posibilidad de que la audiencia a distancia se suspenda, permitiendo su presencia física durante el tiempo estrictamente necesario, cuando el acusado vaya a ser objeto de un reconocimiento o este vaya a efectuarlo, así como otros actos procesales que hagan ineludible la presencia física del mismo.

Se afrontan, pues, expresamente en el sistema legal italiano tanto la cuestión de las posibles deficiencias técnicas como de aquellas relacionadas con la asistencia

letrada como cautela a la posible aminoración del derecho de defensa, pudiendo no ser relevante el consentimiento del acusado, si existen motivos de seguridad u orden público.

El apartado 5 del mismo artículo equipara el lugar donde esté conectado el acusado en "audiencia" a la sala de la audiencia. Declaración formal del legislador italiano, que es una ficción jurídica en cuanto a la afectación del derecho de defensa. Ello resultaría más justificado cuando se trate de razones derivadas de extrema peligrosidad del acusado relacionado con las organizaciones mafiosas que pudieran aprovechar traslados para fugarse o para renovar los contactos con la organización criminal¹²⁸, que cuando los motivos sean de estricta complejidad procedimental o de mayor celeridad, dentro de los límites que ya hemos apuntado impuestos por el "plazo razonable" que impone

128 Tribunal Constitucional Italiano Sentencia nº 483, de 26 de noviembre de 2002.

el art 6 de la CEDH, que no se traducen en una simple evitación de demoras, teniendo también en cuenta la gravedad de las penas a imponer, puesto que sólo se aplica a los delitos más graves de asesinatos, extorsión o secuestros.

La audiencia se llevará a cabo con los siguientes requisitos, a saber: presencia de un auxiliar cualificado designado por el Tribunal, en el lugar donde se encuentra el imputado, quien certificara la identidad del sujeto que va a prestar declaración por videoconferencia (puede ser detenido, penado o testigo, privado de libertad). Este examinará las posibles alegaciones en la limitación de derechos, si hay circunstancias o no que limiten el ejercicio de sus derechos y dará fe del cumplimiento de las disposiciones legales. En segundo lugar, que el abogado esté presente y que pueda comunicarse con el imputado. Y por último, es necesaria la recíproca visibilidad y audición, durante el tiempo en que no se practique el examen al

imputado. El Tribunal podrá designar un Policía Judicial de los que hayan llevado a cabo la investigación del imputado o de los hechos con los que está relacionado para la protección de imputado. El auxiliar cualificado levantará acta por escrito de la audiencia llevada a cabo.

Otra manifestación del principio de publicidad, se regula en el artículo 147, que permite el acceso de prensa escrita, radio y/o televisión siempre y cuando pueda celebrarse el juicio de forma pacífica. No es necesario el consentimiento de las partes en este caso, siempre y cuando el tribunal constate un interés público particularmente relevante en seguir el juicio. Aun cuando esté autorizado el acceso de la prensa, se puede limitar, prohibiendo las fotografías o captación de imagen o sonido de determinadas personas u objetos. Así, pues, cualquier restricción a la publicidad debe motivarse. Cabe la restricción total de la publicidad del juicio, celebrándose a

puerta cerrada, por motivos de buenas costumbres, orden público¹²⁹, intimidad y examen de menores.

El artículo 147 bis regula el uso de la videoconferencia desde la perspectiva de la protección de determinados intervinientes: así los "infiltrados" (operadores encubiertos), los colaboradores con la justicia e imputados de delitos conexos y testigos que están dentro de un programa de protección. La otra utilidad procesal de este medio de comunicación es resguardar la confidencialidad, tanto de particulares como de miembros de la fuerzas del orden italianos o extranjeros para evitar que su aspecto físico sea visible. Por otro lado, se utiliza como un modo preventivo de evitar represalias por su actuación procesal, pudiendo acordarse de oficio la declaración "a distancia" ¹³⁰, mediante la conexión a un enlace audiovisual, al lugar donde se encuentra la persona que va a ser examinada a

129 Interés del Estado " nell'interesse dello Stato" artículo 472. 1

130 Videoconferencia, no es un término que se utilice por la ley italiana.

través de este medio, en el que estará presente un auxiliar judicial cualificado. Este constatará el cumplimiento de los requisitos legales y de las cautelas adoptadas en relación al lugar donde se encuentra, que el auxiliar describirá en funciones de actuario.

A menos que el Tribunal considere absolutamente necesario la presencia física, el examen se realizará a distancia y ocultando la cara; precaución que también podrá adoptarse en el caso de los imputados por delitos conexos, aunque se tramiten en causa separada. Esta modalidad concreta puede ser acordada a instancia de parte.

Por último, el artículo 147 ter establece algunas cautelas para la comparecencia en juicio de las personas que trabajan en la justicia, evitando el reconocimiento de las mismas durante su participación en el juicio.

Como veremos, en ninguna otra legislación, al menos de las analizadas, se regulan con tanto detalle las cautelas para evitar posibles represalias de aquellos que en una u otra condición acuden a una Tribunal de Justicia a prestar declaración, característica a la que podemos añadir otra, como es que la legislación italiana mediante los sistemas de comunicación a distancia con el tribunal, ha materializado concretamente en su totalidad las líneas de lucha que se refrendaron en el Convenio de Palermo, contra el crimen organizado que en el año 2000. Es pues, un sistema de comunicación **imprescindible** en la práctica probatoria en los procesos contra las organizaciones criminales, asegurando que las manifestaciones en el juicio oral se pueden llevar a cabo en unas condiciones que garantizan la no injerencia de presiones externas que atemoricen a los sujetos sometidos al examen del tribunal, lo que incide directamente en la fiabilidad del testimonio.

b") Francia

La legislación francesa, en cuanto se refiere a la utilización de los medios de comunicación a lo largo del procedimiento, se caracteriza por ser la más prolija en su descripción de las distintas hipótesis, en las distintas fases procesales en que se puede utilizar los mecanismos audiovisuales y en sus condiciones de utilización general. Aun así, en relación a las garantías exigibles cuando la persona que va a realizar la audiencia por este medio esté privada de libertad, solo exige que haya asistencia letrada.

Se podrá utilizar la videoconferencia tanto en la fase de investigación policial o instrucción judicial, para realizar un **careo** en el que haya que examinar o interrogar a dos o más personas que se encuentran en distintos lugares del territorio francés, siempre que existan medios de comunicación que garanticen la confidencialidad. Se debe

dejar constancia en el proceso en acta escrita respecto de lo acontecido en todos aquellos lugares donde se realice la audiencia, de audio (sólo voz) o audiovisual (voz e imágenes), también cuando sea necesario para la instrucción o investigación o bien para prolongar la detención o la custodia. Las comparecencias procesales pueden ser efectuadas por este medio de comunicación audiovisual, así como también las declaraciones de los detenidos. En lo relativo a la reglamentación de la grabación, las normas están previstas en la exploración del menor-víctima, siendo aplicables a todos los demás casos¹³¹.

Se podrán utilizar los medios de comunicación para recibir declaración a peritos , testigos y partes civiles, y en los juicios si el acusado consiente, está privado de libertad y conforme el Fiscal; también en el caso de personas privadas de libertad que hayan de comparecer a ser

131 Víctima de delitos violentos, agresiones o abusos sexuales, proxenetismo o trata de personas.

interrogadas, tanto en juicio como en instrucción, en los distintos tipos de procedimientos penales, así en los interrogatorios que realiza el *Procurateur* (Ministerio Fiscal) para posterior presentación al Juez de Libertades, en los casos de órdenes de presentación de arresto, de detención europea, extradición, arresto de fin de semana, en el caso de personas en libertad que tengan obligación de presentación o comparecencia, y en los interrogatorios policiales o que deban efectuarse en la Justicia de proximidad si se trata de una persona privada de libertad por otra causa.

En los supuestos en que se utilicen los medios de comunicación para celebrar una comparecencia (con "debate contradictorio") para decidir sobre la prisión provisional, prolongación de la privación de libertad, en las solicitudes de libertad provisional, cuando los acusados que no habiendo comparecido son arrestados por orden del tribunal, para asegurar su presencia en juicio, el interrogatorio se hará con medios audiovisuales por el

Presidente del Tribunal de lo penal. La persona detenida puede oponerse a la utilización de estos medios, con la excepción de que existan motivos justificados para, no obstante, su oposición, acordar su intervención por medios audiovisuales, por el riesgo de fuga en el transporte o por razones de orden público. Es igualmente aplicable este medio de comunicación para aquellas comparecencias ante las Comisiones de Reparación a las víctimas, en la mesa de compensación de delitos, en la instrucción de demandas de revisión y de reconsideración que se efectúa en 2ª instancia penal.¹³²

En todos los casos, si el sujeto que va efectuar la audiencia está asistido por un letrado, este último puede optar por estar en el mismo lugar del Tribunal o de la Comisión competente o bien junto al interesado, garantizándose en el primer caso la posibilidad de comunicación con este de una forma confidencial utilizando

132 "Corte de revisión y de reexamen".

un medio de comunicación audiovisual. En el segundo caso, cuando el letrado este físicamente junto al interesado deberá tener acceso a una copia completa del expediente judicial, a su disposición en el lugar de detención excepto que el abogado haya accedido anteriormente al expediente judicial y ya lo tenga en su poder. La notificación a los detenidos de los informes periciales se hará, salvo resolución motivada, utilizando medios de comunicación audiovisual.

En los casos de imposibilidad de desplazamiento del intérprete, las audiciones o interrogatorios practicados por videoconferencia se practicarán enlazando con el intérprete por este medio de comunicación audiovisual, admitiéndose así la multi-videoconferencia.

Al igual que la regulación italiana, la francesa regula la utilización de los medios audiovisuales, incluida la

videoconferencia, por separado para los supuestos de personas privadas de libertad¹³³ y en otra norma distinta, el artículo 750-2 del Código de Procedimiento Penal Francés¹³⁴, la utilización de estos medios de reproducción de sonido y/o imagen para la protección de determinadas víctimas, en dos casos: los menores y las víctimas de delitos, graves, violentos y sexuales (sean o no menores), atribuyendo en el caso de los menores la competencia al Ministerio Público para decidir si la exploración del menor se realiza por estos medios, autoridad que podrá también decidir si la grabación se realiza solo del sonido, siempre con fundamento en el interés del menor. Siendo competentes para llevar a cabo la exploración tanto el Fiscal como el Juez de instrucción o la Policía Judicial, también cuando actúen en comisión rogatoria pueden encargar la grabación a un experto cualificado que estará

133 Artículo 706-71 del Código de Procedimiento Penal que fue completado por la ley de 9 de marzo de 2003 en cuanto a la regulación en su artículo 143, acerca de la disposición en los locales de detención.

134 Modificado por la Ley n. 2014-640 de 20 de junio de 2014 - artículo 4. por la ley n. 2007-291 del 5 de marzo de 2007, en vigor desde el 1 de julio del mismo año.

sujeto al secreto profesional bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

Siendo distintas las normas del sistema francés sobre la prueba, que en el derecho español, que sólo valora la practicada en el juicio oral, en el sistema galo se multiplican las posibilidades de utilizar las grabaciones y los medios audiovisuales como medio jurídico para la práctica de pruebas¹³⁵.

c") Portugal

135 Artículo 750.2 Código de Procedimiento Penal: *“la copia se registrará a fin de poder ser visionada u oída a lo largo del procedimiento, incorporándolos al expediente original copias quedando el original sellado y cerrado. La grabación, si así lo decide el Juez de instrucción, puede ser visionada y/ o escuchada por las partes en sucesivas fases procesales durante todo el procedimiento, por las partes, los abogados y los expertos en presencia judicial o de un funcionario, la copia puede ser visionada por los abogados de las partes en el Palacio de justicia en las condiciones en que se garantice la confidencialidad de esta consulta. Cuando la grabación no pueda llevarse a cabo por problemas técnicos, hay que hacer mención en el procedimiento precisando la naturaleza del problema técnico en concreto, si la audición se lleva a cabo en el curso de una comisión rogatoria, el Ministerio Fiscal o el Juez de instrucción deberán ser citados inmediatamente. El hecho de difundir una copia está castigado con prisión y multa de 15.000 euros. Las copias a partir de los cinco años de la extinción de la acción penal son destruidas en el plazo de un mes”.*

La utilización de la videoconferencia en el proceso penal de la República de Portugal está regulada en el Código del Proceso Penal de 1929.¹³⁶

En su artículo 317, se establece en términos **excepcionales** la posibilidad de comparecencia a través de videoconferencia de los testigos, peritos y consultores técnicos; en este último caso, cuando estén adscritos a los establecimientos, laboratorios o servicios oficiales, estableciendo que la práctica de dicha audiencia se hará desde su lugar oficial de trabajo, siempre que sea técnicamente posible, con el único requisito de la notificación del día y hora anticipadamente de la celebración de dicha audiencia.

El artículo 318 del CPP, cuya dicción literal comienza con la expresión *excepcionalmente*, regula la posibilidad de

136 Cuya última versión incluye la redacción dada por la Ley 78 de 17 de febrero de 1987, en los artículos 317 y 318. El primero de ellos hace referencia al artículo 111 que regula los actos de comunicación en el proceso penal y cuya redacción actual fue modificada en 1998 por la Ley 95 de 25 de agosto.

utilizar los medios de comunicación en los casos de residentes fuera del partido (distrito) que intervengan en el procedimiento como partes civiles, testigos, expertos o asesores técnicos, quienes podrán solicitar al Presidente del Tribunal realizar su comparecencia mediante videoconferencia, que podrá acordar que la comunicación se efectúe conforme el artículo 111 apartado c) CPP .

Los requisitos son los siguientes: que se trate de una comparecencia no esencial¹³⁷ para el descubrimiento de la verdad procesal, y que existan graves inconvenientes personales o funcionales para el desplazamiento del compareciente De dicha solicitud se dará traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, a fin de que manifiesten todas las circunstancias que quieran alegar.

137 Ac. TRP 24-11-2004: “I. El conflicto negativo de competencia para el examen de un testigo, por razones de ‘*prescindibilidad*’ de ese testimonio, por parte del órgano requerido, cuando el órgano jurisdiccional requirente considera que esta consulta es esencial, no es propiamente un ‘conflicto de competencia’ sino un “callejón sin salida del procedimiento”. II. Sólo puede negarse a cumplir una comisión rogatoria cuando el órgano jurisdiccional requerido no es competente para el acto solicitado, o si la solicitud es para realizar un acto que la ley prohíbe absolutamente (art. 184 CPC), siendo la apreciación del órgano judicial requerido acerca de la ‘prescindibilidad’ del testimonio abusiva e ilegal.

La comparecencia se llevará a cabo mediante medios de comunicación (videoconferencia u otros similares) que permitan la comunicación simultánea y en tiempo real (no retardado).

Respecto de las víctimas de los delitos, diremos que el derecho portugués tiene habilitados instrumentos jurídicos específicos, como son la *declaración de memoria futura* que se realiza inmediatamente después de haber sido cometido el delito, pudiendo ser utilizadas estas declaraciones después en el juicio. Ello no significa que la víctima no pueda ser de nuevo llamada a juicio, excepto que exista grave riesgo físico o psíquico. En cuyo caso entendemos que si esta residiera fuera de Portugal, en el extranjero, podría solicitar ser oída mediante teleconferencia: Conforme a la Jurisprudencia portuguesa¹³⁸ también

138 Ac. TRL de 13.2.2003: " I. El sistema de teleconferencia sólo tiene lugar en el juicio, no en la investigación criminal" y sigue "II - El examen de testigos para el documento de investigación que residen fuera del distrito, pero dentro del área del tribunal de distrito, que es hecha por el respectivo Juez de Instrucción está obsoleto".

existen, otras posibilidades como las Cartas Rogatorias que pueden ser posteriormente leídas en juicio, de modo similar a lo previsto en el artículo 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal.¹³⁹

En general, podemos afirmar que el proceso penal portugués regula la declaración mediante videoconferencia, como una modalidad **excepcional**, sólo para algunos testigos y para determinadas víctimas. Sin embargo, todos los Juzgados portugueses tienen instalado este medio de comunicación, que está previsto más enfocado en su regulación y utilización para el proceso civil.

La Ley n.º 93/99, de 14 de julio establece esta posibilidad de comunicación de la víctima con el Tribunal colegiado o con el Jurado, pudiendo ser utilizada también

¹³⁹ Ac. TRP 19-09-2007: Una carta rogatoria emitida en la etapa de juicio no tiene que ser leída en la audiencia a fin de ser valorado como prueba.

en aquellos casos más extremos la declaración con distorsión de imagen y/o sonido con la finalidad de evitar el reconocimiento del que esté prestando el testimonio.

Para las víctimas de violencia doméstica¹⁴⁰, la Ley n.º 112/09, de 16 de septiembre¹⁴¹, establece esta posibilidad de presencia virtual para la práctica de la prueba a fin de evitar presiones a la víctima en su testimonio, esto es, la videoconferencia se concibe como un modo de proteger la libertad de la víctima, y que su declaración no esté constreñida por la presencia del acusado.

El proceso penal portugués caracteriza la audiencia por videoconferencia como una comunicación concebida entre dos autoridades judiciales, distribuyendo competencias

140 Violencia doméstica es en el ordenamiento jurídico portugués un concepto comprensivo también de la violencia de género.

141 Establece el régimen jurídico aplicable a la prevención de la violencia doméstica y la protección y asistencia a sus víctimas, derogando la Ley n.º 107/99, de 3 de agosto, y el Decreto-Ley n.º 323/2000, de 19 de diciembre.

entre ambos. El Juez del Distrito, en cuya presencia se encuentra físicamente el compareciente ¹⁴², es quien, conforme a los apartados b, d, e, del artículo 323 del Código del Proceso Penal, tiene atribuidas las siguientes: ordenar por los medios adecuados la comparecencia de cualesquiera personas dentro de los términos legales y siempre que lo entienda necesario por la finalidad del procedimiento¹⁴³, recibir los juramentos y las promesas, acordar las medidas preventivas, disciplinarias y restrictivas de libertad, dentro de los términos legales, que fueren necesarias para hacer cesar los actos de perturbación de la audiencia, así como las necesarias para garantizar la seguridad de los participantes procesales (policía de vistas), atribuyendo al Juez requirente-receptor, (Presidente), en el artículo 348.3 del mismo Texto, la competencia para preguntar (*sobre las generales de la ley*) a los testigos, sus

142 Distrito en Portugal es el equivalente en España al partido judicial donde se va a practicar.

143 "(...)entender necessário à descoberta da verdade:" se considera necesario establecer la verdad.

relaciones personales, familiares y profesionales con las partes, y respecto de sus intereses con el proceso. Las anteriores resoluciones judiciales no son recurribles¹⁴⁴

B) Importancia del Convenio Internacional Iberoamericano. Mar del Plata 3 de diciembre de 2010.

Con el rango de Acuerdo Internacional Multilateral, autorizado por las Cortes Generales españolas conforme al artículo 94.1 de la Constitución, está vigente desde el 17 de julio de 2014 el Convenio iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional, que a su vez contiene el Protocolo Adicional de Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia. Fue firmado en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010, de

144 Ac. TRL de 20-11-96: Não é recorrível o despacho do juiz que, nos seus poderes de direcção e disciplina da audiência, decidiu pela advertência ao advogado". *No se apela a la orden del juez, su poder de dirección y disciplina de la audiencia, resolvió advirtiendo al abogado.*

conformidad con el Tratado constitutivo de los Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos¹⁴⁵. En España la autoridad competente para la aplicación del Convenio es el Ministerio de Justicia del Gobierno de España.¹⁴⁶

La firma de este convenio entre España, México, Ecuador, República Dominicana y Panamá está basada en la idea de favorecer el uso de la videoconferencia -como una posibilidad- que favorece la comunicación entre autoridades judiciales para la cooperación mutua en materia civil, comercial y penal, y mediante la utilización de las nuevas tecnologías contribuir a una administración de justicia ágil, eficiente y eficaz.

145 COMJIB.

146 Ministerio de Justicia. Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, calle San Bernardo, 62, 28071 Madrid, España. Tels.: +34 91390 44 09/23 86 - Fax: +34 91 390 44 57. Correo electrónico: dgcji@mjusticia.es.

En este instrumento se define la videoconferencia como un instrumento para permitir la toma de declaraciones en los términos del derecho aplicable de los Estados involucrados en el proceso.

Se prevén algunos requisitos previos al uso: así la necesaria solicitud, que incluye la identificación de la autoridad requirente y requerida, número de proceso, tipo de procedimiento penal o diligencias preliminares, las partes, los hechos, descripción de la diligencia que se solicita, el nombre de la persona que va a ser oída, su condición procesal ,testigo, parte o perito, si la declaración ha de prestarse bajo juramento o promesa, las normas aplicables en el derecho de la Parte requirente acerca de la posibilidad de no declarar y sus consecuencias. Dicha solicitud será remitida por el estado requirente, y debe ser técnicamente posible. La aceptación por el estado requerido se hará siempre que "*no contradiga el derecho nacional de las Partes*". A su vez, se subordina la aplicación del tratado

a las respectivas obligaciones internacionales de las Partes, lo cual significa una categorización de este Convenio como de segundo orden¹⁴⁷, dentro del ordenamiento jurídico de los firmantes.

La realización del examen por videoconferencia se hará directamente por la autoridad requirente y con la presencia de la autoridad requerida, que se identificará así misma y a la persona que se va a examinar, respetando los derechos y garantías procesales, asistencia de letrado en todo caso, e interprete. Se prevén también la adopción de medidas de seguridad si son necesarias, preservando la seguridad y la publicidad.

147 Lo que significaría una derogación del *pacta sunt servanda*.

Respecto del examen de "procesados o imputados"¹⁴⁸, cabe que las Partes se acojan a una cláusula de reserva, pudiendo declarar que no se utilizará la videoconferencia para sus declaraciones. Todo ello, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9, que establece una segunda posibilidad para las Partes, al añadir eventuales condiciones, aunque esta vez para el caso de declaración de imputado, no del acusado.

En el caso español entendemos, tanto como Parte requirente como requerida, que es posible celebrar Juicio Oral cuando el procesado hubiese llegado a una eventual conformidad previa con las acusaciones. De su práctica se dejará constancia mediante acta, con las excepciones del Estado requerido, respecto del examen del procesado en el

148 Convenio Internacional Iberoamericano. Mar del Plata de 3 de diciembre de 2010 Artículo 6º.1 "Las partes podrán declarar que no aplican el presente acuerdo al examen por videoconferencia de procesados o imputados".

Juicio oral. En el caso español, se establece como autoridad competente para el contacto el Ministerio de Justicia.

El Protocolo adicional al Convenio Iberoamericano sobre el Uso de Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, imputa los costes económicos a la Parte requirente. El idioma previsto es el español o portugués indistintamente, así como la publicación en internet accesible a los destinatarios. La remisión de solicitudes por medio electrónico protegido, si es correo electrónico ordinario, se adelantará por este medio, formalizándose posteriormente. El Convenio tiene como objeto promoción de la utilización de las nuevas tecnologías como instrumento en la cooperación en una Administración de Justicia ágil y eficiente.

1.2 La regulación normativa de la utilización videoconferencia en el proceso penal español

A) Relevancia en la modernización de la
Administración de Justicia.

El origen de la implantación de la videoconferencia como instrumento capaz de agilizar los procedimientos penales en España podemos situarlo en el

Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito el 28 de mayo de 2001¹⁴⁹.

A su vez, el antecedente más directo en la implantación, no sólo de la videoconferencia, sino de las demás Nuevas Tecnologías en la Administración de Justicia en España y en los países de nuestro entorno, podemos situarlo en el Tratado de Maastrich en 1.992. La supresión de las fronteras en el territorio europeo vino a poner de manifiesto inmediatamente que se deberían utilizar los medios tecnológicos para colaborar la lucha común contra los delitos transfronterizos; más recientemente, con la creación del tercer pilar de la Cooperación Judicial y policial

149 En mi opinión, muchas son las razones de política criminal que llevaron a la firma de dicho pacto . Dejando a un lado aquellas de tipo interno que fueron apuntadas en la introducción de este capítulo, las razones de política criminal exterior o impuestas por la integración española en la UE son las que al final determinaran que la regulación de la videoconferencia se acelere, aunque no hay que negar se hubiera producido en cualquier caso por razones del avance de la ciencia, como a principios del siglo XX el teléfono. Pero en este contexto de España como miembro de la UE, era muy difícil renunciar a las posibilidades de la videoconferencia como medio de comunicación y de obtener cooperación de los otros miembros y, sobre todo, para la aplicación de los convenios internacionales en esta materia como hemos tenido ocasión de comprobar.

¹⁵⁰ y Europol. En estos momentos la relación entre UE y España es cada vez más estrecha, y a este acercamiento no podía ser ajeno el proceso penal que debía adaptarse a las novedades técnicas que facilitaban la rapidez y las comunicaciones¹⁵¹.

En la Carta de derechos de los ciudadanos ante la justicia,¹⁵² en el punto n.º 21 se señala que los ciudadanos tienen derecho a comunicarse con la Administración de Justicia a través de videoconferencia entre otros medios electrónicos y telemáticos; y no podemos olvidar que el Tratado de Maastrich contiene un proyecto de ciudadanía europea.

150 Tratado de Amsterdam dentro del denominado "Espacio de libertad, seguridad y justicia".

151 La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil contiene información **sobre la utilización de la videoconferencia** en materia civil para la mayoría de los EE MM, en la sección "Obtención y práctica de pruebas", punto n.º 7.

152 Proposición no de ley de 2002 que regula las relaciones de los ciudadanos con la Administración de Justicia, fue aprobada por unanimidad en el Congreso de los Diputados.

A lo largo de estos años han venido a regular la videoconferencia en el marco internacional de cooperación entre autoridades judiciales, o entre los ciudadanos y la administración de justicia, así:

a). - El Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998¹⁵³, que en su artículo 63 establece que “El acusado estará presente durante el juicio. Si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella, observe el proceso y de instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Esas medias se adoptarán

153 Ratificado por España mediante LO 6/2000, 4 de octubre; la Instrucción de la FGE 3/2002 de 1 de marzo se refiere al mismo: “(...) Por otra parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, cuya ratificación ha sido autorizada mediante LO 6/2000, de 4 de octubre (BOE de 5 de octubre de 2000) incorpora entre sus previsiones algunos preceptos que abren la puerta a la práctica de actos procesales conforme a las nuevas tecnologías. Las preocupaciones de los Estados signatarios por compatibilizar la adopción de tales sistemas de comunicación con las garantías propias del enjuiciamiento son bien visibles. Así, los arts. 62 y 63 del mencionado Estatuto proclaman como principios generales que “el juicio se celebrará en la sede de la Corte” y que “(...) el acusado estará presente durante el juicio”, si el acusado perturbare continuamente el juicio, el Tribunal podrá disponer que salga de la Sala desde ahí observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación”. Al propio tiempo, como excepción al principio del carácter público de la audiencia, el art. 68.2 del Estatuto tolera que, con el fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, se permita “(...) la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales”. En la misma línea, el art. 69.2 faculta al Tribunal para “(...) permitir al testigo que preste testimonio oralmente o por medio de una grabación de vídeo o audio”.

únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario”.

b). - La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de Nueva York 15 de noviembre de 2000¹⁵⁴.

c). - La Convención de Nueva York 31 de octubre de 2003, añade la posibilidad de utilizar la videoconferencia como medida de protección de testigos, peritos y víctimas.

d). - El Plan de acción relativo a la Justicia en la red europea.

e). - El servicio especial Atlas ofrecido por la Red judicial europea en materia penal de ayuda a los usuarios

154 **Videoconferencia** como modo (medio *jurídico*) de llevar a cabo la asistencia judicial recíproca para las declaraciones de testigos y peritos, artículos 18.18 y 24.2.

potenciales a verificar la disponibilidad de equipos en el otro órgano.

Conforme, pues, a las sucesivas obligaciones internacionales asumidas, la necesidad de modernizar la Administración Justicia se hizo patente, siendo esta decisión política el origen de la regulación del uso de la videoconferencia en el proceso penal.

B) Normas orgánicas procesales vigentes.

Acerca de la utilización de la videoconferencia podríamos plantearnos : ¿es solo un uso procesal moderno, un instrumento técnico o una forma nueva de comparecer?. A las anteriores preguntas, cabe responder que si la intervención por videoconferencia en el proceso penal es un mero avance técnico cuyo único significado fueran

ventajas, como contribución al ahorro de desplazamientos, aminorar el efecto estigmatizador del proceso en las víctimas e incluso en los acusados, la respuesta tiene que ser negativa. No se trata de una modalidad optativa de comparecer, lo cual es fácilmente deducible si observamos los enormes esfuerzos para su regulación y admisión, recordando la doctrina del TEDH, que en STEDH de 28 agosto de 1991 (caso Colozza contra Italia) y 23 de noviembre de 1993 (caso Poitrimol contra Francia), insistentemente proclaman la necesidad de la presencia física del acusado como garantía de un juicio justo.

Sentada la anterior premisa, pasamos a examinar la normativa orgánica y procesal vigente en España. El rango normativo es el de Ley Orgánica, conforme al artículo 81 de la Constitución como ley de desarrollo de derechos fundamentales, en este caso del artículo 24.1 tutela judicial efectiva, que está dentro de los previstos en el artículo 53.2 del mismo texto.

La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, estableció entre otras reformas de la Ley de Enjuiciamiento criminal la regulación legal habilitante del uso de la videoconferencia.

La reforma el artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, último párrafo, relativo a la intervención del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción: *"Cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido"*.

El artículo 325 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, relativo también a la fase de Instrucción y por los mismos

motivos de utilidad, seguridad u orden público del artículo 731 bis, establece: *"El juez, 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 particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia 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 ¹⁵⁵de la Ley Orgánica del Poder Judicial"*.

Se añade además un nuevo artículo 325 al mismo texto, que dispone: *"El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la*

155 Que, como veremos, regula las condiciones en que se ha de llevar a cabo esta comparecencia.

comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente cuando se trate de un menor¹⁵⁶, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de LOPJ”.

Los dos primeros artículos 306 y 325, están dentro del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del sumario.¹⁵⁷ Por su parte el artículo 731 Bis del mismo texto, se sitúa dentro del Libro III Del Juicio Oral, *a pesar de lo cual no se*

156 Modificado por la LO 8/2006 de 4 de diciembre. “El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación 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.”

157 Más en concreto en el Título IV. De la Instrucción. Capítulo II. Formación del sumario.

*hace referencia a la expresión acusado*¹⁵⁸, que es la condición ineludible de aquel que fuera "investigado" o "procesado", una vez abierta la fase de Juicio Oral.

La motivación requerida para acordar la práctica de la diligencia utilizando la videoconferencia, es la misma tanto en instrucción como en el Juicio Oral. Se establecen las razones de seguridad y orden público, dentro de los que podemos incluir dos destinatarios, el Tribunal y la víctima, u otros intervinientes como los funcionarios públicos policiales o no, en supuestos de organizaciones criminales para evitar fugas. Y sin embargo, no se regula especialmente la posibilidad de distorsión de imagen y sonido que es precisamente a fin de evitar la identificación tanto cuanto el compareciente acude virtualmente a la Sala por medio de videoconferencia por motivos de seguridad ¹⁵⁹, ni cuando la

158 La LO 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. En su Disposición Adicional 2ª. 4: En el resto de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal los sustantivos “reo” o “imputado” se sustituirán por “encausado”, en singular o plural según corresponda.

159 Admitida por vía Jurisprudencial

víctima requiere una especial protección a efectos de identificación; sirvan de ejemplo, los casos de delitos de trata de personas con fines de explotación sexual.

En cuanto al orden público, ya era un motivo que justificaba restringir la publicidad de los debates en el Juicio oral, en el artículo 680¹⁶⁰ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, junto a las razones de moralidad y el debido respeto a la víctima y su familia. El orden público puede excepcionar el principio de publicidad de algunas actuaciones judiciales, como son las sesiones del Juicio Oral. No cabe que restrinja la publicidad de la sentencia¹⁶¹ sin perjuicio de los datos que permitan identificar a los intervinientes.¹⁶²

160 La LOPJ artículos 234 y 235 regula la publicidad de las actuaciones judiciales.

161 En virtud del artículo 120.3 de la Constitución.

162 Artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999 y del 7 de su Reglamento. Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales. El Pleno del Tribunal Constitucional, en ejercicio de la competencia definida en el artículo 2.2, en relación con el artículo 10.1 .m), de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, ha adoptado el

En el ámbito del derecho penal, el orden público es equivalente a paz social, y esta razón para justificar la intervención por videoconferencia en el proceso entendemos que, sería la adecuada para restringir la publicidad o la identidad de los intervinientes, en casos muy concretos, tales como ablaciones genitales, uso del velo islámico y poligamia en determinadas confesiones religiosas.

siguiente acuerdo: Artículo 1.º El Tribunal Constitucional en sus resoluciones jurisdiccionales preservará de oficio el anonimato de los menores y personas que requieran un especial deber de tutela, de las víctimas de delitos de cuya difusión se deriven especiales perjuicios y de las personas que no estén constituidas en parte en el proceso constitucional. Artículo 2.º El Tribunal, en los demás casos, podrá excepcionar, de oficio o a instancia de parte, la exigencia constitucional de publicidad de sus resoluciones (artículo 164 CE), en lo relativo a los datos de identidad y situación personal de las partes intervinientes en el proceso. A tal fin, si una parte estimase necesario que en un asunto sometido al conocimiento del Tribunal no se divulgue públicamente su identidad o situación personal, deberá solicitarlo en el momento de formular la demanda o en el de su personación, exponiendo los motivos de su petición. El Tribunal accederá a la petición cuando, a partir de la ponderación de circunstancias debidamente acreditadas concurrentes en el caso, la estime justificada por resultar prevalente el derecho a la intimidad u otros intereses constitucionales. Artículo 3.º En los casos en que proceda preservar el anonimato de las personas concernidas por la publicación de las resoluciones del Tribunal Constitucional, se sustituirá su identidad por las iniciales correspondientes y se omitirán los demás datos que permitan su identificación. Disposición transitoria. Las disposiciones de este acuerdo serán aplicables a los procesos iniciados antes de su entrada en vigor. Disposición final. El presente acuerdo entrará en vigor el día de su publicación en el “Boletín oficial del Estado 27 de julio de 2015”.

Por último, están los motivos de utilidad, como dijimos, la utilidad, *el servir para un fin*¹⁶³, un fin procesal, como evitar dilaciones, traslados costosos, la práctica de la prueba pericial, sobre todo si los expertos pertenecen a Servicios o Laboratorios oficiales de criminalística o Sanidad exterior del Estado.¹⁶⁴

La actual enumeración de motivos legales carece de sistemática; es generalista. La primera normativa de la utilización de la videoconferencia autorizaba a los tribunales en términos abiertos, amplios, en la redacción original del art 229. 1 de la LOPJ¹⁶⁵. Y es que posteriormente, cuando

163 La doctrina ha insistido en la necesidad de motivación de las resoluciones que acuerden la práctica de la videoconferencia, confrontar: Magro Servet, Vicente. "La videoconferencia en el juicio oral". Actualidad jurídica Aranzadi, 2002 pág. 3. Muñoz Cuesta, Javier. "*Celebración del juicio oral sin la presencia física de los acusados, declarando por videoconferencia*". Comentario a la STTS, Sala 2ª, de 16 de mayo de 2005. Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, N. 7, 2005, págs. 21675-21678. Y Montesinos García, Ana." La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal. 2009, Marcial Pons.

164 Instituto Nacional de Toxicología, Médicos Forenses, Agencia del Medicamento, unidades especializadas de Policía Científica, etc.

165 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 26-12-2008, FJ Vigésimosexto: "Dicha línea jurisprudencial fue ratificada en STTS de 24 de junio de 1999 y de 9 de marzo del mismo año referidas a testificales con "biombo". En la primera de ellas se entendió que la Audiencia

la primera previsión se demostró insuficiente, fue cuando se reformó la ley; en esta ocasión, pues, se perdió la oportunidad de regular cuestiones específicas como la localización del abogado defensor durante la práctica de la videoconferencia, la testifical con ocultación de rostro, distorsión de voz, cautelas respecto de los intervinientes. Tampoco recoge expresamente la ley ni la necesidad de documentación escrita¹⁶⁶ de las diligencias practicadas por videoconferencia, aunque la LOPJ expresa "(...)Sin perjuicio de su documentación" para las diligencias orales en el proceso penal, ni la necesidad de motivación del órgano judicial a pesar de ser una excepción a la regla general de comparecencia física.

utilizó de modo correcto las facultades que al respecto le reconoce la LO 19/94, de 3 de diciembre, sobre Protección de Testigos y Peritos, que en su art. 4.1 confiere atribuciones al órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos, no sólo para resolver sobre las medidas acordadas en esta materia por el Juez de Instrucción, sino también respecto de la adopción de otras nuevas, "previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes(...)". Así lo hizo la Sala de instancia en el caso presente, en el que un determinado testigo manifestó su deseo de declarar sin que fuera visto por los acusados, por miedo a represalias de éstos, puesto que iba a identificar como vendedora de la droga a una persona que allí se encontraba presente en tal condición, concluyendo la Sala que "ante el temor de tales represalias(...) la mínima lesión que se produjo al principio de publicidad nos obliga a considerar justificada la colocación del biombo en la forma que se hizo".

¹⁶⁶ Su incorporación a las actuaciones como documento en soporte digital con fecha y nombre de intervinientes en un acta.

Lo anterior no puede afirmarse sin dejar de reconocer la labor de la Jurisprudencia para compensar las deficiencias de la técnica legislativa, y ello, a pesar de un periodo de incertidumbre al que los Tribunales se vieron abocados incurriendo en resoluciones contradictorias, y que, como vemos intentaron ser resueltas, a nuestro juicio, sin mucho éxito, a través de la introducción de los tres artículos en una reforma prevista en principio para la regulación de la prisión provisional, en la que ni siquiera hay una breve referencia en la Exposición de Motivos a la utilización de la videoconferencia.¹⁶⁷

167 La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre: "Esta ley orgánica tiene por objeto reformar la regulación de la prisión provisional. Se trata de una institución que ha sido objeto de varias modificaciones desde la aprobación de la Constitución. Así, se operaron reformas de mayor o menor calado de la prisión provisional por la Ley 16/1980, de 22 de abril; la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril; la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, y, en fin, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo. Pese a estas sucesivas reformas, la prisión provisional está necesitada de una nueva modificación, que no ha de esperar a la reforma global de nuestro enjuiciamiento criminal".

Siguiendo con la regulación, dentro de la LOPJ, en el Título III de las actuaciones judiciales, capítulo primero de la oralidad, publicidad, lengua oficial.

El artículo 229 de LOPJ dice: *“Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación”*.

²¹⁶⁸*“Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley”*.

El artículo 229 de la LOPJ ¹⁶⁹, dispone en su apartado tercero: *“Estas actuaciones 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*

168 Redactado por el apartado 52 del artículo único de la LO 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (BOE de 26 diciembre). Con vigencia desde 15 de enero de 2004.

169 LO 13/2003 de 24 de octubre; de reforma de la prisión provisional.

personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo”.

C) Eficiencia de la FGE con sus Instrucciones, 1/2002,
de 7 de febrero y 3/2002 de 1 de marzo.

Cuando en el año 2002 se dictó la primera Instrucción¹⁷⁰ 1/2002, de 7 de febrero acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, ya estaba vigente la autorización genérica para Jueces y Tribunales de la LOPJ respecto del uso de cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, y aún no había entrado en vigor la reforma operada por LO 13/2008 de 24 de octubre de 2003. Por aquel entonces, estaban pendientes varios

170 Podemos referirnos a las Instrucciones de la FGE como documentos de régimen interior de los miembros de Ministerio Fiscal en España, que recogen pautas en la actuación de los mismos al regir en este el principio de unidad de actuación en su funcionamiento, siendo el Ministerio Fiscal un Cuerpo Único, dichas instrucciones que son públicas contienen, generalmente, la respuesta a consultas concretas respecto de la aplicación de una norma; gozan de una autoridad moral muy cualificada al ser elaboradas por la Secretaría General Técnica de la Fiscalía General del Estado y/o aprobadas por la Junta de Fiscales de Sala, tienen una gran consideración en todos los sectores jurídicos, junto a las Circulares y Consultas, aunque no son vinculantes respecto de Jueces y Tribunales, gozan, como decimos, de enorme autoridad y tienen una gran repercusión en la práctica por el principio de dependencia jerárquica, que sin perjuicio de la sumisión al principio de legalidad conforme al artículo 9.3 de la Constitución, afecta a la actuación del Ministerio Público.

procesos penales de gran trascendencia mediática y por las circunstancias excepcionales de estos, se antojaba muy útil la videoconferencia en su celebración, bien porque la mayoría de los perjudicados vivían fuera de España, hechos ocurridos en el Lago de Banyoles en Gerona, donde un "catamarán", por exceso de pasaje, naufragó llevando a bordo 141 jubilados franceses. Así mismo ocurrió en el juicio conocido como " Motín de Foncalent", en que la Audiencia Provincial de Alicante, por la peligrosidad de los presos, decidió utilizar por razones de seguridad la videoconferencia para recabar algunas declaraciones con el apoyo de lo previsto en el art 229 LOPJ , motivando esta decisión de la Audiencia, el contenido de esta primera Instrucción, que apuntaba en sentido contrario hacia una posible vulneración de las garantías.

La principal conclusión fue que: "en el actual estado de nuestro sistema legislativo, no cabe la celebración de juicios orales en materia penal a través de

videoconferencia. Por tanto, si el Ministerio Fiscal es citado para la celebración de uno de esos *juicios orales virtuales* deberá 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 nuestra Constitución, de cuya defensa es garante.

La Instrucción estudiando lo previsto en los artículos de la LOPJ 229.2 ¹⁷¹, 268.1 ¹⁷², y el 230.1 (tras la reforma de 1994), así como el artículo 448 Ley de Enjuiciamiento criminal que establece la posibilidad de utilización de cualquier medio técnico para evitar confrontaciones visuales a menores, y teniendo en cuenta el artículo 11 del Convenio de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia

171 "Las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley".

172 "Las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional".

judicial en materia penal, y la aplicación supletoria para el proceso penal de la LEC 1/2000 ¹⁷³, a la que la Instrucción dedica especial atención en base a la posterior legalización prevista en LEC respecto de los documentos presentados por vía telemática sin garantía de autenticidad,¹⁷⁴ llega a la conclusión de que: la posibilidad de celebrar juicios orales por medios virtuales (en cualquier orden jurisdiccional) deberá ser rechazada por la FGE ya que no se encuentra prevista en ningún país de la Unión Europea.

Ello se produce en base a que entiende que los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción se ven afectados por la celebración de un

173 Artículo 135.5 LEC. La posibilidad de enviar documentación por medios telemáticos. Cuando los tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la *remisión* y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieren, los escritos y documentos podrán enviarse por aquellos medios, acusándose recibo del mismo modo y se tendrán por presentados, a envío efectuado según el párrafo anterior prueba y del cumplimiento de requisitos legales que exijan disponer de los documentos originales o de copias fehacientes, éstos habrán de hacerse llegar al tribunal dentro de los tres días siguientes.

¹⁷⁴ Ya que también estaba en ese momento en debate la trascendencia de la falta de firma del acta del compareciente por medio de videoconferencia.

juicio oral en materia penal a través de videoconferencia. La inmediación sólo puede entenderse cumplida si se acepta la presencia *virtual* como equivalente a la presencia física. La publicidad depende 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. Y la contradicción tendrá más contenido cuanto más perfeccionado se encuentre el sistema de transmisión de imágenes: **no es lo mismo una sola cámara fija que varias desde ángulos diversos.** En resumen, la FGE entendió que las exigencias impuestas por el TEDH para entender cumplida la condición de “calidad de la ley” necesaria para cualquier norma que incida en las garantías reconocidas en el Convenio de Roma de 1950 y el artículo 24.2 de la Constitución no se ven cumplimentadas ante la insuficiencia en la cobertura legal que proporcionaba el principio general contenido en artículo 230.1 LOPJ.

No obstante, y a pesar de la rotundidad de los términos ¹⁷⁵, a principios del mes de marzo del mismo año, la FGE dictó otra Instrucción 3/2002, de 1 de marzo de 2002, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia. Consideramos que ello es un claro ejemplo de “penelopismo” argumentativo, ya que, a pesar de lo contenido en la redacción literal del texto que acabamos de analizar, que sin duda vimos que lo era contraria al uso de la videoconferencia¹⁷⁶, afirma en la segunda de sus Instrucciones : “Ahora bien, ello no debe interpretarse como una negativa generalizada al uso de los

175 En cuya redacción se ha intentado resumir partiendo del Texto original, no considerando necesario incluirlo en su totalidad, puesto que puede ser fácil objeto de consulta en la página web de la FGE, fiscal.es, y respetando el sentido claro de sus palabras negativas a la utilización de la videoconferencia en los juicios.

176 *Resuelve un caso muy concreto, motivado por la consulta efectuada por una Fiscalía. Su publicación, como refleja su epígrafe y se razona en sus primeros apartados, ha estado condicionada por el anuncio de celebración de juicios orales conforme a un formato enteramente virtual, valiéndose del sistema de videoconferencia. En los antecedentes puestos a disposición de la Fiscalía General del Estado por la Fiscalía informante, se daba cuenta de un criterio organizativo, condicionado por el singular hecho geográfico de la insularidad, con arreglo al cual el Tribunal se constituiría en una sede geográfica, mientras que el Fiscal (y las demás acusaciones en su caso), el acusado, su defensa y los testigos y peritos se encontrarían en otro punto distinto al del órgano jurisdiccional. El esquema de desarrollo de un modelo virtual de juicio, ha llevado a expresar un criterio contrario a esa alternativa, mientras no se encuentre dotada de la necesaria cobertura legal.*

medios técnicos, singularmente la videoconferencia, en el ámbito de la Administración de Justicia". "Resultaría así un mal entendimiento de la Instrucción citada, y un desconocimiento de la realidad de nuestro ordenamiento jurídico".

Respecto de la interpretación del art 230.1 LOPJ, se añade en la nueva instrucción (...) "que dicho artículo contiene un principio o regla general de autorización, válido siempre que no resulten afectados derechos fundamentales concretos, sin perjuicio de las necesarias excepciones en casos puntuales, y siempre con la debida motivación".

Llegados al punto de la motivación, la FGE recurre a las razones de derecho comparado, a Italia y Francia, en referencia a la regulación que hacen del uso de la videoconferencia en el proceso penal, pero que evidentemente no son fuente de derecho en nuestro ordenamiento jurídico; aunque podría interpretarse esta referencia de la Instrucción como indicativa al legislador

español respecto del camino a seguir o de los precedentes legislativos a tener en cuenta en la reforma legal que estaba a punto de emprender en la regulación del uso de la videoconferencia. Unos referentes con clara superioridad en la técnica legislativa y que, sin duda, el legislador español perdió la oportunidad de tener en cuenta a la hora de regularlo en nuestro sistema penal.

En conclusión, la FGE admite la posibilidad de realización de algunas actuaciones como las entrevistas del Fiscal con internos en centros penitenciarios, mediante la videoconferencia¹⁷⁷. En el caso de los menores infractores la Recomendación 11 de 2008 del Comité de Ministros del

177 PROTOCOLO SOBRE INSPECCIONES A CENTROS DE INTERNAMIENTO FGE

El art. 56 i) LORPM reconoce el derecho del menor internado a comunicarse reservadamente (...) con el Ministerio Fiscal(...). Por tanto, la visita debe realizarse sin la presencia de personal del Centro, directamente entre el internado y los integrantes de la Comisión visitante, en un local apto para tales menesteres. Si se hace a través de separación de cristales, puede admitirse un control meramente visual del personal de vigilancia de existir garitas al efecto, pero jamás un control auditivo, ya que las visitas del Fiscal no pueden ser objeto de intervención, como así lo garantiza para los Centros de menores el art. 41.8 RLORPM, que señala que “las comunicaciones previstas en este artículo no podrán ser suspendidas ni ser objeto de intervención, restricción o limitación administrativa de ningún tipo.” 3º El menor internado tiene derecho a entrevistarse con el Fiscal, pero no tiene, desde luego, obligación. La entrevista es voluntaria. 8º Para la generalidad de las entrevistas debe excluirse la separación por cristales salvo que razones de seguridad prudencialmente apreciadas por la Comisión así lo aconsejen, en atención a problemas de descompensación o agresividad del internado.

Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008 en su punto 126.1 hace especial hincapié en la necesidad de confidencialidad entre los menores internos y los órganos de inspección en los casos de entrevistas. Por ello entendemos que estas mismas razones afectan a los mayores de edad, con lo que se haría dudoso el respeto a la confidencialidad en el caso de videoconferencia como medio de comunicación *confidencial* para la entrevista personal de los internos con el Ministerio Fiscal.

En el ámbito jurisdiccional conforme a la Instrucción, la autorización general del art. 230.1 LOPJ es la regla general de la posibilidad¹⁷⁸ que se excepcionará cuando exista afectación de los derechos fundamentales y no se

178 Posibilidad, que no significa oportunidad. La videoconferencia es una posibilidad legal que no puede derivar en una oportunidad meramente “*practicista*” o fundada exclusivamente en el ahorro de costes.

respete el principio de proporcionalidad o idoneidad del medio para los fines que se persiguen.

La proporcionalidad requiere una motivación adecuada, suficiente para que resulte explicada, teniendo en cuenta que no estaban regulados, aún en este momento los motivos, lo que conlleva la posibilidad de que las partes puedan impugnar la práctica a través de videoconferencia de un acto procesal si es que estiman que "(...) *puede conllevar la merma de algunos de sus derechos fundamentales*".

Así, pues, la Instrucción exige resolución judicial motivada para acordar la práctica de la videoconferencia, y entendemos que, a pesar de que con la regulación actual vigente el legislador no se refiere expresamente a esta necesidad de motivación, visto que las razones legales vigentes hoy para acordar la práctica de la videoconferencia no son sino los motivos de utilidad, seguridad o el orden público, sigue requiriendo la

posibilidad de impugnación por las partes de la resolución judicial, para que estas puedan alegar si sus derechos fundamentales estiman que pueden verse afectados. Además, se refuerza la posición del Fiscal cuando el uso de la videoconferencia se haya acordado de oficio, puesto que, si es a instancia de parte, el Fiscal deberá tener traslado antes de la resolución judicial , y si es de oficio , una vez impugnado por las partes , la instrucción indica: "se ponderará adecuadamente el fundamento de aquélla, cuidando que su dictamen sea acorde con la necesidad de excluir todo riesgo de menoscabo de los derechos fundamentales presentes en el proceso penal". Y ello se hará examinado el caso concreto, cuidando que se respeten las exigencias de la fe pública judicial en todos los puntos de conexión y que exista un equilibrio entre las ventajas en la utilización de la videoconferencia y la posible merma de los principios estructurales que conforman el derecho penal.

En aquellos supuestos que fuese necesario que el perito o el testigo examine o se encuentre próximo a vestigios o piezas de convicción, procesales, cabe la posibilidad de que el Fiscal haga saber al Tribunal este extremo, a fin de que posteriormente pudiera solicitarse la suspensión del acto iniciado por videoconferencia para practicar con la presencia física de este el resto de la diligencia si resulta ineludible y con conservación de la validez de lo ya realizado.

La citada Instrucción exige que, además de la motivación se indiquen por el órgano judicial las cautelas adoptadas para salvaguardar los derechos de las partes afectadas, teniendo en cuenta la desigual transcendencia de los actos de prueba dependiendo del momento procesal en que se realicen.

La posibilidad de utilizar la videoconferencia se muestra, pues, en el año 2003, año en que se dictó esta instrucción, y desde el punto de vista de la FGE, como especialmente útil en los siguientes casos, que

posteriormente se han confirmado en la práctica como los más viables y frecuentes, como:

1. Complemento del auxilio judicial, nacional e internacional, evitando dilaciones y facilitando el principio de inmediación más cumplidamente que el exhorto o la Comisión rogatoria internacional escrita.

2. Declaración de testigos y peritos, fundamentalmente evitando desplazamientos de los peritos judiciales oficiales.

3. Protección de la libre y espontánea declaración de personas. Este es el punto clave entre todas las utilidades de la videoconferencia, que tendremos ocasión de exponer en el capítulo siguiente y la necesidad de protección con cautelas específicas para determinadas víctimas, que ya estaba regulado en los arts. 9.1 y 11.2 d) de la LO 1/1996, de 15 de enero. Las comparecencias de los menores ante los órganos judiciales deben practicarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad.

Por otra parte, recordemos que, el último párrafo del art. 448 Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que "(...) cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba", al igual que el art. 707 segundo párrafo Ley de la Enjuiciamiento Criminal y que, como veremos, se completó en la reforma de LO 8/2006, de 4 de diciembre. Digamos, por ahora, que la incorporación de la videoconferencia como medio de comunicación procesal viene a resolver casi toda la problemática que hasta entonces se había venido resolviendo con biombos o declaración en habitaciones contiguas, demostrando una muy superior eficiencia en la protección de las víctimas.

4. Por último, en la disminución de traslados desde Centros penitenciarios, lo que directamente nos lleva al

siguiente epígrafe. No sin antes recordar que la FGE, dentro de las anteriores conclusiones, señala que "(...) la conversión de la ausencia física en presencia jurídica de carácter virtual deberá decidirse en cada caso, a la luz de las circunstancias y vicisitudes concurrentes".

D) La Disminución de traslados:

Instrucción 2/2007 de la Dirección General de instituciones Penitenciarias.

La Instrucción 2/2007 sobre la Implantación Sistema de Videoconferencia tiene su precedente en el acuerdo interdepartamental de 17 de mayo de 2006, suscrito entre los Ministerios de Justicia e Interior, para la implantación de un sistema de comunicaciones, mediante videoconferencia, entre los centros penitenciarios y las

sedes de los Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 325 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Hay que recordar que en el ámbito penitenciario los parámetros de la actuación tienen que ir orientados a la reinserción social de los internos, por lo que los contactos con el mundo exterior tienen una importancia fundamental. Ello no obsta a que, también, el ámbito penitenciario tenga que modernizarse y estar en paralelo con los avances tecnológicos; pero lo primero es una exigencia con rango constitucional y lo segundo son razones de tipo económico o coyuntural.

Por tanto, los avances tecnológicos serán aprovechados cuando las comunicaciones o las actuaciones procesales de los internos, "no se pueden llevar a cabo de

otro modo". Las instalaciones de los sistemas de videoconferencia en los Centros Penitenciarios en esta instrucción se prevén tanto para las comunicaciones con sus familiares y allegados íntimos, como para facilitar la práctica de diligencias judiciales, como para facilitar el establecimiento de consultas médicas entre distintos establecimientos sanitarios.

Respecto de las instrucciones técnicas, se remite la Instrucción a las prescripciones que se reciban de la Subdirección General de Servicios, y su objeto será regular los aspectos regimentales relativos a : la seguridad y control dentro del Centro penitenciario, ubicación y características de la Sala donde se llevará a cabo, con las correspondientes cautelas durante su práctica, como control visual para los funcionarios a través de mamparas unidireccionales e, incluso a través de circuito cerrado de televisión, y de cristal blindado para los equipos, calendario

para las consultas médicas.¹⁷⁹ Se prevé también como medio de comunicación con los familiares¹⁸⁰, con una duración no superior a los 15 minutos y con el requisito imprescindible de la autorización del Centro Directivo, y así como para la práctica de diligencias judiciales¹⁸¹.

Otros aspectos que se regulan son la capacitación de los funcionarios, el auxilio para las consultas médicas del personal sanitario del Centro y la prohibición de que durante la comunicación con los familiares se exhiba ningún documento u objeto, salvo autorización de la dirección del Centro: No se podrán portar bolsas u otros objetos durante la realización de la comunicación a través de

179 Será requisito imprescindible asegurar la confidencialidad de la comunicación tal y como corresponde a una consulta sanitaria y la voluntariedad expresa del interno al que previamente se habrán de explicar las características del sistema.

180 A instancia de parte, previa solicitud del interno siempre que estos no residan en el lugar del Centro penitenciario y no hayan tenido comunicación durante los últimos 4 meses.

181 Art. 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “el secretario judicial del Juzgado o Tribunal que haya acordado la medida, acreditará, desde su propia sede judicial, la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo” Instrucción 2/2007 DGP.

videoconferencia, las incidencias contrarias a la reglamentación serán comunicadas al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria¹⁸².

CAPÍTULO SEGUNDO

LA APLICACIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

182 Serán de aplicación también las normas previstas en el Reglamento Penitenciario y en la Instrucción 4/2005 de fecha 16 de mayo relativa a las comunicaciones y visitas de internos. En el caso de las consultas médicas por videoconferencia con centros privados, a petición del paciente, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 212.3 del Reglamento Penitenciario y en la I. 6/2006.

I. EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN PENAL

1.1.La declaración del investigado y medidas cautelares

Es un hecho consolidado ya la intervención por videoconferencia en el proceso penal. En la práctica procesal su empleo se ha "normalizado". Demostrada su eficacia, para la agilización de los trámites y la optimización de los recursos en la Administración de Justicia, las nuevas previsiones legislativas van haciendo, cada vez más, referencias a este instrumento, de acuerdo con sus múltiples utilidades, seguridad, evitación de traslados, y un largo etcétera. Pudiendo además ser la videollamada una alternativa a la comunicación telefónica tradicional, que, al permitir también ver y ser visto, mejorará las posibilidades de la comunicación interpersonal a distancia.

A este respecto, el Preámbulo de la LO 13/15 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación

de las medidas de investigación tecnológica¹⁸³ hace referencia a su posible utilización: “En caso de que, debido a la lejanía geográfica, no sea posible la inmediata asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél”.¹⁸⁴

En este supuesto citado, y dado que la conversación es confidencial, no se requerirá ninguno de los protocolos adicionales de identificación de los intervinientes¹⁸⁵, siendo suficiente una aplicación telefónica o la aplicación SKYPE para permitir la videollamada. Sin embargo su utilización con la finalidad de asistencia letrada al detenido en el ejercicio del derecho de defensa, requerirá para su efectividad¹⁸⁶, el traslado de las actuaciones de forma

183 Ley vigente desde el 6 de diciembre de 2015, excepto los apartados 1 a 3 a del artículo único que entraron en vigor el 1 de noviembre de 2015.

184 Artículo 520. 2 .c) de la Ley de enjuiciamiento criminal. Salvo que dicha comunicación sea imposible.

185 Véase Estatuto General de la Abogacía Española en texto aprobado en el Pleno celebrado 12 de junio de 2013. Y en concreto, el artículo 49. Deberes de información e identificación del abogado con sus clientes.

186 El derecho de defensa, que comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y

anticipada al abogado¹⁸⁷, lo que podrá efectuarse por correo electrónico o fax.

Ese aspecto de la reforma llevada a cabo por LO 13/15, que se materializa en la previsión del artículo 520. 1. c) de la LECRIM, no merece objeción alguna¹⁸⁸, puesto que la autorización de comunicación telefónica y mejor aún, por

entrevistarse reservadamente, **incluso antes** de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial.

187 Considerando n. 28 de la Directiva 2013/48/UE: “Debe facilitarse con prontitud a la persona sospechosa o acusada la información acerca de la infracción penal que se sospecha ha cometido o de cuya comisión se le acusa, a más tardar antes de su primer interrogatorio oficial por parte de la policía o de otra autoridad competente, y sin perjuicio del desarrollo de las investigaciones en curso. Debe facilitarse una descripción de los hechos constitutivos de infracción penal incluyendo, si se conocen, el lugar y la hora, así como la posible tipificación jurídica, de forma suficientemente detallada, teniendo en cuenta la fase del proceso penal en la que se facilite esa descripción, a fin de salvaguardar la equidad del procedimiento y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa”.

188 STTS de 17 de marzo de 2015, en argumento relativo a la normalización del uso y cobertura legal en la utilización de la videoconferencia, hace referencia a la Directiva: “No es ajena a esta tendencia la Directiva 2013/48/UE de 22 octubre, relativa al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en procedimientos relativos a la orden de detención europea, y derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad. También ahora la videoconferencia aparece como un instrumento técnico susceptible de hacer posible la asistencia letrada, si bien adoptando las debidas prevenciones con el fin de que su utilización no vaya en detrimento del contenido material de aquel derecho. Así se expresa el considerando 23, en el que se proclama que “los Estados miembros pueden adoptar disposiciones prácticas sobre la duración, la frecuencia y los medios de dicha comunicación, incluido el uso de la videoconferencia y otras tecnologías de la comunicación con el fin de que pueda tener lugar tal comunicación, siempre que dichas disposiciones prácticas no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de esas personas a comunicarse con sus letrados”.

videoconferencia, contribuirá, a evitar demoras injustificadas en la asistencia letrada del detenido. Pero sobre todo, incide en que el Derecho a la Información ¹⁸⁹ del detenido se desenvuelva con plenitud¹⁹⁰ y prontitud, tanto en relación a la comprensión material de aquellos hechos que se le atribuyan, como a las razones motivadoras de su detención, y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención. Facilitando la asistencia letrada a la persona privada de libertad, esa información jurídico

189 Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 Artículo 14 Cláusula de no regresión. Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de limitar o derogar los derechos o las garantías procesales que estén reconocidos al amparo de la Carta, del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Pacto o de otras disposiciones pertinentes de Derecho internacional o de la normativa de los Estados miembros que garantice un nivel de protección más elevado.

190 Un claro ejemplo de la necesidad de asistencia plena del letrado a los detenidos y sus posibles consecuencias se analiza en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015: En relación a la toma de fotografías de detenidos, a los que se somete a un estudio minucioso de pabellones auriculares, fosas nasales, ojos y cejas, así como de otras partes anatómicas y a los que se obliga a cambiar de aspecto externo, colocándoles gorras o prendas de vestir (camisetas), o a adoptar determinadas posturas y posiciones, según interesaba para su confrontación con las imágenes dubitadas. Reconocimiento y examen de pendientes, las aletas nasales, así como tres lunares en el cuello. La exigencia de una asistencia letrada efectiva, no puramente nominal, en las diligencias policiales de identificación que vayan más allá de una simple reseña fotográfica o dactiloscópica y que exijan del detenido una colaboración activa con los agentes que están acopiando los elementos de investigación indispensables para el esclarecimiento del hecho, constituye una exigencia irremplazable. Prescindir de ella puede conllevar, en función de las circunstancias que definan el caso concreto, el menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

técnica, que puede ser decisiva y crucial, en aquellos supuestos de actuaciones policiales que vayan más allá de una reseña dactiloscópica o fotográfica o judiciales, y su relación con los efectos de la confesión del detenido¹⁹¹. Cubre además esta nueva previsión legal la desigualdad existente en la asistencia letrada en las grandes poblaciones y cuando la detención se produzca en un lugar aislado geográficamente¹⁹²; o bien si el abogado de libre elección del detenido, aquel de su confianza, se encuentra lejos.

191 De la Crónica de la Sala de lo Penal Sala Segunda 2013, www.cgpj. En la STTS 27-02-2013 se razona la imposibilidad de utilizar las declaraciones prestadas ante la policía por un imputado sin asistencia letrada: “*La ausencia de letrado impide la valoración como prueba de esa declaración policial. A la vista del art. 767 LECrim puede dudarse sobre la posibilidad de renunciar a esa asistencia no en general, que no es posible, sino para una concreta diligencia de declaración. La redacción no es totalmente concluyente*”. (FJ 5º).

192 Por otra parte, y conforme al considerando número 30 de La Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales. “En caso de lejanía geográfica del sospechoso o acusado, como, por ejemplo, en territorios de ultramar o cuando el Estado miembro lleva a cabo o participa en operaciones militares fuera de su territorio, los Estados miembros pueden establecer una excepción temporal al derecho del sospechoso o acusado a la asistencia de letrado sin demora injustificada tras la privación de libertad. Durante la vigencia de una excepción temporal por este motivo, las autoridades competentes no deberían interrogar al interesado ni llevar a cabo ninguno de los actos de investigación o de obtención de pruebas establecidos en la presente Directiva. En caso de que, debido a la lejanía geográfica del sospechoso o acusado, no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, los Estados miembros deben facilitar la comunicación telefónica o por videoconferencia, salvo que dicha comunicación sea imposible”.

Vemos, pues, que la utilización de la videoconferencia en el proceso penal es hoy una alternativa operativa en las telecomunicaciones procesales e incluso en fase preprocesal, aunque su aplicación práctica dependerá del grado de previsión en implantación de aparatos de comunicación bidireccional de transmisión simultánea de imagen y sonido en las dependencias policiales, bien con pantallas en dependencias adecuadas que garanticen la confidencialidad o por medio de terminales telefónicos que dispongan de aplicaciones de videollamada.

Dentro ya del proceso judicial, en relación a los derechos del investigado, la citada reforma operada en nuestra ley procesal penal contiene más novedades, que también repercutirán en el uso de la videoconferencia, analizaremos con detalle, la acometida por el legislador, acerca de la modificación del lenguaje y su relación con el uso de la videoconferencia, ya que, en este aspecto, se

produce una de las incongruencias legislativas más peculiares de la LECRIM.

En este caso, los nuevos usos lingüísticos implantados no limitarán su alcance a cuestiones formales, y así se desprende del tenor literal del artículo 731 bis LECRIM,¹⁹³ del que podemos extraer la siguiente conclusión: la admisibilidad en el uso de la videoconferencia en la declaración del investigado y la falta de regulación o autorización legal, en nuestro ordenamiento jurídico, en el caso de la declaración del acusado en el juicio oral. Un significativo contraste es el hecho de que el legislador, en nuestra opinión, haya perdido la oportunidad de autorizar la intervención del acusado, en algunos supuestos, dejando en definitiva y en manos de los Tribunales los límites y el respeto a las garantías procesales.

193 “El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como *imputado*, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación 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”. (731 bis LECRIM).

Estudiaremos de origen, las razones que sirven de base a la anterior afirmación, empezando, por el proyecto de ley de la LO 13/15, en cuya exposición de motivos, se decía, “(...) se convocó la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta en la redacción de los preceptos de este Proyecto de ley”¹⁹⁴.

La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de

194 Entre las Conclusiones de la *Comisión para la claridad del lenguaje jurídico* se encuentra la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esas expresiones, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución de los vocablos *imputado* y *reo* por otros más adecuados, como son *investigado* y *encausado*. La reforma ha hecho suyas esas conclusiones. Y así, el primero de esos términos imputado servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto. Sin perjuicio de que a lo largo de esta ley se ha procedido ya de acuerdo con semejante ajuste conceptual y terminológico, en la Disposición Adicional Segunda se efectúa la oportuna sustitución de los términos mencionados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre preámbulo.

rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible.

En el apartado veinte se efectúa la oportuna sustitución de los términos mencionados respecto del resto del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, **(a excepción del artículo 731 bis, que sigue manteniendo la expresión imputado)**. En todo caso, esta sustitución no afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra. Así, se mantienen los términos “acusado” o “procesado”, que podrán ser empleados de forma indistinta al de “encausado” en las fases oportunas.

¿Cuál será finalmente, en nuestro caso, el resultado material de la modificación lingüística y la utilización del

término imputado? Es cierto que la regla general prevé la utilización del término investigado para instrucción y encausado para Juicio Oral. No obstante, pese a esa aparente sencillez, podemos observar que, en la regulación de uso de la videoconferencia, la modificación lingüística no se lleva a cabo en el art. 731 Bis, (juicio oral) que mantiene el término "*imputado*", mientras que en el artículo 325 (instrucción), sí, sustituyendo el termino *imputado*, por la disyuntiva "*investigado o encausado*", (este último artículo está incluido dentro del Libro II del sumario). La inclusión del término encausado en instrucción, carece de sistemática¹⁹⁵, y el hecho de que el artículo 731 Bis, que está incluido en el título III del Juicio Oral, contenga la expresión *imputado*¹⁹⁶ es incongruente. No es posible que concurra en tal condición al juicio, **el**

195 Cabe, sin embargo, la posibilidad de su intervención en la práctica de diligencias derivadas del procedimiento, distintas al juicio en la que su condición sea de encausado; así, vistas de apelación relativas a medidas cautelares personales, en cualquier fase del procedimiento, incluso después de los escritos de calificación provisional.

196 Véase la nota a pie de página número 118 del Capítulo primero.

imputado, sobre todo si, como vimos, se concibe incluido, en ocasiones al mero sospechoso¹⁹⁷.

Lo anterior significa, como vimos, que en nuestra ley procesal penal la intervención por medio de videoconferencia del encausado (sentido estricto) en el Juicio Oral no tiene, ni tendrá en un futuro próximo, una cobertura legal explícita, más allá de la adhesión al Convenio de Asistencia Judicial en materia penal y de la autorización genérica motivada por razones de utilidad, seguridad y orden público contenida, como es sabido, en las previsiones legales relativas a la instrucción.

A los sujetos procesales que, en la regulación por falta de rigor, se permite declarar (“podrán”) mediante el uso de videoconferencia, se sumará la expresión “o en otra

197 La Disposición Adicional segunda LO 13/15 establece artículos concretos en los que se procede a la sustitución de términos, que modificara, sustituyendo en ellos la palabra imputado por ‘*investigado*’, artículos entre los que se encuentra el artículo 325, sin que dicho proyecto haga mención del artículo 731 Bis, que tan solo resultaría comprendido en la previsión genérica del apartado 4 de dicha Disposición Adicional, que establece “*En el resto de los artículos* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal los sustantivos “reo” o “imputado” se sustituirán por “encausado”, en singular o plural según corresponda”.

condición”, a continuación de “imputado, testigo o perito”. Esta expresión que amplía de forma inusitada el ámbito subjetivo, demuestra más que otra cosa la voluntad de promoción en la utilización de este instrumento.

Dejando a un lado las cuestiones terminológicas, y entrando en la delimitación conceptual de investigado, analizaremos la incidencia del uso de la videoconferencia en la declaración del investigado ante el juez, teniendo en cuenta una garantía reforzada por el derecho de la Unión Europea, derecho a la información en el proceso penal. En concreto, analizaremos los considerandos 29 y 30, de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales: “ Si, durante el proceso penal, los detalles de la acusación cambian hasta el punto de afectar sustancialmente a la posición de la persona sospechosa o acusada, esta debe ser informada de ello cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del

proceso y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa”.

Así mismo, “los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo, que resulten fundamentales para impugnar de forma efectiva la legalidad de la detención o privación de libertad de una persona sospechosa o acusada, con arreglo a la legislación nacional, deben ponerse a disposición de esta o de su abogado a más tardar antes del momento en que una autoridad judicial competente deba decidir sobre la legalidad de la detención o privación de libertad de conformidad con el artículo 5, apartado 4, del CEDH, y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo del derecho a impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”. Ello afectará, según veremos, en la adopción de medidas cautelares, utilizando la videoconferencia en la comparecencia del artículo 504 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

Previa a la anterior comparecencia, tendrá lugar la declaración del investigado, detenido o no. La Ley de Enjuiciamiento Criminal en los artículos 368 y siguientes¹⁹⁸ regula su identificación y sus circunstancias personales, y aunque es cierto que antes de la reforma se refería a este concepto procesal con varios términos, "delincuente", "presunto culpable", "procesado", no lo es menos que este estatus procesal es un marco normativo que abarca supuestos muy diferentes, que por un lado limita, sin incluirlo, con el "mero sospechoso", en contra de lo que indicaba la exposición de motivos para referirse al investigado procesal¹⁹⁹. Podríamos recorrer todas las

198 Capítulo III del Título V del Libro II de la identidad del delincuente y sus circunstancias personales.

199 Esta afirmación está firmemente sustentada en la Jurisprudencia, como dijimos, citamos: Tribunal Supremo Sala 2ª, S 8-4-2013, *"El tema del consentimiento para la práctica de las exploraciones radiológicas de las personas sospechosas ha sido objeto de decisiones jurisprudenciales que fueron unificadas por el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en que se tomó el acuerdo de fecha 5 de febrero de 1999, del siguiente tenor: 'cuando una persona -normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero- se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños en su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa declaración con instrucción de sus derechos'. A partir del referido acuerdo, la jurisprudencia ha mantenido el criterio reflejado en el mismo en reiteradas ocasiones (v., ad ejemplo, STTS de 22 de 26 de enero de 2000, 5 de noviembre de 2001 y 17 de noviembre de 2003) que es el que recoge la sentencia impugnada. En esta*

clasificaciones delictivas y ni tan siquiera en aquellas más complejas, en las que a consecuencia de la investigación los indicios puedan ir adquiriendo mayor o menor solidez objetiva, desde el inicio, la conexión de los hechos más o menos intensa con alguna determinada persona debe existir sin que en ningún caso debiéramos encontrarnos al mero sospechoso o persona sobre la que existen meras suposiciones en el procedimiento judicial.

línea, se dice, en la STTS de 22 de diciembre de 1999, que 'cuando los funcionarios encargados de la vigilancia fiscal en un aeropuerto privan de libertad deambulatoria a un viajero para comprobar el cumplimiento de la normativa de represión del contrabando actúan las facultades que el ordenamiento dispone para la vigilancia y entre ellas la privación de libertad deambulatoria para la que se carece de indicios racionales de comisión de un hecho delictivo, lo que determinaría la aplicación de los arts. 492 y 520 de la Ley Procesal. En este marco, se solicita el consentimiento a una exploración radiológica cuyo resultado determinará un distinto contenido de la subsiguiente actuación policial. La localización de efectos que pudieran ser constitutivos de un delito, (...), determinará la concurrencia de presupuestos, conforme al art. 492 de la ley procesal, de una detención por razón de delito. Su ausencia, por el contrario, la finalización de la privación de libertad y, en su caso, del procedimiento de represión del contrabando'. No puede ignorarse, recuerda la STTS 298/2008, de 26 de mayo para que legalmente pueda acordarse la detención de una persona, es preciso que ésta intentare cometer un delito o que se trate de un delincuente in fraganti (v. art. 17.1 C. E y arts. 489, 490 y 492 LECrim. O que existen indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo en el que haya participado. El supuesto del hecho probado aunque pueda considerarse "detención", como otras privaciones de libertad deambulatoria inherentes a las diligencias de cacheo e identificación de un sospechoso, la diligencia de examen radiológico o los controles de alcoholemia, no es la propia de un delito, a la que corresponden correctas actuaciones sino que la detención está sujeta a su práctica legal, con las debidas cautelas, respetando los principios de necesidad y de proporcionalidad y no están sujetas al régimen de la actuación propia del delito. (v. S.T.C de 18 de noviembre de 1993 y las STTS de 2 de febrero y de 23 de diciembre de 1996)".

Legalmente, sí cabe distinguir entre la formalización de imputación y de acusación puesto que existen diferencias en la solidez de los indicios, lo que no significa que en la categoría de imputado²⁰⁰, nos hallemos en presencia de una persona sobre la que recaen meras sospechas o suposiciones, cabe citar, en este sentido, numerosas sentencias, por todas y acerca de la diferencia entre indicios/sospechas, dice el Tribunal Supremo²⁰¹ "Los indicios no son equiparables a la mera sospecha. Ésta –la sospecha– es tan sólo una circunstancia meramente anímica; el indicio es un vestigio racional que precisa para entenderse fundado hallarse apoyado en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en primer lugar, el de ser accesibles a terceros, sin lo cual no pueden ser objeto de control, y, en segundo lugar, que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que existen

200 Como dice la Exposición de motivos de la LO 13/15 "(...) tales como imputado o reo, con las que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas, y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible".

201 STTS de fecha 22/06/2010 en su F. J. 3º.

elementos probatorios del ilícito penal investigado en la diligencia que se autoriza”.

Delimitada concretamente ya la condición de imputado-investigado, lo esencial es la adquisición de un estatus en la mejor garantía de sus derechos²⁰², que culminará en caso de adopción de medidas cautelares, requiriendo de un segundo juicio, el de proporcionalidad acerca de la solidez de los indicios que pesan sobre el imputado. Es clarificadora a este respecto la resolución, del Tribunal Supremo, sentencia de 02 de junio de 2010²⁰³ :
“(…) La aplicación del principio de proporcionalidad(…)en lo

202 Artículo 520 LECrim:

“La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

- a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.*
- b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.*

203 Recurso n.º 11429/2009.

que a la aplicación de la medida se refiere nos llevará a la conclusión de que solo debe aplicarse en supuestos excepcionales, por delitos graves, en los que concurren claros indicios de la existencia del delito y de las personas criminalmente responsables del mismo, sin que pueda nunca basarse su adopción en meras sospechas o conjeturas y por el tiempo imprescindible".

Citaremos también otra resolución,²⁰⁴ que distingue entre el momento de la formalización de la acusación, las meras sospechas o conjeturas y el periodo de investigación en que existen indicios y aún no se ha formalizado la acusación²⁰⁵, la Sentencia de fecha 04 de noviembre de 2009: "En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o **cuando las sospechas**

204 Dictada en materia de dilaciones indebidas, marca el momento inicial a efectos de su cómputo.

205 STTS 1045/2009. (F. J. 9º).

de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos”²⁰⁶.

Así, pues a efectos favorables, el sujeto sobre el que existan indicios racionales de culpabilidad, aunque no sean sólidos, queda incluido en la condición de imputado-investigado, y ante caso de duda, le será aplicable el Artículo 118: " Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa". Esta norma marca el inicio temporal para la posibilidad de utilizar la videoconferencia en el proceso penal y límite en su utilización: el derecho defensa.

En el ámbito de la investigación judicial, en sentido estricto, el mero sospechoso podría intervenir como testigo en el procedimiento, sin olvidar que las declaraciones de los

206 STEDH de 28 de octubre de 2003. Caso López Sole y Martín de Vargas contra España.

testigos están sometidas a la obligación legal de decir verdad ²⁰⁷y, como dice García-Galán²⁰⁸, "*Tan pronto se pueda atribuir, aún en términos de mera conjetura, una responsabilidad penal a una persona, si ésta resulta investigada, se le garantizará la posición de imputado para evitar vulneraciones irremediables a sus derechos fundamentales*", y el artículo 486 de la Ley de Enjuiciamiento criminal que dispone: "La persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la Ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención".

207 Artículo 387 LECrim: "No se exigirá juramento a los procesados, ***exhortándoles solamente a decir verdad*** y advirtiéndoles el Juez de Instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas." Que evidentemente contraría el artículo 24.2 de la Constitución: "(...) a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, (...), a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia". Artículo 388: "En la primera declaración será preguntado el procesado por su nombre, apellidos paterno y materno, apodo, si lo tuviere, edad, naturaleza, vecindad, estado, profesión, arte, oficio o modo de vivir, si tiene hijos, si fue procesado anteriormente, por qué delito, ante qué Juez o Tribunal, qué pena se le impuso, si la cumplió, si sabe leer y escribir y si conoce el motivo por que se le ha procesado".

208 Véase: García-Galán San Miguel, M.^a José. "El imputado. Efectos colaterales de la imputación". EL DERECHO.COM Lefebvre. "Revista de Jurisprudencia", número 2, 17 de octubre de 2013.

Por tanto, y dado que conforme al Artículo 488 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "Durante la instrucción de la causa, el Juez instructor podrá mandar comparecer a cuantas personas convenga oír, por resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad." Para proceder a la citada declaración por medio de videoconferencia, se requerirá un segundo juicio, esta vez de pertinencia, el caso y sus circunstancias concretas. Para sustituir la comparecencia física por la presencia virtual, en la declaración del investigado, habrá de resolverse motivadamente.

En definitiva, al régimen general previsto en la ley procesal relativo a la declaración del investigado, deberán unirse las especiales características de su posible presencia virtual. Así, el abogado puede solicitar estar físicamente junto a su cliente en la práctica de la

declaración, o bien un segundo abogado²⁰⁹ y el primero permanecer en sede judicial receptora de la videoconferencia, máxime en los supuestos de privación de libertad y teniendo en cuenta que el detenido ya ha tenido que recibir asistencia letrada, como dijimos.

La decisión judicial acerca del uso de la videoconferencia dependerá de las circunstancias de la investigación en concreto. Podemos decir que, conforme al artículo 390 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "Las relaciones que hagan los procesados o respuestas que den

209 La Sentencia del Tribunal Supremo 27 de febrero de 2007, dice: En relación a la figura del abogado colaborador pone de manifiesto la inexistencia de regulación legal en nuestro sistema *"no estando prevista en nuestra legislación procesal penal la figura del "abogado colaborador" que menciona la parte ni, por tanto, a los efectos que pretende"*. Sin embargo, debemos observar que en la Directiva 43/2013 en relación a la orden europea de detención, prevé la figura de dos abogados, uno en el lugar de detención y otro en el Estado miembro emisor de dicha orden. Así, sin demora injustificada a partir del momento en que tiene conocimiento de que la persona reclamada desea designar a un letrado en el Estado miembro emisor, la autoridad competente de dicho Estado miembro debe suministrar a la persona reclamada información destinada a facilitarle la designación de un letrado en dicho Estado miembro. Esta información podría abarcar, por ejemplo, una lista vigente de letrados, o el nombre del letrado de guardia en el Estado miembro emisor, que pueda facilitar información y asesoramiento en asuntos relacionados con la orden de detención europea. Los EE.MM. podrían solicitar que la elaboración de esta lista corra a cargo del colegio de abogados correspondiente.

serán orales. Sin embargo, el Juez de Instrucción, teniendo siempre en cuenta las circunstancias de aquéllos y la naturaleza de la causa, podrá permitirles que redacten en su presencia una contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar, o que también consulten en su presencia apuntes o notas". Esta modalidad, de llevarse a la práctica por videoconferencia, añadiría una mayor dificultad, al igual que el supuesto del artículo 391: "Se pondrán de manifiesto al procesado todos los objetos que constituyen el cuerpo del delito o los que el Juez considere conveniente, a fin de que los reconozca. Se le interrogará sobre la procedencia de dichos objetos, su destino y la razón de haberlos encontrado en su poder", ya que se hace más necesaria la presencia física simultánea para su efectividad. Es técnicamente complicado la exhibición de las piezas de convicción al compareciente por videoconferencia, aunque en este sentido existen precedentes jurisprudenciales de visualización de objetos a través de este medio.²¹⁰ Siendo

210 Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2016.

evidente la aminoración de la percepción directa por parte del Juez de las reacciones del imputado en este examen, o de la percepción directa del objeto por el investigado; al igual que en el caso de formación de un cuerpo de escritura por parte del imputado, prevista en el último párrafo de dicho artículo²¹¹.

Otras circunstancias, como las contenidas en el artículo 398, que establece "Si el procesado no supiere el idioma español o fuere sordomudo, que tienen prevista un nuevo marco jurídico²¹², a raíz de la Directiva 2010/4 de la Unión Europea, no impiden utilizar la videoconferencia, pero las especiales características de ambos supuestos y la

211 Artículo 391 in fine de Ley de Enjuiciamiento Criminal: *"El Juez podrá ordenar al procesado, pero sin emplear ningún género de coacción, que escriba a su presencia algunas palabras o frases, cuando esta medida la considere útil para desvanecer las dudas que surjan sobre la legitimidad de un escrito que se le atribuya"*.

212 Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LO 5/15, de 27 de abril de 2015, derivada de la trasposición de la Directiva de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho de interpretación y traducción en el proceso penal.

necesaria presencia de un intérprete²¹³ harán más complicado al órgano judicial y partes observar expresiones faciales, silencios y tiempo de reacción en las respuestas, máxime en el supuesto del idioma gestual, que no hacen muy aconsejable una declaración del investigado mediante videoconferencia. Las anteriores dificultades habrán de ponderarse por el Instructor mediante el juicio de razonabilidad, máxime si la declaración es compleja o de duración prolongada y, conforme al artículo 393, procede acordar una suspensión momentánea.²¹⁴.

Lo mismo ocurrirá en la práctica del careo, respecto de cuya práctica la videoconferencia ha sido inadmitida por

213 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2016, considera que “*el derecho a un proceso con todas las garantías incluye el derecho a una interpretación fidedigna y de calidad, no solo para que el acusado pueda ser entendido, sino también para que él pueda comprender el proceso*”. Conforme a La Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

214 Artículo 393 LECrim: “*Cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo, o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que deba preguntársele, se suspenderá el examen, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. Siempre se hará constar en la declaración misma el tiempo que se haya invertido en el interrogatorio*”.

algún precedente jurisprudencial²¹⁵ o cuando intervenga el investigado o en los casos en que "el procesado rehúse contestar o se finja loco, sordo o mudo", según dispone el artículo 392 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Es posible que la sustitución de la presencia física por la presencia jurídica añada dificultades, que en ningún caso podrán perjudicar los derechos del investigado, pero sí pueden incidir en la validez o consistencia de la propia declaración.

Sin embargo, en nuestra opinión, la videoconferencia se demostrará especialmente útil en los supuestos de declaración de la persona jurídica en calidad de investigada, conforme dispone el artículo 409 bis,²¹⁶ solicitada por la defensa cuando haya optado por presentarse a declarar,

215 Sentencia del Tribunal Supremo 27 de febrero de 2007 argumentando en contra de la alegación de parte en lo referente a la indebida identificación de un testigo.

216 Artículo 409 Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. "*Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable*".

puesto que, en caso de ejercitar su derecho a no comparecer, la ley prevé que: "determinará que se tenga por celebrado este acto". Otro caso en que la videoconferencia puede resultar especialmente ventajosa es la comparecencia para el traslado de la imputación del artículo 25.4 de la LO 5/1.995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, a fin de dar audiencia al imputado, a quien ya se habrá recibido una primera declaración en caso de que estuviera privado de libertad. Y para la designación de abogado y procurador apud acta, cabe utilizar la videoconferencia por el Letrado de la Administración de Justicia y el Centro Penitenciario, si se dispone de estos medios.

En definitiva, la utilización de la videoconferencia, sin venir a sustituir como una modalidad alternativa la presencia física del investigado en las diligencias procesales sin circunstancias especiales o con mayor complejidad, puede demostrarse provechosa, para evitar traslados

innecesarios o contribuir a la celeridad de todos aquellos trámites que puedan realizarse indiferenciadamente, físicamente o mediante comparecencia *jurídica*. Y también, cuando se solicite por la defensa del investigado residente en el extranjero, incluso en territorio sin convenio aplicable de cooperación, supliendo la falta de "sede judicial requerida" o Magistrado de enlace Eurojust, las Delegaciones Diplomáticas Españolas, validando²¹⁷ la práctica mediante la identificación del interviniente por el Letrado de la Administración de Justicia, constituido en el Juzgado receptor, sin perjuicio de la grabación y llevando a cabo la documentación de la identificación a través del acta por escrito.²¹⁸

217 Artículo 404 LECrim: "*La diligencia se firmará por todos los que hubiesen intervenido en el acto, y se autorizará por el secretario*", y artículo 402 LECrim: "*El procesado podrá leer la declaración, y el Juez le enterará de que le asiste este derecho. Si no usare de él, la leerá el secretario a su presencia*".

218 CAPÍTULO IV. De las declaraciones de los procesados, artículo 385: "*El Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del querellante particular, hará que los procesados presten cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos, sin que ni el acusador privado ni el actor civil puedan estar presentes al interrogatorio, cuando así lo disponga el Juez instructor*", artículo 386: "*Si el procesado estuviere detenido, se le recibirá la primera declaración dentro del término de veinticuatro horas. Este plazo podrá prorrogarse por otras cuarenta y ocho, si mediare causa grave, la cual se expresará en la providencia en que se acordase la prórroga.*", artículo 389: "*Las preguntas que se le hagan en todas las declaraciones que hubiera de prestar se dirigirán a*

De este modo, será el juicio de racionalidad del órgano judicial donde se valorará motivadamente la pertinencia de acuerdo a las circunstancias del supuesto concreto para decidir acerca de la intervención del investigado mediante videoconferencia. Ello permitirá tanto el control de los motivos como de los inconvenientes, debiendo consignarse las alegaciones y reproducirse en juicio oral mediante *protesto*.²¹⁹

Una vez practicada declaración del investigado, corresponde al Juez de Instrucción legalizar su situación personal, si el investigado está detenido, pudiendo

la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del procesado y de las demás personas que hubieren contribuido a ejecutarlos o encubrirlos. Las preguntas serán directas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de modo capcioso o sugestivo. Tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza”, artículo 396: “Se permitirá al procesado manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos, evacuándose con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere, si el Juez las estima conducentes para la comprobación de sus manifestaciones. En ningún caso podrán hacerse al procesado cargos ni reconvenciones, ni se le leerá parte alguna del sumario más que sus manifestaciones, ni se le leerá parte alguna del sumario más que sus declaraciones anteriores si lo pidiera, a no ser que el Juez hubiese autorizado la publicidad de aquél en todo o en parte”, artículo 399: “Cuando el Juez considere conveniente el examen del procesado en el lugar de los hechos acerca de los cuales deba ser examinado o ante las personas o cosas con ellos relacionados se observará lo dispuesto en el Art. 438”.

219 Sentencia del Tribunal Supremo 27 de febrero de 2007. En lo referente a la indebida identificación del testigo, analizada el acta del juicio, se constata que por parte de la defensa no se formuló ninguna protesta específica a este respecto ni en lo que se refiere a las deficiencias técnicas que aduce, ya que la efectuada tiene un carácter meramente genérico carente de desarrollo argumental.

aquel acordar la libertad provisional con o sin cargos. No obstante, si resuelve acordar medidas personales de aseguramiento, como prisión provisional o libertad con fianza, deberá celebrar previamente comparecencia de las partes, en cuya práctica podrá utilizarse la videoconferencia.

Esta comparecencia fue introducida, en nuestra ley procesal, en el año 1.995. La Circular 2 de la FGE de ese mismo año analizó detalladamente el nuevo régimen jurídico²²⁰ de la prisión provisional, tras la reforma de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, especialmente, y en relación a la nueva comparecencia regulada actualmente en

220 Muñoz Conde, Francisco: “*Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional*”, <http://www.cienciaspenales.net>, páginas 228 y 229. Fuente: BARBERO SANTOS, Marino: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 41), Cuenca 1997.

“Esta reforma deja, pues, un margen para que sea, en primer lugar, el Ministerio Fiscal, que es prácticamente la única parte personada automáticamente desde el inicio del procedimiento, quien valore si se dan los presupuestos para solicitar la prisión provisional. Si el Ministerio Fiscal no la solicita y no hay ninguna otra parte personada que lo solicite, el Juez no puede motu proprio acordarla. Esta es la gran novedad de la reforma. De hecho, sin embargo, en la práctica, la praxis que está observando el Ministerio Fiscal es la solicitud de la prisión provisional apenas se den los presupuestos formales que señala la LECr. incluso con más frecuencia de lo que antes lo hacían los jueces, ya que, en definitiva, la responsabilidad última de si se acuerda o no la prisión sigue recayendo sobre el Juez y no sobre el Fiscal que la solicita”.

el Art. 504 bis 2 de la ley de Enjuiciamiento Criminal²²¹ (audiencia previa a la medida privativa de libertad), “vistilla” o procedimiento contradictorio para acordar la prisión provisional. No obstante las previsiones iniciales, que constituyeron durante años el régimen jurídico aplicable a esta institución, actualmente han sufrido seis sucesivas reformas de su texto original,²²² a lo que también contribuyó la doctrina del Tribunal Constitucional.

Merece nuestra atención uno de los problemas, que ya se suscitó por aquel entonces, y no uno de los menores, según lo adjetiva la Circular citada: el derivado de la falta de medios personales en la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal, para asistir a la citada comparecencia, resuelto con

221 STC Sentencia 74/ 1994 de 3 de marzo que anuló el artículo 504 bis.

222 LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECRM en materia de prisión provisional.
Ley 1/ 1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.
LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ y Ley 38/2002 de 24 de octubre de reforma parcial de La LECRIM sobre el procedimiento para enjuiciamiento rápido de delitos y faltas y modificación del procedimiento abreviado.
LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995 Código Penal.
LO 13/15 de 5 de octubre.

la implantación de los aparatos de videoconferencia en las Fiscalías. En cualquier caso, deberemos distinguir entre la cuestión de fondo relativa a la institución de la prisión provisional,²²³ y otras cuestiones que nada tienen que ver con la garantías reforzadas que deben rodear una restricción de aquel derecho, que hace a los hombres sencillamente hombres: la libertad²²⁴.

En la práctica, planteado el problema de escasez de medios personales para asistir a las comparecencias, no pasaron muchos años para encontrar *una solución*, ya que el legislador aprovechó la oportunidad que le brindaba la paulatina implantación de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, sin atajar el problema de raíz, apostando de forma decidida por la videoconferencia como instrumento para la intervención del Fiscal evitando

223 Básicamente, el sometimiento al principio de contradicción y rogación, que requiere entrar en un nivel de detalle que se efectúa en el capítulo tercero.

224 Del FJ 3 STC 147/2000.

desplazamientos, y, en definitiva optimizando los recursos habidos.

En el sentido anterior cabe destacar, el contenido de la Circular 2/95, de la Fiscalía General del Estado, que acerca de las intenciones del legislador en la reforma legal, decía (...)si bien en su "filosofía inspiradora la reforma no merece objeciones, su plasmación práctica revela un cierto distanciamiento de la realidad que suscita un buen abanico de problemas generales y también en cuanto a la actuación del Ministerio Fiscal. Desde luego no son los menores los derivados de la crónica insuficiencia de medios personales y materiales que sufre el Ministerio Público para afrontar las relevantes misiones que le atribuye el ordenamiento"²²⁵.

No obstante, la "inicial desconexión de la realidad", si es que la hubo, fue contrarrestada, con realismo y actitud pragmática²²⁶, coincidiendo con que la utilización de este

225 CIRCULAR 2/1995 FGE.

226 Muñoz Conde, Francisco: *"En la práctica, la actuación del Ministerio Fiscal está variando de una ciudad a otra, según se trate de zonas urbanas o rurales (los Fiscales suelen vivir en*

instrumento era la solución avalada unánimemente por la doctrina más autorizada,²²⁷ firmemente posicionada pro-admisión de la videoconferencia.

Pero no conviene olvidar que la videoconferencia es sólo un medio de comunicación que puede equiparar la presencia física a la presencia jurídica²²⁸, aunque no, en cualquier caso; ciertamente podemos afirmar que solo en el ámbito de actos no jurisdiccionales (en el contexto judicial) su utilidad será total. Sin embargo, en los actos

la Capital de provincia donde está ubicada la Audiencia a la que pertenecen, y cuando el detenido está en un pueblo lejano de la capital tienen que desplazarse al Juzgado de ese pueblo y comparecer ante el Juez). La decisión también depende, claro está, de que lo solicite alguna otra parte personada en el proceso, que normalmente no suele estar personada en los momentos en que se decide este importante extremo. La necesidad de comparecencia de todas las partes, y al menos obligatoriamente del Ministerio Fiscal y del imputado asistido por su letrado, ante el Juez garantiza que este pueda disponer de más datos para evaluar los presupuestos de la prisión que acuerde". Muñoz Conde, Francisco: "Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional" <http://www.cienciaspenales.net>, pág. 229. FUENTE: BARBERO SANTOS, Marino: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 41), Cuenca 1997.

227 Entre otros, Magro Servet, Vicente: "La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales". La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N.º 3, 2003, págs. 1698-1706 y Herrero-Tejedor, Algar, Fernando: "El Tribunal Constitucional y la nueva regulación legal de la prisión provisional". Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 5, 2004.

228 Fiscalía General del Estado en su Instrucción de 1 de octubre de 2003.

jurisdiccionales del proceso penal, sus utilidades siempre son relativas, están limitadas. Ello que constituye una realidad tan obvia, como la diferencia de la cercanía física y la formal o jurídica, que debería suponer un replanteamiento de la utilización generalizada de la videoconferencia.²²⁹

Ciertamente, prisión y libertad con fianza están sujetas al principio de rogación, cuestión que no solo afecta a su naturaleza sino, desde luego, en nuestra óptica - relativa al uso de la videoconferencia- al hacerse imprescindible la comparecencia, de las partes acusadoras, física o jurídicamente al menos en el caso del Ministerio Fiscal, cuyas peticiones se erigen en condicionante de la resolución

229 STC 147/2000 F. J. 3: “En un Estado social y democrático de Derecho como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. La libertad de los ciudadanos es, en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. La libertad hace a los hombres sencillamente hombres. En atención a su papel nuclear y su directa vinculación con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”.

judicial, de prisión provisional, que el órgano judicial con antelación ya ha valorado como adecuada, cuya finalidad, desde luego, constitucionalmente legitimadora, es el aseguramiento de fases posteriores del procedimiento y la conjura de ciertos riesgos procesales, por lo que la comparecencia requerirá de las máximas garantías en su celebración.

Es cierto, que por su propia naturaleza estas medidas cautelares se asocian inevitablemente a la rapidez en su adopción, ya que las previsiones legales determinan un plazo en la convocatoria de dicha comparecencia. Como hemos tenido ocasión de comprobar repetidamente si hay una ventaja indiscutible en la utilización de la videoconferencia, es la agilización de los tramites, contexto en el que el legislador en el año 2003, habilitó²³⁰

230 Contribuyendo la referida habilitación a la optimización de los recursos disponibles en las fiscalías, evitando desplazamientos innecesarios, máxime teniendo en cuenta a este respecto dos cuestiones, como son que la comparecencia se celebrará siempre que el juez de instrucción no haya resuelto legalizar la libertad del imputado, lo que significa que ya ha realizado un primer juicio de proporcionalidad acerca de la solidez y de la claridad de los indicios que pesan sobre el imputado para acordar medidas de sujeción especial sobre el mismo, y en segundo lugar, que la adopción de esta medida no condiciona la valoración

específicamente en la utilización de la videoconferencia al Ministerio Fiscal que: ²³¹ “(...)podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido”.

Ello, sin olvidar que, conforme a la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.²³² En referencia al momento en el que, a más tardar, una autoridad competente deba decidir sobre la detención o privación de libertad de conformidad con el artículo 5, apartado 4, del CEDH, deben ponerse a

probatoria, ni anticipa ningún juicio sobre la culpabilidad véase la STTS 21 de marzo de 2013.

231 Véase la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, sobre la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia; e Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia.

232 Considerando n.º 30: *Los Estados miembros pondrán en vigor para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 2 de junio de 2014.*

disposición del detenido o de su abogado los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo, que resulten fundamentales para impugnar de forma efectiva la legalidad de la detención o privación de libertad, de una persona sospechosa o acusada, con arreglo a la legislación nacional, a más tardar antes del momento en que una autoridad judicial competente deba decidir sobre la legalidad de la detención o privación de libertad.

A ello se añade que la ley prevé la posibilidad de prórroga de la detención, si fuese necesario. Por tanto, no es la celeridad en sí misma la prioridad, si no evitar la dilación injustificada de la situación personal de privación de libertad del detenido, lo que requerirá ajustar el tiempo empleado a las necesidades específicas del caso concreto, a lo que, desde luego, sí puede contribuir la funcionalidad de la videoconferencia. Siendo un instrumento técnico con innegable utilidad, deberá razonarse su funcionalidad al servicio del proceso.

Lo anterior concuerda con las previsiones del art 4 del Estatuto Orgánico²³³ del Ministerio Fiscal, Ley 50/81 de 30 de diciembre, que establece: “Con carácter general, la intervención del Fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos, siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas para la validez del acto de que se trate”.

Las medidas cautelares más aflictivas requieren, en algunos casos la posible celebración de pruebas²³⁴ que puedan practicarse en el acto o en un máximo de setenta y dos horas. Por su parte, las medidas cautelares especiales, excluyendo la prisión provisional incomunicada, concebidas en términos de protección de la víctima requieren la audiencia de las partes. La diferencia de unas y otras estriba en la diferente intensidad, decreciente de

233 A partir de ahora EOMF.

234 Siempre que resulten relacionadas y decisivas con la decisión sobre la situación personal.

aflictividad, sin olvidar que dicha comparecencia puede acordarse estando las actuaciones bajo el secreto Requerirá pues, de una necesaria ponderación por parte del juez la intervención por videoconferencia del investigado, del interprete y de los posibles testigos, esa misma reflexión atañe al propio Fiscal respecto de su posible intervención a través de este medio, ya que no hay posibilidad legal, al menos conforme a nuestra interpretación, de revisión judicial de esta decisión.²³⁵

Del tenor literal de la ley Art. 306 LECRIM, cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el Fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, mediante videoconferencia". Podemos interpretar, en nuestra opinión, que corresponde, en exclusiva, dicha decisión al Fiscal, lo que tan solo requerirá

235 Confróntese con Montesinos García, Ana, *"La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal"* 2009, Marcial Pons. A cuyo parecer, esta decisión debe poder ser objeto de revisión por parte del órgano judicial (pág. 110).

que existan medios técnicos y que se garantice la validez del acto, quedando asegurado el adecuado y justo ejercicio de las altas funciones encomendadas a este órgano constitucional.²³⁶

No obstante, el marco jurídico implantado legalmente para la utilización de la videoconferencia tiene su origen justificado en la celeridad de los trámites, pero fundamentalmente, y eso es lo criticable, han tenido mucho peso otras circunstancias extrañas al proceso, como es la situación secular en la Administración de Justicia española de escasez de medios, igual que en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado e Instituciones Penitenciarias, lo que en definitiva, ha dado lugar a la implantación de un sistema legal que elimina cualquier inconveniente para

²³⁶ No obstante, esta nuestra interpretación. El pasado 19 de enero de 2015 se publicó en el Diario norte de Euskadi.Diario.es, que La Fiscalía de Bizkaia intentó participar por videoconferencia en la toma de declaración de los testigos, pero la jueza rechazó su uso por considerar que debe emplearse como "algo excepcional". La jueza también alega que había muchos documentos escritos, así como "dificultades técnicas" que pudieran complicar la declaración.

practicar e intervenir por medio de videoconferencia ,al menos en la fase de instrucción, al imputado o encausado, intérprete, perito, testigo y en cualquier caso al Ministerio Fiscal.²³⁷

El posible uso de la videoconferencia en la comparecencia de prisión preventiva,²³⁸ debe adecuarse a las circunstancias del caso concreto,²³⁹ son vicisitudes relativamente frecuentes la presentación de profusa documentación por la defensa, que conlleva una cierta

237 Cuya legitimación en los protocolos de colaboración para establecer el procedimiento a seguir para la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia y las CC AA, es solo una de las autoridades ante quien se puede presentar la solicitud por las partes para intervenir por este medio. Véase la Resolución de 21 de junio de 2010, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Protocolo general de colaboración con la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, y la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

238 También es aplicable en los procedimientos de extradición y en las órdenes de detención y entrega europeas. Así, la STC 147/2003 dice: “(...) y otra fase de carácter judicial que, salvo asentimiento de la persona reclamada, se sustancia mediante un juicio contradictorio con la presencia del Fiscal, del interesado y de su defensor, debiendo resolver el Tribunal competente mediante Auto motivado”.

239 Dejamos apuntadas también las razones de victimización institucional del investigado, previa a la terciaria o penitenciaria, si eventualmente hay dificultades en la percepción y comprensión para este, de lo que ha sucedido en la comparecencia, sin olvidar que la prisión preventiva no puede perseguir fines punitivos ni de anticipación de la pena (S.T.C 128/1995, F. 3).

dificultad al utilizar este medio, y podríamos añadir los graves inconvenientes en relación con el derecho de defensa, derivados de la posible intervención del investigado desde prisión y el abogado en la sede del órgano judicial sin comunicación directa con su cliente, las que serán tenidas en cuenta para decidir.

La anterior decisión compete por separado al órgano judicial y al Ministerio Fiscal, como dice MONTESINOS GARCIA, Ana²⁴⁰: *“Sin embargo podemos observar que la ley no somete a control judicial alguno la decisión del Fiscal de intervenir a través de este medio tecnológico, siendo resultado tal opción de la entera y única voluntad del Fiscal”*, interpretación correcta, puesto que, la ley otorga a esta autoridad competencia directa para decidir sobre el ejercicio de la habilitación legal conferida; pudiendo, a su vez, oponerse fundadamente a la decisión judicial que

240 Montesinos García, Ana: “La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal” 2009, Marcial Pons, páginas 107 a 111.

autorice la intervención mediante videoconferencia de otros posibles comparecientes.

Actualmente, no sólo la prisión preventiva es la única de las medidas cautelares personales afectadas por el uso de la videoconferencia. También la prisión con fianza y, en su caso, las medidas cautelares especiales del Art. 544 bis y la orden de protección del Art. 544 ter, ambos de LECRIM, aunque estas últimas son menos intensas en términos de restricción y no están sometidas al principio de rogación. Sin embargo, todas ellas pudieran verse afectadas, en igual medida, por los inconvenientes anteriormente expuestos.

En el terreno de posibles reformas legales, se debería regular como posibilidad excepcional la intervención por videoconferencia en las comparecencias de prisión provisional, cuando las razones concretas del caso o las circunstancias de los intervinientes, superen a las deficiencias ínsitas en las presencias jurídicas-virtuales,

dicho sin perjuicio de que en el futuro los avances técnicos dejen obsoletos estos argumentos.²⁴¹

1.2. Prueba pre-constituida: El menor ofendido

En contraste con el epígrafe anterior, en las siguientes líneas, podremos constatar cómo el impacto de la utilización de este instrumento se muestra lleno de ventajas, llegando a eliminar supuestos de prueba preconstituida al menos en su concepción tradicional y adquiriendo un papel imprescindible, muy importante en el ámbito de protección a las víctimas.

La denominada preconstitución probatoria es un mecanismo excepcional legalmente previsto para

241 Como dice la STTS de 17 de marzo de 2015:” *El ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad. Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico convencional del principio de inmediación sigue siendo considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurran razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas”.*

determinadas diligencias sumariales, practicadas en fase de instrucción, que son irreproducibles en el juicio, bien por razones “congénitas”,²⁴² ya que tienen imposibilidad física o jurídica²⁴³ de ser practicadas conforme a las reglas generales, o bien por razones “sobrevenidas”, previsibles o inevitables. La aptitud como prueba de cargo se adquirirá, dependerá de su justificación y de que sean aportadas al juicio oral, mediante la lectura del artículo 730 de la LECRIM. La vocación de estas diligencias es ser valoradas como pruebas, a través de una vía sucedánea, la documental por el Juez o Tribunal que va a juzgar la causa, aunque no sea esta su condición legal-original. La preconstitución probatoria es legítima desde la perspectiva constitucional, siempre que se hubiera practicado correctamente, como excepción y respetando el principio de contradicción.

242 STTS 10 de febrero de 2009, utiliza estos términos, son diligencias irreproducibles.

243 En España la Jurisprudencia fue extendiendo, en base a la doctrina del TEDH, desde las iniciales previsiones supuestos de imposibilidad física, ausencia de territorio español, muerte, locura del testigo, a otros supuestos.

En la anterior explicación, se incluyen aquellas diligencias que se practicarán mediante lectura o visionado, denominadas “prueba preconstituida o anticipada”, que ya están practicadas antes del juicio, se acuerdan motivadamente en supuestos tasados.²⁴⁴El Tribunal Constitucional condiciona la validez de la prueba preconstituida a la contradicción o posibilidad real de que el acusado pueda interrogar a testigos de cargo,²⁴⁵ obtener

244 Tribunal Constitucional Pleno, S 22-7-2002, n.º 155/2002, BOE 188/2002, de 7 de agosto de 2002: “De esta manera hemos afirmado que “ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido” (STC 143/2001, de 18 de junio), pues, como se había señalado en anteriores ocasiones: “el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos”. (STC 144/1997, de 15 de septiembre). La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las “reglas esenciales del desarrollo del proceso” (STC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), que se proyecta como exigencia de validez sobre la actividad probatoria, ya se trate de diligencias sumariales que acceden al juicio oral como “prueba preconstituida” (STC 200/1996, de 3 de diciembre; 40/1997, de 27 de febrero, 94/2002, de 22 de abril, FJ 3 2002/11285), ya de los supuestos en que, conforme al art. 714 L.E.Crim., se pretende integrar en la valoración probatoria el contenido de las manifestaciones sumariales del testigo o coimputado, ya hablemos propiamente, por último, de las manifestaciones prestadas en el juicio oral”.

245 Sentencia n.º 1177/2005 de T.S, Sala 2ª, de lo Penal, 19 de octubre de 2005, considera no vulnerado el principio de contradicción incluso cuando no se ha citado al acusado para la práctica de la prueba anticipada, estando presentes los abogados de la defensa. “(...) cierto que formalmente hubo una vulneración de lo dispuesto en el art. 448, pues, conforme consta. Se practicó con el carácter de prueba anticipada con intervención del Ministerio Fiscal y de los letrados de las dos personas entonces imputadas(...); pero sin intervención personal de tales dos imputados, ..como era obligado por lo dispuesto en el citado art. 448, que ordena

pruebas de descargo, combatir las pruebas que le incriminan, alegar, en definitiva, lo que a su derecho convenga.

Una de sus características es la excepcionalidad, puesto que el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal establece: "El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, (...) dictará sentencia(...)" únicamente, en el juicio oral es donde se practican las pruebas. El mandato legal es claro y la sentencia deberá basarse en el exclusivo resultado

la "presencia del procesado", expresión que, ahora, tras la supresión del auto de procesamiento para algunos de los procedimientos penales por delito y tras la modificación del sistema de instrucción penal que ha adquirido carácter contradictorio desde su inicio ha de entenderse referida a "presencia del imputado(...). Ahora bien, tal omisión formal no produjo en el caso presente indefensión alguna, pues, (...), modificado tal art. 448 con el añadido de su párrafo último (LO 14/1999) referido a los casos en que el testigo sea menor de edad, como ocurrió en el presente, es difícil pensar que, a tales dos detenidos, el Juez les hubiera permitido realizar preguntas a la testigo de manera directa; habida cuenta de que es precisamente de esto de lo que se quejan los recurrentes en estos motivos terceros: de haber privado a los entonces presos de interrogar por sí mismos a la menor María Luisa. Entendemos que, por la naturaleza de este delito (relativo a la prostitución) y la mencionada minoría de edad, fue suficiente, para asegurar la contradicción exigida para la validez de esta exploración como prueba anticipada, la presencia en el acto de tal exploración, de los abogados de los luego acusados, cumplido, asimismo, como se cumplió ... el requisito de la lectura de tales folios en el juicio oral conforme a lo dispuesto en el art. 730 LECrim. Y lo aquí expuesto vale también para la denuncia de infracción del art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, en los mismos términos del art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Nueva York, se refiere al posible interrogatorio del testigo de cargo por parte de los propios acusados".

probatorio obtenido en el Juicio Oral. La preconstitución probatoria sin embargo, permite desdoblarse el momento cuando se practica, y el lugar donde adquirirá eficacia para ser valorada como prueba de cargo: en el juicio oral. En cuanto al modo, mediante su reproducción escrita (lectura) o visionado de imagen y/o sonido; y siempre y en definitiva, como dice PAZ RUBIO, *"si no hay prueba de cargo razonablemente suficiente, desarrollada y practicada de manera correcta, no puede haber condena porque no se ha destruido el principio constitucional de inocencia"*.²⁴⁶

Como excepción, pues, a la regla general que afecta a las pruebas de cargo, su casuística e interpretación han de ser excepcionales y restrictivas.

La admisibilidad para su práctica durante la fase de instrucción viene regulada conforme a los artículos 448 y 449 de la LECRim respecto de testigos que vayan

246 Paz Rubio, Jose María. *"La prueba en el proceso penal. Perspectivas desde la Fiscalía del Tribunal Supremo"*. Estudios del Ministerio Fiscal Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Madrid 1995.

“ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral”, así como “ En caso de inminente peligro de muerte”, y la previsión compete al **Juez instructor, quien** mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de **contradicción** de las partes.

Los motivos legalmente previstos son: la muerte e incapacidad mental del testigo, diligencias que pueden ser practicadas utilizando la videoconferencia, o simplemente grabadas, con citación del investigado y de los abogados de la defensa a fin de que puedan interrogar a los testigos o al investigado. Sin embargo, otros casos, como la incapacidad física o ausencia en el extranjero del testigo, se ofrecen con más posibilidades de ser practicados mediante el uso de videoconferencia en el juicio oral. Y pueden incluirse en las previsiones de comparecencia gravosa o perjudicial, por lo que preferentemente se practicarán en esta modalidad y en

el juicio, sin perjuicio de que en prevención, se proceda a preconstituir la prueba ,aunque citando a juicio a los testigos, y no procediendo a la nueva citación, si estos finalmente no pueden comparecer.²⁴⁷

El supuesto de testigo en el extranjero, en los ámbitos territoriales con vigencia de los Convenios de asistencia judicial multilaterales o bilaterales en que España es Parte, podrán practicarse conforme a las previsiones de dichos convenios y, si se trata de otros países, en los que no existen acuerdos, mediante la utilización de las Sedes Diplomáticas españolas en el extranjero.

Ciertamente, en las declaraciones que se practiquen de forma preconstituida por el Juez Instructor utilizando la videoconferencia, o no, sean grabadas, son susceptibles de

247 Siendo aplicable conforme al artículo 448 LECrim que “(...) Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo”.

reproducción íntegra, para ser valoradas en juicio oral.²⁴⁸

Los supuestos en que es necesario practicar la prueba preconstituida han quedado reducidos gracias a la posibilidad de utilizar la videoconferencia, quedando reducida a los casos de peligro inminente de muerte del testigo, o si sufre padecimientos que hagan temer su muerte o impedimentos mentales que hagan inviable esperar a la celebración del juicio oral.²⁴⁹

Como bien dice la Sentencia del TS de 10 de marzo de 2009 en relación a la prueba preconstituida: En cuanto al

248 El art 449 LECrim, incluso sin la presencia del letrado del procesado.

249 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-10-2015, n.º 642/2015: *“El modelo de proceso acusatorio, al que responde el constitucionalmente consagrado entre nosotros, tiene como principio central el de la producción de la prueba, en régimen de contradicción actual, de forma inmediata y directa, es decir, sin mediaciones ajenas, ante el órgano encargado del enjuiciamiento. Ciertamente es que, como corresponde a un principio, se trata de una pretensión ideal que, según está legalmente reconocido, puede experimentar ocasionales limitaciones en su puesta en práctica. Pero dado el carácter ciertamente nuclear de aquel, y para dotarlo de vigencia efectiva y evitar su degradación a un mero flatus vocis, esto solo puede ocurrir legalmente en situaciones extremas, en verdaderos casos-límite. Tal es la filosofía a que responde el art. 448 L.E. Crim que, a propósito de la testifical, prevé una suerte de incidente probatorio, para aquellos supuestos (decía en su decimonónica y preconstitucional redacción original) de que el testigo pudiera "ausentarse de la Península (...) hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral". Como es de ver, se trata de vicisitudes formadas por verdaderos imponderables, incluida la primera, por lo que en la época de referencia significaba realmente un desplazamiento de aquella clase. Y, como corresponde a los imponderables, las incidencias a las que se sujetaba la derogación de ese requerimiento central del proceso, eran -como deben ser y siguen siéndolo en la ley vigente- de un carácter inequívocamente objetivo, esto es, no subjetivamente condicionables, disponibles o manipulables por parte del sujeto-fuente de la prueba en cuestión”.*

alcance, de lo que significa *la imposibilidad* (...) “*ciertos cambios legislativos modernos han conducido a una doble delimitación de direcciones contrarias: la restricción y la ampliación*”.

Efectivamente, el Tribunal sentenciador puede utilizarla en la declaración del compareciente en el extranjero o en el hospital. En nuestra opinión, es uno de los cambios legislativos modernos, que comenta la sentencia. Sin embargo, en la otra dirección, la de ampliación, estudiaremos las necesidades de protección de la víctima del delito, quien, a consecuencia de la posibilidad de utilizar la videoconferencia, puede verse protegida y apartada del contexto judicial, al menos físicamente, dejando para las víctimas más vulnerables, como son, menores víctimas de delitos sexuales y personas con la capacidad judicialmente modificada la preconstitución. En este caso la videoconferencia contribuirá a ampliar los supuestos, pero, y lo que es más importante, entre sus utilidades se

encontrará también la tuitiva, lo que ha venido a materializar previsiones legales de instrumentos internacionales, que ya han sido traspuestos al ordenamiento jurídico interno español, en el Estatuto de la víctima del delito,²⁵⁰ y conforme a lo que había venido avanzando la doctrina del TEDH, TS y TC, plasmado en la nueva redacción de los artículos 730 y 448 de la LECrim.²⁵¹

El marco procesal de la prueba preconstituida, en el ámbito de las diligencias previas es el artículo 777.2 y el artículo 797.2, ambos de la Ley de enjuiciamiento criminal. Para las diligencias urgentes, ambos con idéntico texto,

250 Ley 4/15 de 27 de abril.

251 Artículo 25 del Código Penal, redactado por el número quince del artículo único de la L. O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L. O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B. O. E. 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015: “A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

establecen: “Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo,²⁵² fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de guardia practicará inmediatamente la misma asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730”. Ambos artículos darían cobertura a una posible incomparecencia del testigo menor de edad, mediante la cláusula “por otro motivo”, pero, como veremos, la exclusión de comparecer en el juicio oral pudiendo físicamente hacerlo y la resolución judicial considerando que están imposibilitados jurídicamente para comparecer, requiere valorar el daño

252 La STTS 10 de marzo de 2009: “...con una previsión más general, directamente expresiva del fundamento de la preconstitución probatoria, al admitirla cuando “por otro motivo”-que el legislador no precisa ni limita de ningún modo-se tema razonablemente que la prueba no se podrá practicar en el juicio(...)La idea de la imposibilidad es clave porque constituye el fundamento básico justificante de la preconstitución de la prueba.”

psicológico que su comparecencia o la reiteración de comparecencias pudiere ocasionarles.

Resulta sugerente a este respecto observar la posición avanzada de la Jurisprudencia y de la doctrina²⁵³, antes de la reforma legal, si bien es verdad que los instrumentos internacionales ya apuntaban a la necesidad de protección y apoyo a las víctimas del delito, y que en España la Circular 3/2009 de FGE, señalaba que: “la improcedencia o imposibilidad de asistencia del menor al juicio oral sea porque su participación en tal acto podría generarle daños psicológicos, sea porque por razón de su edad no va a poder narrar los hechos,(...)puede suplirse a través de dos vías, que eventualmente serán complementarias: la

253 Véase Magro Servet, Vicente. “*Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos contra la libertad sexual*”. Diario La Ley, N.º 6972, 2008.

preconstitución probatoria y la utilización de testigos de referencia”.²⁵⁴

Todo ello en base a la doctrina de TEDH²⁵⁵, que sostiene que los arts. 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, han de interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional ha de poder autorizar que niños de corta edad que alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta”.²⁵⁶

254 SAP Barcelona de 17 marzo 2011, “FJ 6º: *En realidad, los testigos referenciales no son propiamente testigos, en el sentido técnico procesal del término, pues no transmiten lo que sus sentidos vieron, sino que refieren lo que otras personas, los testigos directos, les refirieron. La jurisprudencia de esta Sala se muestra ciertamente cautelosa en orden a su admisión como prueba de cargo y así se refiere que el art. 717 de la Ley Procesal los admite, si bien con cautelas al requerir que pongan de manifiesto el origen de la noticia y la identificación de la fuente de información, que tal como hemos analizado, no puede valorarse al haberse obtenido con vulneración de los arts. 777, 730, 416 LECRim*”.

255 La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2005 (caso “Pupino”).

La nueva regulación, pues, es, en definitiva, una legalización explícita y posterior, de la doctrina contenida en la jurisprudencia y de la posición mantenida por la FGE, que ya en el año 2009 concluyó la conveniencia de sustituir la presencia de los menores “a través del mecanismo de la preconstitución probatoria, quizás complementada con la testifical de referencia”, y determina el reconocimiento legal a que los menores de edad que hayan sufrido un delito violento o contrario a su indemnidad sexual, puedan verse “dispensados” de hecho a comparecer de nuevo a juicio a fin de prestar reiteradamente su declaración, mediante la preconstitución probatoria como regla general, menores y menores víctimas de delitos sexuales. No obstante, la jurisprudencia es reticente a asumir tal afirmación y, así, la Sentencia del Tribunal Supremo de catorce de octubre de

256 Nótese que el TEDH alude a malos tratos y no exclusivamente a delitos de naturaleza sexual.

dos mil catorce: ²⁵⁷ *“Esta Sala ha estimado que la previsión de ‘imposibilidad’ de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales(...). Es evidente que no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores”.*

Podemos colegir, pues que, como regla general no se admite, excepto, eso sí, en los delitos de carácter sexual. Y aunque es cierto, como afirma la sentencia que el carácter odioso de unos hechos no puede degradar las garantías de nuestro sistema, no es fácil alcanzar a entender qué razones separan a los menores que hayan sufrido malos tratos habituales en el ámbito familiar durante años o cualquier delito de parecida naturaleza, de las víctimas menores de delitos sexuales, para que solo estas últimas

²⁵⁷ Son citadas en esta resolución las STTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras.

justifiquen la práctica de la prueba anticipada. Ello pone de manifiesto que la posibilidad de declarar en juicio mediante videoconferencia podrá ser un mecanismo de protección para estas últimas, por razones de comparecencia gravosa o perjudicial.

La actual redacción de la Ley de enjuiciamiento criminal establece que “La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada²⁵⁸ podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.²⁵⁹

258 La redacción del artículo 448 de la Ley de enjuiciamiento criminal vigente es de 28 de octubre de 2015, y el nuevo artículo 25 del Código Penal, que, recordemos establece (...)” *Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar*”. En vigor antes desde el mes de julio del mismo año. Sin embargo, deberemos interpretar restrictivamente la ley procesal que supone una excepción a la forma en que deberán practicarse en juicio las pruebas. A este respecto, el artículo 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal, se refiere a las víctimas necesitadas de especial protección, sin especificar si deberán tener o no la capacidad de obrar judicialmente modificada.

259 Art 448, último inciso de la LECrim. Siendo el medio más eficaz el de videoconferencia, no obstante, caben otros más como biombos o colocación del menor en un lugar que no sea visto, habitación contigua que permita audición en sala.

Por su parte, el Art. 730 viene a establecer la posibilidad de lectura o reproducción de las diligencias practicadas en el sumario y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección de prueba preconstituida. Vemos que este artículo solo mantiene la restricción respecto de los menores, pero no distingue si fueron víctimas de delito sexual o de otro carácter, y por otra parte no se refiere a que deban tener la capacidad de obrar judicialmente modificada como sí exige el artículo 448. Por ello podemos afirmar que el concepto legal de discapacidad contenido en el artículo 25 del Código Penal equipara las personas con discapacidad, tengan o no declarada su discapacidad, pero que la protección efectiva especial penal o procesal se condiciona primando a aquellas que cuenten con la declaración judicial de discapacidad, como en el caso que analizamos.

A este respecto, convendría recordar que el artículo 25 del Código Penal, al menos a los efectos de la ley penal material, no distingue en el caso de las personas necesitadas de especial protección el hecho de que tengan judicialmente modificada su capacidad. Podremos interpretar, pues, que la ley penal material hace una definición auténtica, pero que el código penal es de interpretación restrictiva, no pudiendo aplicarse a casos distintos de los específicamente contemplados. Y la ley procesal, aunque presenta una cierta "antinomía" o contradicción, realiza en el artículo 730 una remisión a los supuestos del artículo 448, con lo que, a efectos procesales, la persona necesitada de especial protección será aquella que tenga su capacidad de obrar judicialmente modificada, y para el derecho penal material es indistinto que cuente con una sentencia o no de incapacidad total o parcial.

Así mismo, en las previsiones del juicio oral, el Art. 707 establece también para el caso de los testigos menores o con discapacidad necesitados de especial protección que se llevará a cabo cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación". Adquiriendo la videoconferencia un relieve decisivo en cuanto a la protección de las víctimas.

En nuestra opinión, ello determina que existe una vía de protección genérica de carácter general para todas las víctimas menores o mayores que lo justifiquen, como es la evitación de confrontación visual; una segunda vía más reforzada, como es la videoconferencia para prestar

declaración en juicio oral sin tener que comparecer físicamente en la sala; y una vía de protección especial solo prevista para los menores víctimas de delitos sexuales y personas con capacidad judicialmente modificada, que es más intensa y justifica la práctica de prueba preconstituida para que tanto estos menores como los discapacitados necesitados de especial protección (en cuya práctica también puede ser utilizada la videoconferencia), no tengan que asistir a juicio oral.

1.3. Prueba anticipada: Ausencia del declarante

Es sabido que, a diferencia de la prueba preconstituida, la anticipada se practica ante el Juez o Magistrados que van a celebrar el juicio oral. Está prevista respecto del procedimiento abreviado en el primer párrafo de artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "(...) En el escrito de acusación se podrá solicitar la práctica

anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral". Para el procedimiento ordinario no hay una previsión específica referida a la prueba "anticipada". Al menos no se utiliza dicho término, pero igualmente las partes podrán solicitar" que se practiquen desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieren motivar su suspensión".

Se ha de tener en cuenta que la prueba anticipada se realizará ante circunstancias de las que se ha tenido conocimiento en la fase intermedia, y que en esta fase se practica, aunque con vocación de ser valorada en el juicio, por lo que habrán de respetarse los principios que contradicción sin admitir algunas excepciones que pueden plantearse en instrucción. Así lo confirma el TC en su Sentencia de 17 de abril de 1989: "(...) cobra sin duda en el proceso penal singular relevancia en el juicio oral y en

la actividad probatoria incluidos los supuestos de prueba anticipada -art. 6.3. d) Convenio Europeo de Derechos Humanos-: pero ha de respetarse también en la denominada fase intermedia del procedimiento por delito (como resulta de la doctrina contenida en nuestra S 44/1985 de 22 marzo)”.

En la práctica forense, la terminología, - **preconstituida o anticipada**-, es utilizada indistintamente. Y puesto que carece de una regulación legal específica, lo que hace obligado analizar a la luz de la doctrina jurisprudencial su distinción, puesto que los límites del principio de inmediación que afectan a ambas, se verán afectados con la utilización de la videoconferencia, en el caso de la prueba anticipada, que se practica en inmediación por el juez que va a valorar la prueba. Y por otra parte, y no podemos olvidarlo, la prueba preconstituida (*quid pro quo*), que por definición carece de inmediación para el juez sentenciador, ya que se practica por el Juez de

instrucción, se presenta prácticamente en las mismas condiciones de inmediación que la anticipada, cuando se realiza utilizando la videoconferencia y su reproducción es de una grabación²⁶⁰,“(...) una cierta inmediación de segundo grado o menor”²⁶¹

260 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016: “(...) la cuestión de la validez de las testificales que han sido tomadas en consideración como prueba anticipada o preconstituida (una advertencia: manejaremos indistintamente esas denominaciones pese a ser conscientes de que en rigor son deslindables ambas nociones). Ninguna de las dos testigos víctimas declaró en el acto del juicio oral. Una de ellas no pudo ser localizada ni, por tanto, citada. La otra, pese a comparecer y estar preparada su declaración a través de videoconferencia, alegó una situación de miedo y angustia. Se le dispensó de declarar por esa razón. La anterior sentencia de casación no estudió esa temática, auténtico nervio de los recursos: tanto de los iniciales como de los actuales. Si esas declaraciones no fuesen utilizables de ninguna forma -es lo postulado por los recurrentes- quedará un erial probatorio (únicamente subsistiría algún testimonio de referencia), inapto para extraer cualquier rendimiento. Solo desde la posibilidad de valorar esas declaraciones, que pasaron al juicio oral a través del visionado de su grabación, cobra cierto sentido el debate sobre la suficiencia de la prueba, (...). Es esa cuestión la que debemos abordar, primeramente. De manera implícita en la anterior sentencia de casación late la opinión no argumentada ni exteriorizada de que eran testificales preconstituidas valorables. Se antoja absurdo que esta Sala requiriese una motivación renovada sobre la nada: si esas manifestaciones son material desechable se perdería el mínimo sustento probatorio. Se impone ahora un análisis detenido brindando los argumentos que respaldan la respuesta al interrogante que los tres recurrentes, con uno u otro formato, introducen en casación, coincidiendo entre sí en la invalidez de tales testificales preconstituidas y por tanto en la imposibilidad de extraer de ellas conclusión probatoria alguna”.

261 Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN: se ha dicho, con razón, que el principio de inmediación proyecta su significado sobre tres sujetos distintos, a saber, el órgano jurisdiccional ante el que se practican las pruebas, las partes y la opinión pública. Respecto del primero de sus destinatarios, el principio de inmediación busca, por encima de todo, eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba. La inmediación mira también a las partes por su estrecha conexión con el principio de contradicción. De hecho, la inmediación es presupuesto sine qua non para la contradicción. Y no falta un nexo -no siempre subrayado en la configuración histórica de este principio- entre la inmediación y la opinión pública. Y es que su significado posibilita un control eficaz de la ciudadanía sobre la administración de justicia”.

Con el objetivo de clarificar los anteriores extremos, citaremos la jurisprudencia, y entre todas, las siguientes: Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 abril 1989²⁶², Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009, y, por último, SAP Barcelona de 17 marzo 2011, ya que condensa la doctrina asentada por los dos Altos Tribunales, que se refieren específicamente a las diferencias de una y otra clase de prueba.

262 Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1ª de 17 abril 1989: “Según ha reiterado este Tribunal (STC 27/1985 de 26 febrero, 109/1985 de 8 octubre y 155/1988 de 22 julio, entre otras), el art. 24, en la medida en que reconoce, en sus pfs. 1º y 2º, los derechos a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la indefensión, y a un proceso con las garantías debidas, impone a los órganos judiciales la obligación de promover el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de la acusación y defensa. Por lo que se refiere a este último aspecto, es decir, la igualdad de las partes, este Tribunal ya se ha manifestado en el sentido de que del art. 24 CE se deriva la necesidad de que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, a efectos de “evitar **desequilibrios** entre la respectiva posición procesal de las partes” (STC 47/1987 de 22 abril). El reconocimiento del derecho a un proceso con todas las garantías implica ciertamente que, para evitar el desequilibrio entre partes, ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Esta exigencia (que puede admitir modulaciones o excepciones en la fase sumarial, por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla”.

Nuestro Tribunal Supremo²⁶³ distingue los requisitos de la prueba preconstituida y de la anticipada:

a') La denominada "prueba preconstituida", que se refiere a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible.

b') La llamada prueba anticipada en sentido propio. Se admite en el procedimiento ordinario por el art. 657 punto tercero²⁶⁴, norma que en el Procedimiento Abreviado tiene su correspondencia en los arts. 781-1 punto tercero, y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar *"la práctica anticipada de*

263 Del FJ 4º SAP Barcelona de 17 marzo 2011, que cita STTS 24 de febrero de 2009. Conceptos citados en reciente Sentencia del Tribunal Supremo de veintiséis de Julio de dos mil dieciséis.

264 Art. 657 inciso 3º LECrim: *"Podrán pedir además las partes que se practiquen desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieren motivar su suspensión"*.

aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral".

c') En todos estos supuestos, la excepcionalidad radica en la anticipación de la práctica probatoria a un momento anterior al comienzo de la vista del juicio oral. En lo demás, se han de observar las reglas propias de la prueba, sometida a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada.

d') La denominada prueba preconstituida, apostillada de "impropia" y que se refiere a las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de práctica imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten *anticipar* la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la inmediación, el precepto garantiza al menos una cierta

inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen" o, bien, previendo quizá la secular falta de medios por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes.

e') En cuanto a la necesidad de practicarse respetando el principio de contradicción, las exigencias que ya examinamos al analizar la prueba preconstituida son que: que haya motivo racionalmente bastante para temer la imposibilidad física o jurídica de comparecer el testigo, en cuanto al modo de practicarse: que haya asistencia letrada, citación del Fiscal y del querellante, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; su introducción en el Juicio Oral se hará mediante lectura, en ambos casos.

f') Además, la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, es

legitimadora de su práctica anticipada en aquella fase procesal, es necesario que esta imposibilidad subsista en el juicio oral, puesto que, si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al juicio, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.

Queda pues hecha la distinción, que no siempre resultó pacífica, y a efectos de la utilización de la videoconferencia, se demuestra como mecanismo complementario al servicio del proceso, en todos estos supuestos excepcionales. Se añade que, en la práctica forense antes de la implantación de la videoconferencia, cuando razones de urgencia o de dificultad en los traslados, se practicaban por las vías de cooperación judicial (exhorto), lo que en definitiva impedía la inmediación en la prueba anticipada igual que en la preconstituida.

Con todo, ambas formas de practicar la prueba son subsidiarias. Y la implantación de la videoconferencia

contribuye a limitar los supuestos, y respecto a las garantías procesales a las que dedicaremos un mayor nivel de detalle más adelante, podemos señalar que:

A) Respecto del principio de **contradicción**, su acatamiento viene explícitamente impuesto por el Art. 229 de LOPJ. Y su vulneración si fuera determinante de indefensión, es una cuestión de valoración de la prueba, no supone la nulidad automática, admitiendo que la eficacia probatoria se complementa con otros indicios u otros medios complementarios.

B) **La inmediatez**, también adquiere una nueva perspectiva cuando se utiliza la videoconferencia en la práctica de las pruebas, sin perjuicio de que sean o no anticipadas. Y en nuestra opinión, las posibles deficiencias en la calidad en imagen y sonido son más un problema del estado actual de la técnica, que dan lugar a una comunicación más escasa que en los supuestos de comparecencia personal. Se admite legalmente, pero no por ello el respeto al principio de inmediatez es el mismo.

Se ve y se escucha, pero las posibilidades de percepción de jueces y partes están más limitadas.

Sirva lo anterior para realizar la siguiente inferencia: en el caso de la prueba preconstituida practicada por el juez de instrucción mediante videoconferencia, de la que se realizará la oportuna grabación, que será reproducida en el juicio oral y cuya reproducción, a su vez, se grabará en "*acta digital del juicio*", la calidad de imagen y sonido reducirá las evidencias para el órgano sentenciador y las posibilidades de revisión.

Y lo mismo podremos decir de la prueba anticipada practicada mediante videoconferencia, aunque con la salvedad de que el órgano judicial haya llegado a conclusiones personales en el momento de practicarla, a pesar del inevitable porcentaje de distorsión memorística.

Ambas cuestiones deberán, ser motivadas, preconstitución y videoconferencia, ya que de la corrección

en “el formato” en que se practique depende la validez probatoria.

No obstante, estas consideraciones, añadiremos, como dice nuestro Tribunal Supremo, respecto del uso de la videoconferencia y la paridad de presencia física y virtual.

*“No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados”*²⁶⁵. Ello a nuestro juicio constituye una fase intermedia de la evolución jurisprudencial a este respecto, siendo más restrictiva y garantista la actual doctrina. Ello puede deberse a la excesiva permisividad de la primera doctrina jurisprudencial, puesto que antes de que se practicarán las pruebas por videoconferencia, no se contaba con la posibilidad de grabación de las diligencias, los procedimientos judiciales contenían, en muchas ocasiones fruto de una mala praxis forense, con actas manuscritas

265 Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016.

parcialmente ilegibles, escuetas o incompletas que procesalmente se admitían como verdad material incontestable, "*protegida*" por la fe pública. En este sentido, todas las prevenciones en relación a la videoconferencia y sus grabaciones se atemperaron, puesto que la comparación favorecía a la videoconferencia, entre el estado anterior de algunos procedimientos y la posibilidad de visionado de la grabación o de la comunicación por videoconferencia. Lo que permite valorar en sus justos términos el inicial anhelo del uso de este instrumento de comunicación. Un instrumento que de hecho tiene muchas ventajas para la objetivación de acontecimientos, y sus deficiencias pueden irse aminorando con la adquisición de nuevos equipos de más calidad que sustituyan a los actuales y permitan aplicar a la administración de justicia el estado actual de la ciencia.

II. EN EL JUICIO ORAL.

1.1. Declaración y examen del acusado: Importancia

Como tuvimos ocasión de exponer, la intervención del acusado mediante videoconferencia no está expresamente prevista en nuestra legislación. La Ley de Enjuiciamiento Criminal no se refiere al acusado explícitamente, y en la Ley Orgánica del Poder Judicial hay una autorización genérica para llevar a cabo las declaraciones judiciales. Esto no significa que la posibilidad de que el acusado comparezca por videoconferencia no esté contemplada en nuestro ordenamiento jurídico,²⁶⁶ puesto

²⁶⁶ Vid. Audiencia Nacional Sala de lo Penal, sec. 3ª, S. de 11 de mayo de 2016, que dice: “*Las autoridades judiciales italianas, en concreto el Tribunal de Apelación de Nápoles, (...) denegó la solicitud de entrega de los acusados, sobre la base de que parte de la conducta que pretendía ser enjuiciada se habría llevado a cabo en territorio italiano, (lo que se constituye en condición impeditiva, artículo 18 apartado 1, letra p), de la Ley italiana n.º 69 de 22 de abril de 2005, desestimando la solicitud de entrega, la cual no pudo llevarse a cabo ni siquiera en su modalidad de entrega temporal, por impedirlo el artículo 24 de la Ley italiana 69/2005, motivo asimismo recogido con carácter general y potestativo en el artículo 32.3 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que dispone: ‘La autoridad judicial española podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una orden o resolución cuando se refiera a hechos que el Derecho español considere cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en territorio español, que nada tiene que ver con la cosa juzgada que aparece recogida como causa de denegación en los artículos’, y en el artículo 48.1 c) concretamente referido a la orden de detención y entrega. El motivo de la denegación, por tanto no fue la cosa juzgada, ni la asunción por parte de las autoridades judiciales italianas de jurisdicción para el conocimiento de los hechos que ahora nos ocupan, pues de ser así, además de haber reclamado una cesión de jurisdicción, cosa que no se hizo, se hubieran opuesto a la colaboración interesada por este Tribunal al amparo del Convenio del Consejo de Europa de Asistencia Judicial en Materia Penal, para enjuiciar a los citados acusados mediante el sistema de videoconferencia, lo que es evidente, no fue así sino todo lo contrario, como lo acredita el hecho de haberse llevado a cabo el enjuiciamiento respecto de aquellos al no ser posible en nuestro ordenamiento procesal penal el juicio en ausencia. Por tanto, no habiendo reclamado las autoridades judiciales italianas su jurisdicción para el*”

que los artículos 10 y 11 del Convenio de Asistencia judicial en materia penal entre los estados miembros de la UE hacen referencia a esta posibilidad con determinados requisitos.

Los motivos últimos de esta laguna legal no están claros. Sin embargo, si nos limitamos a las razones jurídicas, vemos que el artículo 731 Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite la declaración en el juicio oral del imputado, perito o testigo o en otra condición. La pregunta, pues, es: ¿quiénes son aquellos que tienen una condición distinta de *imputado, perito, o testigo* y pueden prestar declaración por medio de videoconferencia, en el juicio oral?: lo más razonable es interpretar, que "*en otra condición*", no se refiere al acusado, sino a otros posibles intervinientes en el juicio,²⁶⁷ como el intérprete de idioma

enjuiciamiento de los hechos que ahora nos ocupan, y no habiendo negado aquellos la jurisdicción de los Tribunales españoles que asumen aquella sobre la base del principio de territorialidad (art. 23. 1 LOPJ), no procede el planteamiento de declinatoria de jurisdicción alguna".

267 ¿Cabría en base a esta expresión, asistir por medio de videoconferencia a los distintos magistrados que se sustituyen entre secciones de la Audiencia? ¿O asistir a la deliberación?,

extranjero o gestual, el responsable civil directo o subsidiario, o bien el perjudicado, por ejemplo, ya que resultaría demasiado forzado admitir que la cláusula abierta que analizamos incluyera al acusado.

Por otra parte, y siendo el acusado “el gran protagonista” del juicio oral, “su inclusión” por medio una clausula genérica, es una posibilidad dudosa, siendo más coherente interpretar que el legislador ha eludido referirse al acusado a pesar de poder hacerlo cuando se propuso acabar con la disparidad terminológica, no obstante. Por lo cual, mantiene el termino, no como una errata, sino fruto de una consciente ambigüedad, continuando en manos de la doctrina jurisprudencial la interpretación en qué casos se

sobre todo, ¿en aquellos supuestos de secciones fuera de la capital de provincia? La LOPJ establece ue, las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a **efecto ante juez o tribunal** con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley, esta interrogante nos hace recordar la Instrucción núm. 3/2002, 1 de marzo de FGE cuando expresa: *“la preocupación del Ministerio Fiscal ante la posibilidad de que, sin las debidas cautelas, todos y cada uno de los sucesivos actos procesales que integran el juicio oral adaptaran su esquema de desarrollo a un modelo virtual”*.

admitirá la intervención del acusado. No se prohíbe, pero no se autoriza.

A) Doctrina del TS, la Sentencia de 16 de mayo de 2005

La Jurisprudencia, con respecto al derecho de defensa del acusado y su comparecencia por videoconferencia en el juicio oral, ha establecido una doctrina, que pasamos a exponer y, como veremos, resulta enriquecedora desde el punto de vista jurídico, ya que la posible utilización de la videoconferencia en el examen del acusado da lugar en esta sentencia al análisis de cuestiones relacionadas de enorme importancia, contribuyendo de forma decisiva a profundizar en el derecho de defensa. Citaremos en relación a la diferencia que existe entre los intervinientes de un proceso penal, y aquella que caracteriza al acusado para otorgarle un estatus específico. Máxime, si es sabido

que, como regla general, las declaraciones del acusado, en sí, tienen un valor muy relativo como aportación probatoria al juicio, ya que por regla general, se desarrollan enfocadas desde la estrategia defensiva, limitándose en la mayor parte de las ocasiones a negar las incriminaciones, mientras que combatir los argumentos jurídicos de la acusación es una labor de la representación letrada de la defensa, por lo que en cuanto a lo estrictamente manifestado por el acusado, suele ser una mera contradicción que solo de forma excepcional,²⁶⁸ es asumida para incrementar el acervo probatorio.²⁶⁹ No obstante, la anterior explicación resulta superficial, y no es precisamente el examen del acusado, sino su derecho de defensa el aspecto que prima, y así profundiza, arrojando luz el Tribunal Supremo, diciendo en su sentencia de 16 mayo de 2005: "*Mientras*

²⁶⁸ Bien respecto a la verosimilitud, corroborada por otras pruebas, o a la falta de la misma. También respecto del valor incriminatorio de las declaraciones del coimputado, por todas STTS de 12 de abril de 2012.

²⁶⁹ Actualmente conforme a la Directiva de presunción de inocencia de la UE las últimas STTS empiezan a excluir todo valor a la declaración del acusado en el caso de que este se acoja a su derecho a no declarar. La cuestión se analiza con más detalle en el capítulo tercero de este trabajo en relación a la doctrina Murray del TEDH.

que en otros elementos probatorios como los testimonios y las pericias tan sólo ofrecen una posición pasiva que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no puede ser objeto de la prueba a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de sujeto activo en la práctica de actuaciones que se desarrollan en el acto del juicio y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él como también la posibilidad constante de comunicación directa con su letrado, que de otro modo podría verse seriamente limitada en sus funciones de asesoramiento y asistencia".

De ello podremos extraer las primeras conclusiones. El acusado no aporta un elemento probatorio. No es objeto de prueba; sus manifestaciones por videoconferencia no son el objeto de análisis. Sí lo es su estatus, como un sujeto activo en la práctica de las actuaciones procesales y, efectivamente, su *papel* no se limita a aceptar sin más a su intervención personal en manifestar o no, al principio de la

sesión del juicio y al final con el derecho a la última palabra. El acusado no puede estar impedido de colaborar u oponerse a la dirección jurídica del abogado. Tiene derecho a comunicarse con él. Debería, en definitiva, tener derecho a sentarse junto a él y a poner en su conocimiento cuestiones que puedan surgir de las declaraciones de los testigos o de un perito. Por ello en el supuesto de comparecer virtualmente, el ejercicio de ese derecho fundamental, esta manifestación del ejercicio de su derecho quedaría limitada. Y ello, sin perjuicio de que se admita la posibilidad de intervención por videoconferencia , al menos en aquellos casos ante el acusado perturbador o de extrema peligrosidad o de enfermedad crónica que le impida desplazarse.

En nuestro sistema legal no está prevista la figura del abogado colaborador, ni la posibilidad de utilización de auriculares en la comunicación con el abogado que está en sala, ni tampoco otras fórmulas de derecho comparado

como la intervención de un equipo de dos letrados intercomunicados por auriculares, uno en la sede receptora de la videoconferencia y otro en compañía del acusado. Son soluciones que contribuirían a mitigar alguno de los inconvenientes que constata la Sentencia, no viéndose tan limitada la defensa del acusado en el discurrir del juicio oral.

Nuestro Tribunal Supremo es rotundo en el rechazo a la intervención del acusado mediante videoconferencia, a la que califica de *discutible portillo* y se pronuncia, también en relación a aquellos motivos *acomodaticios*, que en el capítulo primero ya tuvimos ocasión de exponer, como evitación de costes en los traslados o escasez de plantilla policial en épocas estivales, por citar algunos ejemplos. Esta cuestión, desde nuestra óptica plantea algunos interrogantes: ¿es tan conveniente para el sistema judicial la utilización de la videoconferencia como para el ahorro a las arcas del Estado? La Sentencia del Tribunal Supremo

que comentamos a este respecto dice: “(...) *es obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su ‘ius puniendi’, facilitar los medios necesarios para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible*”.

El único compromiso de los órganos judiciales es el respecto a la ley y a los valores superiores del ordenamiento jurídico y, por tanto, la doctrina del Tribunal Supremo viene a admitir solo excepcionalmente el uso de la videoconferencia en relación al acusado. Son excepcionales: los motivos de imposibilidad de asistencia personal²⁷⁰, de seguridad y los supuestos de expulsión de la sala del acusado que decide mantener una actitud poco respetuosa o sin acomodarse al protocolo; en definitiva, *el perturbador*.²⁷¹ Ello no obsta a que, conforme a los criterios

270 No existe ninguna referencia legal en nuestro sistema al reembolso o apoyo al acusado de gastos judiciales, cuestión que parece lógica. No obstante, puede suponer una discriminación respecto del ejercicio del derecho de defensa.

271 De STTS de 16 de mayo de 2005 “(...) *en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, e manera inevitable, esa situación*”. En definitiva, son motivos de seguridad que son los que recoge el Convenio de Asistencia judicial en materia

de racionalidad, pueda utilizarse en un futuro la videoconferencia en la declaración del acusado, siempre que se mejoren los mecanismos hábiles para el ejercicio del derecho de defensa, frente a otras alternativas menos deseables, como su incomparecencia involuntaria por escasez de medios económicos, lo que nos lleva a enlazar con el siguiente epígrafe.

B) Videoconferencia y celebración del juicio en ausencia.

Partiendo de la anterior doctrina, es incuestionable que la práctica diaria de los tribunales ofrece una serie de vicisitudes que los órganos judiciales tienen que ir resolviendo en el día a día. Pueden darse casos en que el acusado no disponga de medios económicos para

penal entre los estados miembros de la UE, y que en STTS 644/2008, de 10 de octubre, se extienden a las concentraciones masivas en los alrededores del Juzgado, son casos excepcionales que deben ser interpretados restrictivamente. Recordemos que el Convenio también se refiere a la peligrosidad del acusado.

desplazarse y acudir al juicio²⁷², aunque sea esta su voluntad, y un larguísimo etcétera de eventualidades. Citaremos una sentencia que, en nuestra opinión, aclara lo anterior con el siguiente planteamiento: la legalidad y su confrontación a una situación real de penuria económica de la acusada, puesto que, en este caso, ella tenía voluntad de comparecer al juicio, pero carecía de medios económicos para afrontar el desplazamiento desde Sevilla, donde residía, hasta Gijón lugar donde se iba a celebrar el juicio. Es la sentencia del Jdo. de lo Penal n.º 3, Vigo, de 14 de abril de 2011, en la que el Fiscal planteó como cuestión previa, en base a lo previsto en el artículo 786.2 de la ley de enjuiciamiento criminal, su oposición a la celebración del juicio mediante el uso de videoconferencia con la acusada; interesando la suspensión, la nueva citación y ante la eventual incomparecencia la celebración en su ausencia; formulando protesta por su celebración, utilizando la

272 Aunque la reciente Directiva de la Unión europea de la asistencia Jurídica gratuita afronta en clave de mínimos algunas cuestiones relacionadas con los gastos del proceso.

videoconferencia. Antes de analizar los razonamientos de la sentencia, convendría plantearnos las siguientes preguntas: ¿Puede ser la videoconferencia para el acusado una mejor alternativa que la celebración en su ausencia? ¿la videoconferencia atenuaría los inconvenientes de la celebración en ausencia²⁷³? La celebración del juicio requiere la presencia física del acusado como modalidad original de celebración. La videoconferencia es una modalidad sustitutiva y, por último, hay que recordar que la celebración en ausencia requiere que el acusado citado comparezca injustificadamente.

273 El Protocolo firmado en las Palmas de Gran Canaria, el 18 de noviembre de 2013, por el que se establecen las instrucciones para el uso racional de la videoconferencia en la Administración de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, fijado por diversas autoridades gubernativas el Consejo general del Poder Judicial y la Fiscalía de la Comunidad de Canarias, establece en el punto segundo de su Tercera instrucción diligencias a practicar por videoconferencia, lo siguiente: “(...) en los interrogatorios y declaraciones de testigos, peritos o víctimas, en fase de instrucción penal, o en juicio oral en el orden penal. También se podrá utilizar este sistema respecto de los/las imputados/as en fase de instrucción y en el juicio oral en el supuesto de que a las personas acusadas a las que se le pida una pena de privación de libertad que no exceda de 2 años u otra de distinta naturaleza no superior a 6, solicite al Juzgado con la debida anticipación que se le permita asistir a la celebración del juicio oral a través de videoconferencia. En este supuesto, el Juez podrá dar traslado al Ministerio Fiscal y, en su caso, a las demás partes, y siempre oír a la defensa, y cuando el/la Fiscal u otra parte acusadora solicitara expresamente la celebración del juicio en ausencia del acusado/a, podrá acordar que éste pueda estar presente durante todo el desarrollo del juicio a través de este medio, siempre valorando la existencia de elementos suficientes para el enjuiciamiento sin su presencia física, tal y como establece el artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

En cuanto a los antecedentes fácticos que llevaron a plantear esta cuestión en el Juzgado de Gijón, están las dificultades de desplazamiento desde Sevilla, que dijimos, precaria situación económica acreditada, dos suspensiones anteriores del juicio, y la solicitud de la propia acusada, por lo que la celebración del juicio en ausencia hubiera significado una presunción iuris tantum de que no comparece voluntariamente.

No conviene olvidar, a este respecto, que es este uno de los requisitos que el Convenio de Asistencia judicial en materia penal entre los estados miembros UE exige. La sentencia razona la admisibilidad de la intervención de la acusada por videoconferencia y a favor de su comparecencia virtual, desde el punto de vista de la Administración de Justicia, los motivos de agilización, con las siguientes palabras: “(...) considero que en el caso presente y pudiendo celebrarse el juicio en ausencia de la acusada conforme a lo dispuesto en el artículo 786.2 de la ley de enjuiciamiento criminal, **con mayor razón**

procede atender la celebración del mismo mediante el sistema técnico señalado, celebración que reitero, se hizo a instancia de la acusada , y con carácter excepcional, por lo que considero no se ha producido vulneración procesal alguna ni mucho menos afectación del derecho de defensa con sometimiento mediante dicho sistema técnico a los principios de contradicción e igualdad entre las partes en el desarrollo de la prueba practicada en la vista oral, debiendo desestimarse la petición formulada”.

La sentencia del Juzgado de Gijón no deja de citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 2005²⁷⁴, y se hace eco de ciertos pasajes que son fundamentales para comprender que se debe evolucionar, por una parte, en profundizar en el derecho de defensa, y así proponía el Alto Tribunal un

274 “En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que sitúe al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más efectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad existente en relación a la Ley del Jurado, cuyo art. 42-2º prevé que:“(…)el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores (...), lo que por otra parte es norma usual en el derecho comparado”.

cambio plausible en la escenografía del juicio desplazando al acusado del *banquillo* hasta los estrados. En nuestra opinión la operatividad del derecho de defensa requiere cercanía física, no es una cuestión protocolaria, que deba seguir siendo ignorada, en ningún caso puede considerarse al acusado convidado de piedra en el juicio que se celebra contra él. No obstante, el derecho de defensa permite solicitar a la defensa una suspensión momentánea para consulta entre cliente y abogado, aunque de hecho la comunicación durante el transcurso del juicio se limita, y su intervención extemporánea, puede llegar a comprometer las funciones de policía de vistas atribuidas al juez, ya que no son conductas violentas o perturbadoras, aunque puedan comprometer la celebración de un juicio justo.²⁷⁵

275 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002.

C) El riesgo de las posibles deficiencias técnicas en el funcionamiento.

Por último, debemos hacer alusión a que el uso de la videoconferencia en la comparecencia del acusado conlleva un riesgo ínsito del que la jurisprudencia, denominada menor, se hace eco, la calidad de trasmisión de imagen y sonido que permita interactuar a las partes con el acusado. En primer lugar, citaremos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 2 de octubre de 2009²⁷⁶, en la que resulta determinante las deficiencias de visualización del acusado y la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con su letrado llegando por este motivo principalmente a un pronunciamiento absolutorio por un delito de robo.²⁷⁷

276 Sección 1ª.

277 “...cuyo derecho de defensa implica la posibilidad de comunicarse reservadamente en cualquier momento con su Letrado, y las propias deficiencias de la visualización de la imagen de aquél que curiosamente pone de manifiesto la propia juzgadora en su sentencia, se erigen en obstáculos insalvables como para entender que en este caso concreto se haya

En el caso contrario, y habiendo funcionado correctamente la transmisión bidireccional simultánea de imagen y sonido y habiendo podido las partes preguntar, interactuar y comunicarse citaremos la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra²⁷⁸, de 3 de octubre de 2011, "... toda vez que el M.º Fiscal, pudo, a través del citado medio telemático, ver a la acusada, oír-la, interrogarla, habiendo existido inmediación, oralidad y contradicción, sin que se alegue tampoco por el M.º Fiscal que la declaración por medio de dicho sistema haya incidido de forma efectiva en su posición procesal, bien porque la declaración de la acusada no haya sido percibida en todas sus dimensiones, bien porque no hayan sido oídas sus preguntas, las respuestas etc." por tanto, la grabación del juicio y la utilización de la videoconferencia, si esta funciona

practicado prueba de cargo con las suficientes garantías como para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo cual impone a esta Sala el deber de dictar un pronunciamiento absolutorio con revocación de la condena de instancia".

278 Sección 5ª.

correctamente, sin deficiencias, constituirán materialmente un elemento “documental” que aporta datos tangibles, físicos²⁷⁹ y reales para revisión y el control de la segunda instancia quien, en cierta forma, comprobará las pruebas de carácter personal²⁸⁰.

2.1.Relevancia probatoria y transcendencia de la videoconferencia para las víctimas

279 Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 1ª 486/2016 , de 15 de septiembre Y partiendo de estos criterios de ponderación de su testimonio: *“la valoración propiamente dicha corresponde al Tribunal de instancia que con las ventajas de la inmediación ve y oye directamente al testigo, percibiendo lo que dice y cómo lo dice, y tiene la posibilidad de valorar en su exacta dimensión sus gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por el declarante en sus afirmaciones ante el Tribunal”* –STTS 27 de abril de 2009- *“ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa”* –STTS 9 de febrero de 2009-, es decir, *“el contenido de una testifical que supere ese triple filtro no debe ser tenido como válidamente inculpatario. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado a limine como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, habrá que pasar, en un segundo momento, a analizar sus aportaciones y a confrontarlas, si cabe, con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos”* –STTS 20 de enero de 2015.

280 Magro Servet, Vicente. Colaboradores Enrique García-Chamón Cervera. Luis Gil Noguerras, Antonio Alberto Pérez Ureña. "Posibilidades del tribunal "ad quem" de revisar la valoración de la prueba civil efectuada por el juez de instancia mediante el visionado del video". Foro abierto Editorial El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia n.º 3, pg. 7 Ámbito Jurisprudencia Jurisdicción Civil F. de publicación junio de 2010.

2.1.1. Declaración del testigo protegido y la insuficiencia legislativa.

En el juicio penal no solo se ventilan las pretensiones del Estado contra el acusado, históricamente en nuestro proceso penal, la protección institucional de las víctimas en el ámbito judicial, existían aunque en un segundo plano, y contaba con escasos instrumentos jurídicos ad hoc, así el artículo 13 de la ley de enjuiciamiento criminal, en su versión original establecía: "*Considérense como primeras diligencias: las de dar protección a los perjudicados(...)*", lo que constituía una autorización genérica al Juez de Instrucción para acordar en los momentos iniciales el procedimiento, unas medidas *innominadas*, que se enunciaban como de protección.

Etimológicamente, proteger significa resguardar a una persona, o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo

encima, rodeándolo, lo cual evoca una defensa exclusivamente física del denunciante o perjudicado, aunque, eso sí, estas medidas permitían actuar con prontitud.

Desde entonces, a hoy, los derechos procesales de las víctimas del delito en España, han ido evolucionando conceptualmente, siendo actualmente objeto de un marco jurídico, parcial²⁸¹, ya que solo se reconocen derechos de carácter casi exclusivamente procesal,²⁸² pero el derecho

281 No obstante, y como reconoce el informe del de la Comisión Europea de abril de 2009, que cita el Preámbulo del estatuto de la víctima, en el caso de España existía un marco normativo que califica de “garante”. Es cierto que hasta la promulgación del Estatuto de la Víctima, en España existían las siguientes leyes, Ley 35/95 de 11 de diciembre de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, el Real Decreto 738/97 de 23 de mayo, Reglamento de la anterior ley, modificado por el Real Decreto 199/06 de 17 de febrero, Ley 29/11 de 22 de septiembre de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo que viene a unificar los Real Decreto 288/03 de 7 de marzo regulaba el resarcimiento por daños, y RD 1912/99 de 17 de diciembre que establecía un régimen especial y extraordinario de responsabilidad civil del Estado en delitos de terrorismo, y por último el régimen de distinciones y condecoraciones para el reconocimiento a las víctimas del terrorismo, que regulaba otro RD de 17 de diciembre de 1999. Sin olvidar la primera de las sucesivas reformas que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal han propiciado la flexibilidad de las testificales de algunas víctimas como la llevada a cabo el 24 de octubre de 2002 por ley ordinaria para la reforma del artículo 777.2 de la LECRim.

282 El marco jurídico en España venía constituido por la LO 19/1994 de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de

europeo exige también apoyo, no solo protección, y es importante avanzar como dice la Decisión Marco de 2001,²⁸³ en su considerando número 5 : “Es importante concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma **integrada** y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimización secundaria”, esta norma vino a inspirar en 2003, la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal,²⁸⁴ fue sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo²⁸⁵ que contiene las bases que en clave de mínimos resultan impuestas por la UE al legislador español, con la finalidad de armonizar-unificar las legislaciones procesales

Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

283 Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001.

284 Ley 27/2003, 31 de julio de 2003. que afectó a los artículos de la LECRim 13, 433, 448, 707 y 731 bis.

285 Directiva 2011/192/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo. la Directiva de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

de los Estados miembros, dando lugar en su trasposición al derecho interno por la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito²⁸⁶.

Sin embargo, el legislador español se propuso superar, ir más allá de los mínimos impuestos, de acuerdo con las exigencias y demandas de la sociedad española. Y así, aunque las Directivas en sus “considerandos preliminares” delimitan su propia aplicación territorial, imponiendo las obligaciones solo respecto de los delitos cometidos en el territorio de la Unión y de los procesos penales que tienen lugar en la Unión, el artículo 1 del Estatuto de la víctima del delito, establece: “Las disposiciones de esta Ley serán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17,²⁸⁷

286 Modificará los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a las declaraciones de las víctimas, menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada o discapacitado necesitada de especial protección, en concreto afectará a los artículos 109, 282, 433, 448,544 ter, 544 quinqués, 681, 707, 730 de dicho texto.

287 Artículo 17. Víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la Unión Europea. “*Las víctimas residentes en España podrán presentar ante las autoridades españolas denuncias correspondientes a hechos delictivos que hubieran sido cometidos en el territorio de otros países de la Unión Europea. En el caso de que las autoridades españolas resuelvan no dar curso a la investigación por falta de jurisdicción, remitirán inmediatamente la denuncia presentada a las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido los hechos y se lo comunicarán al denunciante por el*

a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal,²⁸⁸ con el límite de aquellos supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución conforme el nuevo apartado 21.1 de LOPJ.

Los instrumentos europeos, tienen un objetivo el garantizar que las víctimas de delitos reciban **la información, apoyo y protección** adecuados y que puedan participar en procesos penales,²⁸⁹ definen tres clases de víctimas, con daños físicos, mentales o emocionales,

procedimiento que hubiera designado conforme a lo previsto en la letra m) del artículo 5.1 de la presente Ley”.

288 Véase el párrafo 2 del art 23 LOPJ, redactado por LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de LO 6/1985, de 1 de julio, relativa a la justicia universal. Y el nuevo apartado 2. Del art 21 LOPJ tras la reforma Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público.

289 Artículo 1 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

distinguiendo si los daños los ha sufrido directamente o en la persona de un familiar.²⁹⁰

Se articulan dos líneas básicas para conseguir protección y apoyo, enumerando los derechos concretos de las víctimas, conforme a las diferentes etapas del proceso judicial, pre-procesal, procesal y de ejecución, con un mínimo que institucionalmente tienen derecho a recibir, resaltando muy especialmente, el derecho de la víctima a la información a lo largo de todo el proceso, desde el primer momento y el derecho de protección regulado con distintos niveles de intensidad, distinguiendo entre las víctimas necesitadas de especial protección y menores.

No podemos olvidar, a este respecto, la Circular 3 de la Fiscalía General del Estado de 2009 realizada durante el

²⁹⁰Artículo 2 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo: “*la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal, los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona*”

intervalo entre la Decisión Marco de 2001 y antes del actual Estatuto de la víctima, en este documento ya se afirmaba la necesidad de conjugar el respeto de los derechos **mínimos** del acusado²⁹¹, reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con la protección de testigos, víctimas y menores. Ello anticipando planteamientos que luego tendrán rango de ley, constatando²⁹² este análisis la necesidad de estudiar las consecuencias negativas que el proceso puede acarrear a las víctimas, especialmente en los casos de mujeres víctimas de violencia de género y menores víctimas de delitos de delitos sexuales.

Aunque sin olvidar que los derechos de la víctima no pueden rebasar ciertos límites procesales infranqueables, como es el derecho de defensa del acusado y las garantías mínimas en su ejercicio, el principio de contradicción o

291 Art 6º.3. d) CEDH: “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

292 Un planteamiento, este último que debemos apuntar por ser evidente el peso de la doctrina de la FGE, y que materializa el efecto vertical del derecho comunitario a pesar de que la Directiva de 2001 no había sido traspuesta íntegramente, en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2003.

“derecho a combatir a la acusación”, en cualesquiera mecanismos de protección o apoyo que legalmente se articulen para las víctimas del delito.

La anterior afirmación o la compatibilidad del principio de contradicción como derecho fundamental del acusado y los derechos de la víctima, es la cuestión básica del análisis, y, conviene resaltar las posibilidades de protección en las intervenciones de las víctimas por medio de videoconferencia en el proceso penal, dentro del nuevo marco jurídico del Estatuto de la Víctima.

Es ya una afirmación repetida a lo largo de estas páginas, que no es equiparable la presencia física a la “jurídica” y hasta ahora esta afirmación se realizaba enfocada desde el punto de vista del órgano judicial, receptor de la videoconferencia, e incidiendo en la percepción limitada de imagen y sonido en las declaraciones por videoconferencia, ahora estas limitaciones, las estudiaremos desde el lado opuesto de la

videoconferencia, aquel ángulo de la víctima del delito que es objeto de recepción en el juzgado o sala de vistas, es evidente que el alejamiento físico mitiga, siendo proporcional el sacrificio de esa percepción directa por el órgano judicial y las partes, resultando una ventaja evitar que la víctima del delito se convierta también en víctima del proceso,²⁹³ que se sigue contra el acusado. Contando además con la posibilidad de reproducir la grabación de la videoconferencia practicada en instrucción.²⁹⁴

Son conocidas las cifras de víctimas por la opinión pública, y como pone de manifiesto la Unión Europea: *las elevadas tasas de victimización secundaria y reiterada de determinadas víctimas que son objeto de intimidación o represalias*. Nos movemos, pues, en un terreno delicado de

293 La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, “no afecta a las disposiciones de mayor alcance incluidas en otros actos normativos de la Unión que abordan las necesidades específicas de categorías particulares de víctimas, como, por ejemplo, las víctimas de trata de seres humanos y menores víctimas de abusos sexuales, explotación sexual y pornografía infantil, de una manera más específica”.

294 Circular FGE 3/2009 de 10 de noviembre sobre protección de menores, víctimas y testigos.

contraposición de intereses públicos que hay que compatibilizar, no es factible renunciar ni a las garantías del acusado, ni a los derechos, protección y apoyo a las víctimas, todo ello dentro del objetivo marcado por la Unión Europea de mantener e impulsar un espacio de **libertad, seguridad y justicia**, reiterado en el Programa de Estocolmo y así mismo, la UE “está comprometida con la protección de las víctimas de delitos y el establecimiento de normas de carácter mínimo en dicha materia”.²⁹⁵

Ciertamente, los derechos del acusado deben ser compatibilizados con los de la víctima, aunque teniendo en cuenta la distinta naturaleza de unos y otros.²⁹⁶ Los derechos de la víctima son de naturaleza procesal y de interés general, mientras que el acusado goza de derechos

295 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, en sus dos primeros considerandos.

296 PREÁMBULO Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. “(...)aunque gran parte de esos derechos son exclusivamente procesales o se centran en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con su normativa particular.

fundamentales procesales,²⁹⁷ pero, y lo que es más novedoso, el respecto a los derechos de la víctima²⁹⁸ es necesario *"en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado"*, como dice el Preámbulo del Estatuto. Los derechos procesales de protección a las víctimas están vinculados a la dignidad personal²⁹⁹ de estas, sin olvidar

297 Passim: Ureña Carazo, Belen. "Derechos fundamentales procesales" Thomson Reuters. Aranzadi 2014.

298 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Viena 2010. CUESTIONES INTERSECTORIALES Víctimas y testigos Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal: " *Un sistema de justicia penal equitativo, efectivo y eficaz es un sistema que respeta los derechos fundamentales tanto de las víctimas como de los sospechosos y delincuentes*". " *la necesidad de prevenir la victimización, proteger y asistir a las víctimas, y tratarlas con humanidad y respeto a su dignidad*".

299 Artículo 10 de la Constitución española de 1978: 1. "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Dentro del título I. Derechos y Deberes Fundamentales". Desde el punto de vista constitucional, la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 CE es "ajena a los derechos fundamentales susceptibles de protección a través de este proceso constitucional. Ciertamente, el art. 10.1 CE contempla la dignidad de la persona, pero el contraste aislado de las decisiones impugnadas con lo dispuesto en dicha norma no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo, por impedirlo los arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41.1 LOTC (S.T.C 101/1987 y 57/1994 y ATC 241/1985)". S.T.C 136/1996. Tribunal Constitucional, IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal., "La dignidad humana como principio constitucional", Durante los días 1,2 y 3 de octubre de 2007 se celebró en Roma La delegación española estuvo compuesta por María Emilia Casas Baamonde, Guillermo Jiménez Sánchez, Elisa Pérez Vera y Manuel Aragón Reyes. Madrid-Roma. Septiembre-octubre de 2007. La ponencia española, presentada por el Vicepresidente del Tribunal Constitucional "La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional

que, como veremos, los límites entre los derechos del acusado y de la víctima, requieren de un análisis sutil y en ocasiones por encima de la voluntad de la propia víctima. Resultando que la protección a esta última viene impuesta de forma obligatoria, alcanzando por tanto la categoría de derecho indisponible para esta, como en el caso de la pena de prohibición de acercamiento y comunicación prevista en los artículos 57 y 48 del CP, medidas y penas accesorias de carácter legal en el ámbito de la violencia doméstica y de género.³⁰⁰

española”: ...Consecuencia de lo anterior es que los pronunciamientos del supremo intérprete de la CE y garante último de los derechos fundamentales que se refieren a la dignidad personal se encuentran realizados al hilo de la delimitación del contenido de ciertos derechos fundamentales que sí tienen un reconocimiento expreso en el texto constitucional, ya sea en relación con su contenido sustantivo, ya con el círculo de personas a las que cabe reconocer la titularidad de tales derechos. Por lo demás, tales referencias, si bien se encuentran con mayor frecuencia en Sentencias dictadas en procesos de amparo constitucional, se hallan también en las que ponen fin procesos de control de leyes en los cuales se suscita el tema de la oposición o no del precepto legal sometido a enjuiciamiento con uno de los que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas o con otro precepto constitucional, entre ellos el propio art. 10 CE”.

300 Pleno. Sentencia 60/2010, de 7 de octubre de 2010. Planteada por la Audiencia Provincial de Las Palmas en relación con el artículo 57.2 del Código penal en la redacción de la Ley Orgánica 15/2003 (BOE 29 de octubre de 2010). Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: validez del precepto legal que establece la imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento. Concretando las vulneraciones constitucionales atribuidas al art. 57.2 Código Penal, la Sala afirma que el precepto infringe el art. 25.1 CE, que consagra el principio de personalidad de la pena. En relación con la víctima, y en algunos casos respecto de los hijos comunes, la aplicación de la

El complejo panorama de la tensión procesal de los derechos de víctima y del acusado en el proceso penal, tanto desde el prisma de la política criminal como en el plano constitucional, justificará la defensa de la intervención de la víctima en el proceso mediante la videoconferencia, como instrumento que compensaría parcialmente el desequilibrio de sus derechos con los del acusado, e incluso la introducción del uso de la videoconferencia como una modalidad alternativa para llevar a la práctica las diligencias en instrucción y las pruebas en el juicio. El destino de este instrumento técnico de comunicación puede evolucionar hacia una funcionalidad, mucho más trascendente, como es la

medida de alejamiento en contra de su voluntad lesionaría el art. 25.1 CE en tanto supone la imposición de una pena o medida de seguridad a quien no ha cometido ilícito penal alguno, sin que frente a ello pueda aducirse que la pena de alejamiento se impone al condenado y no a la víctima, habida cuenta de su inescindible bilateralidad, que hace imposible la efectividad del alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima, por lo que el alejamiento se impone a ambos. Para la víctima, las consecuencias la aplicación de esta pena significarían también, cuando se impone contra su voluntad y sin atender a las necesidades de tutela de su vida, integridad u otros bienes personales, un sacrificio de su libertad y de su capacidad de autodeterminación. Contra ello no cabe oponer, al parecer de la Sala, que toda pena privativa de libertad afecta a la vida familiar del condenado, pues lo hace de una manera indirecta y menos radical, permitiendo la relación dentro de los límites del régimen penitenciario. Sin embargo, la pena obligatoria de prohibición de aproximación supone una carga directa sobre el ofendido al obligarle a la separación y ruptura de la convivencia y por un plazo mayor que el de las penas privativas de libertad.

relativa a la protección y apoyo a las víctimas del delito, evitando a estas demoras, traslados innecesarios para las comparecencias o declaraciones, previniendo la confrontación y el contacto visual, gestual y de espacio físico con el acusado, con su entorno. Son todos ellos objetivos que adecuándose a las circunstancias del caso concreto, se conseguirán, a través del uso de la videoconferencia. Utilizando la "barrera física" de la distancia propia de la videoconferencia entre la víctima, el acusado y el propio contexto judicial o institucional. Es sabido, que el entorno judicial puede causar padecimientos indeseables en las víctimas, al menos en los casos más graves, por ejemplo, menores de edad que pueden llegar a bloquearse en un interrogatorio directo *que incide más bruscamente, por la cercanía, en sus debilidades.*

Podemos afirmar, pues, que la introducción, reconocimiento legal y regulación de la videoconferencia, significa en cuanto sus aptitudes tuitivas, una ampliación de su funcionalidad como mejora de calidad en una nueva

orientación del proceso penal, más “equilibrada”, especialmente, en el ámbito del apoyo institucional a las víctimas del delito.

La videoconferencia es tecnología, su utilización procesal adecuada en la discrecionalidad de los órganos judiciales, complementará el apoyo a la víctima. Lo que ya es posible legalmente en algunos supuestos regulados relativos al menor y las víctimas necesitadas de especial protección³⁰¹, afirmación esta que precisa de matices, pero dejamos enunciada, añadiendo que en nuestra opinión no entraba en las iniciales previsiones del legislador que se pudiera evitar mediante la videoconferencia parte del impacto del proceso para la víctima, daños psicológicos, re-memorización, represalias directas o indirectas y en

301 No sólo del menor- víctima del delito sexual y las personas con capacidad judicialmente modificada. El artículo 25.2 del Estatuto de la víctima del delito aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril, establece: “Durante la fase de enjuiciamiento podrán ser adoptadas, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las siguientes medidas para la protección de las víctimas: a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación. b) Medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas”.

definitiva victimización institucional, sin olvidar la grabación de las declaraciones o la utilización de biombos opacos,³⁰² siendo todas ellas medidas que se complementan.³⁰³

La necesidad de apoyo y protección de las víctimas no puede traspasar las líneas rojas de las garantías procesales, aunque estas últimas, podemos decir que se han ido *flexibilizando*, a través de los instrumentos internacionales ratificados por España y que han culminado en el texto del Estatuto de la víctima, permitiendo así, adaptar al proceso cuestiones como la confrontación visual víctima/acusado, definitivamente zanjada conforme al artículo 20 del Estatuto de la víctima del delito, que yendo más allá extiende el ámbito de aplicación a los familiares de las víctimas, que tendrán derecho a evitar el contacto directo

302 Véase el sistema del ordenamiento jurídico francés en cuanto a las declaraciones procesales de los menores.

303 Artículo 20 Estatuto víctima del delito: Derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor. *Las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación, estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes.*

con el infractor, a verle y a ser vistas por él. También se flexibilizan los supuestos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ampliándolos y permitiendo la vía documental para las pruebas preconstituidas en más casos a que antes.

Es evidente que vivimos una etapa de profundos cambios en materia legislativa, y a pesar de *los esfuerzos* del legislador, los resultados efectivos son desiguales, puesto que conjugar, en el proceso penal del siglo XXI, las exigencias de los instrumentos internacionales con nuestra ley procesal penal de 14 de septiembre de 1882,³⁰⁴ es muy difícil, se trata de dos normativas muy alejadas en el

304 Exposición de Motivos del Proyecto de CÓDIGO PROCESAL PENAL decía en su INTRODUCCIÓN:” Tan obvia resulta la obsolescencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que el clamor unánime en favor de su sustitución por un nuevo texto legal haría vana una detallada exposición de los argumentos justificativos de la decisión de emprender la reforma. Sólo por la necesidad de la superación de las incoherencias normativas que las numerosas modificaciones de la Ley han provocado, la redacción de un Código de Proceso Penal es hoy ineludible”.

tiempo.³⁰⁵ Máxime teniendo en cuenta que el derecho penal y el derecho procesal penal tienden en el ámbito europeo a la unificación, y la fórmula definitiva para que la utilización de la videoconferencia se reconozca y coadyuve a las finalidades de protección y apoyo a las víctimas, requiere la aprobación de una nueva ley procesal penal,³⁰⁶ que es ya imperiosa, aunque solo fuera por ciertas incoherencias normativas derivadas de las sucesivas reformas.

305Manes, Vittorio “*La incidencia de las decisiones marco en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo*” Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 - Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino) Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Julio 2007. “*En confirmación de una influencia del derecho comunitario sobre el derecho penal interno cada vez más penetrante y sutil, la sentencia comentada se encuadra en un escenario que ve proyectarse el tipo normativo de las “decisiones marco” en una dimensión de absoluta centralidad en la dinámica de las relaciones de compenetración que destacan el progresivo despliegue de la “unidad del ordenamiento jurídico” comunitario; “unidad” -que respecto a las fuentes de derivación europea- estaba circunscrita, hace algún tiempo, a los sectores del así llamado primer pilar, en aplicación de los principios de primacía y la aplicabilidad directa de la norma comunitaria*”.

306 Véase en este sentido el texto de Proyecto de Código Procesal Penal en su Artículo 121, regulaba las declaraciones a distancia :*El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier procedimiento penal como encausado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen 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. En estos casos, el Secretario Judicial del Tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.*

El Estatuto de la Víctima del Delito³⁰⁷ vigente, tiene un objetivo que incluye algunas necesidades básicas extraprocesales, y no se limita a los aspectos materiales y de reparación económica, sino que también se extiende a aquellos aspectos en su **dimensión moral**. Atendiendo a las características personales de la víctima y en particular cuando se trate de una persona con discapacidad, conforme al artículo 23.2. a,³⁰⁸. Siendo esta categoría de víctimas

307 Que traspone, la Directiva 2012/29/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, derogatoria de la Decisión marco 2001/220/JAI, la Directiva 2011/192/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

308 A este respecto es significativo la propuesta al Gobierno que se formuló en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2014 en relación a la protección de las personas con discapacidad en el ámbito de cooperación internacional: *“Se han detectado importantes problemas y dificultades para lograr la protección de personas con discapacidad – incapacitados o no judicialmente– que en momentos de inestabilidad, fundamentalmente en casos de enfermedad mental, abandonan territorio español con destino a Francia u otros países pertenecientes a la Unión Europea. La falta de un mecanismo de cooperación judicial específico en esta materia a nivel europeo (para la adopción rápida de medidas de protección de personas adultas), tal y como existe en otros ámbitos como es el caso de las cuestiones relativas al matrimonio, familia y protección de menores, determina la impotencia de nuestros órganos jurisdiccionales para poner en marcha de forma ágil y eficaz medidas cautelares a ejecutar en el territorio donde se encuentra la persona afectada. A tal efecto, los protocolos de cooperación policial para la puesta en custodia derivados del art. 97 del Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 se muestran*

tratadas en el Estatuto sin hacer distinciones de si se requiere o no la resolución judicial para considerarlas incluidas en este concepto. Nos remitimos a lo ya expuesto anteriormente,³⁰⁹ siendo nuestra opinión que en el plano procesal es de aplicación lo previsto en la ley procesal, que requiere que la persona necesitada de especial protección, que sea víctima de un delito, a los efectos del artículo 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal haya sido judicialmente incapacitada.

absolutamente insuficientes para garantizar la protección de estas personas que en la mayor parte de las ocasiones se sitúan en situaciones de riesgo y de extrema vulnerabilidad. La misma insuficiencia, en orden a obtener una protección ágil y eficaz, se pone de manifiesto en relación con los mecanismos de colaboración consular derivados del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963.

Se considera necesario que el Reino de España ratifique el Convenio de la Haya de 13 de febrero de 2000 ,(España es miembro desde 15 de julio de 1955) sobre protección internacional de adultos, del que ya es parte Francia, entre otros estados europeos, ya que el referido texto internacional establece normas de competencia, legislación aplicable y mecanismos de cooperación judicial rápida, directa y eficaz para la protección de las personas adultas con discapacidad que se encuentran en situación de desamparo en el territorio de un estado parte en el mismo. El Parlamento Europeo emitió una recomendación en 2012 para que los Estados miembros procedan a la ratificación de este Convenio”.

309 Haciendo hincapié en que dentro del propio Código Penal existen dos conceptos distintos, uno el concepto legal de discapacidad que se contiene en el artículo 25 y otro que la asimilación no se produce en todos los casos, así en la propia reforma Ley Orgánica 1/15, en el artículo 48 del Código Penal se refiere al interés superior de la persona con discapacidad en la regulación de la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares, sin que se extienda la protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad a aquellas personas discapacitadas que no tengan declaración judicial de discapacidad.

Ya dijo nuestro Tribunal Supremo,³¹⁰ que, “al ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad”, no obstante y antes de que eso suceda, de lege ferenda convendría plantear el uso procesal de la videoconferencia para las víctimas como un derecho optativo para estas.

De lege data, los mecanismos de protección a testigos, se pueden agrupar sistemáticamente en dos grandes grupos, primero el testigo protegido: víctima de represalias a consecuencia de su declaración que conceptualmente coincide con algunos casos de violencia de género y, en segundo lugar: el testigo menor de edad, dentro de este último grupo las menores víctimas de delitos sexuales. La

310 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 17 de marzo de 2015.

primera categoría, se define por el riesgo que conlleva significarse como testigo de cargo en los casos de infractores con un nivel de peligrosidad extremo, ello sitúa al testigo, víctima o no, en una tesitura personal de legítima autodefensa y de incertidumbre moral que puede viciar su testimonio; el segundo grupo, los menores, presentan una problemática distinta y el legislador ha abordado con más determinación su regulación protectora. Son dos categorías específicas que otorgan un status especial dentro del derecho interno por razones de seguridad y de victimización secundaria, respectivamente, un tratamiento legal reforzado al testigo protegido y al menor, especialmente reforzado en los supuestos de menor víctima de delitos sexuales, y en cuya puesta en práctica jugara un papel determinante la videoconferencia.

El testigo protegido en el ordenamiento jurídico español está regulado en Ley Orgánica 19/94 de 23 de diciembre, adoptada por el legislador español en base a las conclusiones que se hicieron patentes en la Resolución

827/1993, de 25 de mayo por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,³¹¹ el ámbito subjetivo de aplicación se extiende a aquellos testigos y peritos que corran un riesgo apreciado judicialmente en su persona, libertad o bienes, con motivo de su intervención en el proceso penal, pudiéndose preservar su identidad o datos que hagan posible su localización

Dentro de la diferente intensidad del peligro, que afecte al testigo, puede el juez de instrucción acordar las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio del derecho de contradicción que asiste a la defensa del procesado. En los casos de peligro más grave, el juez de instrucción adoptará la decisión, como una posibilidad excepcional que deberá instar el Fiscal, de otorgar una nueva identidad y modo de vida al testigo protegido.

311 Concerniente a la antigua Yugoslavia.

Por su parte la Directiva del derecho a la información³¹² establece en su artículo 7.4 que :*"siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, **podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida** o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado*

312 Directiva 2012/13/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial”.

No obstante, esta previsión no ha sido traspuesta con carácter explícito en la LO 5/15 de 27 de abril, aunque conforme al efecto útil de las directivas es aplicable y vinculante, conforme a esta interpretación se solucionarían definitivamente las contradicciones de nuestro ordenamiento jurídico. Conforme a la LOPTP las medidas acordadas por el juez de instrucción pueden ser mantenidas durante el juicio, no obstante en fase intermedia admitida la prueba por el juez sentenciador, si lo solicita la defensa, al menos se debe facilitar nombre y apellidos del testigo o perito, que se hubieren mantenido ocultos durante el procedimiento, ya que el derecho de defensa y el respeto a la contradicción del acusado lo exigirán. Cuestión que, a su vez, haría inoperante de hecho la finalidad última de protección de la ley, dicho sea lo anterior para dejar constancia del reto que puede significar para los Tribunales

el asumir diversas obligaciones de signo encontrado, por un lado la garantía de seguridad del testigo o perito, y de otro, el derecho de defensa. En este punto podemos afirmar que al menos con la posibilidad que ofrece la declaración del testigo o perito mediante videoconferencia con el rostro oculto, aunque comparezca con su nombre y apellidos, se permitiría conjugar de forma práctica dos prioridades, en primer lugar, la seguridad del testigo y la valoración de su testimonio que son prioritarios.

Será el interés estatal en perseguir e impedir los delitos y castigar a los culpables, lo que justificará el esfuerzo en medios y en instrumentos legales para proteger al testigo que se encuentre en grave peligro, pero no es posible considerar un testimonio anónimo u oculto³¹³. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, recuerda que el TEDH admite que se ponderen los intereses de los

313 De la Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda año judicial 2014-2015. www.cgpj.Página 21

testigos y los de la defensa cuando se trata de usar las declaraciones vertidas en la investigación, en cuyo escenario admite la validez del testimonio anónimo. No obstante, advirtió también el TEDH que la convicción que lleva a la condena, no puede estar basada exclusivamente o de forma decisiva sobre declaraciones anónimas, como lo eran las de los dos testigos cuya identidad no conoció la defensa, aunque la conociera el órgano jurisdiccional”.

Sí es posible en cambio valorar el testimonio de un testigo con el rostro oculto, a través de videoconferencia en casos de riesgo grave para el testigo, siempre y cuando no se trate de la única prueba del juicio. Siendo por otra parte indisponible para este, el hecho de no sentir subjetivamente el nivel real de riesgo, que puede apreciarse de oficio, circunstancias que serán evaluadas judicialmente, aunque si es voluntario aceptar en el caso de los mayores de edad, la posibilidad prevista en el apartado

3.2 de LO 19/1994, 29 de diciembre, de cambio de nombre y de vida.³¹⁴

Conforme a las previsiones legales se impone un deber abstracto de declarar a los testigos, en concreto, a los ciudadanos que se encuentren en territorio español, obligación que afecta a comparecer y a manifestar lo que supieren acerca de lo que sean preguntados. La limitación territorial puede verse ampliada en virtud de Tratados internacionales o dentro del ámbito regional europeo mediante la aplicación del Convenio para facilitar la ayuda judicial mutua entre las autoridades competentes de los EE MM, con el fin de que la cooperación penal resulte más rápida y eficaz, y puede verse, favorecida en la práctica por la posibilidad de utilizar la videoconferencia, que en ningún

314 Alvarez Caperochipi, Jose Antonio “El derecho a conocer e interrogar el testigo de cargo en el proceso penal”. Ponencia presentada, en el curso de formación de Jueces y Magistrados 2007, en el Plan territorial de Navarra. Página 192: “*Yo creo que es difícil establecer criterios generales porque la solución al conflicto entre derecho de defensa y protección del testigo debe estar basado en un triple principio de proporcionalidad: A) De otra parte las dudas racionales sobre la credibilidad de la prueba de testigo anónimo o no contrastado, B) De otra parte deben acreditarse los males inminentes o peligros reales a los que se enfrenta el testigo cuya identidad se oculta o cuyo testimonio no se contrasta. C) También es importante la relevancia del testimonio, pero esto merece un epígrafe aparte*”.

caso se extenderá a los sujetos dispensados de denunciar o de declarar.

B) Eficiencia jurídica en la declaración del testigo menor de edad y menor víctima de delitos sexuales

A diferencia de los motivos por los que habitualmente se acuerda la práctica de prueba preconstituida, en el caso específico de las declaraciones recibidas a menores de edad o discapacitados necesitados de especial protección, la preconstitución probatoria tiene su origen en contrario a la voluntad del legislador, que estos sufran un daño psicológico sobreañadido a su condición de víctima en las comparecencias en dependencias policiales y judiciales.

Con respecto a sus declaraciones, la doctrina jurisprudencial,³¹⁵ que citaremos siguiendo la STTS de 5 de

315 STTS 20-12-2012. Regla general desarrollo de la testifical en forma presencial.

junio de 2013,³¹⁶ que condensa los principios inspiradores relativos a esta materia, y completa el marco jurídico legal aplicable a esta materia, como es : la Convención de los Derechos del Niño aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1991, el artículo 39.4 de la Constitución Española, la LO 1/1996 de 15 de enero Protección Jurídica del Menor y los artículos de la Ley de enjuiciamiento criminal cuyo texto se ha modificado, 433, 681.3, 707 y 730³¹⁷, así como el artículo 26 del Estatuto de la víctima del delito.

316 Sentencia n.º 470/2013 Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal.

317 Apuntamos el texto literal de los artículos reformados para facilitar la lectura, así Art. 433: *Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal. Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que, en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma. En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.*

En la Sentencia citada, en primer lugar se interpreta la palabra **imposibilidad** que es un requisito del artículo 448 LECrim, haciéndose extensiva para aquellas situaciones en que exista riesgo de daño psicológico para el menor: “*graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral*”. Hace referencia a otra Sentencia de enorme importancia, en esta materia, como es la de fecha 28 de febrero de 2007 y a la doctrina en ella contenida relativa a la ponderación para valorar la necesidad de prueba en el juicio oral, en la que se deberá considerar, por una parte los

Art 681.3: *Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.*

Art 707: *Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos. La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.*

Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.

Art 730: *Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.*

derecho del acusados, y de otra, la necesidad de protección y el derecho del menor a esta protección. Conviene hacer hincapié en que esta STTS es de fecha anterior al Estatuto de la Víctima del delito y se refieren a menores víctimas de delitos sexuales. Pero **sus razonamientos** son aplicables a los menores víctimas también de otro tipo de delitos, ya que es la corta edad un factor objetivo de vulnerabilidad y el interés superior de menor el criterio común aplicable a ambos tipos de víctimas, tal y como establece el artículo 3 de la Convención de los derechos del Niño.

El Estado, los Tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos son los garantes de una adecuada protección y cuidado del menor cuando sus padres o personas responsables no tiene capacidad o posibilidad de hacerlo. Podemos afirmar, que estando los menores sometidos al ejercicio de las potestades jurisdiccionales al ser citados como testigos en un procedimiento penal, es responsabilidad de los Tribunales

su protección. Ello conforme a la doctrina del TEDH³¹⁸ que considera justificado admitir excepciones, flexibilizar y modular las formas de interrogatorio a los menores que han sido víctimas de un delito, practicar las declaraciones de los menores anticipadamente al juicio. En la actualidad, se plantea un nuevo escenario, en la práctica de los interrogatorios y consiguientemente la **flexibilidad** para valorar la prueba en el juicio oral. Nuevo modelo alejado del clásico interrogatorio, que por más traumático que pudiere ser para el menor tampoco realmente garantiza al tribunal, conforme a los principios básicos de la psicología infantil, se llegue a una averiguación objetiva de los hechos, siendo más acorde a la verdad material, el interrogatorio a través de expertos, antes o durante el juicio oral a través de videoconferencia.

318 Por todas Sentencia Puppino Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia de 16 de junio de 2005, proa. C-105/2003 que hace referencia a los artículos 2,3 y 8 apartado 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001.

Son principios básicos del nuevo régimen legal de protección: el evitar a los menores testigos la confrontación visual con su agresor, que deberá procurar el tribunal y ser solicitada por las partes, la grabación de las declaraciones del menor en instrucción bien directamente o a través de un experto, con o sin evaluación de psicólogo, que se practicará previa evaluación del riesgo del menor en caso de comparecencia.

La doctrina jurisprudencial en torno a la valoración de la prueba es de relevante interés la STTS de 5 de junio de 2013,³¹⁹ que acerca de la valoración del testimonio realizado por las víctimas menores durante la instrucción, después, **reproducido videográficamente**³²⁰ en el juicio, dicha resolución sistematiza los requisitos, distinguiendo entre materiales o causa legítima, subjetivos o necesaria

319 STTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero.

320 Nótese que puede ser un supuesto en que la grabación se hubiera llevado a cabo en un acto practicado utilizando la videoconferencia.

intervención del juez de instrucción y objetivos o respeto al principio de contradicción con citación del abogado de la defensa “*a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo*”, por último y como requisito formal la lectura a través del artículo 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Reconociendo como motivo legítimo de la incomparecencia presencial de los testigos menores a juicio los casos de menores víctimas de delitos sexuales, con la finalidad de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda **ocasionar daños psicológicos a los menores**”. Equiparando la imposibilidad material de asistir a juicio de los testigos, a una especie de **la imposibilidad jurídica**³²¹

321 *Esta Sala ha estimado (STTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) que la previsión de “imposibilidad” de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores. Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, especialmente la defensa del interés del menor y el derecho fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes.*

de causar conscientemente daños psicológicos a las menores víctimas de delitos sexuales, sobre todo, en la comparecencia del juicio oral. Queda consagrado, así, el respeto pleno a la integridad física, mental y moral de las víctimas. Teniendo en cuenta la posibilidad de utilizar la videoconferencia para la práctica de las anteriores diligencias o en la declaración del menor en el juicio oral o bien mediante videoconferencia; estas alternativas señaladas dan idea de dos cuestiones, que analizaremos a continuación.

En primer lugar, y como dice la STTS de 10 de marzo de 2009 ...” *en la actualidad, los medios tecnológicos utilizados por el instructor que permiten llegar a un razonable equilibrio entre la necesidad probatoria de la inmediación, el derecho de las partes a un juicio contradictorio común las garantías y la protección*

psicológica de la víctima” quedando en manos del instructor o del juez sentenciador la decisión discrecional para ponderar razonablemente los derechos del acusado con la necesidad de protección de la víctima menor, teniendo en cuenta que la repetición de las declaraciones debe evitarse en lo posible.

Y, en segundo lugar, como premisa inicial, es necesario el riesgo de daño psicológico para justificar el despliegue de los mecanismos de flexibilización probatoria, requiriéndose un previo informe pericial de evaluación del riesgo, que se constituirá en el fundamento para “*dispensar*” al menor de comparecer a juicio, o lo que es lo mismo, el examen de la pertinencia, utilidad y necesidad de comparecencia del menor es competencia del juez del plenario, pero es necesario que ya en fase de instrucción se tomen las medidas necesarias, posibilitando legalmente esa incomparecencia, en forma que no vulnere las garantías del acusado. Siendo además posible la utilización de la videoconferencia, si fuese precisa la misma.

El artículo 23 de Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, establece que se realizará la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección. Esta valoración tendrá especialmente en consideración, la posible adopción de medidas de protección para víctimas menores de edad, reflejando su situación personal, las necesidades inmediatas, su edad, género, discapacidad y el nivel de madurez, y respetará plenamente su integridad física, mental y moral. Aplicándose en todo caso, a los menores de edad víctimas de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual, las siguiente medidas: *se les recibirá declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin, por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda, todas las tomas de declaración a una misma víctima le serán realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma*

relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal .

La videoconferencia como instrumento material de comunicación se mostrará imprescindible en la dinámica de estas diligencias:

a) Las entrevistas con el menor en dependencias especiales, se realizarán por los expertos, trasladando las preguntas de las partes que deberán estar citadas a fin de respetar el principio de contradicción, siendo observados el menor y el experto por las partes, el Juez de instrucción y el Fiscal, a través de videoconferencia o cristales opacos desde una dependencia contigua.

a) Hay que recordar, que esta modalidad de preconstitución probatoria tiene una segunda finalidad, a la de evitar comparecer el juicio, como es limitar al mínimo el número de comparecencias en los menores, que duplicaran

o triplicaran su grado de victimización respecto de los hechos.

Por ello, resulta explícita la STTS de 14 de octubre de dos mil catorce: “(...) *nos encontramos ante dos menores de una edad muy escasa en relación con hechos y experiencias del tipo que hoy se conocen, que cuando se vio la grabación de su declaración era fácilmente apreciable que ambas menores no querían hablar del tema, que gesticulaban y adoptaban posturas de vergüenza, escondiendo la cabeza, y sobre todo el rostro cuando hablaban, y que si bien eran prolijas en detalles que rodeaban los hechos, cuando se llegaba a estos en concreto, eludían las preguntas y las contestaciones en la medida de lo posible*”.

C) Los casos de violencia de género y su influencia jurídica

Dentro de la tipología de víctimas, especial consideración merece las mujer víctima de violencia de género, analizaremos en este epígrafe los matices, que la Jurisprudencia y la doctrina científica propugnan, acerca de la utilización de la videoconferencia en el juicio para estos casos. Es necesario insistir, en el status procesal específico y *privilegiado* de las víctimas-testigos de violencia de género, y así al derecho de evitar el contacto físico-visual con su agresor, a través de dependencias adecuadas y con el biombo, o espejos en sala,³²², al derecho a solicitar con

³²² Artículo 25. Estatuto de la Víctima del delito. Medidas de protección:

fundamento en la LO 19/94 que su domicilio no conste en las actuaciones, o a ser citadas a través de su Representación letrada, a que su declaración se realice a través de videoconferencia, o tal como expusimos, por motivos de seguridad para evitar ser localizadas por el agresor o su entorno con motivo de su comparecencia en sede judicial. Sin embargo, después de la promulgación del

1. Durante la fase de investigación podrán ser adoptadas las siguientes medidas para la protección de las víctimas:

- a) Que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin.*
- b) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda.*
- c) Que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal.*
- d) Que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3.º y 4.º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 y las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal.*

2. Durante la fase de enjuiciamiento podrán ser adoptadas, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las siguientes medidas para la protección de las víctimas:

- a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, **para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación.***
- b) Medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.*
- c) Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.*
- d) Celebración de la vista oral sin presencia de público. En estos casos, el Juez o el presidente del Tribunal podrán autorizar, sin embargo, la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa.*

Estatuto de la Víctima, hay que señalar que no se ha visto incluida en el ámbito de protección super reforzado previsto para el menor y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

No obstante incluimos en este epígrafe, último del segundo capítulo, la referencia a una cuestión procesal pendiente de resolver con estas víctimas, relativo al ejercicio del derecho a la dispensa del artículo 416³²³ de LECrim en el juicio oral, que ya ha sido apuntado reiteradamente por la doctrina, y así y en opinión de MAGRO SERVET³²⁴ debería resolverse lege ferenda a través de la prueba preconstituida por la vía de la reforma del artículo 777 de LECrim.

323 S.T.C de 15 de noviembre de 2010. Promovido por doña Eugenia frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que estimó el recurso de apelación en causa por delitos de malos tratos habituales y lesiones, así como por faltas de lesiones y amenazas. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: Sentencia de apelación que no toma en cuenta los testimonios de la denunciante, cónyuge del acusado, y de la hija común de ambos, porque no se les había informado de que estaban legalmente exentas de la obligación de declarar.

324 Passim Magro Servet, Vicente. “La necesidad de evitar la reiteración de las declaraciones de las víctimas de malos tratos ante la justicia el otorgamiento del valor de su primera declaración como prueba preconstituida”. Diario La Ley. Número 7876,2012.

Sin embargo, conviene puntualizar que el fenómeno de la lacra machista no tiene una solución única, existiendo diversas teorías que afectan a diversas disciplinas, así, las teorías criminológicas de violencia en la familia,³²⁵ que bien desde la perspectiva psicológica, psicológica ambiental o sociológica, explican el origen del fenómeno, la causa, el porqué de este tipo de violencia. Y acerca de su contexto la familia, insistiendo todas ellas en las especiales relaciones de interacción entre la víctima y el agresor, siendo complejo desde el punto de vista ético, no contar con la voluntad de la mujer víctima de malos tratos, obligándola a declarar como un testigo común. A este respecto, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo establece una solución ponderada que delimita el alcance de dicha dispensa, así: *"La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las*

325 Garrido, Vicente, Stangeland, Per, Redondo Santiago, Principios de Criminología, 3ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006. Páginas 641 a 648.

personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto.

Se exceptúan:

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”.

Queda claro, pues, que en nuestro sistema legal³²⁶ se prioriza la paz familiar, y se cuenta con la decisión de la mujer víctima del maltrato, permitiéndola acogerse si es esa su voluntad en el momento del juicio a la dispensa,³²⁷ y

326 Crónica de la Sala de lo Penal Sala Segunda 2013: 1.6.3. Dispensa del art. 416 de la L.E. Crim. Lectura de declaraciones sumariales. La STTS 21-12-2012 recuerda que no es admisible la utilización de declaraciones sumariales prestadas por quien posteriormente hace uso, en el acto del Juicio oral, de la dispensa que la Ley le otorga según las previsiones de los artículos 416.1 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni por la vía del artículo 714 (necesidad de aclaración de contradicciones) ni del 730 (imposibilidad de reproducción de la prueba) de ese mismo cuerpo legal, ya que no se dan los presupuestos legales (existencia de contradicciones o imposibilidad de práctica). www.cgpj. Web CGPJ.

327 Véase MAGRO SERVET, Vicente. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores. (Artículo 416 L.E. Crim): ¿Es necesaria una reforma legal?” Diario la Ley. Número 6333. 5 de octubre de 2005.

debiendo ser informada de este derecho, sin formalidades innecesarias, de forma efectiva y comprensible.³²⁸

Ciertamente el presente de estas víctimas en nuestro ordenamiento, no cuenta con las posibilidades de la preconstitución probatoria específica,³²⁹ siendo la declaración por videoconferencia una posibilidad mitigada para su protección a la hora de comparecer en juicio,³³⁰ y ello conforme a la reciente STTS de 21 de marzo de 2016, refiriéndose a la videoconferencia utilizada en este caso con todos los testigos y los peritos desde Venezuela, puesto que los hechos sucedieron allí:” (...) *se trata de una especialidad procesal que no afecta en modo alguno al*

328 *Learned helplessness*, desamparo aprendido, trabajos de Seligman citados dentro de las teorías del aprendizaje social en la obra Garrido, Vicente, Stangeland, Per, Redondo Santiago, Principios de Criminología, 3ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006. Página 647

329 STTS 29 de octubre de 2015: Absuelve al acusado de violación ante la negativa de la víctima estadounidense a declarar por videoconferencia “el derecho del imputado al examen del testigo de cargo en el enjuiciamiento con intermediación, que —hay que insistir— es intermediación actual, constituye un elemento estructural del proceso y un factor esencial del derecho de defensa del imputado, inherente también al principio de contradicción, y que, por ello, no es potestativamente disponible por la contraparte”.

330 STTS de 31 de marzo de 2016: Videoconferencia. Toda la prueba testifical y pericial se llevó a cabo por videoconferencia desde Venezuela con la colaboración de la Fiscalía de dicho país. La utilización de la videoconferencia aparece totalmente justificada. No existió quiebra del derecho al proceso debido por la utilización de la videoconferencia. Doctrina de la Sala al respecto. STTS 678/2005 de 16 de mayo y 957/2006 de 5 de octubre.

*derecho al proceso debido, pues la videoconferencia permite la efectividad del principio de contradicción sin el que no existe proceso debido. Hay que recordar que como tiene dicho esta Sala, todo juicio es un decir y un contradecir, y solo en la dialéctica de prueba de cargo y prueba de descargo, puede alcanzarse la verdad judicial”,*³³¹ no comportaría, pues, ninguna vulneración de los principios procesales.

CAPÍTULO TERCERO LA INCIDENCIA DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

³³¹ STTS 500/2004; 528/2006; 629/2007; 273/2010 ó 165/2013, y del Tribunal Constitucional se puede citar la S.T.C 134/2010 de 2 de diciembre.

I. LA VIDEOCONFERENCIA Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES

1.1. Relación de la videoconferencia con los principios procesales como valores constitucionales

Como dice SAAVEDRA GALLO, Pablo: "Los principios y valores del Estado Social de Derecho constituyen **el centro** del vigente ordenamiento jurídico español, son **la base** sobre la que se asientan la carta de derechos fundamentales y la estructura democrática contemplada en

la Constitución de 1978"" **punto de partida**"³³² también del Derecho Procesal [subrayado, mío].

Son, pues, los principios procesales, una de las manifestaciones del derecho a un proceso "ideal", justo, con respeto a todas las garantías, qué de nuevo y siguiendo a Saavedra Gallo³³³ no están diseñadas de una manera tan precisa que cada uno tenga delimitado su campo de actuación de forma clara, unos son muy amplios y abarcan varios derechos y, otros tienen diversas manifestaciones, las garantías procesales son proyección de los principios constitucionales dentro del proceso penal y son derechos de las partes.³³⁴

Así mismo, es imprescindible, acudir en este análisis a las fuentes en la teoría general, lo que nos permitirá precisar cuestiones como la naturaleza de estos derechos, que componen el haz de las garantías, ¿valores

332 Saavedra Gallo, Pablo: "Sistema de Garantías Procesales". Página 18.

333 Saavedra Gallo, Pablo: "Sistema de Garantías Procesales". Página 379.

334 Gráficamente, y en algunos casos, constituyen círculos secantes que se superponen unos con otros.

constitucionales o derechos? ¿derechos humanos o fundamentales? y en segundo lugar y aunque no se trate de un tema pacífico, su inclusión en las distintas clasificaciones doctrinales, lo que, como veremos, nos ayudará a concretar cuáles sí se incluyen dentro del sistema, su delimitación, y su incidencia en la intervención procesal mediante videoconferencia. Ello sin olvidar el sistema de protección constitucional de esos derechos, su salvaguarda, que completa su eficacia normativa y por tanto su efectividad procesal. EL juicio justo está regulado en el artículo 6 del CEDH su categoría esta enunciada en el propio convenio dentro de los derechos humanos y libertades fundamentales y la Unión Europea que reconoce el ámbito propio del Consejo de Europa.

Sirvan estas consideraciones previas para enfocar el contenido de nuestro modelo procesal penal, la Constitución declara cuáles son sus valores y cuáles son los derechos fundamentales en el primer capítulo del título

primero, la modalidad para comparecer mediante el uso de la videoconferencia, a su vez, también es contemplada en la regulación internacional y nacional. Y la principal característica de las normas que en este ámbito pueden invocarse, siempre hará referencia al uso de la misma condicionado al respeto de los principios procesales de contradicción y de defensa, aunque los principios de inmediación y de publicidad también pueden verse afectados. Sin embargo, no hay que perder de vista las razones de política criminal, que subyacen en esta normativa que impulsará su promoción por razones de utilidad.

Los valores constitucionales dentro del ejercicio del ius puniendi estatal, cuentan con su autocontrol mediante las garantías que se desarrollan en las categorías doctrinales, a las que con ligeras variantes, se agrupa en principios del proceso y principios del procedimiento, estos son elementos estructurales, en lenguaje arquitectónico, que permitirán

elevant las bóvedas del Estado de derecho hasta llegar a alcanzar los valores constitucionales, la dignidad humana y el respeto a la ley.

No obstante, en nuestra opinión, el auténtico entendimiento de las garantías no puede hacerse en un sentido abstracto, formal, o dogmático, ya que no son ideales retóricos, es la repercusión concreta, el nivel de excelencia en cada uno de los procesos penales que se tramitan, la eficiencia del respeto a los valores superiores de la libertad, la justicia y la igualdad, en nuestra opinión eso es lo que nos acerca al verdadero significado del sistema de garantías, su finalidad de evitar "la inmoralidad" procesal, y materializar la ética de las instituciones de resolución de conflictos.

En nuestro análisis determinaremos cuál es el grado de compatibilidad de la eventual utilización de la

videoconferencia como modalidad de practicar pruebas con los valores constitucionales,³³⁵ de estos deriva en el proceso penal el reconocimiento del derecho humano a un juicio justo, que se concretará en los derechos fundamentales de igualdad de las partes, el derecho de defensa, el derecho de audiencia- de contradicción y el derecho a la presunción de inocencia que solo podrá ser destruido en la correcta aplicación de los anteriores.

Sin embargo, tan importante resulta no perder de vista en nuestro análisis uno de los extremos: la modalidad procesal de comunicación por **videoconferencia frente a la presencia física**, como incidir que en el otro extremo se encuentran los principios procesales penales, y en estos últimos, la enorme influencia de la UE mediante sus competencias en legislación y su autoridad jurisdiccional en la interpretación. Se está transformando aquello que fue

335 Valores que se contienen en los principios procesales.

nuestra visión inicial de las garantías, al imponer un nuevo status quo que haga compatibles los distintos sistemas procesales en los Estados miembros, con el objetivo de unificar el derecho procesal.

De estas novedades, se hace eco la doctrina científica, así, podemos citar a BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: *“en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, principio que se considera comúnmente como la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal en la Unión desde el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999”*³³⁶, o JIMENO BULNES, Mar, cuando se refiere *“al principio de libre circulación de la prueba en el espacio geográfico de la Unión Europea a modo de quinta libertad comunitaria”*³³⁷.

336 Burgos Ladrón de Guevara, Juan, “La Orden Europea de Investigación Penal en España, aplicación y contenido posible relación con la Orden Europea de Protección”. Diario La Ley, Número 8661, 2015.

Deberemos, pues, distinguir si la modalidad de comparecencia mediante videoconferencia y su utilización en el proceso penal que se ha visto favorecida desde todos los instrumentos internacionales, su promoción como medio de comunicación, instrumento eficaz para dar una respuesta realista a las necesidades procesales concretas y favorecer la progresiva armonización del derecho penal europeo, la cercanía que proporciona a las autoridades judiciales y policiales en el ámbito de la cooperación y, desde luego, en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea³³⁸ y una segunda cuestión, distinta, como es su idoneidad en el proceso penal, en fase de instrucción y en el juicio oral, en la práctica de la

337 Jimeno Bulnes, Mar. Directora del Proyecto de investigación: “Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar. Bosch Editor 2016. Página 160.

338 En el artículo 82, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se establece que: *“En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas se referirán a: la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, los derechos de las personas durante el procedimiento penal, los derechos de las víctimas de los delitos”*.

prueba: ¿Que incidencia puede tener en relación a los principios procesales?.

Podemos afirmar, que la anterior distinción abre un panorama de una inusual complejidad en el análisis actual de la cuestión a que nos enfrentamos, ya que, si nos proponemos estudiar la relación videoconferencia/principios procesales penales, tendremos que aceptar que la videoconferencia es solo materialmente un medio de comunicación, pero su utilización para las intervenciones en el proceso penal, es un modismo insólito en relación a los principios procesales penales, entendidos estos en el sentido habitual, al modo tradicional, por la doctrina científica y jurisprudencial.

Sin embargo, no nos debemos a los conceptos tradicionales en este campo, y la perspectiva correcta es que la condición de miembro de la Unión Europea de

España justifica que nuestro ordenamiento penal esté incluido en este periodo de transformación de armonización normativa internacional, que afecta al ámbito regional de la UE. Esta definirá y perfilará, en el futuro los principios y las garantías del proceso penal español, y de los otros EE MM de acuerdo con el compromiso político común de aproximación legislativa penal entre los sistemas penales y en ese objetivo común, se sitúa el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de los EE MM, basado en la confianza recíproca en los distintos sistemas penales.

Por otra parte, es sabido, que dicho compromiso político fue confirmado una vez más, en el Programa de Estocolmo, adoptado por el Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2009, siendo la decisión adoptada que debía proseguirse la creación de un sistema general para obtener pruebas en los casos de dimensión

transfronteriza,³³⁹ luego y, en virtud del denominado principio de libre circulación de la prueba en el espacio geográfico de la Unión Europea,³⁴⁰ las pruebas en el proceso penal español tienen que ser concebidas en orden a su posible proyección territorial sobre la extensión geográfica del espacio judicial europeo. Debiendo considerar que las pruebas de los procesos penales instruidos en nuestro país pueden obtenerse a partir del 27 de mayo de 2017, en cualquier país de la Unión Europea, cuyos EE MM recíprocamente pueden ordenar que las diligencias de investigación penal se practiquen en España, por los órganos judiciales españoles y a la inversa.

339 CONSULTA PÚBLICA SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/41/UE, DE 3 DE ABRIL DE 2014, RELATIVA A LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL SGT/Sub. Gral. Política Legislativa.

340 Quinta Libertad comunitaria, véase Jimeno Bulnes, Mar. Directora del Proyecto de investigación: *“Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar.* Bosch Editor 2016. Página 160.

Así pues, tanto la prueba en el proceso penal, como los principios procesales penales, se verán modulados por las necesidades de adaptación impuestas por la Unión Europea, en su objetivo de naturaleza política, que requerirá para lograrlo la homogeneización en los instrumentos jurídicos.

En 1978, la Constitución española, proclamó, los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político así como, el modelo de derechos fundamentales instaurado, ambas categorías fueron fruto, en gran manera, de las especiales circunstancias políticas de la *transición democrática*, ya que se declaró un amplio catálogo de ellos, sin una certeza concreta, ab initio, de cuál era su contenido y función,³⁴¹ lo que en cierta manera impuso que fueran abordados, desde la concreción y perspectiva de la doctrina científica mediante los catálogos

341 Véase: Ureña Carazo, Belen. “Derechos fundamentales procesales” Thomson Reuters. Aranzadi 2014. Página 103.

de principios procesales³⁴², dicha indeterminación inicial permite que nuestro texto Constitucional mantenga su vigencia permitiendo la adaptación por vía de Tratado internacional de la vigencia de los nuevos principios.

En efecto, puede afirmarse que los valores superiores contenidos en el Título Preliminar de nuestro Texto Constitucional, son el ideario político que ocupa un nivel de supremacía sobre el amplio catálogo de derechos fundamentales, los que a su vez dependerán en su efectividad en el proceso penal de la aplicación material de los principios procesales. En palabras del profesor RAMOS

342 Ello sin olvidar que también los valores superiores, en su concreta enumeración están teñidos tanto de razones coyunturales, como de falta de sistematización, ya que el pluralismo político representa más bien la instauración del sistema democrático representativo y el cambio de régimen con la legalización de los partidos políticos, en el momento de promulgación constitucional. Y dentro de los valores superiores es más coherente desde el punto de vista estructural y conceptual, no haber incluido después de libertad, justicia e igualdad, el pluralismo político y sí otros valores, que se refieran a nuestra pertenencia a la UE, dicho sea, en nuestra opinión. Véase UREÑA CARAZO, Belén, quien además incluye dentro de los “valores superiores” la solidaridad y la seguridad jurídica, junto a la libertad, la justicia y la igualdad. En “Derechos fundamentales procesales” Thomson Reuters. Aranzadi 2014 Páginas 63 a 67.

MÉNDEZ³⁴³: “Pudiera creerse que las garantías constitucionales son mínimos de observancia de un sistema de solución de litigios. En realidad, son todo lo contrario: son el protocolo de calidad de cualquier modelo”.

En **nuestra Constitución** los derechos de la persona, deberán ser interpretados conforme al artículo 10.2³⁴⁴ de la CE, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. El sistema constitucional, pues admite en sus normas de interpretación las de origen nacional y las de origen internacional, y en el concreto ámbito de la Unión Europea, la CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA³⁴⁵, en adelante *La Carta*, instrumentos internacionales que conjuntamente refuerzan en el proceso penal la categoría de nuestro sistema de

343 Ramos Méndez, Francisco “*El sistema procesal español*”. S.A. Atelier libros. 2010. óp. citada, pág. 370.

344 “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (...)*”

345 BOCE (2010/C 83/02).

solución de litigios en el ámbito penal, sin perder de vista que la Carta, además, se propone explícitamente mejorar el nivel de exigencias en los sistemas penales de los Estados Miembros, la altura exigida reforzará la confianza recíproca entre los sistemas, que se otorga en el compromiso adquirido de alcanzar un nivel común en los derechos procesales-garantías, contenidos en las Directivas a las que nos referimos en el epígrafe siguiente.

1.2.La influencia de las Directivas de la Unión Europea en los principios del proceso penal

En la Unión Europea existe una autoridad legislativa bifronte, Parlamento y Consejo de la Unión Europea, que legisla, explica las normas y las actualiza, en el objetivo de aproximación de las legislaciones nacionales, lo que afectará desde luego, conforme al

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁴⁶, a la cooperación judicial en materia penal en la UE quien se basa en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales. Ello que explica la necesidad de ir aproximando los contenidos de las disposiciones legales que regulan las garantías procesales de los Estados miembros, y se concretará en los ámbitos mencionados en el artículo 83, facultando al Parlamento Europeo y al Consejo para adoptar, medidas tendentes a:

a) Establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas.

b) Prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros.

c) Apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

346 En particular su artículo 82, apartado 1.

d) Facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.

Y en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas, que como no podía ser de otra forma, tienen que contar con las diferentes tradiciones y los sistemas jurídicos vigentes en los distintos Estados Miembros, podrán afectar, a la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, los **derechos de las personas durante el procedimiento penal y los derechos de las víctimas de los delitos.**

La adopción de las normas en clave de mínimos no impide que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.³⁴⁷ En el actual periodo transitorio o de transformación y con el fin de que paulatinamente los EE.MM. vayan adquiriendo el contexto normativo necesario para generar el clima de confianza recíproca entre los diversos sistemas penales, la UE, no solo regula, sino que interpreta, labor esta última que está relacionada con la efectiva aplicación del derecho, y con el control del compromiso de aplicación por parte de los EE. MM.

Las autoridades españolas interpretaran los derechos y garantías procesales de acuerdo con el cuerpo legislativo al

347 En el apartado 3 se establece: “*Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en el apartado 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario*”. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada”.

que los compromisos internacionales vinculan a España, pero la interpretación auténtica de estas normas también es competencia de los órganos legislativos y judiciales europeos que asumen una función vinculante y cuasi-jurisdiccional en España.

Regulando además el TFUE un procedimiento específico para el caso de que un proyecto de Directiva sea contrario al sistema de derechos fundamentales de un sistema penal en un estado miembro, así como la posibilidad de que un quorum mínimo de nueve estados pueda comprometerse en establecer un sistema de cooperación más reforzada.

No obstante, la Carta³⁴⁸ se reafirma explícitamente, dentro del respeto de las competencias de la Unión, en el **principio de subsidiariedad** y en los derechos que emanan de las tradiciones constitucionales y las

348 LEY ORGÁNICA 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, al reconocer, nótese, un ámbito propio al Consejo de Europa, lo que viene a significar que el derecho al juicio justo del artículo 6 del CEDH que está incluido en la categoría de los derechos humanos y libertades fundamentales, tiene una categoría distinta a los derechos fundamentales relacionados con el proceso que son los que la UE asume dentro de sus competencias.

En este complejo contexto normativo, los órganos jurisdiccionales de la Unión y, nótese, también los órganos jurisdiccionales de los EE.MM. interpretarán la Carta de acuerdo con las explicaciones y las actualizaciones ad hoc,³⁴⁹ que deberán ser tenidas en cuenta por estos.

349 La autoridad del Praesidium de la Convención y recordemos los TÍTULOS VII y VIII relativos a las Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta, y Justicia, en el primero se contienen los artículos 51 a 54, relativos al ámbito de aplicación:

1. *Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución.*
2. *La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución.*

El artículo 52 acerca de la interpretación de los derechos y principios, que establece:

1. *Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*
2. *Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas.*
3. *En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.*
4. *En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.*
5. *Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.*
6. *Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.*
7. *Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.*

El artículo 53: Nivel de protección

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

El artículo 54: Prohibición del abuso de derecho

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.

En cuanto a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia se proclaman en los artículos 47 y 48, el primero dice: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Aunque formalmente las competencias legislativas de la Unión hemos visto que no se amplían, sí es innegable, que desde los órganos legislativos de la Unión se podrá reforzar y conceder una PROTECCIÓN MAS EXTENSA,³⁵⁰, sin

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Y el segundo, artículo 48:

1. *Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.*
2. *Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.*

350 A este respecto y en concreto, podemos observar cómo paulatinamente se van produciendo las primeras manifestaciones, en ese sentido : **EL DESPLAZAMIENTO DE LA DOCTRINA TRADICIONAL DEL TEDH, a favor del derecho de la UE en materia de derechos fundamentales, a este respecto es significativa la reciente sentencia del T.S de fecha 26 de julio de 2016, donde la consolidada doctrina del TEDH denominada “Murray” en torno a la interpretación del silencio del acusado en el ejercicio de su derecho a no declarar ha sido definitivamente superada por la Directiva de 9 de marzo de 2016**, 343 del Parlamento Europeo y Consejo: El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio.

El Tribunal estableció que la cuestión a dirimir en cada caso particular es la de si la prueba aportada por el acusador es lo suficientemente sólida para exigir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado sea culpable simplemente porque ha escogido guardar silencio. Sólo en los casos en que la prueba existente en contra del acusado -dice el TEDH- le coloque en una situación en la que le sea exigible una explicación, su omisión puede, como razonamiento de sentido común, permitir sacar en conclusión la inferencia de que no ha habido explicación y de que el acusado es culpable. Contrariamente, si la acusación no ha aportado pruebas lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta, la ausencia de explicación no debe ser suficiente para concluir en una declaración de culpabilidad.

La insistente y absolutamente innecesaria evocación del silencio de dos de los acusados frente al interrogatorio de las acusaciones desborda ese estricto ámbito de aplicación de las reglas Murray recepcionadas por nuestro TC y por esta Sala.

La S.T.C 26/2010, de 27 de abril lo expresa así: " ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria " (S.T.C 202/2000, de 24 de julio ; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo auto exculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado" (S.T.C 155/2002 , citando la S.T.C 220/1998, de 16 de noviembre).

Y de la S.T.C 155/2002, de 22 de julio proviene esta reflexión: "...nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH, de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra Reino Unido, ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la S.T.C 220/1998 , dijimos que ' so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes' ; y, asimismo, en la S.T.C 202/2000, de 24 de julio , precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que 'según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria...".

El mero silencio no es más que ejercicio de un derecho procesal fundamental; nunca un indicio de cargo. Puede tener significación cuando el silencio tiene también una faz positiva: implica negarse a ofrecer una explicación que, si existiese, solo el acusado puede ofrecer. De ahí sí podría inferirse en algunos supuestos que si no se ofrece es porque no la hay. Pero sería improcedente desde esa base dar el salto a considerar que el acogimiento al derecho a no declarar sería una señal de que se oculta algo inconfesable, y por tanto podría generar legítimas sospechas. Esa concepción que parece asomar en la sentencia debe ser tajantemente rechazada.

"De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado - concluye la citada STTS 474/2016 -. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo "suficiente" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal. De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no como medio para suplir o complementar la insuficiencia de prueba de cargo contra él".

Que el acusado no refute expresamente con su declaración las imputaciones no aporta absolutamente nada desde el punto de vista probatorio. Tan solo puede tener valor más

descartar en el futuro que se acuerde un ámbito de protección reforzada que tendría una vigencia territorial limitada a los EE. MM. que así lo acuerden, España incluida en el caso de formar parte de ese posible e hipotético acuerdo. Pudiendo darse en el futuro, dos niveles de compromiso con el nivel de garantías procesal, entre los EE.MM. uno general y otro reforzado.

No obstante, se trata de un proceso puesto en marcha, y aunque cuenta ya con avances, está incompleto, iniciado sí, no terminado. Podemos afirmar que la tendencia del nuevo sistema procesal 'europeizado' en relación al uso de la videoconferencia en el proceso penal, es proclive como

argumental que probatorio el hecho de que ante una evidencia patente, que solo él podía explicar (v.gr., la droga encontrada en su habitación) decline esa posibilidad.

Las conclusiones probatorias alcanzadas aquí por la Sala de instancia se sostienen sin necesidad alguna de señalar como contraindicio o elemento corroborador el silencio de los acusados en el juicio oral (que no en declaraciones previas). Si no existiese prueba suficiente, de ese silencio no cabría deducir nada. El tipo de razonamiento que asoma en algún pasaje de la sentencia y al que puede erróneamente invitar la práctica más que dudosa utilidad de hacer constar las preguntas que se formularían al acusado que no quiere declarar, no sería compatible con el derecho a no declararse culpable que recientemente ha venido a reiterar la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 cuyo art. 7.5 reza literalmente: " 5.- El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate" (STTS 277/2016, de 6 de abril).

regla general a resaltar sus ventajas autorizando su utilización, y solo en contadas excepciones limita su uso, aunque esta afirmación resulte generalista ya que como vimos todo el convenio de cooperación penal se articula a salvo del derecho interno de cada uno de los EE.MM, con lo que los límites vendrán impuestos, en su caso, por parte de los concretos sistemas penales, siendo la única referencia en el texto del propio convenio a los límites del uso de la videoconferencia el consentimiento del acusado para prestar declaración por este medio.

Después del anterior análisis, podemos afirmar que el artículo 10. párrafo 2, de la Constitución Española que se refiere literalmente a que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, que se interpretarán, incluida la Carta, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, abarca evidentemente el sistema de garantías

europas expuesto en cuanto al proceso penal en España, si bien se prevé para todas las ramas del ordenamiento jurídico español.

La Constitución española en su artículo 9.3, garantiza **el principio de legalidad, y publicidad de las normas,**³⁵¹ lo cual también deberá ser entendido, de

351 NOTA INFORMATIVA N.º 6/2017 LAS DIRECTIVAS DE LA UE SON VINCULANTES ANTES DE SU TRANSPOSICIÓN CUANDO EL ESTADO INCUMPLE EL PLAZO PREVISTO PARA ELLO La Sala Segunda del Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo a un ciudadano a cuyo abogado se le denegó el acceso al expediente policial abierto tras su detención por la Guardia Civil, situación que tampoco fue subsanada posteriormente por el juez de instrucción, que desestimó la solicitud de habeas corpus. El Tribunal considera que se han lesionado sus derechos a la libertad individual (art. 17.1 CE) y a la asistencia de abogado durante la detención (art. 17.3 CE). Los hechos que dieron lugar a la demanda de amparo se produjeron en julio de 2014, cuando, tras la detención del recurrente por la Guardia Civil como presunto autor de varios delitos, se denegó el acceso al expediente policial al abogado de oficio que debía asistirle durante la declaración. El demandante se acogió al habeas corpus y denunció ante el Juzgado de Instrucción número 4 de Illescas (Toledo) que la privación de libertad era ilegal, entre otros motivos, por insuficiente información sobre sus causas. El Juzgado desestimó tal petición. En la demanda de amparo se alega que el acceso al expediente policial era un derecho exigible conforme a lo establecido en el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, pese a que ésta aún no había sido incorporada al ordenamiento jurídico español, en la fecha en que ocurrieron los hechos. La Sala Segunda estima el amparo y declara que, en este caso, la negativa de la Guardia Civil, primero, y la desestimación del habeas corpus por el Juzgado, después, causaron la lesión de los derechos del demandante. Explica la sentencia que es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), según la cual “el Estado miembro que no haya adoptado dentro de plazo las medidas” impuestas por una Directiva, “no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica”. Y ello porque “el efecto útil” de las obligaciones impuestas a los Estados miembros por medio de una Directiva “quedaría debilitado si a los justiciables se les impidiera invocarlo ante los Tribunales y a éstos tenerlo en cuenta como elemento del Derecho comunitario”. En este caso concreto, la Directiva 2012/13/UE fijaba como fecha límite para su transposición el 2

forma distinta a la intención original del legislador constitucional, puesto que actualmente las Directivas de la UE en su efecto útil, son vinculantes a partir del plazo de trasposición, lo que puede llegar a significar que aunque formalmente no hayan sido publicadas en el BOE, son parte del derecho interno, lo anterior ya ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia de 30 de enero de 2017.³⁵²

Para el caso de que alguna previsión concreta de una directiva no haya sido objeto de trasposición o lo que es lo mismo, se haya procedido a su trasposición de forma incompleta, el cuerpo normativo restante adquiere efecto

de junio de 2014. España no cumplió con esta obligación hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que entró en vigor el 28 de octubre de ese mismo año. Por tanto, desde la perspectiva constitucional, la citada Directiva comunitaria consagra el derecho de acceso, por la persona detenida y por su abogado, a los materiales del expediente que resulten “fundamentales” para poder impugnar de manera “efectiva” la legalidad de la detención. Pese a que el juez de instancia admitió la validez de la Directiva comunitaria, denegó el habeas corpus con el argumento de que, en el momento en que el abogado pidió el acceso a la información en poder de los agentes, no existía, como tal, ningún expediente, “pues los agentes se encuentran practicando diligencias y confeccionando el atestado”. Esta argumentación es considerada insuficiente por el TC, pues queda “desvirtuada” por la “propia lógica de los hechos narrados en el atestado policial”. “Si la detención se desencadenó a resultas de un operativo policial contra personas reseñadas por la comisión de diversos delitos en varias localidades (...), al menos debían existir bajo algún soporte (papel o informático) las denuncias de tales delitos, así como la documentación de los registros efectuados al detenerles (...)”.

³⁵²Recurso de Amparo 7301/14.

vinculante y puede ser opuesto a partir del plazo de trasposición³⁵³.

Deberemos prestar especial atención pues, en concreto a los siguientes textos legislativos incluidos a través del Plan de Budapest en el Programa de Estocolmo -Una Europa abierta y segura que proteja y sirva y proteja al ciudadano-, siendo las Directivas que afectan la utilización de la videoconferencia las relativas a la información en los procesos penales, a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales, asistencia de Letrado y presunción de inocencia, señalando que respecto de esta última y a pesar de que su plazo de trasposición es de 1 de abril de 2018, ya está siendo objeto de aplicación en su versión más literal por el

³⁵³ STEDH 5 de abril de 1979, Asunto Tallio Patti 148/78:” Las medidas de ejecución que impone la Directiva: No se puede oponer a los particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica”.

propio Tribunal Constitucional³⁵⁴. Y por último la Directiva de orden de investigación europea con plena efectividad a partir de mayo de 2017.

Podemos afirmar que el derecho contenido en las Directivas es vinculante en el sistema de garantías procesales penales en España, en relación a los derechos fundamentales del proceso y por tanto su relación es directa con las intervenciones en el proceso a través del uso de la videoconferencia. Sin embargo, a pesar de que estas se proyectan como refuerzo al sistema de garantías, son proclives en exceso a contar con las ventajas útiles de la videoconferencia desde el inicio del proceso, habiéndose materializado, ya en nuestra LECRim³⁵⁵ la trasposición de la Directiva del derecho a la asistencia de abogado en los procesos penales.³⁵⁶ Dicha directiva en su considerando

354 En el recurso de amparo núm. 2341-2012.

355 Véase en este estudio: Declaración del investigado y medidas cautelares.

356 DIRECTIVA 2013/48/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se

número 23 dice: *los sospechosos o acusados deben tener derecho a comunicarse con el letrado que los represente. Esta comunicación puede tener lugar en cualquier momento del proceso, inclusive antes de ejercer el derecho a reunirse con el letrado. Los EE. MM. pueden adoptar disposiciones prácticas sobre la duración, la frecuencia y los medios de dicha comunicación, incluido el uso de la **videoconferencia y otras tecnologías de la comunicación** con el fin de que pueda tener lugar tal comunicación, siempre que dichas disposiciones prácticas no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de esas personas privadas de libertad a comunicarse con sus letrados.*

Ninguna objeción puede oponerse al sistema articulado en nuestra LECRIM ya que es una trasposición literal de la citada directiva y se prevé la posibilidad de comunicación de los detenidos con su abogado por medio de teléfono o

informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad

videoconferencia, para el supuesto de *lejanía geográfica*, sin embargo esta posibilidad a nuestro entender tendría que haber sido redactada en términos excepcionales expresos, y *no circunstancialmente en caso de que exista lejanía geográfica, para evitar demorar injustificadas*, lo que no deja fuera otros posibles casos, que nunca deberían ser interpretados en sentido amplio, ya que la asistencia letrada es un derecho fundamental del detenido y dicha asistencia es presencial, el abogado tiene derecho a estar presente y el detenido tiene derecho a que su abogado este efectivamente presente, físicamente se entiende.

La LOPJ³⁵⁷ se refiere en el uso de la videoconferencia a dos personas o grupos de personas *geográficamente distantes*, que puede interpretarse como personas que simultáneamente no están presentes en un mismo lugar, las previsiones de *lejanía geográfica* de la ley procesal son un concepto más indeterminado y más amplio, que puede

357 Artículo 229.3 de la LOPJ

generar incertidumbre en su aplicación, máxime teniendo en cuenta que la finalidad de esta previsión es la evitación de demoras injustificadas, concepto que también adolece de imprecisión.

En el proceso penal, se impone la proporcionalidad entre garantías y el uso de la tecnología, se reconoce la utilidad de los adelantos técnicos sin renunciar a la protección de los derechos, de otra manera podríamos llegar a perder de vista la finalidad última del proceso penal que es regular los límites del Estado respecto del individuo, prioritaria, desde luego, si lo comparamos con la finalidad perseguida con el uso de la videoconferencia. No es razonable, por ejemplo, un procedimiento penal en que la mayoría de las intervenciones del acusado desde su detención inicial en dependencias policiales y después en fase judicial se lleven a cabo a través de videoconferencia tanto para recibir asistencia letrada como para practicar las diligencias de instrucción, y como hemos visto en el

ejercicio del derecho a la traducción, es legalmente posible la utilización de la videoconferencia para ejercer este derecho, pero la traducción habrá de realizarse cuidadosamente, es necesario que el detenido investigado o acusado, a quien le están siendo traducidos, documentos o preguntas, entienda lo que está pasando claramente, además, desde luego, de que el interprete traduzca sus manifestaciones al órgano judicial, se deberá garantizar la *participación efectiva del imputado o acusado en el proceso*³⁵⁸.

A este respecto evocaremos las palabras del profesor GALLO SAAVEDRA³⁵⁹, cuando afirma que “*el fin último de nuestro sistema normativo se sitúa en la persona humana, en sus derechos y libertades fundamentales, con un grado de intensidad muy superior al previsto en cualquier otra modalidad de organización estatal conocida*”.

³⁵⁸ STTS de 26 de enero de 2016.

³⁵⁹ Gallo Saavedra, Pablo, Sistema de garantías procesales, Pablo Saavedra Gallo, Jose Almagro Nosete, Manuel Gomez del Castillo Gomez, Luz Castillo Rodríguez, Ezequiel Osorio Acosta, Rosa Rodríguez Bahamonde, Rosa Pérez Martel, Isabel Hernández Gomez, Ediciones Jurídicas DIJUSA, SL septiembre 2008, óp. cit. Pág. 19.

II. GARANTÍAS AFECTADAS POR LA VIDEOCONFERENCIA COMO PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA EN LA SOLUCIÓN DE LITIGIOS

2.1. Un juicio con todas las garantías y no indefensión

No podemos olvidar que un panorama normativo complejo como el que analizamos, no solo significa un desafío para el intérprete, sino que puede afectar a la seguridad jurídica, citaremos a este respecto a BARJA DE QUIROGA, cuando afirma: *" El examen de un proceso justo, de un proceso en que se respeten los derechos constitucionales también exige el análisis del cumplimiento de los parámetros impuestos por la seguridad jurídica. Aparece el proceso como cauce fundamental para asegurar la efectividad de la seguridad jurídica".*

La anterior opinión aplicada a la complejidad normativa en este periodo de fusión de legislaciones que coexisten en la UE, añade como requisito al juicio justo una exigencia de seguridad jurídica,³⁶⁰ que ahora más que nunca, aplicada a la utilización de las tecnologías en el proceso, en su correcto entendimiento contribuirá a la aplicación de la videoconferencia para clarificar los límites de su utilización procesal: contradicción, defensa y seguridad jurídica.

A este respecto recordaremos también a RUIZ VADILLO, a cuyo juicio: *“todo el Derecho Penal, el sustantivo, el procesal y el penitenciario sirven a la misma idea, son la Constitución negativa del Estado y representan unos límites infranqueables al poder, a todos los poderes, y desde una visión unitaria, del derecho penal desde el punto de vista constitucional, ha de servir a la verdad y por consiguiente a la paz a través de la Justicia”*.

³⁶⁰ Consúltese a Ureña Carazo, Belen. “Derechos fundamentales procesales” Thomson Reuters. Aranzadi 2014. Página 65.

El marco jurídico internacional del juicio justo en nuestro sistema de garantías procesales está constituido por los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,³⁶¹ los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos,³⁶² el ya citado

361 Artículo 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” y Artículo 11: “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su **inocencia** mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

362 **Artículo 14 PIDCP:** “1. **Todas las personas son iguales** ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho 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; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no

artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
Derecho a un proceso equitativo.³⁶³

Conviene también apuntar que al abordar esta materia existen dos opciones como son, a saber recurrir a una clasificación o al contenido concreto de cada derecho,³⁶⁴ no siendo unánime la doctrina en torno al valor de las clasificaciones, en nuestra opinión no podemos prescindir del valor de las mismas, pero nuestro empeño consiste más

comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. **Artículo 15 1.** Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. **2.** Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

363 De equidad, aequitas, igualdad. **Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement**, publiquement et dans un délai raisonnable Droit à un procès équitable o Right to a fair trial derecho a un juicio justo

364 No siendo unánime la doctrina en torno al valor de las clasificaciones. Véase pagina 100 de Ureña Carazo, Belen. “Derechos fundamentales procesales” Thomson Reuters. Aranzadi 2014.

bien en delimitar aquellas concretas garantías que pudieran verse afectadas con el uso de la videoconferencia, sin olvidar la perspectiva de la incidencia de la normativa europea en estas que hará que incluyamos otras categorías conceptuales inéditas hasta hace pocos años, como el principio de confianza mutua o la libertad de circulación de prueba en el espacio de la UE.

La principal característica de la normativa que afecta al uso de la videoconferencia es que la permisividad de su utilización, subordinada al principio de contradicción y de defensa. En cualquier caso, hay que señalar el significativo contraste de nuestro sistema interno de garantías procesales con el marco jurídico de los asuntos penales transfronterizos y así, conforme al artículo 10, apartado 9, del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, en el que se permite utilizar la audición por videoconferencia a los acusados. No obstante, queda dentro de la

discrecionalidad de cada estado la ejecución de las solicitudes para llevar a cabo dichas comparecencias a través de videoconferencia desde su territorio, y aún en el caso de que el Estado miembro decida ejecutar, siempre deberá contar con el consentimiento del acusado, para llevarla a cabo. Existiendo además la posibilidad de efectuar o declinar dicha una solicitud para este tipo de audiciones, decisión que queda a discreción de cada estado miembro conforme al respeto de su sistema de garantías, ya que el propio Convenio permite que los Estados miembros presenten una declaración general en el sentido de que no accederán a ejecutar las solicitudes de las videoconferencias. Por lo que las audiciones mediante videoconferencia de los acusados en el marco legal de la legislación internacional quedan condicionadas, a saber, a la voluntad del acusado como un derecho disponible y aun contando con este requisito, es posible que el Estado miembro requerido en uso de las facultades reconocidas por el Convenio puede declarar la negativa de acceder a

dichas audiciones concretas porque su sistema procesal no lo permita.

Por lo anterior correspondería a España como parte requerida denegar la audición por videoconferencia en las solicitudes derivadas de la aplicación del Convenio, puesto que nuestra doctrina jurisprudencial a este e respecto es clara: la indefensión del acusado o lo que es lo mismo la minoración del derecho de defensa puede derivarse de la utilización de la videoconferencia para su comparecencia en el juicio oral, como dijo nuestro Tribunal Supremo en 2005³⁶⁵, considerando al acusado como sujeto activo del

365 STS Sala 2ª de 16 mayo 2005: *“Esto hace que incluso esta Sala, siguiendo la estela del propio Legislador, se haya pronunciado con determinación en una línea de la que es claro exponente la reciente Sentencia de 2 de marzo de 2005 proclama que: “En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que sitúe al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más efectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad existente en relación a la Ley del Jurado, cuyo art. 42-2º que: “...el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores...”*, lo que por otra parte es norma usual en el derecho comparado.”

Obviamente, con los modernos métodos de comunicación electrónica que aquí se analizan sufren esos planteamientos, tendentes a facilitar plenamente el derecho de Defensa, salvo que se adopten las medidas oportunas, técnicamente posibles, de comunicación, al menos auditiva, independiente, directa y constante, entre el Defensor y su defendido. Solución que, no obstante, también podría dar lugar, en la práctica, a eventuales complicaciones merecedoras de estudio. Por ello, al no poder afirmarse la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un Juicio con la

procedimiento, distinguiendo la diferencia en su posición con los testigos o los peritos que declaran, llegando incluso a pronunciarse de lege ferenda, sobre un procedimiento penal en el que, las previsiones establecidas en la Ley del Jurado se extendieran al resto de los juicios orales, y el

*presencia mediante videoconferencia de los acusados requiere prestar inexcusable atención a criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de tales derechos con la relevancia de las causas que aconsejan semejante medida. Quedando, por supuesto, fuera de esa ponderación cualesquiera alusiones a planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias, pues es obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su "ius puniendi", facilitar los medios necesarios para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible. De modo que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate. Amén de aquellos otros supuestos como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una conducta **perturbadora** con la expulsión del desobediente, en los que, precisamente, la posibilidad de que siga su Juicio a través de medios electrónicos desde un lugar externo a la Sala, como acontece en procedimientos de los que conocen ciertos Tribunales supranacionales, se erige en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, e manera inevitable, esa situación. Y, en este sentido, las razones de seguridad que se esgrimen, de manera fundamental, en el caso que nos ocupa, atendiendo a la elevada peligrosidad apreciable en alguno de los acusados, aunque pudiera encontrar inicialmente un soporte normativo en los preceptos antes indicados, no se ha justificado adecuadamente, visto el aporte de su escasa, por no decir nula, fundamentación, más allá de la mera afirmación de su concurrencia, al extenderla por añadidura y sin discriminación alguna a todos los acusados, máxime si tenemos en cuenta, por otro lado, la existencia de medios más que suficientes para neutralizar ese peligro, sin necesidad imperiosa de suprimir derechos fundamentales de los juzgados. Piénsese, si no, en los numerosos Juicios que se celebran en órganos especializados en el enjuiciamiento de individuos acusados de pertenencia a organizaciones terroristas, bandas armadas u otros supuestos semejantes, para los que, a pesar de su indudable peligrosidad potencial, no por ello se les restringe su derecho a estar presentes en la Sala de Audiencia, sino que se adoptan las medidas oportunas, incluso mediante la especial adecuación de la Sala, para la celebración del acto con su asistencia al mismo. De modo que esta Sala no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del Juicio mediante videoconferencia que, antes, al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos".*

acusado quien tendrá que comparecer físicamente en la Sala, se sentara al lado de su abogado defensor, puesto que en nada difieren los derechos y las facilidades de un acusado sea el procedimiento de una u otra clase, aunque no es menos cierto que el acusado también mantiene una posición pasiva en el juicio, es "contra él" que se dirigen las pruebas de la acusación y si el nivel de exigencia en la práctica de las periciales o testificales se ve reducido, permitiendo extensamente la declaración mediante videoconferencia, indirectamente su derecho de defensa, puede verse afectado, tanto desde el punto de vista del principio de contradicción, como de su derecho a la presunción de inocencia puesto que la prueba de cargo para desvirtuar esta última debe practicarse correctamente.

A través de la generosa admisión de las testificales y periciales, sobre todo de las primeras, indirectamente puede derivarse indefensión del acusado quien estará físicamente distante de los protagonistas de su prueba de

cargo, aunque la doctrina jurisprudencial consolidada lo niega rotundamente, y afirma acerca de la utilización de la videoconferencia su absoluta compatibilidad con las garantías.

Esta línea jurisprudencial, cuya principal característica es centrar sus empeños argumentativos en igualar las modalidades de comparecencia a efectos procesales, siempre reconoce, no obstante la diferencia entre estar presente físicamente y virtualmente. Entre la amplia casuística, citaremos como situación excepcional, la testifical por videoconferencia del testigo con el rostro oculto, a este respecto un precedente jurisprudencial reciente³⁶⁶ nos recuerda: *"Por ello no cabe elucubrar sobre un pretendido principio "In dubio pro víctima", que eliminaría una de las garantías vertebrales de todo imputado: el "In dubio pro reo" que patentiza la especial necesidad de proteger a toda persona contra la que se*

366 Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, 23-06-2016.

dirige la reacción estatal sancionadora, por ello cuando se habla de " justicia victimal " debe tenerse en cuenta que este término no puede suponer la quiebra del sistema de garantías y derechos del inculpado/acusado", o, bien: "No cabe hacer una relajación del sistema por muy odioso que resulte el delito".

Podemos citar otros casos en los que resulta patente la relajación del sistema de garantías, pero los motivos de seguridad que justifican la comparecencia de la víctima por medio de videoconferencia que se analizan en la STTS de 3-12-2013 que comentamos,³⁶⁷ llega en cuanto a la valoración de la prueba hasta el límite, eso sí por justos motivos de protección a la víctima, devaluando la valoración de la testifical, con la primordial finalidad de evitar posibles represalias en el futuro para esta testigo,

367 STTS. Sala 2ª, S 3-12-2013, n.º 910/2013: "(...) de acuerdo con las autoridades del Estado requerido, Rumania, que exigían la garantía de la imposibilidad de reconocimiento por voz e imagen, se procedió a garantizar la identidad y la presencia de la testigo mediante la intervención de la juez rumana competente, que procedió a su identificación y a la toma del juramento, y a trasladar las preguntas y las respuestas efectuadas por las partes. Tribunal Supremo".

en este caso el conflicto parcial con el principio de inmediación, y la vulneración del principio de contradicción que se sacrifica- al permitir que la declaración por medio de videoconferencia se realice en un segundo plano de imagen, con las garantías necesarias en orden a su identidad y bajo medidas de protección, acordadas en atención a tratarse de una víctima de un delito de trata de seres humanos, es este un aspecto que se puede argumentar a contrario, ya que la finalidad y el uso de la videoconferencia tienen una regulación concreta y *el segundo plano de imagen*, es un plus, que no está previsto ciertamente, es una interpretación contra legem que contraviene lo dispuesto en el artículo 229 párrafo 3º de LOPJ, puesto que se desvirtúa el derecho de defensa del acusado, en definitiva, viene de forma indirecta a suplir la insuficiente aplicación de la Ley de protección a testigos y peritos en causas criminales del año 1.994 en cuanto a la evitación de represalias en el futuro por parte de los

acusados y su entorno para aquellos que ya han sido víctimas con motivo de su comparecencia en Juicio.³⁶⁸

Siendo la LOPTP el único mecanismo a través del cambio de nombre y de identidad que no contraviene un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, que recordemos es el límite que impone la Directiva del derecho a la información³⁶⁹ para restringir el acceso a determinados materiales procesales si puede dar lugar a una amenaza grave para la vida.

368 Hay que recordar que La Ley Orgánica 19/1.994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales comienza en su exposición de motivos diciendo que “La experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias” y en su artículo 2 establece que “ *el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario*”.

³⁶⁹ Artículo 7.4 de la Directiva del derecho a la información.

Sin embargo, los razonamientos de la citada sentencia derivan hacia unos argumentos *evasivos de la principal cuestión*, que bien podríamos calificar de eclécticos, puesto que se reconoce que pueden verse afectados los principios procesales, de esto lo que se deduce es que la prueba queda devaluada en su efectividad, "debiendo ser valorada cautelosamente", sin embargo no queda invalidada, refiriéndose también al conjunto total de pruebas que concurrirían con esta testifical "anómala" "cómo elementos de corroboración", se trata de un testigo directo, cuya declaración se desvirtúa por necesidades de protección a su integridad a la categoría de prueba indiciaria.³⁷⁰

370 La sentencia a su vez cita la STTS núm. 649/2010, FJ 1º.2, refiriéndose a los testigos, "*... la tutela de sus derechos personales entra en conflicto con la aplicación de los principios de inmediación y de contradicción, pues se priva a las partes procesales y a los acusados de comprobar a través de la visualización directa la convicción, veracidad y firmeza con que declara el testigo y se puede también limitar en alguna medida el grado de la contradicción procesal*". Lo que conllevaría "En el curso de esa declaración, las partes pudieron hacer laslas preguntas que tuvieron por conveniente, solo sometidas a la censura del Tribunal en atención a su pertinencia, y fueron contestadas por la testigo oralmente, aunque en segundo plano de audición en atención a las necesidades de protección antes aludidas dentro de su estatus de testigo protegida. Y fue el contenido de esa declaración lo que el Tribunal valoró como prueba de cargo. Aunque "En suma, cuando se trata de prueba testifical, la inexistencia de una inmediación plena puede aconsejar una **valoración más cautelosa** o la búsqueda de elementos de corroboración de la declaración"... como consecuencia de la devaluación de su valor como prueba, pero no conduce a declarar la imposibilidad de valorarla como prueba. Y desde perspectivas similares puede examinarse la existencia de contradicción, igualmente limitada en esos supuestos".

En base al último razonamiento citado, podemos afirmar que no se considerará admisible en nuestro sistema, la ocultación del rostro del testigo durante su comparecencia, pero excepcionalmente dada las circunstancias del caso concreto, siendo proporcional el sacrificio de la validez probatoria que no queda anulada, y siendo susceptible de ser valorada esta prueba con el conjunto de las pruebas, en definitiva vale aunque no es determinante. En este sentido³⁷¹, son innumerables los precedentes judiciales, que con fundamento en los motivos de seguridad, vienen a reconocer que es posible la comparecencia de los testigos con procedimientos que impidan su identificación visual normal, para garantizar su indemnidad, por razones de peligro grave, manteniendo en el juicio oral su condición de testigo protegido lo que *"(...)en lo que concierne a la declaración en el juicio oral, no aparece que, más allá de la tolerancia legal, el que la práctica se halla desarrollado por videoconferencia y sólo*

371 Así: la STTS núm. 592/2010.

con la voz (extremo sobre el que protestaron las partes) haya supuesto impedimento para que se actuaran los principios propios del juicio oral, o que se haya producido efectiva indefensión para las partes ".

2.2.La Tutela judicial efectiva: El deber de motivación

Sabido es que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, se caracteriza reiteradamente por la jurisprudencia desde una perspectiva de negación en su definición, no es el derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a que las decisiones de los tribunales sean satisfactorias para los litigantes o acordes con los deseos de estos o sus aspiraciones,³⁷²sentado lo anterior lo que sí es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es la motivación

³⁷²Así: las STTS de 09 de marzo de 1995, de 18 de abril de 1995 y 6 de julio de 1998, y S.T.C 148/94.

fundada en derecho de las resoluciones judiciales, el deber de motivación más o menos reforzado, riguroso de los tribunales en sus decisiones, lo que a su vez se desplegará en otra manifestación del mismo derecho el acceso a los recursos o posibilidad de revisión por instancia superior.

Sirva lo anterior para determinar, si en definitiva ¿la utilización de la videoconferencia en el juicio oral resulta un sacrificio de las garantías, suficientemente ponderado y razonado en las resoluciones que hemos tenido ocasión de citar hasta ahora, la tensión entre la relajación del sistema y las ventajas obtenidas con su utilización resultan evidentes en los argumentos, que vienen a reconocer claramente la situación de hecho.

No obstante en nuestra opinión, algunos de los razonamientos jurisprudenciales en esta materia son un tanto imprecisos, adoleciendo muchos de ellos de una especie contradicción interna, con afirmaciones que son tenidas como ciertas, que convienen en reconocer las diferencias entre comparecencia física y jurídica, aunque

negando su trascendencia, y si las anteriores afirmaciones pudieran resultar discutibles, lo que no lo es tanto, es la falta de razonamientos que justifiquen la protección de la víctima del sistema judicial, aunque es cierto que en materia de violencia de género y menores víctimas de abusos sexuales, es una materia en la que se ha avanzado a distinta velocidad, alcanzando mecanismos procesales importantes, sin embargo el resto de los perjudicados por los delitos adolecen de una doctrina jurisprudencial clara que determine si es posible y en qué casos pueden evitar su comparecencia física al juicio, tratándose en algunas ocasiones de personas con un riesgo extremo de sufrir represalias por su comparecencia.

Véase la opinión anterior, sin olvidar que, existe una categoría de testigos que no son víctimas de grupos mafiosos de extrema peligrosidad y que no están en el extranjero o en lugar lejano, mereciendo la posibilidad de comparecer mediante videoconferencia, y en segundo plano de imagen si existen atisbos de represalias, para no

ser reconocidas en el futuro por su propia sensación de inseguridad y para su tranquilidad, si es que como afirma la jurisprudencia las irregularidades *pueden verse compensadas con la valoración de otros medios de prueba*, ya que la confrontación en el juicio penal, la inmediación, la contradicción y la publicidad del juicio, no solo tienen de protagonistas al órgano judicial, a quien compete el deber de motivar y al acusado.

Desde el punto de vista de la víctima su posible falta de cercanía física con el propio debate y con el juez, la falta de proximidad, puesto que no presenciara personalmente la celebración del Juicio, aunque puede seguirlo a distancia, podrían evitar presiones innecesarias en los testigos negativas para su declaración o una victimización posterior al propio delito, indirecta y derivada de su comparecencia donde puede ser reconocido.

En definitiva, a diferencia del testigo no perjudicado, la víctima testigo tiene derecho a comparecer para ejercitar

sus reclamaciones y que se aplique lo que en derecho proceda, con la opción ya comentada de comparecencia virtual, en contraste, esa distancia que no se puede permitirse en el caso del acusado, ya que sus derechos están consagrados en nuestro ordenamiento jurídico al máximo nivel y con el derecho de defensa; como puede apreciarse, una vez más, los derechos de las víctimas, en nuestro sistema, no tienen parangón con los del acusado, y a pesar de las posibilidades tuitivas de la videoconferencia, que remarcamos, solamente alcanzarían a suplir parcialmente, lo que a juicio de BURGOS LADRÓN DE GUEVARA³⁷³, es un vacío legal del proceso del siglo XX, los derechos de la víctima en el proceso penal, eclipsados³⁷⁴

373 Burgos Ladrón de Guevara, Juan "*La Tabla de Garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español*". Diario La Ley, nº 8518, 14 de abril de 2015. Passim.

374 En la Circular de la FGE 2/1998, de 27 de octubre, sobre las ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual... entre otras instrucciones al Ministerio Fiscal se apunta la siguiente ... "*se debe recordar en todo caso la obligación que sobre los Fiscales pesa de velar porque en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima se haga con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad - art. 15.3 Ley 35/95- y el específico deber que la Ley nos atribuye de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad*".

frente al papel estelar de las garantías del derecho **de defensa.**³⁷⁵

En este sentido, ¿Serviría la videoconferencia para equilibrar, en parte, las garantías procesales del acusado con los derechos de la víctima? La respuesta no es fácil, conforme a la Exposición de Motivos de la LO 4/2015, de 27 de abril:³⁷⁶ *"La finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo*

375 A este respecto conviene recordar los avatares de la legitimación de la acusación particular en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (en adelante LORPM) y en concreto, son significativas en nuestra opinión algunas de las interpretaciones de la Circular de la FGE 1/2007 sobre criterios interpretativos de tras la reforma de la legislación penal de menores 2006, en concreto las siguientes, respecto de la nueva posición de la acusación particular: "(...)A la hora de abordar los múltiples temas que se plantean, debe partirse de algunos ejes básicos. Las últimas reformas colocan en un primer plano los intereses de las víctimas, quizás hasta ahora preteridas o eclipsadas por el papel estelar que al superior interés del menor se reconoce en esta jurisdicción especializada".

376 En vigor desde 28 de octubre de 2015.

moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”.

A nuestro juicio la nueva ley estabiliza en parte el estatus procesal de la víctima, por razones que la doctrina jurisprudencial ya había adelantado, fruto, en parte de la observación de la realidad de las víctimas y de la pujanza de los instrumentos internacionales suscritos por España. La nueva regulación se alza frente a la perspectiva de concepciones arcaicas y desfasadas de venganza privada, tomando realidad otras consideraciones como las contenidas en las conclusiones del Evento Jurídico -La nueva directiva 2012/29/UE sobre derechos y protección de la Víctima y su estatuto procesal- en la que ya opinión de los expertos europeos en el tratamiento jurídico de la víctima en el proceso debe primar la idea de *"No rendición al Derecho angloamericano, con la idea de víctima-victimario. Al contemplarse una nueva posición procesal de la víctima, bajo los principios y reglas básicas de los*

derechos y garantías procesales"³⁷⁷, cuestión esta última a la tuvimos ocasión analizar al tratar el Capítulo II, el testigo víctima de delitos sexuales.

En definitiva, es una cuestión pendiente que queda en manos de los tribunales, la formación de doctrina acerca de la relación de los derechos de la víctima que no tienen naturaleza estrictamente procesal, con el derecho a la dignidad de la persona, si tal y como afirma el Preámbulo del EVD, ambos son conceptos relacionados.

2.3.Principio de inmediación: su adaptación

Así pues, si la regla general de la comparecencia en las diligencias judiciales es la presencia física, los supuestos en que la presencia sea jurídica-virtual, o lo que es lo mismo a través de la videoconferencia, podemos afirmar que son la

³⁷⁷ Memoria sobre la actividad relativa a *l'evento jurídico*, celebrado en el Paraninfo de la Universidad de Sevilla el 7 de noviembre de 2013.www.sevilla.us.

excepción,(siendo prevalente la presencia física), dicha modalidad de practicar la prueba será grabada, ello comporta un segundo aspecto inédito en las posibles utilidades de la videoconferencia, que ya ha tenido tratamiento por la doctrina y puede incluirse en esta, nuestra perspectiva, de la afectación del principio de inmediación por el uso de la videoconferencia. Ciertamente la grabación puede llegar a tener repercusión en nuestro sistema de doble instancia, pero en particular en caso de utilizar la videoconferencia, puesto que claramente se limitan las facultades de apreciación del órgano ad quem respecto de la valoración de las pruebas personales practicadas, por él en la primera instancia.

La videoconferencia grabada y practicada en el juicio a diferencia de las actas del LAJ, puede ser reproducida íntegramente y su visionado comporta la posibilidad de apreciación personal idéntica del tribunal de segunda instancia.

Conforme a la Jurisprudencia consolidada existente en la actualidad en cuanto a la valoración de prueba, lo anterior, podría significar un giro, en el orden jurisdiccional penal en relación al principio de inmediación del tribunal a quo. En nuestra opinión, esta cuestión afectará a la naturaleza jurídica de las pruebas preconstituidas y aquellas practicadas mediante videoconferencia en el juicio oral.

En primer lugar, la utilización de la videoconferencia en relación al principio de inmediación, en el caso de pruebas preconstituidas, deja de ser una simple modalidad de practicar las pruebas, ya que vemos que se convierte en prueba documental, no prueba personal, y tiene la posibilidad de ser valorada en su integridad como si se tratara de una prueba personal tanto por el órgano de primera instancia como por el de la instancia superior. Que en nada han intervenido en su práctica, ambos son meros observadores de lo acontecido en iguales condiciones.

En el segundo caso, la prueba testifical o pericial practicada durante el juicio mediante videoconferencia se contendrá documentada dentro del acta de grabación del juicio o en un soporte independiente apto para reproducirse íntegramente, en la segunda instancia, en este caso, es una la comparecencia practicada a distancia con el tribunal de primera instancia, lo que significa que puede ser apreciada en iguales condiciones contextuales de distancia, por el órgano superior ad quem, esto es sin presencia física del deponente.

El soporte digital que ya tuvimos ocasión de caracterizar, como una mejora técnica y como una modalidad de documentación que sustituye a las transcripciones, se convierte en un mecanismo de inmediación que equipara a las dos instancias en su capacidad de observación de gestos, matices, vacilaciones, la percepción del testigo que declara por videoconferencia es idéntica en primera y segunda instancia, no así la interacción con el juez que dirige el debate, las

preguntas, lo que afecta a también a las intervenciones periciales que se practiquen utilizando la videoconferencia, encontramos que la única diferencia entre ambas instancias y lo que pueden apreciar que ha dicho y como lo ha dicho el testigo o el perito es la dirección del interrogatorio que ha practicado el juez de primera instancia.

La anterior cuestión se plantea con mayor rotundidad en el caso de la videoconferencia que en el de la grabación de la vista, puesto que en este último caso la grabación es del acto incluida la actuación del órgano judicial, pero el Tribunal a quo está cercano a las pruebas del juicio. Pero, y esto es importante, en el caso de la grabación de la videoconferencia ambas instancias judiciales están igual de distantes del testigo o del perito, adolecen, observan y aprecian exactamente lo mismo. La única diferencia es la interacción del órgano judicial de la primera instancia.

Con carácter general, en el proceso penal el derecho de defensa y el principio de inmediación no deben verse comprometidos, se podrá autorizar el uso de la videoconferencia en el juicio oral, una vez que se hayan ponderado razonablemente y conforme al principio de proporcionalidad, el sacrificio de los derechos y las finalidades que se pretenden. No obstante nuestra opinión, deberemos apuntar una posible y esperada revisión del principio de inmediación, por las posibilidades de valoración de la pruebas personales en la segunda instancia en base a la grabación de la vistas, y por tanto y con más razón en los casos en que se utilizase la videoconferencia en el juicio para recibir declaración a testigos y peritos. Esta idea que va cobrando fuerza doctrinal, desde la reforma para la implantación de la nueva oficina judicial³⁷⁸ ya que conforme a la dicción literal de la ley las vistas civiles y penales debían ser grabadas, lo que hace necesario, de una parte ponderar si la grabación de la videoconferencia resulta una

378 Ley 3 de noviembre de 2009.

ventaja más en su utilización, que facilite la revisión de la sentencia en segunda instancia por el denominado *principio de inmediación de segundo grado*.

Es sabido, que la doctrina jurisprudencial vigente hasta ahora, que podemos extraer de los razonamientos repetidos en las sentencias es: *"por regla general debe concederse singular autoridad a la apreciación de la prueba llevada a cabo por el juzgador en cuya presencia se practicaron -las pruebas- por lo mismo que es este juzgador, y no el de alzada, quien goza de la especial y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de la prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente, sobre todo en la prueba testifical su expresión, comportamiento, rectificaciones, dudas, vacilaciones, seguridad, coherencia, y en definitiva, todo lo que afecta a su modo de narrar los hechos sobre los que*

*son interrogados".³⁷⁹ Son innumerables las sentencias que repiten estos argumentos, dotando de especial autoridad la valoración del Juzgador de instancia, al constituir una jurisprudencia consolidada³⁸⁰. "Aplicando la anterior doctrina al supuesto sometido a enjuiciamiento, siendo las únicas pruebas practicadas en el plenario, pruebas de carácter personal (declaración de los acusados, **testifical y pericial**) su valoración por la Juez a quo, en cuya presencia se practicaron, goza de singular autoridad 'el intento de que se vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso', ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación, en los supuestos*

379 Así, ver STTS S 18-2-1994, 6-5-1994, 21-7-1994, 15-10-1994, 7-11-1994, 22-9-1995, 27-9-1995, 4-7-1996, 12-3-1997.

380 Cita la sentencia innumerables precedentes judiciales como AP Burgos, sec. 1ª, S 5-11-2007, n.º 254/2007, STTS 18 de febrero de 1994, 27 de septiembre de 1995, 1995/5003 , 4 de julio de 1996 y 12 de marzo de 1997, entre otras muchas); la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2006 2006/31778 , (STTS 120/03, de 28 de febrero; 294/2003, de 16 de abril de 2003.En la Sentencia 167/2002 recordaba que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson EDJ 1991/12542 c. Suecia y caso Fedje c. Suecia EDJ 1991/12543), precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, STEDH de 5 de diciembre de 2002, en el asunto Hoppe c. Alemania.

en que 'no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos'.

De igual modo se ha manifestado lo que no siempre implica un derecho a una audiencia pública, independientemente de la naturaleza de las cuestiones que tienen que *resolver(...)*.³⁸¹ *Pues bien, en el caso concreto, la Sala entiende que la decisión de la Audiencia Nacional de ofrecer a testigos y peritos la utilización de la videoconferencia como medio adecuado para la práctica y la constancia de su declaración, no fue arbitraria y, lo que resulta decisivo, no introdujo ninguna distorsión perceptiva o valorativa que pudiera afectar a los sujetos destinatarios de la inmediación y que pudiera, en fin, contravenir el*

381 STTS de 17 de marzo de 2015:” PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN: *se ha dicho, con razón, que el principio de inmediación proyecta su significado sobre tres sujetos distintos, a saber, el órgano jurisdiccional ante el que se practican las pruebas, las partes y la opinión pública. Respecto del primero de sus destinatarios, el principio de inmediación busca, por encima de todo, eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba. La inmediación mira también a las partes por su estrecha conexión con el principio de contradicción. De hecho, la inmediación es presupuesto sine qua non para la contradicción. Y no falta un nexo –no siempre subrayado en la configuración histórica de este principio- entre la inmediación y la opinión pública. Y es que su significado posibilita un control eficaz de la ciudadanía sobre la administración de justicia”.*

contenido material de alguno de los derechos invocados por el Fiscal en su recurso”

Y a pesar de lo anterior, el Tribunal Supremo declara en relación a la utilización de grabaciones de los juicios de Instancia en la sentencia de 18 de julio de 2006 que “el recurso de casación no constituye ni puede constituir una reproducción del plenario, sino el control de los juicios y decisiones del tribunal inferior, pero ***hallándonos huérfanos en el proceso penal de una regulación sobre reproducciones video gráficas del juicio y su eficacia***, no se puede recurrir a esa posibilidad probatoria. Nuestra ley permite el uso de la videoconferencia, pero éste no es el caso. *Quizás fuera posible por la vía del art. 899 L.E. Crim, que el tribunal de casación recabando los autos pudiera visionar una cinta de video que poseyera el carácter de prueba documental (art. 26 C. Penal 1995) por haberse plasmado alguna circunstancia de naturaleza probatoria (art. 726 L.E. Crim).*

No obstante, la cuestión planteada, tres años después de la anterior STTS, fue resuelta negativamente por el TC, en una resolución que provocó un efecto *dominó* en el incipiente debate y unificando doctrina y expectativas. Así, por ejemplo, en el año 2010 en los acuerdos no jurisdiccionales para unificación de criterios que fijaron los Magistrados del orden penal de la Audiencia Penal de Madrid, haciéndose eco de la STC de 19 de mayo de 2009, concluyeron:

“Visionado de la grabación del juicio oral e inmediatez. Por unanimidad se acuerda, de conformidad con la S.T.C de 18 de mayo de 2009,³⁸² cambiar el acuerdo de estas

382 S.T.C 18 de mayo de 2009. “*Subsidiariamente, para el caso de que este Tribunal estimara que se ha producido una nueva valoración probatoria necesitada de inmediatez y contradicción, el Fiscal considera que estas garantías no pueden suplirse con la grabación del juicio de instancia por medios audiovisuales como afirma la Sentencia impugnada en amparo. Añade que el acusado ha de ser oído personalmente por el Tribunal de apelación, precisamente porque es el primero que dicta sentencia condenatoria y porque, respecto del acusado, cumple la doble función de medio de prueba y de ejercicio del derecho de defensa con carácter personal. Y, respecto de las demás pruebas personales, la simple visión de la grabación del juicio de primera instancia es insuficiente para fundar una condena si las pruebas en que se basa ésta son de carácter personal: primero, porque la condena no puede producirse sobre una simple revisión de las pruebas practicadas en la primera instancia, sino en las practicadas en la propia apelación y con las pertinentes garantías de inmediatez y contradicción, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 790.3 LECrim. Y, en segundo lugar, porque por muy fiable que pueda resultar una grabación de voz e imagen, no puede considerarse como sinónimo de inmediatez, porque implican la intermediación de un*

secciones penales de 26 de mayo de 2006 relativo a la posibilidad de la valoración de la prueba de carácter personal en la segunda instancia mediante el visionado de la grabación del acta del juicio, acogiéndose el criterio de la citada S.T.C de 18 de mayo de 2009 en el sentido de que el visionado de la grabación del juicio oral no es inmediación.”

La doctrina jurisprudencial actual queda fijada respecto de las grabaciones, en torno a las facultades que tiene el Juez ante el que se practica la prueba de preguntar, en relación no solo al principio de inmediación sino también al debate público y contradictorio que existe en el juicio, no obstante y dicho sea con todas las reservas de una opinión personal: ¿Se impone una revisión del principio de inmediación en la justicia penal con motivo de la utilización

*instrumento técnico de grabación. La inmediación **implica la presencia actual** del acusado y de los testigos y peritos ante el Tribunal sentenciador; que permita a éste no sólo apreciar los posibles matices de sus declaraciones -e incluso de sus gestos-, sino, en su caso, hacer uso de las facultades que le confieren los arts. 729 y 730 LECrim -supuestos de introducción de oficio por el Tribunal sentenciador, con la necesaria contradicción de las partes, de determinadas pruebas accesorias o de contraste o fiabilidad de las que recaen directamente sobre los hechos- que, evidentemente, no podrá utilizarse en el caso de sustituirse la vista por una simple visualización de la grabación, sin citar siquiera al Ministerio Fiscal y a las partes, a efectos de que la misma se haga en forma pública y contradictoria, lo que también incide en el derecho de defensa”.*

de la videoconferencia? la respuesta tiene que ser claramente afirmativa, puesto que como poco cabria hacer, una primera matización ya que la diferencia en la apreciación del tribunal de primera y tribunal ad quem en la práctica de una prueba pericial o testifical llevada a cabo mediante videoconferencia, es que el primero dirige la práctica de la prueba, mientras que el tribunal de segunda instancia se limita a ser simple espectador de lo acontecido, no obstante, es diferente la interacción, que la percepción y este elemento, el de la percepción del compareciente, testigo o perito su gestualidad, dudas, vacilaciones, es idéntico para uno y otro tribunal, el primero observa a través de la pantalla en tiempo real y la segunda instancia en diferido y en la grabación, en la cual quedarán reflejadas, las reacciones en las respuestas y el modo de declarar, de testigos o peritos, que eso sí son dirigidas por el primero pero serán observadas en idénticas condiciones por las dos instancias, siendo la percepción elemento consubstancial del principio de inmediación.

No existe sin embargo en la Jurisprudencia actual, aún, un pronunciamiento preciso en torno a lo anterior, como vimos en las resoluciones judiciales se reitera y consolidan los pronunciamientos judiciales, haciendo en algún caso referencia *a la orfandad de regulación legal específica*, y reiterando la incapacidad de la segunda instancia para revisar el criterio de valoración de las pruebas personales, puesto que solo el tribunal de instancia percibió *inmediatamente su práctica*, sin tener en cuenta el impacto que la utilización de la videoconferencia ha supuesto en dicho principio.

Refiriéndose expresamente al principio de inmediación.³⁸³ El Tribunal Supremo analiza el empleo de la videoconferencia, partiendo de su regulación legal, establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial artículo 229 y Ley de Enjuiciamiento criminal artículo 731 bis y da especial relevancia al hecho de que la creación de un

383 Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª 17-03-2015.

espacio judicial europeo ha hecho de la videoconferencia un medio reglado de extendida aplicación en los distintos instrumentos jurídicos llamados a regular la cooperación judicial entre Estados, es cierto y ya hemos tenido ocasión de hacer hincapié en este aspecto, insistiendo en la promoción del uso de la videoconferencia, en este caso analizamos la necesidad desde nuestro derecho interno de igualar el respeto al principio de inmediación en el proceso nacional y en el transnacional teniendo en cuenta que la Orden Europea de Investigación³⁸⁴ tiene un plazo de trasposición prevista hasta el 22 de mayo de 2017 y que Nuestro Tribunal Constitucional,³⁸⁵ afirma que es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual *“el Estado no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica”*. Por tanto, se incluye dentro del marco normativo que afecta al principio de

384 DIRECTIVA 2014/41/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

385 Nota informativa 6/17 del Tribunal Constitucional.

inmediación la regulación comunitaria y más en el caso de pruebas practicadas mediante videoconferencia, lo que confirma la necesidad de revisar conceptualmente este principio.

Una vez más, vemos como, se plantea la dialéctica entre la modernización en el ámbito del proceso y los valores tradicionales, retornando así a uno de los planteamientos iniciales de este estudio, cuando afirmamos que probablemente, los avances tecnológicos en pocos años estén en condiciones de presentar a los Tribunales imágenes en tres dimensiones de los telecomparecientes, que en nada resten realismo y posibilidades de apreciación al juzgador de gestos, reticencias, y expresividad a la presencia jurídica respecto de la física, sin embargo y por ahora, este no es el estado de la tecnología disponible en la administración de justicia por tanto y como afirma STTS de 17 de marzo de 2015, *en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico-convencional del principio de inmediación sigue siendo*

considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurren razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas.

El uso de la videoconferencia debería limitarse en la celebración del juicio oral, ya que nada más ajeno al objetivo de averiguación de la verdad material que renunciar al realismo del contexto presencial.³⁸⁶

2.4.El principio de publicidad y su restricción

El principio de publicidad radica en la accesibilidad al funcionamiento de los Tribunales, puede ejercitarse

386 En contra consúltese: Sánchez Garrido, José Antonio:” La práctica de la prueba a través de videoconferencia y su relación con los principios de inmediación y contradicción”. Diario La Ley. Número 7674, 2011. “(...)” garantía de corrección”. Y es que la inmediación, en ese ámbito propio que es el de las pruebas personales, permite apreciar la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales del declarante y de terceros; permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho (S.T.C 16/2009, de 26 de enero (LA LEY 1737/2009), FJ 5.º).

directamente en la audiencia pública o a través de los medios de comunicación, en su extensión es distinto para el público y las partes que no tienen límite alguno, excepto temporalmente si las actuaciones están declaradas secretas. Otra manifestación de dicho principio es que la documentación del juicio es obligatoria.

Debemos distinguir dos cuestiones, la publicidad como principio procesal, recogido en el artículo 120.1 de la Constitución española, relativo a las actuaciones judiciales, que tiene categoría de regla general en la celebración del juicio, y como tal, sus excepciones deberán estar justificadas con una motivación suficiente, y otra manifestación distinta de la publicidad son las noticias del proceso, su publicación en los medios de comunicación que es una manifestación más de dicho principio. La relación entre ambos se recoge entre otras en la STTS de 18 de julio de 2014, que proclama la publicidad del proceso como una conquista del constitucionalismo neoliberal que en la actual

sociedad de la información se desenvuelve también en la publicación del proceso. Resuelve dicha resolución la denuncia de vulneración del proceso con todas las garantías que pudiera haber surgido de aquella percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación, sin embargo, debe observarse que en cualquier caso la visión distorsionada que los medios de comunicación pudieran precipitar, significando una condena o una absolución "anticipada", y afectarían a la independencia del órgano decisor, profesional o Jurados, lo que vulneraría el derecho a ser juzgado por un juez independiente, y esto en nada afecta al desenvolvimiento del derecho a la información de la opinión pública de los casos judiciales con relieve mediático, aunque sus límites pudieran ser objeto de un análisis crítico, en torno a otros derechos fundamentales del acusado, quien puede ver agravada su situación personal con motivo de la publicidad en los medios de comunicación, lo cual tendría un cauce meramente civil de

reclamación del derecho al honor, contra los medios editoriales, en caso de traspasar esos límites.³⁸⁷

Así pues la publicidad del proceso tiene como destinatarios a la opinión pública, a cualquier ciudadano y sobre todo a las partes del proceso, es objeto de nuestro análisis el principio de publicidad en relación a las partes afectadas como perjudicados, u otros intervinientes que pudieran comparecer en el procedimiento a través de videoconferencia, interviniendo en su comparecencia a través de este medio y pudiendo presenciar después de su intervención la total celebración del mismo en las mismas condiciones procesales que si estuvieran presentes, no obstante en la mayoría de las ocasiones, no es frecuente que los aparatos de videoconferencia permanezcan funcionando durante la celebración del juicio, puesto que

387 La Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2010, entre otras contiene la doctrina esencial en torno a los límites del derecho al honor y la propia imagen y el interés público en conocer determinadas noticias.

los equipos instalados en la mayoría de las salas de vistas, admiten varias comunicaciones sucesivas, no simultaneas.

Otra manifestación del principio de publicidad del procedimiento es el acceso de las partes personadas al mismo, el procedimiento no es secreto para las partes, con respecto a la documentación grabada en soporte digital de las intervenciones por videoconferencia, si los archivos se borran, es el problema analizado por la S.T.C³⁸⁸ de 16 marzo de 2015, que en sus planteamientos resuelve acerca de un caso en el que se borraron los archivos de audio de cuatro pruebas periciales que se realizaron mediante videoconferencia, el fallo desestima la denuncia del recurrente, ya que dichas pruebas no fueron determinantes de la condena, lo que a contrario significa que la falta de documentación de la videoconferencia en el caso de ser pruebas determinantes de la condena supondrá la nulidad de la prueba practicada. La propia sentencia

388 Sala 1ª.

reconoce que hasta que no existan soluciones normativas, regulación expresa de dicha eventualidad la solución es analizar caso por caso. Por otro lado, si la documentación del procedimiento es grabada, puede entenderse como así lo solicito el Fiscal del asunto que lo procedente sería instar la reconstrucción de autos.³⁸⁹

En relación al principio de publicidad del procedimiento para las partes y conforme reconoce la Jurisprudencia³⁹⁰, es aplicable la normativa relativa al acceso de documentos públicos y la protección de datos también con origen europeo, en concreto la Directiva 2012/13 UE del Derecho a la información en los procesos penales, el limite está en la utilización como prueba de cargo, ya que las diligencias policiales derivadas del principio de cooperación policial dentro de la UE en la fase previa al proceso en la que la policía utilice sus propias fuentes de información pueden quedar al margen del proceso y por ende del acceso a las

389 Artículos 232 a 235 de Ley de Enjuiciamiento civil.

390 STTS 20-11-2014.

partes, y al juez dado que no siempre son fuente de prueba procesales las operaciones de inteligencia policial y lo que el TEDH admite en su doctrina la utilización de las denominadas fuentes confidenciales de la investigación policial que quedan fuera del propio expediente judicial y por tanto no están afectadas por el principio de publicidad los medios de investigación.

La afectación del principio de publicidad en relación al principio de contradicción en los supuestos de uso de videoconferencia en testificales y periciales, queda fijada en los límites impuestos por la Jurisprudencia y se recogen en la STTS de 28 de diciembre de 2008 citando la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994, que fija la distinción entre el testigo anónimo y en testigo oculto, conforme a la doctrina del TEDH, el primero se refiere al testimonio prestado por una persona que permanece en el total anonimato, vulnerando pues los

principios de publicidad y de contradicción,³⁹¹ y a las exigencias del juicio justo previsto en el artículo 6 del CEDH, sin embargo y en cuanto al testimonio del testigo oculto que comparece a través de la videoconferencia, supuesto que ya hemos analizado desde otras perspectivas, en relación concreta al principio de publicidad, no se ve vulnerado en cuanto que se considera una simple declaración anómala, puesto que “ *el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente Acta, sin que consten restricciones de acceso a la celebración y de obtener o difundir información acerca del mismo*” el supuesto concreto es un testigo que fue examinado en el umbral de la puerta, desde donde fue interrogado por todas las partes, siendo visto por el tribunal, por el Fiscal y los Letrados defensores, sirvan pues las cuestiones planteadas en anteriores epígrafes, relativas a la ocultación del rostro del testigo para la defensa.

391 En este sentido las sentencias del TEDH citadas de 20 de noviembre de 1989 (caso Kostowsti), de 27 de septiembre de 1990 (caso Windisch) , y 15 de junio de 1992 (caso Ludi). .

III. LOS DERECHOS ATRIBUIDOS A LAS PARTES DEL PROCESO PENAL DERIVADOS DE LAS GARANTÍAS.

3.1. La audiencia y contradicción: El acusado

Empezaremos por recordar a RUIZ VADILLO:³⁹² es conforme a Derecho que, en circunstancias muy especiales, y siempre con la suficiente motivación, un Tribunal permita en materia penal que un testigo declare sin ser visto, no sin ser oído con tal de que la contradicción se pueda hacer realidad. En mi opinión, tengo dudas de que ello se ortodoxo y considero que cuantas menos veces se haga uso de esta posibilidad, mejor. Si no existe una clara heterodoxia, si, al menos, se produce una cierta irregularidad”.

³⁹² RUIZ VADILLO, Enrique "*Algunas breves consideraciones sobre la prueba testifical en el proceso penal*". Ministerio de Justicia Boletín núm. 1767 de 1996 -Pág. 5 a 18.

La regulación de la videoconferencia está orientada a su característica instrumental y finalística al servicio al proceso penal, su desenvolvimiento correcto, por lo pronto ha requerido que su cobertura legal, se haya ido adaptando, por medio de Ley Orgánica, debido a que la utilización de este medio puede afectar a los derechos fundamentales procesales. La técnica legislativa inicialmente fue de configuración legal permisiva, mediante la fórmula de la autorización genérica, como una posibilidad más, nueva en el desarrollo de las actuaciones judiciales, después vinieron a concretarse las limitaciones que debían respetarse, en el ejercicio jurisdiccional de la misma autorización, que está prohibido traspasar, a las que se refiere dicho articulado en su dicción literal: "(...) 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". Este párrafo se incorporó a la Ley Orgánica Poder Judicial a través precisamente de la Disposición Adicional única de la reforma que en esta

materia llevó a cabo por la Ley Orgánica 13/03, recordando de forma explícita, exigencias que evitaran, que el uso de la videoconferencia, rompa el equilibrio procesal, si bien es cierto que ambas, ya eran aplicables y exigibles en el proceso penal por mandato constitucional, sin necesidad de un reconocimiento explícito para el uso concreto de la videoconferencia. A nuestro juicio el mencionado precepto legal viene a reconocer indirectamente y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH),³⁹³ la posible afectación de las garantías fundamentales del acusado en el proceso por el uso de la videoconferencia.³⁹⁴

393 El concepto de "proceso justo" del CEDH, debiendo mencionarse tanto la STEDH de 9 de junio de 1998 (Caso Teixeira de Castro) y la más importante, STEDH de 12 de julio de 1998 (Caso "Schenk")

394No obstante, dicha norma, acertadamente, incluye otra previsión, la exigencia o límite al uso de la videoconferencia como instrumento procesal, y que como tendremos ocasión de comprobar, se repite en la normativa internacional y en el derecho comparado, es la comprobación fehaciente de la identidad de los intervinientes por parte del " secretario judicial del juzgado o tribunal" que haya acordado la medida, en concreto se establece que : *"desde la propia sede judicial, ...la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo".*

Ciertamente, a los órganos jurisdiccionales corresponde la salvaguarda de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, son ellos quienes velaran por los principios procesales, por la pureza del procedimiento, que son una exigencia ineludible,³⁹⁵ no puede ser comprometida la posibilidad de combatir en circunstancias razonables la prueba de cargo, que afecta a los derechos del acusado.

Así en La Sentencia del TEDH de 13 de diciembre de 2005 se analiza la posible afectación que el uso de la videoconferencia respecto del principio de contradicción; se interpreta por el TEDH, conforme a lo que el Consejo Europeo declaró entonces: ³⁹⁶...A fin de facilitar el uso de procesos audiovisuales, deben tenerse en cuenta los siguientes puntos: *cabe esperar que la audiencia podrá realizarse únicamente en las condiciones legales y*

395 POZA CISNEROS, María “Intervención por videoconferencia del imputado y crítica de la razón práctica”. Revista del poder judicial, ISSN 1139-2819, número 91, 2011, págs. 43-50.

396 Sentencia traducida del italiano.

materiales prevista en las normas de la Parte requirente. Si la legislación de cualquiera de las Partes permite la audiencia del testigo con la asistencia de un abogado, la Parte requerida debería ser capaz de organizar esta asistencia dentro del partido en el que el testigo se encuentra (...)"

El derecho de contradicción como derecho a combatir las pruebas de cargo, no puede verse afectado por la utilización de la videoconferencia , la Sentencia del T. S de 29 de enero de 2015 se refiere expresamente a la "necesidad de salvaguardar el **principio de contradicción**", y aborda igualmente la aplicación del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ofreciendo un examen de la problemática de los **testigos protegidos** desde la perspectiva del derecho a un juicio público con todas las garantías. Se alude a la doctrina del TEDH, que se pronuncia sobre el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos y declara que el artículo 6, párrafo 3 (d) consagra el principio según el cual, antes de

condenar a un acusado, todas las pruebas en su contra deben ser presentadas en su presencia durante una vista pública con miras a un debate contradictorio. Las excepciones a este principio son posibles, pero no debe infringir los derechos de la defensa, los cuales, por lo general, exigen que el acusado tenga una oportunidad adecuada y correcta- razonable- de impugnar y cuestionar las declaraciones formuladas por un testigo en su contra, ya sea cuando el testigo presta sus declaraciones o en un momento posterior durante el proceso.

3.2.El derecho defensa, importancia de la legislación comunitaria

Desde la perspectiva del acusado y en relación a los derechos de defensa la famosa sentencia del TEDH de 13 de diciembre de 2005, dice: "*El demandante se queja de que él se vio obligado a participar en el procedimiento en la apelación del segundo juicio penal por videoconferencia.(...)*El recurrente lo había alegado, ya, anteriormente en el

formulario de apelación, había indicado claramente, las dificultades que suponía la participación a distancia en el juicio, así como la discriminación que sufrió en comparación con otros presos acusados de delitos relacionados con las actividades de la mafia, que, al no estar en régimen de detención diferenciado, pueden estar presentes en su juicio", "(...) por tanto, obligado a participar en el juicio a través de videoconferencia." Por ello fundaba su alegación en vulneración del principio de igualdad, en concreto haber sido objeto de " una gran discriminación con respecto a todos los demás detenidos y acusados por delitos relacionados con " la mafia". El TEDH³⁹⁷ , en este caso, en el que formalmente lo se invocaba era discriminación, puesto que la regulación del uso de la videoconferencia en Italia es casuística y se rige por el principio de especialidad para el uso de la videoconferencia, no obstante estimo que

397 . (...) El Gobierno Italiano, en contra, argumentó en primer lugar que el motivo alegado, relativo a la participación en las audiencias de apelación por videoconferencia no se insertó por el solicitante en forma de queja sobre la exposición o violaciones de la Convención (...) Además, también se opuso ya que el solicitante sólo había dicho que este tipo de procedimiento no se aplicaba a todas las personas acusadas de delitos similares relacionados con la mafia. Así mismo que el solicitante nunca había alegado **explícitamente que la videoconferencia perjudicaría la imparcialidad** del proceso.

la queja del recurrente, sobre las dificultades de participación en el juicio por videoconferencia, no era manifiestamente infundada. Lo que significa la consagración por el TEDH del respeto al principio de contradicción en el uso de la videoconferencia, caracterizando este derecho como la efectiva participación del acusado en el juicio, a efectos de combatir en igualdad de condiciones las pruebas en su contra.

Siguiendo la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional³⁹⁸ podemos distinguir entre el derecho de defensa y el derecho a la defensa, dentro de este último se comprenderían a su vez los derechos a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismo, o el derecho a no confesarse culpable.

Cabe a su vez hacer otra distinción entre defensa técnica y autodefensa, siguiendo a la doctrina del Tribunal

398 Por todas Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de febrero de 2015.

Europeo de Derechos Humanos,³⁹⁹ el derecho de defensa "*garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita*". Siendo estas tres formas no excluyentes, ya que el derecho de defensa se articula de manera efectiva, material, adaptándose a cada caso concreto. La autodefensa, o *posibilidad de defenderse* está reconocida en el artículo 6.3. CEDH y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esta defensa "privada y personal" está admitida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cita la sentencia que comentamos alguna de esas manifestaciones, que singularmente se reconocen en el juicio de faltas(tramitación que resulta vigente al enjuiciamiento de los actuales delitos leves), así mismo, con respecto al sumario y al procedimiento abreviado, " (...) *la proposición verbal de la recusación del juez instructor por parte del procesado privado de libertad*

399 Sentencia TEDH 25 de abril de 1983 (asunto Pakelli)

en régimen de incomunicación (art. 58 L.E.Crim.); la asistencia personal a la diligencias de investigación (art. 302 L.E.Crim.) y, en particular, la posibilidad de formular observaciones en la diligencia de inspección ocular (art. 333 L.E.Crim.) y en las diligencias sobre el "cuerpo del delito" (art. 336.2 L.E.Crim.); la posibilidad de nombramiento de peritos (arts. 350.2, 356 y 471.2 L.E.Crim.); la solicitud de práctica de la diligencia de identificación (art. 368 L.E.Crim); la posibilidad de oponerse personalmente al Auto de elevación de la detención a prisión provisional (art. 501 L.E.Crim, o finalmente, y como posibilidad más significativa, la de declarar cuantas veces quiera y cuanto estime pertinente para su defensa a lo largo del sumario (arts. 396 y 400 L.E.Crim), el acusado puede plantear su conformidad a la pena solicitada por la acusación (arts. 655 y 793.3º L.E.Crim.), así como ejercitar su "derecho a la última palabra" (art. 739 L.E.Crim.).....)".

No obstante no es el investigado o acusado quien decidirá la forma en que ejercitara su defensa, la competencia corresponde al Estado, el derecho de defensa no comprende el derecho a optar por ejercitar el derecho de defensa, por sí mismo o mediante un letrado, lo cual en relación a posible utilización de la videoconferencia, significa que no es un derecho disponible que el acusado pueda desistir, o consentir, no es una cuestión de voluntad o elección personal, corresponde a su defensa técnica y conforme a la estrategia de defensa la decisión acerca de la utilización de la videoconferencia lo que, además corresponderá decidir al órgano jurisdiccional, en el supuesto de que el acusado solicite la comparecencia en el juicio oral mediante videoconferencia, que excepcionalmente podrá practicarse, como ya tuvimos ocasión de señalar en el caso de enfermedad física incurable que impida el desplazamiento a la sede del órgano judicial, subsidiario a la celebración del juicio en ausencia por fuerza mayor, o para prestar la conformidad,

no caben sin embargo fundamentos relativos a la seguridad o al orden público, que vulnerarían el derecho de defensa, al menos en fase de juicio oral.

3.3.La presunción de inocencia y su refuerzo

Para terminar este capítulo final del estudio, la presunción de inocencia, uno de los principios estructurales de nuestro sistema constitucional concepto que actualmente está en pleno proceso de remodelación y ampliación, tal y como hemos tenido ocasión de comprobar en dos recientes sentencias, tanto del TC como del TS.

Así, conforme a la doctrina de Nuestro Tribunal Supremo,⁴⁰⁰ el derecho a la presunción de inocencia es uno de los principios rectores del proceso penal, significa que,

400Por todas citaremos la reciente sentencia de la Sala 2ª de 5 de octubre de 2016: “Conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia impone a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:
a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;

en un proceso penal, este derecho fundamental de todas las personas, sólo se puede desvirtuar con una prueba de cargo suficiente,⁴⁰¹ que no sea lesiva de otros derechos fundamentales que se practique respetando otro derecho fundamental como es el derecho al proceso con todas las garantías. Sin embargo, y como tendremos ocasión de exponer, la presunción de inocencia en los últimos pronunciamientos judiciales, va siendo conceptualmente reforzada en sus límites, en base a la Directiva de la UE 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo.

401 “Total ausencia de pruebas”, “vacío probatorio” “completa inactividad probatoria b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado. En función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia”.

Puede afirmarse que la presunción de inocencia, en nuestro sistema recientemente se ha visto reforzada, en base a la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, su dimensión conceptual se ha visto modificada, en cuanto a su eficacia, así, el derecho a la presunción de inocencia no puede ser puesto en duda, tras una sentencia absolutoria, y su eficacia antes, durante y después del juicio si recae sentencia absolutoria sigue siendo plena, no caben "sensaciones" de los tribunales acerca de la culpabilidad de un sujeto que ha sido absuelto, sea el motivo que sea. Sólo existe una excepción al derecho, es a través de una sentencia condenatoria firme, su eficacia no se desvirtúa porque el sujeto haya sido sometido a un proceso penal, la presunción de inocencia solo podrá desvirtuarse sin lugar a dudas,⁴⁰² no hay situaciones

⁴⁰²**Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2017: ...**” En el presente caso, este Tribunal decidió admitir el recurso de amparo al apreciar que concurría en el mismo especial trascendencia constitucional porque el recurso se refiere a una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina de este Tribunal Constitucional, **como es la eficacia del derecho a la presunción de inocencia** (art. 24.2 CE) en los procedimientos administrativos y contencioso-administrativos seguidos por responsabilidad del Estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [SSTEDH de 25 de abril de 2006 (asunto Puig Panella c. España), y de

intermedias, la condición de inocente alcanza al sujeto después de haber sido sometido a un proceso penal si este terminó en un fallo absolutorio.

Hemos visto a lo largo de estas páginas como la presunción de inocencia es la última ratio para controlar judicialmente el uso de la videoconferencia en el proceso penal, nunca de forma autónoma, siempre a través de otros derechos, bien a través del derecho de defensa que puede verse mermado sin respetar adecuadamente el principio de contradicción, o el de publicidad, principios que a su vez pueden verse limitados en mor de la defensa de los

*16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España)]..... A la vista de esta doctrina, el análisis del contenido de la sentencia dictada con fecha 28 de febrero de 2012 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, y especialmente la 17 consideración que se efectúa sobre que “la absolución [está] sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)”, derivando de ahí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, conducen a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite **sospechas sobre la culpabilidad del recurrente** y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia.....En suma, se aprecia la vulneración del principio de presunción de inocencia invocado pues, a la luz la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el razonamiento de la sentencia que constituye el objeto de **este recurso cuestiona y pone en duda la inocencia del demandante.....En suma, con arreglo a esta doctrina, la decisión judicial recurrida en este amparo constitucional refleja la sensación de que sí hubo conducta delictiva cometida por el recurrente”.***

derechos de las víctimas, ese juego de recíprocas limitaciones consideramos que siempre es reconducible al fondo del principio de presunción de inocencia y si este último está siendo reforzado hacia contornos infranqueables, que derivan de su esencia y afectan a sus límites, traspasados en la mayoría de las ocasiones, a través de razonamientos jurídicos⁴⁰³ que ponen en entredicho su verdadero significado que no tiene más connotaciones que toda persona es inocente iuris tantum.

En primer lugar, citaremos la doctrina constitucional recogida en la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional el 19 de enero de 2017, otorgando el Amparo al solicitante de una indemnización que había sido denegada por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, después de haber estado en prisión provisional

403 Del que resulta un claro ejemplo razonamientos el del Tribunal Supremo, quien en la interpretación del art. 294 LOPJ, declara que nuestro sistema normativo “*no avala la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática y objetiva de tal manera que una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quién hubiera sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio*” STTS de 9 de abril, 23 de julio y 23 de diciembre de 2015 (recursos de casación núm. 1443-2014, 3300-2014 y 153-2015).

más de catorce meses por un presunto delito del que finalmente resultó absuelto.

Es sabido, que tradicionalmente la doctrina contencioso administrativa, en este caso es contraria a la del TEDH quien considera lesivas del derecho a la presunción de inocencia las resoluciones administrativas y judiciales, dictadas en esta materia de responsabilidad patrimonial, “*que expresaron la distinción entre absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación*”, mientras que la doctrina española distinguía entre aquellos supuestos en que no existieron los hechos, en su dimensión natural ⁴⁰⁴ y el resto de supuestos en que la prueba no había prosperado, o los hechos no existieron en su dimensión jurídico penal, creando así un tercer género, entre la presunción de inocencia y la culpabilidad. Inadmisibles actualmente.

404STEDH de 25 de abril de 2006 (asunto Puig Panella c. España), 13 de julio de 2010 (asunto Tendam c. España), así como de la de 16 de febrero de 2016.

La presunción de inocencia pues, según la doctrina del TC se extiende a aquellos otros procesos consecutivos al proceso penal de origen, *el individuo no condenado nunca dejó de ser inocente*. Este entendimiento de la presunción de inocencia conforme a la doctrina del TEDH no afecta a la responsabilidad patrimonial del Estado que es competencia de los Tribunales nacionales,⁴⁰⁵ no obstante, este último pronunciamiento es del año 2000.

¿Qué incidencia puede tener en el futuro más próximo esta concepción absoluta del principio de presunción de inocencia en el uso de la videoconferencia? queda pendiente y en manos pues de los Tribunales su eficiencia, y en nuestra opinión, a pesar de actualmente nos encontramos en un periodo de transición en la unificación del derecho europeo, si este objetivo llega a conseguirse videoconferencia debería utilizarse en supuestos excepcionales, reglados, motivados, sin deficiencias

405 STEDH de 23 de marzo de 2000 (asunto Dinares Peñalver c. España).

técnicas en el tiempo de retorno, sin conexiones con interferencias, y con la más amplia visualización del entorno del declarante posible.

CONCLUSIONES FINALES

I.

Podemos afirmar que el uso de la videoconferencia en el proceso penal respecto de las menores víctimas de delitos sexuales y personas con la capacidad judicialmente modificada puede contribuir decisivamente en la práctica de la prueba preconstituida. Sin embargo, y lo que es más importante, entre las utilidades de este instrumento empiezan a resaltar sus posibilidades tuitivas para la comparecencia de las víctimas, materializando en el ordenamiento jurídico español las previsiones legales de instrumentos internacionales, que han sido traspuestos al sistema interno español en el Estatuto de la víctima del delito, conforme a lo que había venido avanzando la doctrina del TEDH, TS y TC, plasmado en la nueva redacción de los artículos 730 y 448 de la LECrim.

II

Una perspectiva acerca de la instrumentalidad de la videoconferencia es su posible repercusión en nuestro sistema de doble instancia, que por regla general limita las facultades de apreciación del órgano *ad quem* respecto de la valoración de la prueba personal practicada en la primera instancia en virtud del principio de inmediación. A diferencia de las actas del Secretario Judicial, la grabación de la videoconferencia puede ser reproducida íntegramente y su visionado comporta la posibilidad de apreciación personal idéntica del tribunal de segunda instancia. En contra de la Jurisprudencia consolidada en torno a la singular autoridad que comporta la apreciación personal de la prueba del juez *a quo*, en cuanto a la valoración de prueba, lo anterior podría significar un giro en todos los órdenes jurisdiccionales en relación al principio de inmediación del tribunal *a quo*.

III

Existe un ligero desplazamiento de las exigencias jurisdiccionales en favor de los medios técnicos, que siempre deberían estar al servicio de las finalidades procesales, no al contrario. Así, acerca de la prohibición de la transcripción escrita de los soportes digitales que contienen las comparecencias mediante videoconferencia grabadas, ciertamente puede suponer un entorpecimiento de las actuaciones procesales si se obliga a los operadores a rebobinar o visionar el soporte digital completo. El Acuerdo del CGPJ de 2017 acerca de la obligación del LAJ de señalar las grabaciones que faciliten esa labor, aún no se ha llevado a la práctica. Por ello, al menos temporalmente y para los procedimientos que no cuenten con esta señalización de las grabaciones, pudiera interpretarse que una visión integradora de la Ley Orgánica del Poder Judicial en este aspecto, en concreto de ambos artículos, 229 y 230, conjuntamente considerados, vendrían a establecer una relación de complementariedad optativa de la

documentación digital del proceso respecto de la escrita. Cuando las actuaciones procesales o las vistas hayan sido grabadas en soporte digital, los principios procesales requerirían la documentación escrita en relación a la digital. Aquella debió quedar configurada literalmente como optativa para el Letrado de la Administración de Justicia al ostentar este las competencias de documentación de los actos procesales para su incorporación al proceso. Apuntado lo anterior, no obstante, se imponen taxativamente los términos legales. Así, el párrafo 3º del artículo 230 LOPJ:

“Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse”. Sin embargo, sí requieren de la preceptiva documentación de referencias y data, en relación a aquellos extremos que validan el soporte digital.

IV

En nuestro derecho, la intervención por medio de videoconferencia del acusado en el Juicio Oral no tiene, ni tendrá por ahora, una cobertura legal explícita, más allá de la adhesión a los Convenios Comunitarios o internacionales, pero no en nuestro derecho interno. En la regulación de uso de la videoconferencia, la reforma de la modificación lingüística de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se lleva a cabo en el art. 731 bis (juicio oral), que mantiene el término "imputado", mientras que en el artículo 325 (instrucción), sí, sustituyendo el término "imputado" por la disyuntiva "investigado o encausado" (este último artículo está incluido dentro del Libro II del sumario). La inclusión del término "encausado" en instrucción carece de sistemática, y el hecho de que el artículo 731 bis, que está incluido en el título III del Juicio Oral, contenga la expresión imputado es incongruente. No es posible que concurra en tal condición al juicio el imputado, sobre todo si se concibe incluido, en ocasiones, al mero sospechoso.

V

Los casos de incapacidad física o ausencia en el extranjero del testigo pueden ser suplidos por el uso de la videoconferencia en el juicio Oral, con lo que, a fin de asegurar que lleva a cabo dicha diligencia, se podrá proceder conforme a la previsión legal del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, actualmente, la generalización en el uso de la videoconferencia a nivel nacional o internacional es un hecho. Por tanto, y ante dicha eventualidad en caso de ausencia en el extranjero o impedimentos físicos para desplazarse hasta lugar de celebración del Juicio, cabría interpretar: después de que el testigo manifieste dichas circunstancias al Juez Instructor, este podrá dar traslado a las partes de la improcedencia de la práctica preconstituida de la prueba por este motivo, ya que en el Juicio Oral se podrán practicar a través de videoconferencia estas declaraciones, siempre motivadamente a fin de que las partes aleguen posibles inconvenientes.

VI

Hay una falta de regulación o de aplicación efectiva y sistemática en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del testigo protegido que la utilización de la videoconferencia no puede suplir, puesto que utilizar este instrumento y la ocultación del rostro del testigo ha llevado a límites de devaluación de la prueba testifical, por justos motivos de protección a la víctima para evitar posibles represalias en el futuro para el testigo; en este caso, el conflicto con los principios de publicidad y el de inmediación, que se sacrifican en parte -permitiendo que la declaración por medio de videoconferencia la realice el testigo en un segundo plano de imagen- en aras de su seguridad. Es este un aspecto que conviene resaltar, ya que la finalidad y el uso de la videoconferencia tienen una regulación concreta, y el segundo plano de imagen es un plus que no está previsto ciertamente. Es una interpretación contra legem que contraviene lo dispuesto en el artículo 229 párrafo 3º de LOPJ, puesto que se desvirtúa

el derecho de defensa del acusado. En definitiva, viene de forma indirecta a suplir la insuficiente regulación o aplicación de la Ley de protección a testigos y peritos en causas criminales del año 1994, en cuanto a la evitación de represalias en el futuro por parte de los acusados o su entorno para aquellos que ya han sido víctimas, con motivo de su comparecencia en Juicio.

VII

Cabría hacer la siguiente consideración, al menos en el caso de España. Si la Constitución incluye en su interpretación de los derechos fundamentales las normas internacionales suscritas por medio de Tratado internacional y, además, la Unión Europea tiene el objetivo de mejorar y otorgar más intensidad al nivel de protección de estos derechos, estamos en condiciones de afirmar que en materia de derechos fundamentales, implícitamente, hay una cesión de competencias legislativas a favor de la Unión, que incluye por la vía del Tratado internacional la facultad de interpretación de sus propias normas, que son las

nuestras. La Unión se propone superar el nivel concedido hasta ahora en los instrumentos internacionales a la protección de los derechos fundamentales. En el caso de España, el sistema de garantías está condicionado a nuestra pertenencia a la Unión Europea, y ya actualmente se han elevado las exigencias por ese motivo, lo que impondría una revisión conceptual de los principios procesales penales en relación al uso de la videoconferencia en el juicio oral.

VIII

En el sistema de la LECRIM se prevé una relajación de la obligación de comparecer que afecta a determinados testigos. Gozan del tratamiento excepcional los Reyes, sus consortes, Príncipe y Regentes, y los principales cargos del poder ejecutivo, legislativo y judicial. No encontramos ninguna objeción legal, a salvo el consentimiento del interesado, a que a partir de la implantación de la videoconferencia se practicaran dichas declaraciones mediante este instrumento.

IX

En definitiva, en las intervenciones mediante videoconferencia en el proceso penal, después de diecisiete años desde su implantación, no hay, en general, vulneración de los principios del proceso, y, si hay una devaluación, se justificará por razones superiores, derechos de las víctimas, futuras represalias, seguridad, plazo razonable. Hay acomodación a los principios del proceso, aunque más bien son los principios los que se van acomodando a la utilización de la videoconferencia. Por tanto, nuestra propuesta es que la futura regulación de la videoconferencia sea una norma detallada que concrete en qué supuestos queda prohibida la utilización y un sistema reglamentario de la intervención a través de este medio por los usuarios, puesto que estos aspectos accesorios de iluminación y sonido no tienen un reflejo en la doctrina jurisprudencial y afectan a la realización de la comunicación de forma directa determinando su calidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, ANA

“La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas (Realidad y futuro de la Administración de Justicia. La aplicación de las tics)”
Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N.º 13, 2009, págs. 9-38.

ALMENAR BERENGUER, MANUEL

"La problemática del testigo menor de edad en el proceso penal. Revista de Jurisprudencia Año III -Número 3, julio 2007.

ARNAIZ SERRANO, AMAYA

“La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal”. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales Instituto de

Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de
Castilla-La Mancha <http://www.cienciaspenales.net>

ALVAREZ CAPEROCHIPI, JOSE ANTONIO

“El derecho a conocer e interrogar el testigo de cargo en el proceso penal”. Ponencia presentada en el curso de formación de Jueces y Magistrados 2007, en el Plan territorial de Navarra.

BARBERO SANTOS, MARINO

“Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales”. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 41), Cuenca 1997.

BARJA DE QUIROGA, JACOBO

"Tratado de derecho procesal penal", Aranzadi, 2007.

BERNARDI, ALESSANDRO

“L'européanisation de la science pénale ”, Archives de

politique criminelle I 2004 N.º 26.URL:
www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2004-1-page-3.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, JUAN

"La Tabla de Garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español". Diario La Ley, N.º 8518, 14 de abril de 2015.

"La Orden Europea de Investigación Penal en España, aplicación y contenido posible relación con la Orden Europea de Protección". Diario La Ley, N.º 8661, 2015.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS

"Los dispositivos audiovisuales al servicio de la Justicia. La videoconferencia y la grabación audiovisual de las vistas". Inclusión digital: perspectivas y experiencias / coord. por Nicolás Cabezudo Rodríguez, 2011, págs. 181-202.

CASADO DIAGO, ANGELA

“Internet y Gestión Procesal. Herramientas informáticas en la Oficina judicial. El Derecho Editores (Ámbito Jurisprudencia Jurisdicción Administrativo) Julio de 2008.

DIAZ VELÁZQUEZ AUXILIADORA

“Análisis normativo y jurisprudencial de la preconstitución del testimonio de la víctima”. Artículo Monográfico, octubre 2015. Editorial Jurídica SEPIN.

CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL

“Los procesos de escasa cuantía en el ámbito de la Unión Europea.El Derecho Editores. Abril de 2007

DELGADO MARTIN, JOAQUÍN

“Novedades del espacio judicial europeo penal”. El Derecho Editores / Revista Derecho y Jueces El Derecho, N.º 43. febrero de 2008

DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, JAVIER

Con Martínez Capdevila, Carmen, Blázquez Navarro, Irene, Javier Frutos Miranda en "Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)": Recent trends in the case law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011).Madrid : La Ley, 2012.

DOMÍNGUEZ GREGORIO, LAURA

"El consentimiento digital I y II, El Derecho Editores / Diario de Jurisprudencia, N.º 1305, pg. 1 / Diario de Jurisprudencia El Derecho, N.º. 1307, pg. 1. 18 de diciembre de 2000.

ENCINAR DEL POZO, MIGUEL ÁNGEL

"La utilización de la videoconferencia en el proceso penal. Especial referencia a las declaraciones de menores de edad". Revista del poder judicial, N.º. 77, 2005, págs. 223-241.

FLORES PARADERA, NATALIA

“Envío de escritos y documentos judiciales por vía electrónica y celebración de juicios a través de videoconferencia “El Derecho Editores / Boletín de Legislación El Derecho, N.º. 373, pg. 1. Fecha de publicación 4 de abril de 2005

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

La Instrucción 1/2002.” Acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia»

Instrucción 3/2002, de 1 de marzo de 2002, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de la videoconferencia.

Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2014.

GALLEGO SÁNCHEZ, GEMMA

“Uso del velo islámico por testigos en sus comparecencias en actuaciones judiciales ¿Pueden los ¿Jueces y Tribunales obligar a retirar dicha prenda? Si el

testigo se niega ¿puede incurrir en delito? Foro abierto. El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, N.º 1, pg. 6 Fecha de publicación. Febrero de 2007.

"Trascendencia valorativa del visionado de la grabación del acto del juicio oral por el Tribunal de Apelación". Foro abierto. El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho, N.º 5, pg. 6, marzo de 2007.

"Posibilidad de prescindir de la declaración de la menor víctima de un delito sexual en el acto del Juicio Oral". Foro Abierto. El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, N.º 4, pg. 6. Fecha de publicación diciembre de 2010.

GALLO SAAVEDRA, PABLO

Sistema de garantías procesales, Pablo Saavedra Gallo, Jose Almagro Nosete, Manuel Gomez del Castillo Gomez, Luz Castillo Rodríguez, Ezequiel Osorio Acosta, Rosa Rodríguez Bahamonde, Rosa Pérez Martel, Isabel

Hernández Gomez, Ediciones Jurídicas DIJUSA, SL
septiembre 2008.

GARCIA MORENO, MIGUEL

"El Convenio de Asistencia Judicial Penal de 1959" 5ª
Edición 2013 Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
CGPJ.

" La asistencia penal internacional a través de la
videoconferencia" en la Revista de Jurisprudencia, número
1, el 1 de julio de 2012.

"Asistencia penal internacional "Revista de la
Jurisprudencia, número 1, 1 de julio de 2013.

"Introducción a la L 23/2014, de Reconocimiento Mutuo
de resoluciones penales en la Unión Europea. Revista
Jurisprudencia número 2, 2015.

"Desarrollos jurisprudenciales recientes en materia de
orden y detención y entrega". Revista jurisprudencia
número 2, febrero 2017.

GARCIA-GALÁN SAN MIGUEL, MARIA JOSE

"El imputado. Efectos colaterales de la imputación". El Derecho, "Revista de Jurisprudencia", número 2, el 17 de octubre de 2013.

GARCIA MAGARIÑOS, JOSÉ

"La víctima ante la justicia: aspectos jurídico-procesales de la protección y de la atención a la víctima en dependencias judiciales y policiales". Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía, número 106, 2011, págs. 25-40

GARRIDO VICENTE, STANGELAND

Con Per, Redondo Santiago, Principios de Criminología, 3ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

GIMÉNEZ ONTAÑON VICENTE

"Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la administración de justicia". La Ley: Revista jurídica

española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N.º 4, 2003, págs. 1596-1604.

GIMENO SENDRA, VICENTE

Manual de derecho procesal penal. Colex 2008.

GLOVER, HELEN

“ La videoconferencia en juzgados y tribunales”. Iuris: Actualidad y práctica del derecho, número 65, 2002, págs. 20-22.

GOMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, MARTA

“El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los estados miembros”. Revista de Derecho de la Unión Europea, n" 10, primer semestre. Dial net.

GONZÁLEZ GARCIA, JESUS MARIA

“La videoconferencia como instrumento para la agilización de la justicia penal: nota sobre el modelo

español". Problemas actuales del proceso iberoamericano / coord. por Juan Antonio Robles Garzón, Manuel Pascual Ortells Ramos, Vol. 1, 2006 (Ponencias y comunicaciones), págs. 647-662.

GUTIÉRREZ BARRENGOA, AINHOA

"La utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia". Derecho y nuevas tecnologías coord. por Ana I. Herrán, Aitziber Emaldi Cirión, Marta Enciso, Vol. 2, 2011 (Segunda parte. Nuevas tecnologías: un reto para el derecho en la sociedad de la información), págs. 121-134.

HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO

"El Tribunal Constitucional y la nueva regulación legal de la prisión provisional, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 5, 2004.

JAKOBS, GÜNTHER

Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. Auflage, Berlin/ New Cork, Walter de Gruyter, 1991, traducción española: JAKOBS, Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (trad. Cuello Contreras/ Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, 1997.

JAUME BENNASAR, ANDRÉS

"Las nuevas tecnologías en la administración de justicia: la validez y eficacia del documento electrónico en sede procesal". Tesis doctoral dirigida por Valentín Carrascosa López, Irene Nadal Gómez. Universitat de les Illes Balears (2009).

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO

Con Elisa Pérez Vera y Manuel Aragón Reyes La ponencia "La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española". Página web Tribunal Constitucional de España. Fecha 1,2 y 3 de octubre de 2007 Roma.

JIMENO BULNES, MAR

Directora del Proyecto de investigación: "Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar. Bosch Editor 2016.

JUANES PECES, ÁNGEL

"Armonización del derecho penal en la Unión Europea"
Revista El Derecho.com .4 de noviembre de 2010.

KELSEN, HANS

"Theorie pure du droit, Introduction a la science du droit. Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953. traducida por Moises Nilve Editorial universitaria de Buenos Aires 1976.

LINKS:

www.e-justice.europa.eu

www.iberred.org

www.sevilla.us

www.congreso.es

www.fiscal.es

www.ciencias penales. net

MANES, VITTORIO

“La incidencia de las decisiones marco en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo”
Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -Gran Sala- (Pupino) Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Traducción de M.^a Elena Torres Fernández.

MAGRO SERVET, VICENTE

“La viabilidad legal del uso de la videoconferencia para la celebración de los juicios penales”. Actualidad jurídica Aranzadi. Número 519, 2002, págs. 1-5.

“La videoconferencia en el juicio oral”. Actualidad jurídica Aranzadi. Número 554, 2002 (Ejemplar dedicado a: Nuevas tecnologías), pág. 3.

” La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales”. La Ley. Número 3, 2003, págs. 1698-1706.

” Práctica penal: experiencias de un juicio celebrado por videoconferencia “La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Número 4, 2004, págs. 97-110.

“Las nuevas tecnologías en el proceso penal: en particular el uso de la videoconferencia”. Estudios de derecho judicial. Número 58, 2004 (Ejemplar dedicado a: Las reformas procesales), págs. 177-206.

“La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores. Artículo 416 LEcrim: ¿Es necesaria una reforma legal?” Diario la Ley. Número 6333. 5 de octubre de 2005.

“Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos contra la libertad sexual”. Diario La Ley. Número 6972, 2008.

“Viabilidad de la utilización de la videoconferencia en el juicio oral para la práctica de la prueba testifical y pericial: Admisibilidad de esta opción por el Tribunal Supremo, STTS 5 de enero de 2007 y 27 de febrero 2007, entre otras”. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Número 52, 2008.

“La necesidad de evitar la reiteración de las declaraciones de las víctimas de malos tratos ante la justicia el otorgamiento del valor de su primera declaración como prueba preconstituida” Diario La Ley Número 7876,2012.

Con Vicente y Ferrer García, Ana: “Setenta y tres criterios adoptados por magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de

género". El Derecho Editores Fecha de publicación 9 de enero de 2006.

Con Enrique García-Chamón Cervera, Luis Gil Nogueras y Antonio Alberto Pérez Ureña. "Posibilidades del tribunal "ad quem" de revisar la valoración de la prueba civil efectuada por el juez de instancia mediante el visionado del video". Foro abierto Editorial El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho. Número 3. Fecha de publicación junio de 2010.

MARTIN NÁJERA, MARIA TERESA

"Sustracción internacional de menores". El Derecho Editores. Boletín de Derecho de Familia El Derecho. Número 70. F. de publicación julio de 2007.

MERINO NORBERTO, MARIA

Congreso de los Diputados

www.congreso.es/consti/constitucion/indice/2003.

Actualizado por Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales. Enero 2011.

MOLINA MANSILLA, MARIA DEL CARMEN

“La cooperación judicial y policial en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”. Diario de Jurisprudencia El Derecho. Número 2539,16 de abril de 2008.

MONTESINOS GARCIA, ANA

“ La intervención del perito judicial por medio de videoconferencia”. Revista de la contratación electrónica, Número 98, 2008, págs. 3-34.

“La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal” 2.009, Marcial Pons.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO

“Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional” [http://www.ciencias penales](http://www.cienciaspenales.com). FUENTE: BARBERO SANTOS, Marino: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 41), Cuenca 1997.

MUÑOZ CUESTA, JAVIER

“ Celebración del juicio oral sin la presencia física de los acusados, declarando por videoconferencia”. Comentario a la STTS, Sala 2ª, de 16 de mayo de 2005 Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, N.º 7, 2005, págs. 21675-21678.

ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS

“Juicio oral y videoconferencia: incidencia en el derecho de defensa del acusado”. La justicia y la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea / coord. por Andrés de la Oliva Santos, Mareen Aguilera Morales, Ignacio José Cubillo López, 2008, Dial net, págs. 117-130.

PALOMAR I BARO, BIBIANA

“El proceso de informatización y el Proyecto de gestión integral del expediente judicial en la Administración de Justicia en Cataluña Archivos Judiciales de Cataluña. Bibliotecas y Archivos Judiciales de la DGMAJ.

PAZ RUBIO, JOSE MARIA

“La prueba en el proceso penal perspectivas desde la Fiscalía del Tribunal Supremo. Estudios del Ministerio de Justicia e Interior. Madrid 1995.

PRESA CUESTA, ENRIQUE

“ Aspectos procesales de la videoconferencia”. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, N.º. 46, 2008, págs. 82-102.

POZA CISNEROS, MARIA

“Intervención por videoconferencia del imputado y crítica de la razón práctica”. Revista del poder judicial. Número 91, 2011, págs. 43-50.

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO

“El sistema procesal español”. S.A. Atelier libros. 2010.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE

"Algunas breves consideraciones sobre la prueba testifical en el proceso penal" Ministerio de Justicia Boletín núm. 1767-Pág. 5 a 18.

SAAVEDRA GALLO, PABLO

"Sistema de garantías procesales" DIJUSA. S.L 2008.

SÁNCHEZ GARRIDO, JOSE ANTONIO

"La práctica de la prueba a través de videoconferencia y su relación con los principios de inmediación y contradicción". Diario La Ley. Número 7674, 2011.

SCHÜNEMANN, BERND

¿Normas mínimas o derecho penal europeo sectorial?
"Proyecto alternativo de persecución penal europea / coord. por Bernd Schünemann, 2007, Dialnet.

TIRADO ESTRADA, JESÚS

" La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal. Especial

referencia a su compatibilidad con el Ordenamiento Jurídico interno español". Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. Número 3, 2003, págs. 383-418.

VALBUENA GONZÁLEZ, FÉLIX

" La videoconferencia en la administración de justicia". Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos / coord. por Santiago A. Bello Paredes, Alfonso Murillo Villar, 2005, Dialnet. págs. 591-604.

"Una perspectiva de derecho comparado en la Unión Europea acerca de la utilización de la videoconferencia en el proceso penal: los ordenamientos jurídicos español, italiano y francés". Revista de estudios europeos. Número 53, 2009, págs. 117-127

VELASCO NÚÑEZ, ELOY

"La videoconferencia llega a los juzgados". La Ley. Número 2, 2002, págs. 1786-1788.

“Videoconferencia y administración de justicia”. La Ley.
Número 5, 2002, págs. 1776-1781.

ÚBEDA DE LOS COBOS, JULIO JOSE

“Videograbación y videoconferencia”. Cuadernos de
derecho judicial, págs. 301-354.

UREÑA CARAZO, BELEN

“Derechos fundamentales procesales” Thomson
Reuters. Aranzadi 2014.